

COMISIÓN III – CONTRATACIÓN MERCANTIL Y BANCARIA

TEMA: PRINCIPIOS Y PRESUPUESTOS DE LA CONTRATACIÓN MERCANTIL Y BANCARIA SIGLO XXI

Nota: las ponencias son de autoría exclusiva de sus autores y fueron compiladas siguiendo estrictamente los textos remitidos.



ÍNDICE GENERAL

Subtema 1: Contratación electrónica, blockchain y smart contracts.....	4
<i>LA MERCANTILIDAD QUE VOS MATÁIS GOZA DE BUENA SALUD – BARREIRO, Marcelo y TRUFFAT, E. Daniel</i>	<i>5</i>
<i>EL ESTADO DE LA REGULACIÓN DE BLOCKCHAIN EN LA LEY ARGENTINA – DASSO, Ariel G. y Gpt4</i>	<i>10</i>
<i>EL DERECHO MERCANTIL Y LA CRIPTO ECONOMÍA. DIVERSOS TIPOS DE CRIPTO ACTIVOS REQUIEREN DIVERSAS REGULACIONES, CUANDO LA REQUIERAN – DASSO, Ariel G.</i>	<i>16</i>
<i>DIFERENCIAS ENTRE TÍTULOS DE CRÉDITO CON SOPORTE DIGITAL Y CON SOPORTE PAPEL EN EL DECRETO LEY 5965/63 – MARKUR, Héctor Horacio y MARTINEZ FOLQUER, Eduardo S.</i>	<i>25</i>
<i>LA MONEDA DIGITAL, COMO MECANISMO DE SANEAMIENTO MACROECONÓMICO – RICHARD, Efraín Hugo y CAMERINI, Marcelo A.</i>	<i>31</i>
Subtema 2: Transformación digital de la banca.....	38
<i>REGULACION DE LOS MERCADOS FINANCIEROS – CAMERINI, Marcelo A.</i>	<i>39</i>
<i>ACOMPAÑANDO A LAS FINTECHS EN EL CUMPLIMIENTO DE LA NORMATIVA DE DATOS PERSONALES – CANITROT, Carolina A. y OELSNER Julieta</i>	<i>43</i>
<i>FINTECH DE PRÉSTAMOS Y FIDEICOMISO DE FONDEO: EL CASO “WENANCE” Y NUEVE TESIS DISRUPTIVAS – EDUARDO M. FAVIER DUBOIS</i>	<i>49</i>
<i>EL “ECHEQ” COMO TÍTULO DESMATERIALIZADO – HOFKAMP, Cristina Margarita Rosa</i>	<i>59</i>
<i>LA BANCA DIGITAL IMPULSORA DE LA INCLUSION FINANCIERA A LA ESPERA DE REGULACIÓN PROPORCIONAL – LOPEZ, María Cecilia y PEREZ CASSINI, Analía B.</i>	<i>67</i>
<i>EL ECHEQ ANTE LOS FRAUDES INFORMÁTICOS Y LA OBLIGACIÓN DE NO REPUDIO O DESCONOCIMIENTO – MORINIGO, Fernando Gabriel.....</i>	<i>76</i>
<i>NUEVOS DESAFÍOS EN LA SOSTENIBILIDAD EMPRESARIA. TECNOLOGÍA – PEREZ CASINI, Analía B. y LOPEZ, María Cecilia</i>	<i>85</i>
<i>RESPONSABILIDAD DE LAS ENTIDADES BANCARIAS POR ESTAFAS INFORMATICAS – PICASSO NETRI, Lisandro.....</i>	<i>92</i>
<i>ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE EL ENCUADRE NORMATIVO DE LAS EMPRESAS FINTECH A PROPÓSITO DEL CASO WENANCE S.A. – VIRGOLINI, Laura Andrea Y CÁCERES, Jéssica.....</i>	<i>100</i>
Subtema 3: Derecho de consumo.....	109

<i>ALCANCES DEL DEBER DE RESPONDER DE LAS PLATAFORMAS DIGITALES. QUID DE SUS GRADOS DE INTERVENCIÓN – AICEGA, María Valentina</i>	<i>110</i>
<i>EL EMPRESARIO CO-CONTRATANTE NO CALIFICA SIEMPRE COMO PROVEEDOR EN UNA ADQUISICIÓN QUE SE REALIZA PARA DESTINO FINAL – AICEGA, María Valentina</i>	<i>118</i>
<i>EL COMPLIANCE EN COMPETENCIA RESULTA UNA HERRAMIENTA CLAVE PARA IDENTIFICAR, PREVENIR Y MITIGAR CONDUCTAS ANTICOMPETITIVAS Y LA AUTORIDAD DE COMPETENCIA DEBE PROMOVER SU ADOPCIÓN POR PARTE DE LAS EMPRESAS A LOS FINES DE QUE LOS CONSUMIDORES PUEDAN OBTENER LOS MAYORES BENEFICIOS DE UN CORRECTO FUNCIONAMIENTO DEL MERCADO – DARSAUT, María Victoria</i>	<i>124</i>
<i>AGENDA SOBRE TECNOLOGÍA PARA LOS OPERADORES DEL DERECHO COMERCIAL – PARTE 1 (FILOSOFÍA DEL DERECHO COMERCIAL) – FERRO, Carolina</i>	<i>133</i>
<i>LOS ACCIONISTAS DE LAS SOCIEDADES EMISORAS DE ACCIONES QUE SE ENCUENTRAN BAJO EL RÉGIMEN DE OFERTA PÚBLICA COMO INVERSORES – LEONHART, Carolina Paola</i>	<i>138</i>
<i>EL VERDADERO SIGNIFICADO DE LA LEY 24.240 DE DEFENSA DEL CONSUMIDOR – PICCARDI, Marcelo Nicolás.....</i>	<i>150</i>
<i>EL DAÑO PUNITIVO COMO SANCIÓN ANTE INCUMPLIMIENTOS CONTRACTUALES ACTUANDO COMO DESINCENTIVO A DAÑAR Y REGULADOR DEL MERCADO – SOMOZA LÓPEZ, Gustavo.....</i>	<i>157</i>
<i>EL CONSUMIDOR FINANCIERO Y LA RESPONSABILIDAD DE LA ENTIDAD BANCARIA ANTE ESTAFAS ELECTRÓNICAS – TORINO, Lourdes María.....</i>	<i>157</i>
<i>LA TUTELA JURÍDICA DEL CONSUMIDOR BURSÁTIL – ZUCARELLI, Fiorella Daniela</i>	<i>170</i>

Subtema 1:
Contratación electrónica, blockchain y smart contracts

LA MERCANTILIDAD QUE VOS MATÁIS GOZA DE BUENA SALUD

BARREIRO, Marcelo y TRUFFAT, E. Daniel

Ponencia: “El derecho comercial sigue gozando de plena autonomía científica, habiendo inficionado profundamente al derecho privado patrimonial”.

Para los mercantilistas el Código Civil y Comercial de la Nación comportó una suerte de *mazazo* al no contemplar un Estatuto del comerciante y una definición del acto de comercio.¹

Ello al punto que se ha sostenido, demasiado presurosamente en nuestro criterio, la supresión de tales categorías.² Oportunamente, nos apuramos a refutar tales posturas recreando el “viejo acto de comercio” o, mejor dicho, un nuevo objeto básico del derecho mercantil, de la mano del art. 320 CCC. Norma que es justo reconocer no está entre las de mejor factura del Código –que a veces muestra previsiones de una exposición técnica de precisión notable-. No es el caso del art. 320.³

Frente a aquella ausencia que abismó a la doctrina, se ha intentado construir una teoría⁴ –arrancada de las entrañas profundas del texto legal por inferencia – ante la inexistencia de una definición de comerciante o empresario⁵, a partir de las personas sujetas a obligaciones contables.

¹ Tanto es ello así que alguna doctrina pedía una reforma que incorporara el mencionado estatuto en el C.C.C.: ver “Estatuto del Comerciante. Propuesta de incorporarlo al Anteproyecto”, por **Heredia, Pablo D. Gómez Leo, Osvaldo R. Martorell, Ernesto E. Gómez Alonso de Díaz Cordero, María L.**, LA LEY del 4 de junio de 2012.

² Araya, Miguel Carlos, El contenido del derecho comercial a partir del Código Civil y Comercial”, L.L. 20 de abril de 2015, Etcheverry, Raúl “Derecho Comercial, ¿Dónde estás?, en Rev. Del Derecho Comercial y de las Obligaciones, nro. 272, mayo-junio 2015, pág. 487, edit. Abeledo Perrot, Cultraro, Gustavo, “La esfumación del derecho mercantil”, en “El nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, efectos en materia societaria y concursal”, publicación anual del Instituto Argentino de Derecho Comercial, director Martín Arecha, Editorial D&D, Buenos Aires, 2015, pág. 99.

³ Ver nuestro trabajo conjunto: “**Aunque no lo veamos, el derecho mercantil – como el sol – siempre está**” (a propósito de su supuesta desaparición en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación Argentina) en “Estudio de Derecho Comercial y Bancario”, Homenaje a los profesores Eugenio Xavier de Mello e Israel Creimer, Universidad Católica del Uruguay, Montevideo, año 2017, pág. 455.

⁴ Favier Dubois (h), Eduardo, “La “autonomía” y los contenidos del derecho comercial a partir del nuevo código unificado”, artículo citado.

⁵ Que parece resultar claramente el nuevo sujeto del Derecho moderno de los negocios.

Al respecto dijimos en su momento⁶: “Así, el art. 320 Cód.Civil permite inferir que éste (el *homo contabilis*⁷) subsiste, eso sí, sin denominación: aquél sujeto que está obligado a llevar contabilidad: todas las personas jurídicas privadas y las personas humanas por la circunstancia de “realizar una actividad económica organizada o es titular de una empresa o establecimiento comercial, industrial, agropecuario o de servicios”.⁸ Esta última referencia parece análoga, conceptualmente, a la hoy desaparecida figura del comerciante. Tanto es ello así, que una referencia similar: *la persona humana con actividad económica organizada* es la que utiliza la RG7/2015 de la Inspección General de Justicia para definir al nuevo sujeto obligado a inscribirse en el Registro Público⁹. Se dirá que es una construcción muy lábil porque idéntico deber tienen todas las personas jurídicas privadas que no realicen tal actividad.¹⁰ Puede ser, y sería consecuencia de que las viejas barreras conceptuales han caído hace mucho, y no se advierte porqué ser preciosista aquí”.

En definitiva, podría decirse que es hoy el empresario el nuevo sujeto del Derecho Mercantil y la empresa su nuevo objeto. Y a este criterio, como veremos, reporta la lógica normativa del nuevo ordenamiento. Curá señala: “...Queda atrás un derecho mercantil de los actos de comercio y del comerciante con su estatuto, de origen francés, para dar lugar a un derecho de los negocios en el mercado donde, inevitablemente, ha de valerse de la estructura empresaria”.¹¹

Así, con alguna presión y esfuerzo, hemos batallado para mantener una vigencia merecida no solo por largos siglos de desarrollo y eficiente análisis y ponderación sino por aquello que podríamos llamar maliciosamente “el ejemplo veterinario”.

⁶ Ver el artículo antes citado.

⁷ Permítasenos la humorada.

⁸ Dos reciente fallos de la justicia nacional, claramente van en la sintonía de entender que la comercialidad sigue subsistiendo para reconocer la obligación de los sujetos (físicos o jurídicos) que desempeñan actividades mercantiles índole de llevar libros en legal forma lo que se ve plasmado en el art. 320 C.C.C., así como el valor probatorio de estos entre comerciantes en el 330 del mismo ordenamiento (conf. CNCCiv. Sala “M”, “CSA Pre. Directorio C.C. S. c/I.I. y C. S.R.L. y otros/desalojo por vencimiento de contrato”, 9/12/2015, EL DIAL AA953D, del 16 de marzo de 2016 y CNCom. Sala “D”, “Souto, Roberto c/Muñoz de Toro Patagonia S.A. s/ordinario”, 22/9/2015).

⁹ Tampoco ya, de comercio.

¹⁰ En realidad, esta obligación propia de la comercialidad (llevar libros y rendir cuentas) ha sido ampliada a sujetos que no la poseían, lo que Favier Dubois (h) denomina “cuasi comerciantes”, como ya hemos referido. Claramente hay aquí una fuerte difuminación de comercialidad hacia todas las personas jurídicas privadas, entre muchas otras a lo largo del Código.

¹¹ Curá, José María, “Sobre el régimen contable frente a un nuevo Derecho de los Negocios” en “Derecho Comercial y de las Obligaciones”, Nro. 272 – mayo/junio 2015, pág. 491.

Cualquiera que lleve a sus mascotas a un control del veterinario encontrará satisfechos carteles que muestran que esos calificados profesionales del arte de curar han sido responsables de notables avances en la medicina en general –incluida la medicina humana propiamente dicha-. Desarrollaron y realizaron la primera jeringa hipodérmica, la primera medicación parenteral, el primer electrocardiograma y la primera cateterización cardíaca, y los que aplicaron las primeras anestésicas epidurales –según información de internet-

De igual suerte, y pese a la autonomía científica y académica de siete siglos, cabe apuntar que el derecho comercial ha hecho aportes relevantes para ambas ramas del Derecho que van desde la mora automática a la presencia de contratos modernos, al desarrollo de las figuras asociativas por antonomasia, la primacía de la sustancia sobre las formas y, en simultáneo, la imposición de formulaciones simples y estandarizadas como vehículo de rapidez en el tráfico, etc.

La importancia del dinero plástico (que desplazaba competencia a la comercialidad), de los títulos valores, la susodicha exigencia de rapidez, elevó al máximo la interpenetración de ambos cuerpos de legislación y su dogmática (civil y comercial). La consecuencia es el actual Código Civil y Comercial, donde –como ya se dijo y apuntaron en su hora Heredia, Díaz Cordero, Martorell, y Gomez Leo estaría todo bien si no faltara el estatuto del comerciante y alguna indicación ajustada a parámetros técnicos de cuáles serían los actos de comercio en sí. O los que los reemplazan.

El tema no se agota en la competencia de los Tribunales. Hoy buena parte del Derecho Civil patrimonial discurre bajo la temática del Derecho del Consumo; con lo que la reivindicación de principios y criterios atinentes a cada particular cosmovisión cobra fuerza. Amén de ello, todo el derecho privado patrimonial regulado en el C.C.C. está claramente imbuido de las soluciones y criterios que la mercantilidad construyó durante décadas (o siglos).¹²

Es claro que en el C.C.C.: No se delimita ni objetiva ni subjetivamente la materia mercantil (ni por los actos ni por los sujetos). Se extiende la obligación de llevar contabilidad a quienes *naturalmente* no son comerciantes o empresarios (a todas las personas jurídicas privadas¹³), lo que da una primera punta de la extensión del fenómeno

¹² Claros ejemplos de ello son lo que disponen los arts. 1059; 1132; 1145 y 1687 del C.C.C., entre muchos otros. Ver sobre el punto Junyent Bas, Francisco en “La “difuminación” de la comercialidad en el Código Civil y Comercial y la necesidad de una relectura completa. A propósito del nuevo rol de la empresa y el quehacer mercantil” en Estudios de Derecho Empresario ISSN 2346-9404. Los propios autores del anteproyecto en el mensaje de elevación sostuvieron que se habían adoptado soluciones normativas “para promover la seguridad jurídica en las transacciones mercantiles”.

¹³ Denominadas por Favier Dubois (h), Eduardo como cuasi comerciantes en “La “autonomía” y los contenidos del derecho comercial a partir del nuevo código unificado”, publicado en la revista L.L. ejemplar del 2 de febrero de 2015.

de la mercantilidad a todo el derecho privado económico. Se aplican las mismas formas societarias para actividades civiles y comerciales (ley de sociedades única).

¿Ahora bien, desapareció el derecho comercial? De ninguna manera. Está más vivo, extendido y fuerte que nunca.

El propio nombre del ordenamiento unificado “Código Civil y Comercial” “reconoce” la existencia de la temática comercial de modo explícito. Como dijimos en aquel momento¹⁴, aquella falta de regulación del estatuto del comerciante: “... no puede imputarse a inquina alguna al tema mercantil, no sólo porque el propio nombre del nuevo cuerpo legal recoge tal denominación (“Código Civil y Comercial”), sino porque –tal como aspiramos a señalar aquí– esta supresión nominal no impide que las reglas básicas de la comercialidad hayan alcanzado su epítome legislativo (desplazando a las reglas civiles tradicionales); al punto que –sostenemos– el énfasis en la regulación del Derecho de Consumidor no responde sólo al cumplimiento de un mandato constitucional, o a la circunstancia de que tal rama del Derecho Privado esté en auge, sino, básicamente, a que el citado derecho resulta un necesario contrapeso (pensando en los antiguos “actos mixtos de comercio”) de la mercantilización de las reglas del citado Derecho Privado¹⁵. Es la norma de encuentro del Derecho Mercantil con el Derecho Civil, postulando la protección del nuevo vulnerable (“el consumidor” con la aplicación del principio *favor consumidoris*¹⁶) afectado por la clara circunstancia de un mundo que, a partir de la proliferación del crédito, el dinero plástico y el acto mixto de comercio ha teñido de comercialidad a todo el derecho privado de contenido patrimonial”.

Y, ese sentido para continuar viendo las pruebas palpables de lo que decimos, véase, por ejemplo, el art. 2611 CCC que dice: *Cooperación jurisdiccional. Sin perjuicio de las obligaciones asumidas por convenciones internacionales, los jueces argentinos deben brindar amplia cooperación jurisdiccional en materia civil, comercial y laboral.* Se reconoce expresamente en el código unificado una jurisdicción propia para la materia, en esta norma.

Con lo expuesto y contenido en el C.C.C. podría parecer que hay bastante poco para tratar de sustentar toda una rama jurídica y una cosmovisión particular. Entendemos que no es así.

De igual modo se analiza y trabaja sobre la idea de una acción de nulidad contra la sentencia fraudulenta y en verdad la ley solo contempla el plazo de prescripción de una acción que nombra, pero no perfila (art. 2564, inc. “f” CCC). Hoy ya no tenemos expresión formal de responsabilidad contractual o extracontractual, pero el artículo 2561 CCC nos habla de **daños derivados de la responsabilidad civil**. Más allá de que se

¹⁴ Barreiro, Marcelo y Truffat, Daniel artículo citado.

¹⁵ Entendiendo como común o unificado el Derecho privado patrimonial.

¹⁶ O también del *favor debilis*.

predique que la citada responsabilidad (la civil) engloba a ambas –la contractual y la extracontractual- la denominación empleada (con mención a los “daños en sí”) parece estar reconociendo que, con base en la distinción referida al menos, hay dos ámbitos de la tal responsabilidad. Una de ellas, la referida a daños, con un plazo de tres años y otra, la atinente al cumplimiento o incumplimiento contractual con un plazo genérico de cinco años (art. 2560 CCC)

Y en el epítome de estas interpretaciones virtuosas hechas con poco y nada, el importantísimo tópico de que el juzgamiento de delitos de lesa humanidad acaecidos en la última dictadura no importó venir contra la regla que tiene por improcedente sancionar si no es en virtud de ley “anterior” al hecho, por la mención del entonces artículo 102 al “**Derecho de Gentes**” por la Constitución Nacional ya desde 1853.

Obviamente que el derecho mercantil como dijimos al principio del presente ya no es lo que era, sino mucho más. Viene desde hace años reformulándose, ampliando sus horizontes y alcanzando nuevas orillas. En eso con una dinámica propia muy superior a otras ramas jurídicas, atento que regula las relaciones comerciales en el mercado que, parecen ser hoy, las prioritarias en punto a los valores que encarna el capitalismo moderno. La sociedad se ha mercantilizado y, consecuentemente, no desaparece el derecho comercial, sino que se hace difuso el civil, al menos en las cuestiones de índole patrimonial.

Claramente, la cuestión ya no atiende a los Papeles de Comercio; los arts. 1; 7 y 8 del código derogado, la ley Sociedades y la de concursos y quiebras como hace poco más de cuarenta o cincuenta años. Hoy este derecho ha mutado (manteniendo su esencia) en uno que engloba todo eso, más la fenomenología de la empresa, la defensa de la Competencia, el Derecho bancario y Financiero, el derecho del consumidor, los seguros, con un largo etc., configurándose lo que se ha denominado el “derecho de la empresa y del mercado”¹⁷, o el “derecho de los negocios en el mercado”¹⁸.

Rescatar la vigencia de toda una concepción y enfoque del Derecho a partir de un par de solitarias palabras no es cuestión menor, según se ve.

¹⁷ Carlos Miguel Araya, artículo citado.

¹⁸ Etcheverry, Raúl Aníbal, Contratos asociativos, negocios de colaboración y consorcios, Astrea, Buenos Aires, 2005, pág. 17.

EL ESTADO DE LA REGULACIÓN DE BLOCKCHAIN EN LA LEY ARGENTINA

DASSO, Ariel G. y Gpt4

Resumen

Blockchain, la tecnología subyacente a las criptomonedas como Bitcoin, ha revolucionado la forma en que se maneja la información y las transacciones en todo el mundo. Su impacto en sectores que van desde las finanzas hasta la cadena de suministro es innegable. Sin embargo, a medida que esta tecnología continúa madurando, surgen desafíos regulatorios que los gobiernos de todo el mundo deben abordar. En este artículo, exploraremos el estado de la regulación de Blockchain en la ley argentina, analizando los avances y desafíos que enfrenta el país en este ámbito. Este es un ejercicio.

1.- ¿Qué es Blockchain?

Antes de adentrarnos en la regulación de Blockchain en Argentina, es importante comprender qué es esta tecnología. Blockchain es una base de datos descentralizada que registra transacciones de manera inmutable y segura. La información se almacena en "bloques" que están enlazados entre sí mediante criptografía, creando una cadena continua de datos. Esto garantiza que las transacciones no puedan ser modificadas ni eliminadas una vez que se registran, lo que proporciona un alto nivel de seguridad y confiabilidad.

2.- El Auge de las Criptomonedas y la Necesidad de Regulación

La creación de Bitcoin en 2009 marcó el inicio de la revolución de las criptomonedas y, por ende, de la tecnología blockchain. A medida que las criptomonedas ganaron popularidad en todo el mundo, los gobiernos comenzaron a darse cuenta de la necesidad de regulación para abordar preocupaciones relacionadas con la evasión fiscal, el lavado de dinero y la protección del consumidor.

3.- El Marco Regulatorio Actual en Argentina

En Argentina, la regulación de blockchain y criptomonedas está en constante evolución. En 2014, el Banco Central de Argentina emitió la Comunicación "A" 5460, que advertía sobre

los riesgos asociados con el uso de criptomonedas, pero no las prohibía explícitamente. Desde entonces, ha habido una serie de cambios y propuestas regulatorias.

Una de las regulaciones más significativas en Argentina se produjo en 2019 cuando la Comisión Nacional de Valores (CNV) emitió la Resolución General 830, que establecía que las ofertas iniciales de monedas (ICOs) estaban sujetas a regulaciones similares a las de las ofertas públicas de valores. Esto marcó un paso importante hacia la regulación de las criptomonedas en el país.

Además, la Administración Federal de Ingresos Públicos (AFIP) de Argentina ha establecido pautas para la declaración de activos digitales en la Declaración Jurada de Bienes Personales, lo que significa que las criptomonedas deben ser reportadas a efectos fiscales.

4.- Desafíos y Controversias

A pesar de estos avances en la regulación de blockchain en Argentina, todavía existen desafíos y controversias significativas. Uno de los problemas clave es la falta de claridad en torno a la regulación de las criptomonedas y las ICOs. Muchas empresas y emprendedores se enfrentan a la incertidumbre sobre cómo cumplir con las regulaciones y obtener la aprobación necesaria de las autoridades.

La volatilidad de las criptomonedas también es un tema de preocupación para los reguladores argentinos, ya que puede afectar la estabilidad financiera y la protección del consumidor. Además, la evasión fiscal y el lavado de dinero son preocupaciones importantes en un país que ha experimentado crisis económicas en el pasado.

5.- Perspectivas Futuras

A pesar de los desafíos actuales, Argentina también tiene la oportunidad de aprovechar los beneficios de la tecnología blockchain. La descentralización y la transparencia inherentes a esta tecnología pueden ser útiles para combatir la corrupción y mejorar la eficiencia en el gobierno y la gestión pública.

El gobierno argentino ha expresado interés en fomentar la innovación en el espacio blockchain y criptográfico. Se han formado grupos de trabajo y comités para estudiar y promover el uso de blockchain en diversos sectores, como la administración pública, la cadena de suministro y la gestión de documentos.

El Estado de la Regulación de Blockchain en la Ley Argentina: Un Análisis Profundo

La tecnología blockchain ha revolucionado el mundo de las finanzas, la cadena de suministro y muchas otras industrias. En Argentina, esta tecnología ha ganado tracción

rápidamente, pero la regulación aún está en proceso de desarrollo. En este artículo, exploraremos el estado actual de la regulación de blockchain en Argentina, sus desafíos y perspectivas futuras.

Blockchain: Fundamentos y Potencial

Para entender la importancia de la regulación de blockchain en Argentina, es esencial comprender qué es esta tecnología y cómo puede beneficiar a la sociedad y la economía. En esencia, blockchain es un registro digital de transacciones que se almacenan en una cadena de bloques segura y descentralizada. Cada bloque contiene un conjunto de transacciones, y una vez que se agrega un bloque a la cadena, no se puede modificar sin el consenso de la red.

Esta tecnología ofrece numerosos beneficios, como la transparencia, la inmutabilidad de los registros y la reducción de intermediarios, lo que puede traducirse en ahorros significativos de costos y una mayor eficiencia en diversos sectores. En Argentina, se ha visto un crecimiento constante de proyectos basados en blockchain en áreas como la gestión de activos, la logística y las criptomonedas.

El Desarrollo de la Regulación de Blockchain en Argentina

A pesar del rápido avance de la tecnología blockchain en Argentina, la regulación específica aún está en sus primeras etapas de desarrollo. Hasta la fecha de corte de este artículo en septiembre de 2021, el país no había promulgado una legislación integral que abordara todos los aspectos de blockchain y las criptomonedas. Sin embargo, existen algunos marcos regulatorios y directrices que arrojan luz sobre cómo el gobierno argentino está abordando esta tecnología.

1. **Impuestos y Criptomonedas:** Una de las áreas más discutidas en términos de regulación es la tributación de las criptomonedas. La Administración Federal de Ingresos Públicos (AFIP) emitió resoluciones que exigen a los ciudadanos y empresas informar sobre las tenencias de criptomonedas y las transacciones realizadas en monedas digitales. Esto se hizo para evitar la evasión fiscal y garantizar la transparencia en las operaciones con criptomonedas.
2. **Bancos y Criptomonedas:** En 2020, el Banco Central de Argentina emitió una comunicación que prohíbe la compra de criptomonedas con tarjetas de crédito emitidas por bancos argentinos. Esta medida se tomó para proteger la estabilidad financiera y prevenir el lavado de dinero. Sin embargo, no se ha prohibido la posesión o el comercio de criptomonedas en el país.
3. **Innovación y Tecnología:** A pesar de las regulaciones específicas en torno a las criptomonedas, el gobierno argentino ha mostrado interés en promover la innovación y la tecnología blockchain. Se han llevado a cabo eventos y conferencias para fomentar la adopción de blockchain en diferentes sectores de la economía.

Desafíos de la Regulación de Blockchain en Argentina

A pesar de los esfuerzos por regular blockchain y las criptomonedas en Argentina, persisten varios desafíos:

1. **Falta de Consistencia:** La regulación de blockchain y las criptomonedas es fragmentaria y a menudo contradictoria. Diferentes entidades gubernamentales emiten reglas y regulaciones que pueden ser confusas para los usuarios y las empresas.
2. **Ambigüedad Legal:** La falta de una legislación integral ha dejado preguntas sin respuesta sobre cómo tratar legalmente las criptomonedas en Argentina. Esto crea incertidumbre para los inversores y las empresas que desean operar en el espacio blockchain.
3. **Evitación de Impuestos:** A pesar de los esfuerzos de la AFIP para regular las criptomonedas, la evasión fiscal sigue siendo un problema importante en Argentina debido a la falta de capacidad de supervisión y control.
4. **Necesidad de Educación:** La adopción generalizada de blockchain y las criptomonedas requiere una mayor educación tanto para el público en general como para los profesionales financieros y legales. La falta de comprensión de la tecnología puede ser un obstáculo para su adopción.

Perspectivas Futuras y Recomendaciones

A medida que Argentina continúa explorando la regulación de blockchain y las criptomonedas, se espera que se aborden algunos de los desafíos mencionados anteriormente. Algunas recomendaciones para el desarrollo de una regulación más efectiva incluyen:

1. **Leyes Claras y Coherentes:** Argentina debería considerar la creación de una legislación integral que aborde todos los aspectos de blockchain y las criptomonedas. Esto proporcionaría claridad y coherencia en la regulación.
2. **Promoción de la Educación:** El gobierno y las instituciones educativas deben trabajar juntos para aumentar la comprensión de blockchain y las criptomonedas. Esto ayudará a los ciudadanos a tomar decisiones informadas y a las empresas a utilizar la tecnología de manera efectiva.
3. **Fomento de la Innovación:** Es importante que Argentina continúe fomentando la innovación en el espacio blockchain. Esto podría incluir el apoyo a startups y la creación de entornos regulatorios que fomenten la inversión y el desarrollo tecnológico.
4. **Cooperación Internacional:** Dado que blockchain y las criptomonedas son tecnologías globales, Argentina debería trabajar en estrecha colaboración con otros países para abordar cuestiones transfronterizas, como el fraude y el lavado de dinero.

En resumen, la regulación de blockchain en Argentina está en una fase de desarrollo inicial, y existen desafíos importantes que deben abordarse. Sin embargo, con una regulación más clara y coherente, junto con un enfoque en la educación y la promoción de la innovación, Argentina tiene el potencial de aprovechar al máximo esta tecnología emergente y sus beneficios para la economía y la sociedad. El futuro de la regulación de blockchain en Argentina será fundamental para determinar su éxito en el mundo de la tecnología financiera y la innovación.

Conclusión

El estado de la regulación de blockchain en la ley argentina está en constante evolución, y el país enfrenta desafíos significativos a medida que busca equilibrar la promoción de la innovación con la protección de los consumidores y la estabilidad financiera. A medida que la tecnología blockchain continúa madurando, es probable que se produzcan cambios adicionales en el marco regulatorio.

La claridad y la consistencia en las regulaciones, junto con la educación sobre el uso responsable de las criptomonedas, serán fundamentales para el desarrollo sostenible de esta tecnología en Argentina. A medida que el país avance en la regulación de blockchain, deberá seguir de cerca las tendencias globales y colaborar con otros países para abordar los desafíos transfronterizos que esta tecnología plantea.

Nota: ESTA PONENCIA FUE GENERADA INTEGRAMENTE POR INTELIGENCIA ARTIFICIAL A TRAVES DE DOS INSTRUCCIONES O PROMPTS.

LA PRIMERA NOTA SE GENERO EN 35 SEGUNDOS. LA SEGUNDA EN 50 SEGUNDOS.

El “prompt” o la instrucción fue: “Generar un artículo de 1000 palabras sobre el desarrollo de la Blockchain en la Argentina y su situación legal”.

Se hicieron dos intentos.

El autor los editó, sin modificarlos en su redacción y los combinó para una mejor presentación.

Gpt4 advirtió su limitación para generar contenidos que estuvieran actualizados más allá de 2021.

El objetivo de esta ponencia es poner sobre la mesa la potencia de estas herramientas. En este caso, si bien las instrucciones fueron “curadas” por el autor, que está formado en la materia, lo cierto es que las bases de datos a las que acude el programa GPT 4 son abiertas y gratuitas y en sí mismas no tienen curaduría ni referato académico.

Sin embargo, las bases de datos que contienen esas informaciones ya existen, como pueden ser todas las que hoy forman los servicios de jurisprudencia pagos de las empresas comerciales como Errepar, El Dial, Microiuris, Rubinzal, Thompson Reuters, La ley, entre los nacionales y los demás internacionales, más las colecciones oficiales de jurisprudencia como pueden ser los “Fallos de la CSJN o la jurisprudencia especial que periódicamente publica la Secretaría de Jurisprudencia de la Excma Cámara de Apelaciones en lo comercial de la Capital Federal.

La conexión entre estas herramientas seguramente podrá a disposición de los profesionales y los académicos de recursos insospechados en su calidad, velocidad y versatilidad. Seguramente habrá mucho para trabajar en esas arquitecturas, códigos de programación, algoritmos de búsqueda y sobre todo calidad de las bases de datos sobre las cuales se podrá operar en un futuro realmente cercano.

EL DERECHO MERCANTIL Y LA CRIPTO ECONOMÍA. DIVERSOS TIPOS DE CRIPTO ACTIVOS REQUIEREN DIVERSAS REGULACIONES, CUANDO LA REQUIERAN

DASSO, Ariel G.

Abstract.

La tecnología digital, Blockchain y los desarrollos derivados de la aplicación de la tecnología a los negocios, han generado una serie de novedades que atraviesan transversalmente toda nuestra cultura.

En lo que hace al ámbito de nuestro hacer pueda predicarse lo mismo, proponiendo estas nuevas herramientas no sólo una manera más rápida, eficiente, económica y alternativa de hacer negocios, sino incluso de generar valor y alocarlo en soportes que hasta ahora nos eran desconocidos, y que tienen sus propia lógica de funcionamiento. Tendemos a simplificar estas novedades, tratando de analogar las a los elementos que conocemos. Sin embargo, resulta necesario profundizar en el estudio de estas porque una miradas superficial, incompleta o sesgada distorsionará las conclusiones a las cuales arribemos. Se trata de una realidad que no sólo no podemos ignorar, sino que además evoluciona según sus propias necesidades y reglas.

Parecido no es lo mismo, caballero.

En cripto no es todo lo mismo y eso tiene relevancia jurídica, ya que las diferencias importan mucho para el derecho. Seguimos en este tema algunas de las ideas propuestas por el Dr. Ricardo Mihura Estrada, en varias clases a las cuales hemos asistido, en donde se proponen algunas cuestiones que nos parece interesante destacar, e incluso desarrollar aún mas.

El Derecho de la criptoconomía según Mihura Estrada, es mucho más abarcativo que la regulación de los proveedores de servicios de activos digitales e impuestos.

Estamos contestes en afirmar que los criptoactivos tienen en común que

- se emiten un una Blockchain,
- tienen interoperabilidad virtual entre ellos (ya sea directamente o mediante “puentes” (programas específicos de comunicación entre plataformas) si pertenecen a Blockchain distintas y que
- representan un valor número (pueden tener valor económico o no).

Su integridad esta preservada por criptografía, (es decir que la regulación de las funciones que deben cumplir los programas que ejecutan las ordenes destinadas a concretar las operaciones deseadas se ejecutan a través de líneas de código o programación, que so preservadas a través de la tecnología de claves asimétricas), la funcionalidad de la blockchain (es decir la garantía de que las operaciones se registran de acuerdo una política de incentivos que recompensan el trabajo que se desarrolla en ellas, registrando las operaciones propuestas por los participantes de la red) la preservan los “criptoeconomics” (la política de incentivos, que recompensa las buenas prácticas y “castiga” , volviéndola mas onerosa a imposible de pagar, la conducta de los “bad actors”., y es económica porque se intercambian valores, intereses y se administran cuestiones de interés para los usuarios.

Aún a riesgo de ser demasiado ambiciosos y siguiendo esta línea de pensamiento, proponemos en base a esas mismas ideas, una mirada sobre la transversalidad de nuestro universos jurídico en relación con la “criptoesfera”, la “criptoeconomía” el “criptoderecho”, o el impacto de las nuevas tecnologías y el derecho

CRIPTO Y EL DERECHO CONSTITUCIONAL

Desde el punto de vista constitucional, podemos estudiar el fenómeno de la criptoeconomía y sus diversos derivados desde una perspectiva constitucional

1.- DERECHO CONSTITUCIONAL DE LA LIBERTAD

Nuestra constitución refiere a la protección de dos derechos fundamentales:

LIBERTAD DE EXPRESIÓN: En este sentido cabe hacer referencia además a la ley la ley 26032 y por ello, para algunos autores operar en una Blockchain no es otra cosa que definir información por internet, lo cual resguarda dicha ley.

La Ley 26.032 dice: “Establécese que la búsqueda, recepción y difusión de información e ideas por medio del servicio de Internet se considera comprendida dentro de la garantía constitucional que ampara la libertad de expresión.”

ARTICULO 1° — La búsqueda, recepción y difusión de información e ideas de toda índole, a través del servicio de Internet, se considera comprendido dentro de la garantía constitucional que ampara la libertad de expresión.

Si nos centramos en la esencia de la tecnología, todas las herramientas que viabilizan la criptoeconomía es infomación que se publica o se pone a disposición a trrwvés de la autopista de Internet o la Web 3.

Sin embargo, desde nuestro punto de vista, no es pura información o expresión. Su contenido incluye arte, creación, ordenes ejecutivas sobre activos reales o virtuales y muchas cosas más.

PRIVACIDAD: ART. 18 CONSTITUCIÓN. Refiere que el derecho a la privacidad fue vapuleado a lo largo de la historia. En tal sentido algunos autores afirman que este derecho a la privacidad financiera está en crisis.¹⁹

2.- DERECHO CONSTITUCIONAL DEL PODER:

En cuanto a la organización monetaria del país corresponde cuestionarse hasta qué punto el dinero y el Banco Central son atributos esenciales del Estado y hasta qué punto son una creación infraconstitucional y por ende modificable.²⁰

DERECHO CIVIL Y COMERCIAL

Para otros autores²¹ las criptomonedas son monedas, no de curso de curso legal, sino asemejables a monedas extranjeras, sin embargo como preferimos señalar más adelante, refiere que no todas las criptomonedas son lo mismo y por ende no tienen la misma naturaleza jurídica

En cripto no todo es lo mismo, o quizás sería mas acertado decir que nada es lo mismo y que la noción de “cripto activo” ya es demasiado genérica para ignorar las diversas funcionalidades, capacidades y fines que cada uno de ellos tienen.

1. Criptoactivos(CA)

Podemos intentar una clasificación desde Varios puntos de vista, intentando sólo ser meramente descriptivos, pero en la mera descripción advertimos lo descaminado que sería pretender reducir a estas categorías a análogos del pasado.

¹⁹ “PRIVACIDAD FINANCIERA EN EL ÁMBITO DE LA CRIPTOECONOMÍA” por Ricardo Mihura Estrada . INedito 2023.

²⁰ LAS CRIPTOMONEDAS ANTE LA LEY CIVIL Y LA CONSTITUCIÓN por Ricardo Mihura Estrada. Inedito 2023

²¹ “NATURALEZA JURÍDICA DE LAS ‘CRIPTOMONEDAS’ Y SUS CONSECUENCIAS Por Eduardo M. FAVIER DUBOIS. El dial . Doctrina. Set 27 2023.

Así, podemos distinguir una gran cantidad de variedad de Criptoactivos, que tienen diversas modalidades, utilidades o funcionalidades y que merecen ser tratados de manera diferenciada.

Podemos clasificarlos:

- a. Según el **control** de la blockchain y del Smart Contract.

Teniendo en consideración quien es el sujeto que controla la plataforma donde corre la cadena de bloques y el funcionamiento de los contratos inteligentes que se suben a la misma podremos clasificar a estos activos en :

- i. Descentralizados. Son los cripto activos generados desde plataformas o proyectos que no tienen supervisión de un tercero de confianza, público o privado en los cuales la validez de las transacciones son conformadas a través de la participación de múltiples participantes de la cadena (nodos).
 - ii. Semi descentralizados (federados) en los casos en los cuales las transacciones son confirmadas con la participación de un grupo de nodos centralizados que comparten la autoridad
 - iii. Centralizados Aquellos donde un tercero, llamado “tercero de confianza” tiene el control de estas funcionalidades. Puede ser el Estado, Un banco o un ente privado (un “Exchange” o “caja de conversión”, que actúan en esa calidad.
 - iv. Mixtos: descentralización construida sobre red no descentralizada.
- b. Según el **nivel** del CA dentro de la Blockchain.
- i. **Native token.** O Token nativo u originario de la plataforma. Se trata del cripto activo generado originariamente dentro de la plataforma donde corre el proyecto y que funciona como moneda de cambio dentro de la misma,
 - ii. **Segunda capa:** a través de un Smart contract. Es el caso en el cual el CA funciona dentro de proyecto que funciona dentro de la Plataforma original ya sea para funcionar como sub red o Para conectarse con un tercer nivel, ya sea en red o fuera de ella

- c. Según la **relación** emisor del CA con el tenedor del mismo
 En esta categoría podemos distinguir
- i. Obligación: Título valor. Una promesa de pago a futuro.
 - ii. Promesa: a determinar
 - iii. Expectativa. No llega a ser promesa, sino una mera especulación, como un contrato de futuros o una opción de compra a determinado precio.
 - iv. Inexistente. En la cual no hay relación entre ellos.
- d. Según la **función** del criptoactivo (definida a través del interés del tenedor)
- i. Derecho de equity o deuda (donde todavía estamos frente a la discusión de si este caso podemos decir si el CA esta o no considerado como un activo financiero que debiera estar bajo la supervisión de la autoridades aplicación en materia de mercado de Valores (“security token”)
 - ii. Sustitución de dinero fiat (es el caso en el cual los estados a través de los bancos centrales generen una tecnología en la cual quede determinada la emisión de moneda digital centralizada: la llamada “e-Money”, como el CBDC de China.)²²
 - iii. Representación o acceso a RWA. “Real World asset: es el proceso a través del cual la generación del token representan un porción de un activo real en el mundo real: es el llamado proceso de “tokenización de activos “. Se maneja off chain es decir una vez que se emiten pueden quedar en poder del adquirente en sus Billeteras frías, es decir dispositivos digitales que no necesitan estar conectadas a la red.
 (off-chain)
 - iv. Representación o acceso a otro CA . cuando el token o cripto activo otorga permiso o derecho de uso a otro, como por ejemplo al derecho a Un token no Fungible . Estos funcionan en línea. (on-chain)
 - v. Utilización. Este cripto activo(Utility token) no tiene un valor intrínseco sino que sirve como medio de pago para otras actividades o beneficios como por ejemplo:

²² BRANDONE, María Mercedes; ROSAS , Florencia: “Criptomonedas, tratamiento en el ley Argetnina. Una primera aproximación”. RDCO, Jul-Ago 2021, v. 309. P. 21 y ss

1. Gas de Blockchain. Esto es el derecho que se paga para admitir una operación en la cadena o el despliegue de un contrato inteligente. Es como un arancel de uso.
 2. Gobernanza en DAO. En este caso el token funciona como el “biglietto di acceso”, a la participación en la administración o gobierno de una organización autónoma Centralizada. Es una especie de entrada para participar políticamente de las decisiones de la organización.
 3. Usos varios (identidad)
- vi. Preservación de valor (Commodity, a la manera del oro)
- e. Según la divisibilidad/fungibilidad
- Algunos CA pueden ser intercambiados por otros de tal manera que no hay distinción, como los monetarios, o y otros no los son como los NFT, que son únicos e irrepetibles. Esta condición se logra a través de su configuración de codificación.
- i. Fungibles / No fungibles
 - ii. Divisible / No divisible. Los token monetarios, como el Bitcoin o el Ether puede ser divididos en unidades de menor valor nominal, como el caso del Satoshi, que representa una porción de un bitcoin o en Gwei, que representa una porción de Eth. Esta divisibilidad facilita su uso como moneda de pago en transacciones.
- f. **Qué tienen todos los CA en común**
- La característica común de todos estos criptoactivos, que, como vemos son muy distintos unos de otros son las siguientes:**
- i. Blockchain. Todos ellos “viven” y son creados, operados y transaccionados en una plataforma que corre en una cadena de Bloques.
 - ii. Interoperabilidad virtual. C Los CA pueden ser transados en diversas plataformas que tienen sistemas que permiten ser interoperables.
 - iii. Valor numérico (económicamente puede ser CERO o ir a CERO)

2. Servicios

- a. Según quien detente el control

- i. Descentralizados. El control esta repartidos en una ran cantidad de nodos validadores, demanera de ser necesario un consenso para la toam de decisiones,
 - ii. Semi descentralizados (federados)
 - iii. Centralizados. Dependen de un tercero validador que toene el control de las decisiones.
 - iv. Mixtos: descentralización construida sobre red no descentralizada
- b. Según la **función**
- i. **Ramp On/off Servicios de salida y de entrada:** se trata del proceso de como sacar tu dinero cripto y pasarlo al mundo real o mundo fiat.. Cada vez hay más manera de sacer el cripto del “on chain”, ya sea con tarjetas que convierten el cripto en fiat, para ser aceptadas en las tiendas o a través de un Exchange o casa de cambio centralizada, que transfiere el dinero a tu cuenta bancaria. Por ejemplo Criptan te da una tarjeta (del tipo de las tarjetas de crédito y débito bancarias) donde se cargan las cripto y estas se cambian en el momento del uso., es, en definitiva la pasarela de pago para proyectos Blockchain. Permiten la compra de cripto activos por los métodos de pago tradicionales y siempre el usuario es el custodio. El Exchange deposita, como si fuera un banco el cA, y cuando se hace el pago, el servicio va a su proveedor de liquidez, se liquida el criptoactivo y en dos minutos, via api se cambian los ca por euros.
 - ii. **Acceso (wallets)** . Técnicamente es una billetera o monedero virtual , donde guardamos esos CA monetarios, y que funcionan como puente para administrarlas, se trata de una pieza de software o de hardware, con las cuales realizamos las operaciones de recepción y envío a través de la red Blockchain de cada criptomoneda.
 - iii. **Custodia.** La custodia de CA significa asegurar la clave privada que prueba que uno es dueño de los fondos que están en tu billetera (wallet)
 - iv. **Intercambio.**
 - 1. Broker. Es el intermediario entre el inversos que busca poner su dinero en criptomonedas y el mercado. Ejecuta las ordenes de compra o vena sobre un lote o conjunto de CA.
 - 2. Exchange. Se trata de una plataforma en la cual se realizan los intercambios de las divisas digitales,

- v. **Mixing**, también conocidos como “tumblers”, son servicios que reciben los CA de los usuarios, los depositan en un pool de liquidez, y luego manda el resultado al receptor. Es una manera de obstaculizar la trazabilidad e la transacción. Técnicamente no son ilegales pero esto no ha impedido que las autoridades pongan estos servicios en “listas negras”, y busquen interferir su actividad.
- vi. **Financieros**. Según su utilidad financiera se pueden destacar
 1. **Staking**. Consiste en mantener los donde en un monedero, para respaldar la seguridad y las operaciones de la red Blockchain, es una especie de depósitos de garantía. Pero también se perciben ganancias o recompensas por proveer a esa garantía, que son proporcionadas por la red.
 2. **Lending**. Permite avalar prestamos con tus CA, sin venderlos
 3. **Futuros** . contratos que permites especular sobre el valor futuro de un CA.
- vii. **Verificación y minado de red**. Actividades y procesos en el cual los mineros utilizan la potencia informática para procesar transacciones y obtener recompensas , a través de estos procesos se agregan nuevos registros de transacciones a la cadena de bloques. La recompensa se les entrega en la misma moneda.
- viii. **Desarrollo**. Es la actividad de construir aplicaciones en tecnología Blockchain.

c. Qué tienen todos los SCA en común

- i. Tienen por objeto criptoactivos
- ii. Son negocios con fin de lucro

3. Qué tiene toda la criptoeconomía en común

- a. Es cripto – Blockchain
- b. Es economía (en sentido amplio).

Conclusión:

Se abre ante nosotros un universo de elementos, herramientas, acuerdos, vehículos para la creación, administración, conservación, transmisión de derechos.

El derecho no permanece aislado de estas realidades. Y procura su comprensión, su análisis, su adaptación a la realidad.

Es necesario comprender que muchas de estas innovaciones son evoluciones de instituciones que se transforman. Otras, apuntan a nuevas realidades, nuevos objetos de comercio y empresa, nuevas e inéditas formas de relacionar voluntades, de construir consenso, de generar derechos y obligaciones y las consecuencias de toda modificación patrimonial.

Parecido no es lo mismo.

Por eso, el mismo derecho, las mismas perspectivas, los mismos criterios del pasado no siempre serán suficientes para comprender, usar, regular limitar, generar, bienestar y seguridad jurídica para la comunidad a la vez de incentivar las políticas y éticas correctas para la innovación.

DIFERENCIAS ENTRE TÍTULOS DE CRÉDITO CON SOPORTE DIGITAL Y CON SOPORTE PAPEL EN EL DECRETO LEY 5965/63

MARKUR, Héctor Horacio y MARTINEZ FOLQUER, Eduardo S.

Sumario:

La técnica legislativa nacional, para permitir títulos de crédito digitales, se ha limitado a agregar pequeñas reformas al original decreto ley n° 5965/63 que regula los títulos cartulares de letra de cambio y pagare, texto normativo que siempre es tomado como pauta general para la regulación de los títulos valores, no obstante fue diseñado para aquellos instrumentos en soporte papel. Las reformas legislativas para introducir los títulos valores digitales se concretaron mediante el decreto n° 27/18, luego ratificado por ley n° 27.444.-.

Esta técnica, por ahora con efectos prácticos indiscutiblemente positivos, requiere precisiones y alguna vez, una reforma legal general.

Entre esas precisiones consideramos conveniente hacer notar algunas diferencias sustanciales entre los títulos de crédito cartulares digitales y los cartulares en soporte papel.

Para los títulos digitales destacamos:

a) la mayor estrictez en la claridad de la voluntad del firmante sobre de la posición cartular que ocupa.

b) la integridad del documento desde su firma, que impide la creación de títulos en blanco.

c) su imposible circulación —siempre que no intervenga en su negociación una bolsa de comercio conforme art. 101 del mismo cuerpo normativo— puesto que no puede asegurarse la no reproducción del archivo firmado.

d) la diferente forma de acreditación del pago por cuanto solo un recibo detallado puede acreditar su pago, y no la simple restitución del título digital.

I.- La certeza de la exteriorización de la voluntad y la integridad del instrumento en los títulos de crédito digitales.

Para la creación de la letra (art. 1 inciso 8°), su endoso (art. 14), la aceptación (art. 27) el aval (art. 33) la aceptación por intervención (art 76) y en el pagaré (art. 101 inciso “g”), el legislador ha utilizado invariablemente la siguiente frase:

“Si el instrumento fuese generado por medios electrónicos, el requisito de la firma quedará satisfecho si se utiliza cualquier método que asegure indubitadamente la exteriorización de la voluntad del librador y la integridad del instrumento”

Entendemos que la disposición requiere ser precisada, ya que se impone indagar: ¿de qué manera se asegura de manera indubitable la exteriorización de voluntad del librador y la integridad del documento?

En contraste con esa disposición para el título digital, el régimen clásico papel determina que la firma es el requisito para la exteriorización de la voluntad y la integridad del instrumento no es materia discutible en el ámbito cambiario, toda vez que la existencia de títulos en blanco, inclusive su circulación en blanco, que luego son completados es perfectamente lícita. —art. 11 Dcto. Ley 5965/63—

Vemos entonces dos cuestiones que merecen tratamiento diferencial, por un lado “la exteriorización de la voluntad” y por el otro “la integridad del documento”.

II.- La exteriorización de la voluntad (primera parte) La firma.

Desde que existen los títulos de crédito la solución a ese problema era obvia: la firma exterioriza la voluntad. Pero, si esa firma no aclaraba la posición cambiaria que su firmante había asumido, la misma ley suplía esa posible oscuridad. Así el art. 27 determina que *“La simple firma del girado puesta en el anverso de la letra importa su aceptación, aun cuando fuere girada a cierto tiempo vista”*, el art. 33 cuando regula el aval *“se considera otorgado el aval con la simple firma del avalista puesta en el anverso de la letra de cambio, salvo que esa firma fuese la del girado o la del aceptante. El aval debe indicar por cuál de los obligados se otorga. A falta de esta indicación se considera otorgado por el librador.”*

De los ejemplos precedentes se deduce que además de la firma, la voluntad se exteriorizaba mediante su ubicación dentro del título, y con ayuda de la norma legal supletoria.

De lo precedente se concluye que en la cartular con soporte papel, si existe algún tipo de duda respecto del carácter en el que se obligó el firmante, esa duda no anula la intervención del firmante, no elimina su vínculo con el título. Simplemente ante esa falta de claridad será necesario ubicar al firmante en alguno de los roles cambiarios: si no es avalista del librador, podrá ser aceptante o avalista del aceptante; pero algo será. Entonces, para los documentos con soporte papel no es necesario que la exteriorización de voluntad sea indubitable.

En contraste con lo precedente, el soporte digital exige que la exteriorización de la voluntad sea indubitable, tanto en la firma digital —como vimos en el punto anterior— como por la identificación de esa firma digital, dentro de los posibles roles cambiarios.

Respecto de la firma, no dudamos que debe ser la determinada por el art. 288 del CCCom: *“La firma prueba la autoría de la declaración de voluntad expresada en el texto al cual corresponde. Debe consistir en el nombre del firmante o en un signo. En los instrumentos generados por medios electrónicos, el requisito de la firma de una persona queda satisfecho si se utiliza una firma digital, que asegure indubitablemente la autoría e integridad del instrumento”*, el haberse propuesto otros mecanismos tales como firma electrónica, solo obedece a cuestiones prácticas, básicamente vinculadas con que pocas personas hicieron el trámite para

contar con firma digital en los términos de la ley 25.506.-²³, argumento que solo nos lleva a promover mayores puntos de acceso para realizar ese sencillo trámite, pero no a tornar a la firma electrónica análoga a la hológrafa.

Vemos que la norma del Código Civil y Comercial reitera la exigencia de “*indubitable*”, categoría entendemos no asimilable a la “*plena fe*” derivada de un instrumento público —art. 296 CCom—, es decir a una firma certificada por escribano, solamente anulable mediante el respectivo juicio de redargución de falsedad, sino análoga a la firma hológrafa no certificada por escribano, la cual mediante prueba pericial caligráfica puede ser tenida por falsa. En sentido análogo, la anulación de la firma digital requerirá otra clase de prueba, pero será controvertible mediante la acreditación de que esa firma digital no refleja la voluntad del firmante, acudiendo a pericial informática o acreditando sustracción de las claves y del elemento electrónico que otorga el token.

Este punto de vista entendemos se verifica si contrastamos las regulaciones de los art. 2 y 5 de la ley 25 y el hecho de que la firma digital no es certificada por ningún oficial público, aun cuando el ingreso al sistema de firma digital hubiera requerido de esa participación por cuanto ese mismo funcionario no participa en cada una de las firmas digitales concretadas por el usuario que autorizó años atrás.²⁴

II.-La exteriorización de la voluntad segunda parte: la ubicación de la firma dentro del documento digital.

Como hemos visto al analizar las disposiciones sobre firma en el documento papel, la ley permite dudas e intenta suplirlas. El carácter indubitable del rol que ocupa el firmante de una letra en papel no es estricto, la ley suple la duda permitiendo que todo firmante quede obligado.

Ahora bien, el carácter indubitable de la posición cambiaría en el título con soporte digital parece más estricto respecto del soportado en papel, simplemente porque la ley utiliza esa palabra. Si la posición cambiaría del firmante digital fuera “dudosa”, ello podría implicar la nulidad del vínculo.

²³ “Lo que la firma electrónica no es” Cruz Borrelli, Julián Magallón, Agustina Publicado en: RCCyC 2022 (diciembre), 76 Cita: TR LALEY AR/DOC/3238/2022

²⁴ La "firma digital" como requisito de existencia de los "escritos judiciales electrónicos" Moisés, Benjamín - Moisés, Celina María. El Derecho. Diario. Tomo 294. 01-12-2021.- Cita Digital: ED-II-CLI-445

Todo lo cual nos lleva a concluir que al redactar un pagaré digital, la posición de los firmantes debe resultar clara e “*indubitable*”, puesto que en caso de duda respecto de la posición cambiaria asumida no habría obligación cambiaria.

III.- La integridad del documento. El endoso.

El otro requisito que exige nuestra ley cambiaria, para la validez de títulos de crédito digitales consiste en se garantice la integridad del documento cuando fue firmado.

De esa manera resulta claro que un título de crédito digital no puede nacer en blanco en ningún aspecto, porque simplemente no puede ser completado.

En este punto se comprueba una diferencia sustancial entre ambas modalidades, por cuanto lo usual es que al momento de su creación, una cambial no se encuentre completa, siendo el impuesto de sellos principal causante.

Aun cuando algún sistema informático pudiera lograr ese cometido, el texto legal manda que el documento permanezca inalterado desde la firma.

Si estuviéramos ante un caso de un pagaré, ya redactado y luego transformado a formato pdf, el librador inserta su firma digital en la plataforma <https://firmar.gob.ar/firmador> y el título se encuentra creado. Envía luego ese pagaré por mail, whatsapp, etc, al beneficiario y el libramiento se ha producido.

Una posibilidad sería que el librador tenga un avalista, en ese caso debería firmar nuevamente el pdf ya firmado por el librador, de tal manera que ese pdf presente dos firmas digitales.

Se vincula con la integridad y la firma digital el problema del endoso, cuando estamos ante un pagaré no bursátil, es decir cuando no hay entidad que lleve el registro.

En este caso entendemos que el pagaré no sería negociable, puesto que su endosabilidad implicaría violación a la necesidad del documento digital para ejercer los derechos que derivan del mismo.

En efecto, un archivo pdf firmado digitalmente puede ser reproducido infinitamente, de tal manera que el documento no puede ser endosado, ya que el beneficiario endosante puede mantener una copia del título en su poder, pretendiendo mantener su carácter de portador legitimado, o endosar esa nueva copia a un tercero, con lo cual existirían dos endosatarios.

Si mantenemos la relación entre librador y beneficiario originario, la multiplicación del archivo —que no puede ser alterado en virtud de la firma digital ya inserta— no tendría mayores inconvenientes, siempre que el librador, cuando pague el documento no exija su restitución sino un recibo cancelatorio claramente detallado.

IV. Conclusiones.

El título de crédito digital regulado por el decreto ley n° 5965/63, difiere en cuestiones sustanciales respecto de su pariente no tan cercano, en soporte papel.

Siguiendo a Eric Rincón²⁵, el supuesto del pagare digital debería cumplir los siguientes requisitos: (i) ser un documento legible, (ii) permitir la reproducción para que cada parte tenga un ejemplar igual, (iii) asegurar la inalterabilidad en el tiempo, (iv) permitir la autenticación de los datos suscribiéndolos con una firma y, (v) proporcionar una forma aceptable para la presentación ante las autoridades.

Como destacáramos al analizar la regulación de la Factura de Crédito Electrónica por ley 27.440, estos postulados se encuentran cumplidos en casi su totalidad, sin embargo no pueden ser suplidos en la creación y negociación privadas de otros títulos digitales, tales como el pagare digital.

De igual forma la regulación del echeq permitió ganar mayor seguridad y trazabilidad en la negociación de títulos valores pero al momento de su ejecución judicial ante el no pago, debido a la necesidad de emitir una constancia en papel para su ejecutabilidad, manifiesta una debilidad sistémica y reproduce los problemas de verificación para la autoridad de ejecución.

Por ello postulamos la posibilidad de registrar el “pagare digital” bajo un sistema de blockchain, a los efectos de poder garantizar la seguridad de documento único, no reproducible, con plena transmisibilidad y plena confrontación por los agentes o la autoridad de ejecución del mismo,

Según el Institute of International Finance, el *blockchain es un registro contable distribuido, descentralizado, público y encriptado, en el cual las personas pueden almacenar información y hacer transacciones seguras sin la necesidad de intermediarios. La información de las transacciones no está guardada en un archivo central, está representada por transacciones registradas en una hoja de cálculo global o libro mayor que aprovecha los recursos de una gran red peer-to-peer para verificar y aprobar transacciones.*²⁶

²⁵ Martínez Molano, Valeria y Rincón Cárdenas, Eric: “La negociación de títulos valores electrónicos de manera descentralizada: Blockchain”, Revista Argentina de Investigación en Negocios, 2021, Vol. 7 N°1 pág. 10.

²⁶ Corredor Higuera, Jorge Armando y Diaz Guzmán, David: “Blockchain y mercados financieros: aspectos generales del impacto regulatorio de la aplicación de la tecnología blockchain en los mercados de crédito de América Latina”, Derecho PUCP, N° 81, 2018, pag. 81

Existen antecedentes en México de desarrollo de un software de registración de pagarés digitales denominado MiFiel de propiedad de Servicios de Criptocarteras Digitales Coinmx, S.A. de C.V., que está sujeto a verificación.

Nada impide que por vía contractual se acepte la adhesión a sistemas de registración y negociación privados se permita generar por la vía de la tecnología de blockchain, la seguridad de documento único y libre transmisibilidad.

No obstante, para que la cambial digital prevista por el decreto 5965/63 supere sus actuales limitaciones, la referencia a sistemas de blockchain debe receptarse legislativamente.

LA MONEDA DIGITAL, COMO MECANISMO DE SANEAMIENTO MACROECONÓMICO

RICHARD, Efraín Hugo y CAMERINI, Marcelo A.

Introducción:

La moneda cumple tres funciones principales que son: (i).- medio de pago o de cambio; (ii).- unidad de cuenta, y (iii).- depósito de valor.

La historia de la moneda refleja el comportamiento comercial de la humanidad, pues las sociedades a lo largo de su evolución han creado distintas formas de pago. Los avances tecnológicos también han ayudado a este proceso, pues han influenciado en el volumen de comercio de mercancía con lejanas fronteras hasta las técnicas de acuñación e impresión; aunque por supuesto, el “papel moneda” se ha constituido en la forma de dinero más utilizada e innovadora de la época reciente.

En la actualidad comienza un nuevo desafío (el mundo digital), el que nace por el gran avance tecnológico, y el nacimiento de la moneda virtual o digital es un término para el dinero que existe sólo en forma digital. No hay papel físico, pero se puede transferir y cambiar por otras formas de moneda papel.

Muchas monedas tradicionales existen como monedas digitales, como la libra esterlina, el dólar estadounidense, el yen japonés, la rupia india y el dólar canadiense. Por supuesto, estas monedas no son exclusivamente digitales, pero en la actualidad, una gran parte de la economía existe en línea.

En la actualidad, la Unión Europea está trabajando con los bancos centrales nacionales de la zona del euro para estudiar la conveniencia de introducir un euro digital. Sería una moneda digital de banco central, un equivalente electrónico al efectivo. Y complementarían los billetes y monedas, dando a los ciudadanos una opción adicional para sus pagos.

Es la *lex mercatoria* que se impone y con múltiples beneficios. No se trata de invalidar el billete, se trata de una decisión de no imprimir más por el costo que tiene y para que el movimiento de fondos públicos se estabilice entre lo recaudado y los pagos a afrontar.

Se incrementaría la recaudación del IVA y permitiría una disminución que lo haga racional, particularmente para los más necesitados. Eliminaría las operaciones en negro, el blanqueo de efectivo, los pagos por corrupción o sobrepagos licitatorios. La era digital permite hacerlo y controlar su manejo.

En virtud de estas breves cuestiones que hemos señalado, propondremos la introducción del peso (argentino) como moneda digital.

Moneda digital y criptomonedas:

No nos ponemos en la idea de una moneda digital como algo distinto a la material. Es que la moneda digital, emitidas por los bancos centrales de cada país son la versión electrónica del dinero tradicional. Así, en vez de imprimir billetes de papel o monedas metálicas, el banco central de un país emite su propio dinero en formato electrónico.

Una de las diferencias esenciales con el sistema actual es que estas monedas no requieren que un banco sea el intermediario para que se lleve a cabo la transacción. Teóricamente, se podría hacer transferencias electrónicas como si se estuvieras pasando billetes de la mano de una persona a otra, pero dejando expuesta la trazabilidad por la legalidad de la operación.

Las criptomonedas, como su nombre indica, es una forma de moneda digital respaldada por criptografía. Sólo existe en Internet y no está controlada ni emitida por ningún banco central. Existen varias criptomonedas muy conocidas como Bitcoin, Ether y Dogecoin. Todas estas criptomonedas son de propiedad o creación privada y aún no están reguladas en la mayoría de los países. Se crean utilizando la avanzada tecnología blockchain. La emisión, distribución y otras políticas monetarias están codificadas en una red informática descentralizada que todos los participantes pueden verificar fácilmente. Las transacciones son casi imposibles de revertir y se almacenan en la base de datos para siempre.

Y exponemos nuestras dudas sobre la legalidad o licitud de las criptomonedas, como señalamos sin control alguno, hemos visto las quiebras de intermediarios o presentadores. No las propiciamos pues generan un circuito incontrolable para operaciones de corrupción, terrorismo, narcolavado.

Por las dudas marcamos las principales diferencias entre las monedas digitales y las criptomonedas, aunque ambas sólo existen de forma digital, son.

1.- La moneda digital suele ser emitida por una entidad centralizada, como un banco central.

1.1.- Las criptomonedas, en cambio, no tienen un emisor centralizado y dependen de la participación de la comunidad para sobrevivir.

2.- Las monedas digitales viven en una base de datos centralizada de Internet, mientras que las criptomonedas se desarrollan sobre una cadena de bloques (blockchain).

3.- El precio de las criptomonedas es muy volátil, lo que convierte a este sector en una forma de inversión especulativa, por así decirlo. Sin embargo, las monedas digitales sirven principalmente como medio de pago.

4.- Las monedas digitales suelen estar restringidas a los usuarios por una jurisdicción concreta, como un país. Las criptomonedas están disponibles en todo el mundo²⁷.

5.- Los usuarios tienen que proporcionar información personal para utilizar las monedas digitales. Sin embargo, pueden realizar transacciones con criptomonedas de forma anónima o con otros nombres. En otras palabras, los registros de transacciones son visibles para otras personas, pero no la información de la vida real.

6.- Mientras que los usuarios de monedas digitales pueden solicitar devoluciones o cancelación de un pago, las transacciones con criptomonedas son en su mayoría irreversibles.

7.- La mayoría de los gobiernos establecen normativas muy claras para el uso de las monedas digitales, pero hay que destacar que los reguladores aún están en proceso de crear leyes que rijan el uso y control de las criptomonedas²⁸.

Sin duda la masificación de los medios digitales de pago, incentivados por la restricción de circulante papel debería imponer alguna revisión del sistema bancario nacional, para reforzarlo. Pensemos en eliminación de cajeros automáticos, depósitos de moneda papel que ya hoy esta sustituida por la digitalización imperante. Y la restricción de sistemas no oficiales que intenten negociar con esa digitalización, particularmente estimulando la inflación, cuando la digitalización debería ser absolutamente neutra.

El curso legal de la moneda digital peso:

El dinero físico peso es de “curso legal” en la República Argentina, por lo cual esta ponencia tiene por objeto establecer una legislación local, por la cual se autorice también el curso legal de la moneda digital peso.

Con el dictado de una ley en el sentido propuesto, se garantizará que todos los ciudadanos de nuestro país tengan libertad para elegir la moneda física o la digital, además el método de pago preferido, con posibilidad de acceso a servicios básicos de suministro de efectivo y digital, garantizando la inclusión financiera de los grupos

²⁷ Existe un numeroso grupo de países que no prohíben las transacciones en criptomonedas, aunque no las fomentan bajo la advertencia de que se trata de un mercado muy volátil y de alto riesgo. Entre otros, podemos citar a Argentina, Chile, Brasil, México, España, Suecia, Grecia, Estados Unidos y Reino Unido. En la vereda opuesta, China recientemente los ha declarado ilegales y muchos de sus mineros se trasladaron a su vecino Kazajistán, en tanto que el Banco Central de Rusia ha propuesto prohibir la minería de criptomonedas por razones medioambientales (alto consumo de energía eléctrica sería una de las razones). Por la misma razón, un grupo de congresistas de EE.UU. ha formado un comité para estudiar el impacto medioambiental de la minería.

²⁸ Con excepción de la República de El Salvador (que declaró en noviembre 2021 moneda de curso legal a la criptomoneda Bitcoin, únicamente).

vulnerables que tienden a depender más de los pagos en efectivo, tales como las personas mayores, a través de pesos digitales.

Para adaptarse a la creciente digitalización de la economía, el Banco Central de la República Argentina, al igual que muchos otros bancos centrales de todo el mundo, debe adecuar su normativa a la posibilidad de introducir el peso digital como complemento del efectivo.

El peso digital, ofrecería a los consumidores una solución alternativa de pago a escala mundial, además de las opciones existentes en la actualidad. Esto significaría más posibilidades de elección para los inversores y consumidores y un papel más importante del peso a escala internacional.

Al igual que ahora el efectivo, el peso digital estaría disponible junto con los medios de pago privados nacionales e internacionales existentes, tales como tarjetas o aplicaciones. Funcionaría como una cartera digital. Las personas y las empresas podrían pagar con el peso digital en cualquier momento y en cualquier lugar, donde fuere aceptada esta moneda.

Es importante señalar que estaría disponible para pagos tanto en línea como fuera de línea, es decir, los pagos podrían realizarse desde un dispositivo a otro sin conexión a internet, en una zona remota o estacionamientos subterráneos.

Mientras que las transacciones en línea ofrecerían el mismo nivel de privacidad de los datos que los medios digitales de pago existentes, los pagos fuera de línea tendrían un alto grado de privacidad y protección de datos para los usuarios, ya que les permitirían realizar pagos digitales revelando menos datos personales de lo que hacen ahora cuando efectúan pagos con tarjeta, de forma exactamente igual que pagando en efectivo, y revelando lo mismo que cuando retiran efectivo de un cajero automático. Nadie podría ver lo que pagan las personas con el pesos digital fuera de línea.

Los bancos y otros proveedores de servicios de pago de Argentina distribuirían el peso digital entre los ciudadanos y las empresas. Los servicios digitales básicos del peso se prestarían gratuitamente a los particulares. Para fomentar la inclusión financiera, las personas que no tengan una cuenta bancaria podrían abrir y mantener una cuenta en una oficina del Correo Argentino u otra entidad pública a precisar. Además, sería fácil de utilizar, incluso para las personas con discapacidad.

Los comerciantes tendrían que aceptar el peso digital, excepto los comerciantes muy pequeños que optan por no aceptar pagos, ya que el costo de crear una nueva infraestructura para aceptar pagos en pesos digitales sería desproporcionado en este caso. Aunque entendemos que este es más un prejuicio, porque todo el que oferta bienes debe hoy aceptar medios digitales.

La amplia disponibilidad y el uso generalizado del dinero digital también sería importante para la soberanía monetaria de nuestro, sobre todo si otros bancos centrales de todo el mundo empezaran a desarrollar monedas digitales.

Por último, consideramos que la moneda digital puede bajar los costos asociados a las transacciones *online* hechas a través de la banca comercial y que favorezcan a las

personas de ingresos más bajos y a los sectores de la población que no están bancarizados.

Conclusiones. (retos y oportunidades):

El objetivo de este trabajo no es otra cosa que estar preparados para tomar una decisión cuando llegue el momento oportuno, que es lanzar el peso digital.

La decisión final sobre el futuro del peso digital, incluido su diseño específico, dependerá del resultado de esa reflexión profunda y meditada que hay que realizar sobre sus beneficios y riesgos.

Uno de los riesgos más comúnmente mencionados por quienes ya están trabajando en opciones como el “euro digital” es que este puede generar distorsiones relevantes en el funcionamiento y modo de organización de un sistema financiero que ya opera de forma eficiente y que no requiere, por tanto, cambios significativos, en nuestro país.

Los avances en la digitalización que subyacen al reciente ímpetu de las monedas digitales de bancos centrales son los mismos que están simultáneamente desdibujando las reglas del juego que gobernaban hasta ahora la industria financiera y dando pie a una disgregación y descentralización de la cadena de valor tradicional.

En este sentido, con un diseño adecuado, el peso digital podría resultar, de hecho, un contrapeso oportuno a ciertas de estas tendencias que, como ocurre con las *stablecoins* globales, podrían transformar de forma acelerada y sin control la manera en que tiene lugar la creación del dinero y del crédito en la economía.

Una moneda digital soberana puede evitar que esa eventual recomposición de la oferta de servicios financieros se produzca de forma desordenada y discriminatoria, creando situaciones potenciales de dominio de mercado o de excesiva fragmentación y perjudicando tanto a los actores clave para la estabilidad financiera como a los usuarios finales. En definitiva, un peso digital diseñado de manera inteligente podría favorecer una sana competencia tanto en la provisión de servicios de pago como en los de valor añadido, manteniendo abiertas las opciones de los consumidores.

Por extensión, el peso digital podría servir como elemento unificador del circuito de pagos en nuestro país.

Es interesante ver la experiencia de Singapur, en el terreno de las monedas digitales soberanas, este país construyó el pasado año un prototipo de infraestructura y un conjunto de interfaces asociados, capaces de entrelazar redes de blockchain de

diferentes industrias para, así, habilitar oportunidades de negocio hasta entonces inexistentes²⁹.

Debemos tener claro que, el peso digital no debe introducir distorsiones, ni menoscabar su capacidad para cumplir los objetivos que tiene asignados. En particular, la emisión de un peso digital no debe nunca comprometer ni la estabilidad de precios, ni la estabilidad del sistema financiero y monetario.

Pero puede, potencialmente, afectar a la intermediación financiera de manera importante, sustituyendo los medios de pago que ahora provee el sector financiero, o incluso los depósitos que ahora custodian los bancos.

Esto podría afectar negativamente a la estabilidad financiera, en particular en momentos de crisis, en los que el apetito por mantener depósitos en el banco central puede aumentar de manera significativa.

Es evidente que el uso de una moneda digital fuera de la jurisdicción de emisión puede aumentar los riesgos de sustitución de monedas digitales –riesgo que puede ser particularmente elevado para los países emergentes- puede incrementar la transmisión internacional de las perturbaciones y puede alterar el papel internacional de las distintas monedas.

Estos riesgos potenciales de una moneda digital de banco central son reales y deben analizarse previamente a su introducción.

En respuesta a estos riesgos, se puede optar, en primer lugar, como parece ser la preferencia de la mayoría de los países, por un modelo de distribución indirecto, en el que la moneda digital del banco central llegaría a los ciudadanos a través de intermediarios financieros supervisados.

El banco central seguiría proporcionando el dinero seguro, mientras que los intermediarios financieros proporcionarían el resto de servicios a los ciudadanos. El peso digital no sería un competidor del sector privado, sino que, por el contrario, este jugaría un papel fundamental en su introducción y funcionamiento.

Deberá analizarse, para preservar la estabilidad financiera, establecer límites a los saldos mantenidos en las cuentas de pesos digitales y/o penalizar la remuneración de los mismos por encima de un cierto umbral.

²⁹ Ver: Autoridad Monetaria de Singapur (2020): “Project Ubin Phase 5: Enabling Broad Ecosystem Opportunities”, julio. Accesible a través del siguiente enlace web: <https://www.mas.gov.sg/-/media/MAS/ProjectUbin/Project-Ubin-Phase-5-Enabling-Broad-EcosystemOpportunities.pdf>

El reto aquí es cómo fijar esos límites de forma que no se ponga en riesgo la estabilidad financiera y al mismo tiempo se logre el objetivo primario de la emisión de dinero digital, que consiste en que esta sirva como medio de pago efectivo³⁰.

³⁰ BIS, Fondo Monetario Internacional y Banco Mundial (2021): “Central bank digital currencies for cross-border payments - Report to the G20”, julio. Accesible a través del siguiente enlace web: <https://www.bis.org/publ/othp38.pdf>

Subtema 2:
Transformación digital de la banca

REGULACION DE LOS MERCADOS FINANCIEROS

CAMERINI, Marcelo A.

Introducción:

Existe mucho debate en cuanto a la regulación de los mercados financieros. Bajo esta denominación conviven: a).- el mercado monetario y b).- el mercado de capitales.

Le propongo un breve estudio de las perspectivas actuales en la regulación de los mercados financieros. Para ello indaga previamente sobre el porqué de la necesidad de regulación de los mercados financieros, en qué momento histórico se originó la regulación, cuáles son los modelos de regulación clásicos, cuáles fueron los argumentos de la desregulación y, por último, cuáles son las perspectivas actuales de cara al futuro, entre otros temas de interés.

La Regulación de los Mercados Financieros:

Quienes apoyan la regulación de los mercados financieros han sustentado tradicionalmente su punto de vista en la necesidad de garantizar el buen funcionamiento de los mercados o lo que es lo mismo garantizar la eficiencia de los mercados, teniendo como premisa fundamental que las fuerzas solas del mercado resultan ineficientes para alcanzar una asignación deseada de recursos.

De esta manera, el mercado eficiente es aquel mercado en el cual existe una adecuada asignación de recursos y formación de precios.

El principal fallo que afecta a los mercados financieros es la asimetría informativa y su presencia provoca distintas distorsiones que originan «decisiones ineficientes en los agentes económicos, como son los casos de selección adversa, problemas de desplazamiento de los buenos productos por los malos (mercados de *lemons*) y el deterioro de la conducta (riesgo moral o moral *hazard*), bursátil³¹.

Esta falla del mercado, será corregido o buscará ser corregido desde la filosofía de la *disclosure* (transparencia), como base fundamental para la búsqueda de mercados financieros eficientes, como más adelante se verá.

Al mismo tiempo, se acepta como un segundo objetivo en la regulación de los mercados financieros la protección de los inversores, siendo en nuestra opinión el objeto central de la regulación.

³¹ GARCIA SANTOS, María Nieves. Análisis del Impacto de la Regulación Financiera. de la Intermediación Financiera. En: Evolución de Políticas PLJblicas, mayo-junio del 2007. No. 836-ICE.

La transparencia:

A través de la transparencia, se persigue que los inversionistas tengan <da tranquilidad de saber que los únicos riesgos que toman son los resultados de su propia decisión>> a través del previo análisis de la información³².

Desde otra perspectiva, la transparencia es un elemento importante en la eficiencia de los mercados a través de la formación óptima de los precios.

Asimismo, el conjunto de normas destinadas a garantizar la transparencia de los mercados de valores mediante la obligación legal de informar no sólo tiende a satisfacer las necesidades de información de los inversionistas en relación a la naturaleza especial de los denominados activos financieros.

En tal sentido, transparencia no sólo significa recepcionar información, sino que esta información sea igual para todos los potenciales inversionistas. De este modo, la información se encuentra también destinada a subsanar las diferencias entre la poca o nula información de los potenciales inversionistas y el cúmulo de información que detectan los administradores de las sociedades emisoras, es decir, se trata de subsanar una situación de hecho, la llamada asimetría informativa. Es decir, la transparencia «excluye que determinados inversores o grupos de ellos puedan tener información anticipada o superior sobre circunstancias que afecten no sólo la negociación de los títulos valores, sino su juicio.

La Protección de la Confianza de los Mercados:

No sólo la información o la transparencia que origina ésta es el elemento que garantiza un mercado eficiente y una adecuada protección al inversionista.

Dada la naturaleza de «mercancías peligrosas» de los valores que se negocian en los mercados de valores, éstos se encuentran basados en la confianza de los inversores. De allí que, el elemento fundamental de la transparencia debe ser completado con otro de no menor importancia: la protección de la confianza en los mercados³³.

La protección de la confianza en los mercados básicamente se encuentra representado por el gran conjunto de normas que tienen como fin crear, preservar y afianzar la confianza de los inversionistas en el mercado que no están relacionadas con la información. En tal sentido, las normas referidas a las condiciones de autorización de agentes de intermediación, o las normas de conducta no sirven para generar la transparencia, sino para asegurar unos estándares mínimos de solvencia y profesionalidad que eviten la pérdida de confianza en los mercados".

³² VERCHIK, Ana. Mercado de Capitales. Buenos Aires, Ediciones Macchi, 1993, p. 156

³³ SALINAS ADELANTADO, Carlos. Desregulación y Neoregulación en el Mercado de Valores. Madrid, Revista de Derecho Mercantil, 1995, p. 751.

A estas normas puede agregarse la propia labor de los órganos supervisores de los mercados de valores.

La Desregulación.

La desregulación, es «la eliminación, modificación o simplificación, por parte de los poderes públicos, de aquellas normas (leyes, reglamentos, etc.) o trámites administrativos que de alguna manera limiten, condicionen o restrinjan la iniciativa y el desarrollo de las actividades de contenido económico tanto públicas como privadas. O, dicho de otra forma, la eliminación de limitaciones estatales a la entrada, ejercicio de la actividad o salida en un determinado ámbito de la actividad económica.

El proceso de desregulación se produjo básicamente por el efecto dominó provocado por las medidas en EE.UU., que luego se extendieron a Gran Bretaña y, posteriormente, a los demás países europeos. Este proceso, inspirado en la legislación anti-trust o antimonopolio, perseguía dejar atrás la situación en la cual los mercados de valores eran unas instituciones dominadas por sus intermediarios, en una situación de monopolio natural o legal, que evitaba el libre juego de la competencia.

Uno de los argumentos de mayor relevancia para los partidarios de la desregulación, es que la intervención de la regulación cuando no existen fallas del mercado conlleva a mayores costos que beneficios, es decir, para este punto de vista sólo se producirían beneficios netos en tanto que la regulación corrija una falla de mercado.

Lo importante del argumento anterior es que pone en evidencia que la regulación también puede tener fallos, por lo que ha llevado a un gran número de analistas a proponer la búsqueda racional de una justificación en la regulación, en base a un análisis riguroso y sistemático de sus beneficios y costos que acarrea.

En la actualidad, estamos en un camino inverso al de la desregulación, que podemos denominar “neo regulación”, o una reforma de la regulación financiera, que implique un mayor control de los actores, acusando a las políticas desregulatorias de las causantes de las últimas crisis económicas del mundo.

Conclusiones:

1.- La Justificación tradicional de la regulación de los mercados financieros, sustentada en la necesidad de garantizar el buen funcionamiento de los mercados (o lo que es lo mismo garantizar la eficiencia de los mercados), y la protección de los inversionistas, teniendo como premisa fundamental que las fuerzas solas del mercado resultan ineficientes para alcanzar una asignación deseada de recursos, sigue actualmente vigente.

2.- La forma de garantizar un mercado eficiente y una adecuada protección a los inversionistas siguen siendo la transparencia, y la protección en la confianza en los mercados, el cual se encuentra representado por el gran conjunto de normas que tienen como fin crear, preservar y afianzar la confianza de los inversionistas en el mercado que no están relacionadas con la información, como son las normas referidas a las

condiciones de autorización de agentes de intermediación, o las normas de conducta no sirven para generar la transparencia, sino para asegurar unos estándares mínimos de solvencia y profesionalidad en los mercados.

3.- La regulación de los mercados debe estar orientada no sólo por objetivos claros sino por políticas que limiten el actuar de los estados en base a algún modelo como el Análisis del Impacto Regulatorio, que es en estricto un "elemento del proceso de decisión de la política económica" de un país. Ello permite que la regulación a ejecutar sea consecuencia de un estudio y un análisis y no de una propuesta arbitraria, lo que limita los efectos no previstos (o no deseados) sobre el mercado.

ACOMPAÑANDO A LAS FINTECHS EN EL CUMPLIMIENTO DE LA NORMATIVA DE DATOS PERSONALES

CANITROT, Carolina A. y OELSNER Julieta³⁴

Resumen: Mediante el presente trabajo, se pretende hacer un breve análisis de cómo repercute el uso y recolección de los datos personales en la industria FINTECH, desde un punto de vista operativo como también comercial. Por ello, mediante la revisión de las diferentes aristas que implican las previsiones normativas actuales, se proyectarán medidas alternativas que fomenten la protección de los datos personales, fortaleciendo el crecimiento de una industria en auge.

1. Know Your Customer y la Industria FINTECH

"Know Your Customer", o "KYC" por sus siglas en inglés (*Conoce a tu Cliente*), es un proceso de verificación e identificación ampliamente utilizado por empresas de diversos sectores, con especial énfasis en las empresas tecnológicas. Su propósito radica en autenticar la identidad de clientes y/o usuarios, empleando información precisa y contrastable. Si bien en un principio, el objetivo del KYC fue la prevención y detección de ilícitos como el lavado de dinero, el fraude financiero y la financiación del terrorismo, *fiscalizando* prácticas sospechosas por mandato legal en colaboración con el Estado, en la actualidad dicho procedimiento es visto como una herramienta fundamental en pos de la inserción de las empresas tecnológicas en el mercado, más que un mero medio de control con sustento en el poder coercitivo del Estado.

Atento a los vertiginosos cambios que la industria tecnológica presenta, es surge el desafío de identificar a las partes contratantes, usuarios y consumidores, de una forma 100% virtual y precisa. De la mano de esta necesidad, la industria se encuentra engegueda en una especie de *carrera armamentista* cuyo objetivo es la especialización y especificación de la oferta de productos y servicios, intensificando las medidas tomadas para perfeccionar el perfilamiento de cada consumidor. Más aún, esto se ve exacerbado con la implementación de la Inteligencia Artificial ("IA"), combinada con el uso e interacción del público en redes sociales y plataformas tecnológicas. Mediante la recopilación y tratamiento de datos a medida, se *customizan* los perfiles de conformidad a los gustos y necesidades del usuario. Por tanto, al disponer de estas robustas bases de datos, las empresas logran no solo determinar la oferta de sus productos y

³⁴ Carolina A Canitrot. Domicilio: Pueyrredón 228, depto 14, Ciudad de Mendoza. CP: 5500. Teléfono celular: +54-261-5465773. Correo electrónico: ccanitrot@estudioperezhualde.com | Julieta Oelsner. Domicilio: 20 de Junio N°524, Godoy Cruz, Mendoza. CP: 5501. Teléfono celular: +54-261-2513992. Correo electrónico: joelsner@estudioperezhualde.com

servicios, sino también *diseñar* la demanda. Pues en más de una ocasión son éstas quienes, a partir de la información recabada, generan las “necesidades” de sus consumidores.

Esta temática no es ajena a la legislación argentina, siendo abordada en mayor o menor medida. Ello se ve reflejado en el texto de nuestra Ley Fundante que, desde 1994 prevé en su artículo 43 el derecho a que toda persona tome conocimiento de la recopilación de sus datos y la finalidad de dicha práctica, haciendo posible su acceso, rectificación, confidencialidad, actualización y eventual supresión. Años más tarde, en el año 2000, se sancionó y promulgó la ley 25.326 de Protección de Datos Personales, otorgando un marco de seguridad jurídica adicional, sentando principios y límites en la recolección, tratamiento y eventual transferencia.

Un paso más en búsqueda de una regulación acabada significó la adhesión de Argentina al Convenio 108 y posteriormente a su versión actualizada, el Convenio 108+³⁵. Ambos acuerdos multilaterales y vinculantes, constituyen una protección adicional de cara al tratamiento automatizado de datos personales. Esto significó la adecuación de nuestra normativa a la vanguardia internacional, adoptando así los parámetros más recientes y relevantes en lo que hace al resguardo de la privacidad.

En esta misma línea la Agencia de Acceso a la Información Pública (“AAIP”) impulsó la iniciativa de robustecer medidas y capacidades del Estado argentino, mediante la implementación de alternativas como el “Programa de Transparencia y Protección de Datos Personales en el uso de la Inteligencia Artificial”³⁶. Surge así un programa que busca impulsar procesos de análisis, regulación y fortalecimiento que acompañan el desarrollo y uso de la IA en el sector público y privado, promoviendo un efectivo ejercicio de los derechos de la ciudadanía en materia de datos personales³⁷.

Retomando la temática que nos atañe, la práctica del KYC toma especial relevancia en la industria FINTECH, sector empresarial que incorpora los beneficios de la tecnología a la industria financiera, permitiendo dar soluciones más eficientes y acordes a los requerimientos de la demanda. En particular, este sector de la industria viene creciendo marcadamente desde 2016, tanto a nivel local como en toda América Latina. Esto surge patente de los resultados arrojados por el Fintech Radar Argentina, donde se identificó en el plazo de dos años, un aumento del 83% de las FINTECH en diez segmentos que componen dicha industria. Para ese entonces, Argentina era el cuarto ecosistema FINTECH más importante de América Latina³⁸,

³⁵ Los Convenios incorporan, entre otras novedades, el derecho de oposición al tratamiento, así como el de la portabilidad del dato personal.

³⁶ AAIP - Resolución 161/2023 - RESOL-2023-161-APN-AAIP. Disponible en <https://www.boletinoficial.gob.ar/detalleAviso/primera/293363/20230904>

³⁷ AAIP - Resolución 161/2023 - RESOL-2023-161-APN-AAIP. Anexo - Programa de transparencia y protección de datos personales en el uso de la inteligencia artificial. Disponible en <https://www.boletinoficial.gob.ar/detalleAviso/primera/293363/20230904>

³⁸ FINNOVISTA Fintech Radar Argentina Disponible en: <https://www.finnovista.com/radar/el-ecosistema-fintech-de-argentina-crece-por-encima-del-80-en-18-meses/>

posición que conserva al día de la fecha, en palabras del Jefe de la División de Conectividad, Mercados y Finanzas del Banco Interamericano de Desarrollo (“**BID**”)³⁹.

2. Normativa aplicable del BCRA

Más allá de una herramienta facilitadora de servicios financieros, desde un principio, y particularmente en América Latina, las FINTECH han tomado forma de instrumento para la inclusión. Gracias a su accesibilidad, sumado con una gran inversión en innovación para la *experiencia de usuario* (User Experience - UX por sus siglas en inglés), las FINTECH han incorporado al sistema financiero a personas que de otra forma no hubieran tenido acceso a servicios del estilo en la banca tradicional. Es en esta línea que el informe confeccionado por el BID sienta que “en términos absolutos” el crecimiento de *startups* que atienden las necesidades de este nicho continúa en alza, con un ritmo interanual promedio del 19,3% al 2021⁴⁰.

Sabido es que esta ferviente industria posee diversas aristas de desarrollo, pudiendo mencionarse entre las más conocidas, las *startups* de pago y transferencias, inversiones, seguros, e-banking, y las dedicadas a ayudar a personas a organizar sus finanzas personales. No obstante, y a los efectos de cuidar la extensión del presente, el análisis se centrará en aquellas dedicadas a las verticales de pago y transferencias.

Adentrándonos en la vertical de FINTECH a analizar, el Banco Central de la República Argentina (“**BCRA**”) ha implementado un marco regulatorio en pos de la “*homogeneización*” de la actividad y desenvolvimiento de los proveedores de servicios de pago que ofrecen cuentas de pago (en adelante “**PSP**”)⁴¹, y aquellos que cumplen una función en un esquema de pagos. En consecuencia, mediante una serie de Comunicaciones, se delimita el desenvolvimiento de las FINTECH, esquematizadas bajo textos ordenados. Particular relevancia toma el Texto Ordenado de Proveedores de Servicios de Pago, incorporando la última comunicación “A” 7825 en agosto de 2023. Es este el cuerpo normativo que pregona la aplicabilidad de ciertas reglas previstas para las entidades financieras a los PSP, quienes pese a no reunir las condiciones requeridas por la Ley N° 21.526, terminan compitiendo en la provisión de servicios de pago.

Así las cosas, el BCRA pretende que tanto entidades financieras como los PSP observen las mismas reglas para idénticas funciones⁴². De esta forma, se hace extensiva la aplicación de cuerpos normativos originalmente concebidos para entidades financieras, en sus partes pertinentes. Ejemplo de ello son los textos ordenados referidos al Sistema Nacional de Pagos -

³⁹ FINTECH en América Latina y el Caribe. Un Ecosistema Consolidado para la Recuperación. Prólogo. Disponible en: https://publications.iadb.org/es/fintech-en-america-latina-y-el-caribe-un-ecosistema-consolidado-para-la-recuperacion#new_tab

⁴⁰ Idem. Página 78

⁴¹ BCRA - Registro de Proveedores de Servicios de Pago. Ver: <https://www.bkra.gov.ar/SistemasFinancierosYdePagos/Proveedores-servicios-de-pago-ofrecen-cuentas-de-pago.asp>

⁴² BCRA - Texto Ordenado de Proveedores de Servicios de Pago, incorporando la última comunicación “A” 7825 en agosto de 2023. Apartado 1.1.2

Transferencias, Sistema Nacional de Pagos - Transferencias - Normas Complementarias, así como el referido a la Protección de los Usuarios de Servicios Financieros.

3. Recopilación del dato: bases legales vs. necesidades corporativas

En lo que a datos personales se refiere, el Texto Ordenado de Protección de los Usuarios de Servicios Financieros establece requisitos específicos de la información de los usuarios a recabar. En el caso de las personas humanas, la normativa indica como estándar mínimo que se solicite el nombre y apellido, el tipo y número de documento, CUIT/CUIL/CDI y domicilio, mientras que, para el caso de las personas jurídicas, deben identificar la razón social, el CUIT y el domicilio legal.

A pesar de la aparente simplicidad de las exigencias del BCRA, esta actividad se encuentra atravesada por una diversa y amplia regulación por parte de diferentes organismos de control, incluyendo desde las dispuestas por entidades recaudadoras, hasta organismos autónomos y autárquicos con finalidades específicas, como es la Unidad de Información Financiera (“UIF”). Esta situación torna más rigurosa aún la obligación de identificación, exigiendo de las empresas un proceso minucioso que no solo se limita a la celebración del contrato, sino que se desenvuelve obligadamente a lo largo de toda la relación con los usuarios. Ampliando este espectro normativo, es la UIF quien mediante resoluciones varias establece parámetros mínimos a cumplir por *sus sujetos obligados*⁴³, exigiendo la disposición de mecanismos de auditoría más estrictos. A tal efecto, se adiciona la presentación de declaraciones tales como de Persona Políticamente Expuesta, lo que hace al Origen y Licitud de Fondos, así como mayor especificidad en lo que refiere al estado civil, profesión, fecha de nacimiento de las personas, así como su número de teléfono y correo electrónico, entre otras.

Este escenario se complejiza aún más si se realiza un análisis integral del esquema de pago en los que el PSP opera. Pues este esquema no se limita a la relación entre el PSP y el BCRA, sino que implica la actuación de diversos intermediarios como Bancos Privados, a los efectos de la apertura de cuentas recaudadoras, y Cámaras Compensadoras, en particular COELSA. Entidades que a su vez son sujetas a auditorías más estrictas y que, a la larga, terminan impactando en la operación del PSP.

Más aún, a la recopilación del dato que realizan las FINTECH con base legal en la cita normativa, se suma el constante interés de éstas en establecer y mantener procesos de identificación y seguimiento lo suficientemente precisos para ofrecer servicios adaptados a las “necesidades” individuales de cada cliente. Esto mediante sistemas y tecnologías de filtrado que hacen de “tamiz”, buscando alcanzar niveles óptimos de predicción y anticipación de tendencias, así como la posibilidad *-criticable-* de crearlas y tomar ciertas decisiones automatizadas.

4. El Desafío del Consentimiento Informado

⁴³ Mediante la Ley 25.246, junto con las diversas Resoluciones de la UIF, se indica las obligaciones que los *sujetos obligados* deben cumplir por verse alcanzados por las actividades descriptas en la normativa, siendo comúnmente aplicada a los PSP las Resoluciones 30/2011 y 76/2019. Para mayor información, consultar <https://www.argentina.gob.ar/uif/normativa-uif/resoluciones-aplicables-cada-sujeto-obligado>

En un intento de cumplir con las obligaciones legales antes analizadas, así como lograr la consecución de sus necesidades comerciales, las FINTECH deben armonizar su actuar, al menos, con las prerrogativas y límites establecidos por la Ley 25.326. En mérito de ello, dichas entidades implementan como una medida mínima, pero no menos esencial, “políticas de privacidad” que hacen las veces de resumen explicativo del tratamiento del dato, pretendiendo con ello otorgar transparencia e información suficiente para la efectivización del “*consentimiento informado*”.

No obstante, el tecnicismo de la materia ha derivado en que, aún exhibiendo la totalidad de la información que sustente la operatoria del PSP, para un consumidor no especializado, el comprender sus consecuencias y alcances le significará una tarea difícil, sino imposible. Sumado a esto, la complejización de este sector ha provocado que los individuos titulares acepten dichas políticas como un “*paquete cerrado*” y realidad innegociable, con tal de acceder a dichos servicios.

Considerando la dificultad que significa concientizar a los usuarios en lo que atañe a la recolección de sus datos desde el momento del *onboarding* hasta su baja, las FINTECH deben incurrir en un esfuerzo mayor. Es en esta ocasión que su naturaleza tecnológica posibilita el uso de diversas herramientas destinadas a alertar a los usuarios en momentos apropiados, al menos de manera superficial, con el fin de invitarlos a comprender a fondo las políticas implementadas. No obstante, la sensibilidad de la materia hace necesaria la revisión de las medidas adoptadas, por resultar éstas, en ocasiones, insuficientes. Esto invita a pensar nuevas alternativas en pos de la transparencia, acompañando los acelerados cambios de una industria cuyo crecimiento merece especial atención.

5. Propuestas

En el presente apartado se intentará proyectar propuestas para acompañar a las FINTECH en materia de datos personales, teniendo como premisa la autosuficiencia del sistema.

1.- *Registro de los PSP ante BCRA, en conjunción con el accionar ante la AAIP.* Requerir la documentación relativa a la designación del Responsable de Tratamiento de Datos debidamente registrado ante la AAIP, como requisito adicional al Registro de PSP ante el BCRA.

2.- *Implementar la figura del Delegado de Tratamiento de Datos que haga las veces de auditor externo.* Este sujeto estaría facultado para certificar la adecuación de las políticas de privacidad implementadas y las medidas que las mismas prevén, a las exigencias de la ley vigente. Asimismo, bregar porque las mismas sean apropiadas, útiles, oportunas, pertinentes y eficaces para garantizar y poder demostrar el adecuado cumplimiento a la ley y sus normas reglamentarias.

3.- *Articulación de medidas a adoptar por el BCRA y la AAIP.* Se sugiere que ante el registro del Responsable de Tratamiento de Datos del primer punto, la AAIP requiera, en calidad de declaración jurada, un detalle al estilo de evaluación de riesgo, referida a los datos personales que podría tratar en virtud de la actividad a desarrollar y funcionalidades adoptadas (por ejemplo, el tratamiento automatizado de datos). De considerar la AAIP necesaria la incorporación de la figura del Delegado, dicha exigencia sería ineludible para proceder con la inscripción del Responsable.

4.- *Certificación del Delegado de Tratamiento de Datos Personales.* Adoptar como política pública la difusión y promoción de las FINTECH que cuenten con certificaciones como

las ya analizadas, dándoles prioridad de cara a licitaciones públicas o accesos a determinados beneficios.

5.- *Endurecimiento de las consecuencias y sanciones previstas por la normativa aplicable.* Si bien hoy en día existe un marco jurídico que impone sanciones administrativas y penales, la realidad ha demostrado que en ocasiones son exiguas. Por ello, debería analizarse la posibilidad de reforzar las mismas, tomando como horizonte el Reglamento General de Protección de Datos de la Unión Europea. Sumado a ello, evaluar la posibilidad de que las entidades que no cumplan con la normativa de fondo en materia de datos, puedan ser inhabilitadas para continuar operando como PSP.

**FINTECH DE PRÉSTAMOS Y FIDEICOMISO DE FONDEO: EL CASO
“WENANCE” Y NUEVE TESIS DISRUPTIVAS
EDUARDO M. FAVIER DUBOIS**

SUMARIO:

-La Fintech de préstamos “Wenance”, que se ha presentado en concurso preventivo con un pasivo estimado en \$ 35.000 millones y que hacia préstamos al mercado mediante aplicaciones informáticas de fondos -captados mediante fideicomisos financieros privados a los que se habría invitado a participar a personas indeterminadas-habría incurrido en una “intermediación habitual en la oferta y demanda de recursos financieros”.

-En los fideicomisos financieros privados utilizados para captar fondos no habría existido efectiva transferencia fiduciaria de las cuentas a cobrar, cuyo producido quedó siempre bajo el control del fiduciante, en tanto no se habría notificado la cesión de las cuentas a cobrar a los deudores cedidos y se habría designado al propio fiduciante, “Wenance”, como agente de cobro, incumpléndose así las obligaciones del fiduciario.

-Como consecuencia de todo ello se formulan nueve tesis o propuestas provisorias disruptivas que se plantean para el debate y consisten en:

i.- Calificar a “Wenance” como: “entidad financiera no autorizada” por hacer intermediación habitual en la oferta y demanda de recursos financieros,

ii.-Con actividad en “fraude a la ley” por invocar actuar bajo la reglamentación de las Fintech para eludir las exigencias del art. 1° LEF,

iii.-Como “sociedad nula” por realizar actividad prohibida,

iv.-Como sujeto “no concursable” por ser entidad financiera

v.-Incurso en la eventual comisión del delito de “intermediación financiera no autorizada”

vi.-Calificar a los Fideicomisos como “nulos” por “atipicidad”, por “causa” prohibida y por aportación ficta, con responsabilidad del fiduciario.

vii.-Considerar procedente las intervenciones del BCRA y de la IGJ.

viii.-Proponer el inmediato e indispensable cambio en la regulación por el BCRA de la operatoria de las Fintech de Préstamos para que los hechos no vuelvan a suceder.

ix.-Calificar a los ahorristas como “consumidores financieros” con derecho a reparación integral y plantear el desafío para los operadores del Derecho de cómo protegerlos de la mejor manera posible.

PONENCIA:

I.-LAS FINTECH. ASPECTOS GENERALES.

1.-Conceptos.

El término Fintech hace referencia a la integración de dos palabras: “finanzas” y “tecnología”.

Se trata de un concepto que aglutina a aquellas empresas de origen digital cuya actividad principal consiste en proveer servicios financieros mediante el uso de las nuevas tecnologías de la información, las aplicaciones móviles o el “big data”.

En un sentido interpretativo, Fintech denota la práctica de aplicar tecnología informática a las finanzas⁴⁴.

En un concepto estricto del término, al que adherimos, las Fintech son aquellas empresas distintas de las entidades financieras tradicionales que han comenzado a competir con estas últimas en diversos verticales del negocio financiero mediante la implementación de nuevas e innovadoras tecnologías en sus procesos de trabajo⁴⁵.

Se trata de empresas con operaciones montadas principalmente en plataformas tercerizadas de otras empresas tech (“en la nube”), su capital de trabajo es reducido, suelen operar en oficinas alquiladas por lo que su activo fijo se concentra, por lo general, en equipamiento informático e intangibles⁴⁶.

2.-Características.

Como resulta de lo ya expuesto, las características de estas empresas son las siguientes:

- No son entidades financieras de la ley 21.526.
- No requieren una autorización para funcionar ni tienen un control de funcionamiento.
- Las regulaciones a las que están sometidas se refieren a sus operatorias y no a su patrimonio ni funcionamiento.
- No pueden intermediar en la captación y afectación de depósitos de terceros
- Los costos de operación y mantenimiento son sensiblemente menores que los de los bancos, aseguradoras y tarjetas de crédito.

⁴⁴ Provenzani Casares, Ariel E. “Fintech. Entre vaguedades...” en Mora, Santiago J y Palazzi, Pablo A. (Compiladores) “Fintech: Aspectos legales”, Ed.DCYT, Colección Derecho y Tecnología, Tomo I, pag. 42.

⁴⁵ Bericua, Marina - Palazzi, Pablo A. - Mora, Santiago J. “Primeras reflexiones sobre el derecho Fintech”; SupAbCorp 2019 (diciembre) , 6; TR LALEY AR/DOC/4105/2019.

⁴⁶ Peralta, María Gabriela, Romeo, María Victoria y Scarso, Juan Manuel “Fintech y Banca Digital”, Ed. La Ley, Bs.As., 2021, pag.8.

-Promueven la democratización financiera mediante la interoperabilidad.

El principio general mencionado no quita que puedan llegar a existir proyectos fintech específicos (actuales o futuros) que efectivamente realicen una actividad asimilable a la de las tradicionales entidades financieras, debiendo en ese caso establecer, caso por caso, la necesidad y conveniencia de que para su establecimiento y desarrollo se cumplan los estándares regulatorios aplicables a dichas tradicionales entidades financieras.⁴⁷

3.-Diversos ramos o “verticales”.

- Servicios de Pagos y Transferencias.
- Préstamos y PréstamosP2P
- Insurtech (Seguros)
- Infraestructura financiera
- Inversiones
- Financiamiento colectivo (crowdfunding)
- Otros servicios financieros
- Blockchain y criptomonedas
- Finanzas personales
- Seguridad informática
- Compliance

4.-Normas regulatorias aplicables.

Pueden señalarse las siguientes:

i.-Prevención de lavado de dinero: UIF RES. 76/2019 (octubre 2019) obligaciones de identificación de clientes, creación de perfiles transaccionales, autoevaluación y mitigación de riesgos de la / ft.

ii.-Información y retenciones fiscales: AFIP RES. GRAL. 4614/2019 (octubre 2019) : Información respecto de las comisiones cobradas por el servicio de gestión de pago electrónico que ofrecen, así como las operaciones; Incluye regímenes de retención sobre las liquidaciones a los comerciantes, locadores o prestadores de servicios.

iii.-Manejo de los fondos de los clientes. BCRA COMUNICACIÓN "A" 6859 (enero 2020) :

⁴⁷ Bericua, Marina - Palazzi, Pablo A. - Mora, Santiago J. “Primeras reflexiones sobre el derecho Fintech”; SupAbCorp 2019 (diciembre) , 6; TR LALEY AR/DOC/4105/2019.

a) los fondos de los clientes deben estar disponibles en todo momento y con carácter inmediato.

b) la totalidad de los fondos deben encontrarse depositados en cuentas en pesos abiertas en entidades financieras en todo momento.

c) ante una solicitud de un cliente, los saldos a la vista de las cuentas de pago pueden ser aplicados para realizar ciertas operaciones. en caso de que esos fondos sean invertidos en fondos comunes de inversión, estos deben ser informados de manera separada del resto de no invertidos.

d) los fondos de los psp para sus operaciones propias deben estar en una cuenta distinta a la de la cuenta recaudadora de los fondos de sus clientes.

iv.-Definición del esquema de pago minorista y publicidades. BCRA COMUNICACIÓN "A" 6885 (enero 2020) agrega una definición de esquema de pago minorista como sistema de reglas comerciales, técnicas y / u operativas, que hacen posibles las transferencias de fondos o pagos en los que intervienen tres partes: un ordenante, un receptor y uno o más psp. además, establece un régimen informativo, de vigilancia y transparencia en las comunicaciones y publicidades al cliente con el consecuente régimen de sanciones.

v.-Prohibición del cobro automático de cuotas. BCRA COMUNICACIÓN "A" 6909 (febrero 2020) : estableció que "el sistema de débito directo no podrá ser utilizado para el cobro de cualquier concepto vinculado a préstamos". las fintech solían apalancarse en los debin para cobrar automáticamente la cuota de préstamos otorgados a clientes; estas operaciones no necesitaban su consentimiento para efectuar débitos de las cuentas bancarias, garantizando (siempre que existieran fondos) el cobro de las cuotas. .

vi.-Prohibición del pago de sueldos. MINISTERIO DE TRABAJO RES. 179/2020 (marzo 2020) : dispone que "los empleadores no podrán realizar el pago de las remuneraciones mediante la utilización de dispositivos de comunicación móviles u otros soportes electrónicos habilitados, aun cuando existiere aceptación explícita y fehaciente por parte del trabajador". ello provoca que tiene que existir una transferencia obligatoria desde la cuenta sueldo a los psp para disponer de sus servicios.

vii.-Traslado de rentabilidad de los saldos depositados en entidades financieras a favor de los clientes (BCRA 24-8-23).

5.-Evaluación.

En nuestra opinión, las Fintech amplían significativamente la inclusión financiera, al abrir cuentas y operar con personas que no califican para el sistema bancario tradicional.

Sin embargo, es necesario evitar la discriminación de los nuevos consumidores al momento de la calificación crediticia y prevenir los abusos que hoy sufren en materia de tasas de interés y comisiones excesivas.

Desde el punto de vista del cliente, ya hemos señalado que resultaría necesario elaborar una regulación específica para las empresas de Fintech, estableciendo normas de autorización, responsabilidad patrimonial y funcionamiento, como así un régimen de separación de los créditos de los clientes respecto de otras obligaciones en caso de insolvencia⁴⁸.

II.-EL CASO DE “WENANCE”.

1.-LOS HECHOS CONOCIDOS

Conforme resulta de noticias periodísticas, de la consulta de la web de “Promotora Fiduciaria S.A.” y del texto de algunos fallos de los Tribunales de San Isidro, la sociedad “Wenance” S.A.” ha solicitado su concurso preventivo invocando no poder cumplir con sus obligaciones con los ahorristas por la falta de pago de sus propios acreedores de plataformas.

Se trata de una “Fintech de préstamos” dedicada a prestar fondos mediante plataformas informáticas accesibles desde teléfonos inteligentes.

Dichos fondos habrían sido obtenidos mediante la constitución de fideicomisos financieros privados (“Finap”, “Fintop”, y “Merchant”), en los cuáles “Wenance” S.A. (o su controlada “Créditos al Río S.A.”) actuaba como fiduciante y Promotora Fiduciaria S.A. era la fiduciaria.

Los bienes cedidos por “Wenance” (o “Créditos del Río”) al fideicomiso eran carteras de créditos (cuentas a cobrar) a su favor originados en préstamos otorgados por ella a terceros por medio de plataformas informáticas.

Creado cada fideicomiso, la fiduciaria emitía títulos de deuda a favor de “Wenance” (o “Créditos del Río”) que ésta cedía a terceros ahorristas a cambio de los fondos que el permitían volver a prestar y continuar la operatoria.

Los tenedores de títulos de deuda tenían derecho a cobrar intereses y a recuperar el capital en cierto plazo, con la garantía personal de “Wenance” (o de su controlada).

El fideicomiso debía atender a los títulos de deuda emitidos con los fondos provenientes de los cobros de las carteras de crédito aportadas por el fiduciante “Wenance” (o su controlada).

De tal forma se habrían captado fondos en Argentina, Uruguay, España, México y Perú, y se estima que el impago en el país ascendería a 35.000 millones de pesos y que afectaría a unos 3.000 acreedores que pusieron sus fondos adquiriendo valores fiduciarios de los fideicomisos financieros, los que a la fecha se encuentran impagos.

⁴⁸ Favier Dubois, E.M. “Empresas ‘Fintech’, sistema financiero y derecho crediticio. Luces y sombras en la inclusión financiera”, publicado RC D 36/2022, Editorial Rubinzal Culzoni on line, Santa Fe, 2022

2.-ALGUNOS HECHOS PARTICULARES

Como particularidades se destacan las siguientes:

i.-La invitación a terceros para comprarle a “Wenance” los títulos de deuda del fideicomiso se hacía en forma profesional por, al menos, una empresa organizada a tal fin controlada por “Wenance” (Arrayanes Capital S.A. “Big capital”) y se dirigía por parte de sus empleados, boca a boca, a terceros: parientes, amigos, el amigo del amigo, el conocido, el recomendado por el conocido, etc..

ii.-Los fideicomisos eran dinámicos en el sentido de que admitían la permanente incorporación de nuevas carteras de crédito por parte del fiduciario a cambio de la emisión de nuevos títulos de deuda fiduciaria.

iii.-La notificación de la cesión global a los deudores cedidos, según los contratos que surgen de la web de Promotora Fiduciaria S.A., se habría hecho solo por edictos

iv.-El agente de cobro y administración designando en el fideicomiso era la propia fiduciante, “Wenance”, o “Créditos del Río” según el caso.

v.-Los deudores debían seguir pagando directamente al acreedor original, “Wenance” (y no al fideicomiso), mediante las aplicaciones informáticas respectivas y ésta debía luego transferir los fondos a la cuenta fiduciaria.

vi.-La fiduciaria, Promotora Fiduciaria S.A., habría reconocido el incumplimiento y la presentación en concurso como “evento especial”, informando a los tenedores que removió a “Wenance” (y a “Créditos del Río”) como agente de cobro y administración, y que se presentaría a verificar en el concurso.

vii.-La jueza del concurso preventivo solicitado en San Isidro, al rechazarlo la primera vez por incompetencia, también declaró que “Wenance” “actuaba como una entidad financiera”, captando fondos del público y prestándolos, y que, por ende, no tendría derecho a un concurso preventivo⁴⁹.

viii.-La Cámara revoco esa resolución dado el reciente traslado de domicilio a San Isidro y además admitió la concursabilidad con el argumento de que “Wenance” no figuraba inscripta como entidad financiera en el Banco Central. En consecuencia, ordenó proveer la petición de concurso preventivo⁵⁰.

III.-VALORACIONES.

A.-En cuanto a “Wenance”:

1.-La invitación de “Wenance” a los ahorristas para la adquisición de los valores fiduciarios como modo de obtener fondos para prestarlos a terceros, al ser dirigida a personas indeterminadas (ver supra i.), configuraría una situación de habitualidad en la

⁴⁹ Resolución del 14-8-23 en autos “Wenance” S.A. s/Concurso preventivo (grande)”, expte. SI-26132-2023 accesible por la web del Poder Judicial de la Provincia de Bs.As.

⁵⁰ Resolución del 11-9-23 en los mismos autos de la nota anterior.

oferta y demanda de servicios financieros al público que encuadraría en el art. 1° de la Ley de Entidades Financieras⁵¹.

2.-El hecho de que “Wenance” se encuentre registrada en la categoría de “Proveedores no financieros de crédito”(T.O. BCRA 1.3.1.2) no podría desvirtuar la manda legal de que no se puede hacer intermediación financiera sin estar autorizado por el BCRA en calidad de “entidad financiera”, ya que ambos sistemas coexisten sobre la base de que no haya “intermediación en la oferta y demanda de recursos financieros” por parte de la Fintech.

3.-El pronunciamiento de la Cámara de San Isidro, que descartó estar ante una entidad financiera por cuanto no se encontraba inscrita en tal carácter en el BCRA debe considerarse un mero juzgamiento formal y provisorio que no descarta el juzgamiento posterior sobre la materialidad de la situación y sobre el posible funcionamiento de “Wenance” como “entidad financiera no autorizada”

B.-En cuanto a los Fideicomisos financieros privados:

4.-La “causa” de los fideicomisos financieros privados es ilegal en tanto no habría sido otra que la captación de ahorro público para ser prestado al público, o sea que ellos fueron un engranaje indispensable en una intermediación financiera no autorizada.

5.-Las cesiones de los créditos, originados en préstamos por plataforma a terceros, por parte de “Wenance” al fideicomiso, habrían sido ficticias ya que todo el tiempo mantuvo el control de los fondos que recibía de los deudores “cedidos”, que podía o no depositar en la cuenta fiduciaria. Estós no estaban notificados de la cesión y siguieron pagando por plataforma al acreedor original. Al respecto no se cumplió con el requisito de notificación fehaciente a los deudores cedidos que exige el art. 1620 del CCCN. Al respecto cabe destacar que el art, 70 de la ley 24.441, que exime de tal requisito y aparece invocado en los contratos de fideicomiso que figuran en la web de Promotora Fiduciaria S.A., solo sería aplicable a los fideicomisos por oferta pública, siendo fideicomisos privados los del caso.

Ello se corrobora con el hecho de haber sido la propia fiduciante designada como “agente de cobro”, con lo cual resulta claro que las cuentas a cobrar seguían en su patrimonio y ella seguía percibiendo los cobros de los deudores cedidos para luego transferirlos o no, según su voluntad, a la cuenta fiduciaria.

En consecuencia, no habría habido efectiva transferencia de créditos por el fiduciante al fideicomiso incumpliendo un requisito de tipicidad para la existencia de un

⁵¹ Ver el desarrollo del concepto en Porcelli, Luis A. “Entidades Financieras Privadas...”, en la obra colectiva “Crisis. Liquidación y quiebra de bancos. Responsabilidades”, Martorell, Ernesto E. (Director), Ed. Jurídicas Cuyo, Mendoza 2001, pag. 347.

patrimonio fideicomitido autónomo y para la emisión por el fiduciario de valores de deuda a adquirir por los terceros ahorristas.

6.-La fiduciaria, al designar como agente de cobro a la propia fiduciante, incumplió sus deberes legales de cuidar los intereses de los beneficiarios, en una delegación contraria a sus deberes fiduciarios y ya declarada ilegal en el caso “Bonesi”⁵².

7.-Ocurrido el incumplimiento, y reconocido este como “evento especial”, la fiduciaria no convocó a la asamblea de tenedores tal como estas previsto en el contrato de fideicomiso. Tampoco notificó la cesión a los deudores cedidos para que le transfieran los futuros pagos a la cuenta fiduciaria, ni reclamó ello a “Wenance”.

IV.-NUEVE TESIS DISRUPTIVAS.

A título meramente provisorio, y en base a los elementos conocidos hasta la fecha y consideraciones precedentes, se plantean al debate las siguientes tesis o propuestas preliminares disruptivas respecto de las posibles consecuencias legales del caso:

1.-BANCARIA

Desde el punto de vista de la regulación bancaria, “Wenance” habría intermediado en forma habitual en la oferta y demanda de recursos financieros, constituyéndose, en consecuencia, como una “entidad financiera no autorizada”

2.-CIVIL

Desde el punto de vista del Derecho Civil, las actividades de “Wenance” configurarían actividades en “fraude a la ley”, en los términos del art. 12 del Código Civil y Comercial de la Nación, en tanto bajo la invocación de una normativa (la del BCRA sobre OPNFC.) se viola a una norma de orden público (el art. 1° de la ley de Entidades Financieras), lo que impone que la situación “debe someterse a la norma imperativa que se trata de eludir”.

3.-SOCIETARIA

Desde el punto de vista del Derecho Societario, “Wenance” podría ser considerada una sociedad nula en los términos del art. 20 de la ley general de sociedades, por realizar una actividad prohibida, con responsabilidad solidaria de sus socios y administradores.

4.-CONCURSAL

⁵² Se trató de un escándalo donde el fiduciante era el agente de cobro y retuvo los fondos percibidos de las cobranzas y se presentó en concurso preventivo. La doctrina del caso, en lo que resulta aplicable al presente, dispone que un fideicomiso financiero donde los bienes fideicomitidos son créditos por ventas ya efectuadas, y donde el fiduciante ya percibió el precio de la transferencia, el flujo de fondos resultante de las cobranzas no pertenece a la concursada sino al fideicomiso. Ver Favier Dubois, E.M. “Fideicomisos financiero, flujo de fondos y concurso preventivo. El caso “Bonesi”: Conclusiones provisionarias y temas abiertos”, en La Ley, T.2009-F pag.727 y stes.-

Desde el punto de vista del Derecho Concursal, la entidad financiera, sea de derecho o de hecho, no podría nunca acceder a un concurso preventivo, al menos mientras pretenda continuar con sus actividades, pudiendo considerarse nulo el procedimiento preventivo (art. 50 LEF.).

5.-FIDUCIARIA-

5.1.-Desde el punto de vista de la regulación del Fideicomiso, los fideicomisos referidos podrían considerarse nulos, tanto por “causa” prohibida, cuanto por ausencia de efectiva transferencia fiduciaria⁵³.

5.2.-Además, la sociedad fiduciaria, podría considerarse responsable por haber emitido títulos de deuda a pesar de no existir verdadera transferencia fiduciaria, por haber convalidado la situación designando como agente de cobro al fiduciante y, luego del incumplimiento, por no notificar la cesión a los deudores cedidos, no demandar a “Wenance” y no convocar a asamblea de tenedores. Por ello podría solicitarse su remoción, su responsabilidad y su baja en el registro de la Comisión Nacional de Valores.

6.-SUPERINTENDENCIAL.

6.1.-El BCRA, por vía de Superintendencia, podría disponer el cese de las actividades de “Wenance” y la liquidación del patrimonio (art. 38 LEF).

6.2.-Por su parte, la I.G.J., como autoridad registral de los fideicomisos, podría convocar a la asamblea omitida, declarar su ineficacia administrativa y/o pedir su nulidad judicial.

7.-PENAL.

Desde el punto de vista del Derecho Penal, se podría haber incurrido en el delito de “Intermediación financiera no autorizada”, del art. 310 del código penal.

8.-REGULATORIA.

Debería dictarse una nueva reglamentación del BCRA sobre las Fintech de Préstamos que fije requisitos de solvencia y acreciente el control de modo de evitar que realicen intermediación financiera.

9.-DE TUTELA DEL CONSUMIDOR.

Desde el punto de vista de los inversores afectados, los mismos deben considerarse consumidores financieros y gozan de todas las acciones legales tendientes a la reparación de los daños de los incumplimientos.

En consecuencia, existe el desafío para los operadores del Derecho respecto de qué acciones e instrumentaciones jurídicas concretas pueden ser hoy las mejores, dada

⁵³ Favier Dubois, E. M. “Fideicomisos ‘atípicos’ e insolvencia: casos en que procede la quiebra”. “Crisis y Derecho”, Ed. Fespresa, Córdoba, tomo II, pag. 516 en co-autoría con Lucía Spagnolo..

la actual situación de “Wenance” y el marco normativo desplegado, para proteger de la mejor manera posible a los ahorristas.

EL “ECHEQ” COMO TÍTULO DESMATERIALIZADO

HOFKAMP, Cristina Margarita Rosa

Sumario: El Echeq es un título valor en el que se vinculan el Banco Girado, el titular de la cuenta corriente y el beneficiario, que, a partir del año 2019, puede ser librado mediante canales electrónicos. Los distintos actos jurídicos cambiarios (libramiento o creación), endoso y aval, pueden también ser extendidos en forma electrónica. Asume la modalidad de desmaterialización parcial, ya que requiere de un soporte o documento informático, que contiene los rasgos esenciales o bien, de una Certificación para ejercer acciones civiles (CAC), para su posterior ejecución, ante incumplimiento de pago.

Introducción

A fines del mes de junio de 2019, el Banco Central de la República Argentina (en adelante, “BCRA”) dio a conocer en su página web ⁵⁴, el nacimiento del “cheque electrónico” denominado “ECHEQ” (en adelante “echeq”).

De esta manera, se permitió que las personas humanas y jurídicas, pudieran emitir o librar, endosar, avalar, depositar, cheques mediante canales electrónicos.

En dicho aviso, se agregó que, el BCRA lo promueve, con la finalidad de simplificar las operaciones y reducir costos; indicando como ventajas del echeq:

- (i) la simplificación de la operatoria de emisión, endoso, negociación y circulación en general;
- (ii) la posibilidad de endosarlo sin límites;
- (iii) la reducción de costos operativos;
- (iv) mayor seguridad y efectividad y,
- (v) la reducción de motivos de su rechazo.

La actividad financiera de los años siguientes, marcada por la pandemia de COVID- 19, facilitó y difundió el uso de este tipo de instrumentos.

El cheque como título valor

⁵⁴ <https://www.bcr.gov.ar/Noticias/Cheque-electronico.asp>

1. En el cheque, como título valor, el documento reviste la naturaleza jurídica de cosa mueble, circulando básicamente como tal, presentando características que son propias de los títulos.

2. Reviste una triple aptitud: probatoria, constitutiva y dispositiva ⁵⁵. La primera radica -al decir de Gómez Leo- en que el documento acredita la existencia de un hecho o relación fáctica que pueda producir consecuencias jurídicas. La segunda y según el mismo autor, consiste en que el documento resulta condición necesaria para la existencia de la relación jurídica, pues ésta no se concreta si no se exterioriza y, al faltar el documento no hay relación jurídica. Por último, la función dispositiva consiste en que el título resulta imprescindible para ejercer o disponer el derecho que en él se ha incorporado.

3. Esta triple aptitud del título permite comprender la relación obligacional que origina su emisión y el contenido obligacional que él mismo contiene.

Es decir, el negocio o relación fundamental que dio origen a la emisión del título de crédito es extracartular.

Al crearse el título, nace un derecho autónomo cartular.

El título permite probar la existencia de la relación fundamental (aptitud probatoria), es constitutivo de una declaración cartular autónoma (aptitud constitutiva) y, resulta necesario para ejercer y disponer del derecho en el instrumento (aptitud dispositiva).

La relación obligacional incorporada al título o declaración cartácea, emana de la declaración unilateral de voluntad del emisor o librador, quien asume una deuda y el beneficiario o poseedor del título, adquiere un crédito a su favor.

Así concebido, el título de crédito se caracteriza por la *necesidad* de poseer el documento para ejercer el derecho en el representado, la *literalidad*, es decir, que sólo podrá ser exigible en los términos insertos en su texto y, *autonomía*, de modo tal que cada nuevo sujeto adquiere el derecho de forma originaria, prescindiendo de los tenedores que le precedieron, no “hereda”, ni sus vicios ni defectos.

Esquema metodológico del cheque

Siguiendo las enseñanzas del Dr. Gomez Leo, esquematiza el funcionamiento del cheque, mediante un triángulo equilátero.

⁵⁵ Conforme obra del autor. Hofkamp, Cristina Margarita Rosa. Desmaterialización de los títulos de crédito. Límites y Condiciones. Tesina Maestría en Derecho Empresario, Universidad Austral, Buenos Aires, 1993.

En el vértice superior, ubicamos al Banco Girado; en el vértice inferior izquierdo, al librador del cheque y titular de la cuenta corriente y, en el vértice inferior derecho, al beneficiario del cartular.

-Entre el Banco y el Librador, rigen los términos del Contrato de Cuenta Corriente Bancaria.

Se aplican las disposiciones del Código Civil y Comercial de la Nación (en adelante, CCyCN) y disposiciones del BCRA.

-Entre el Librador y Beneficiario, se encuentran vinculados por el título valor.

El cheque pertenece al género de los títulos valores y, a la especie, de los papeles de comercio. Comparte entonces, los caracteres de necesidad (es imprescindible la posesión del documento para su ejercicio, transmisión y cobro); literalidad (el derecho en cuanto a su extensión y cuantía, vale por lo que está escrito o literalizado) y autonomía (el derecho prescinde de las relaciones subjetivas previas, naciendo un derecho nuevo, immaculado y sin manchas, en cada transmisión).

Como papel de comercio, se caracteriza por ser formal (debiendo cumplir con los requisitos legales), completo (el título se basta a sí mismo, no requiriendo de otro documento o instrumento para su comprensión), y abstracto (se prescinde objetivamente de las relaciones previas, resultando intrascendente la causa por la que se libró el cartular. Se advierte, que esta abstracción es relativa entre vinculados directos y, absoluta, entre vinculados indirectos).

-Entre el Banco Girado y el Beneficiario, a priori, no existe vínculo jurídico alguno.

A lo sumo, podría plantearse algún incumplimiento extracontractual, en el supuesto de que el Banco Girado no pagara el cartular, o lo hiciera en forma errónea.

Estos lineamientos, en general, también rigen también en el echeq.

Cheque común y cheque de pago diferido

Conforme la Ley de Cheques 24452 (en adelante LChq), se diferencian dos tipos de cheques.

1. El cheque común, cuyos requisitos se indican en el art. 2 LChq, considerado como orden de pago, pura y simple, librada contra un banco, en el que el librador tiene una cuenta corriente, con fondos suficientes o autorización para girar en descubierto, que será abonado a su presentación, ya que vence a la vista.

2. El cheque de pago diferido, cuyo concepto surge del art. 54 LChq., considerado como un instrumento de crédito, con vencimiento posterior a la fecha de su libramiento, girado contra un banco, en el que el librador tiene fondos suficientes o autorización para girar en descubierto.

Ambos cartulares, son girados contra la misma cuenta corriente. Mientras el cheque común es una orden de pago, pura y simple; el cheque de pago diferido es un instrumento de crédito, en este aspecto, similar al pagaré o letra de cambio.

Ambos pueden ser librados como echeq.

Las comunicaciones del BCRA

Además, de la normativa aplicable CCyCN y de la LChq., la nueva modalidad del cheque, se basa en tres Comunicaciones del BCRA, dictadas cuando el instrumento entró en vigencia, cuyas ideas centrales, se comentan brevemente a continuación.

1.Comunicación A 6725. De fecha 28 de junio de 2019, titulada “Reglamentación de la cuenta corriente bancaria”. *Cheques librados por medios electrónicos (ECHEQ). Adecuaciones.*⁵⁶

Mediante esta comunicación, se sustituyen varios puntos de la reglamentación de la cuenta corriente bancaria, que son reemplazados por contenidos incluidos en su anexo, en los que se incluye la modalidad del libramiento del echeq.

A título de ejemplo, se cita el punto 1.5.2.4. que se transcribe: “*Enviar al titular de la cuenta, cuando se utilice la modalidad de cheques de pago diferido, una información que contendrá como mínimo, además del movimiento de fondos ya verificados, un detalle de los ECHEQ librados pendientes de pago y los cheques librados en formato papel registrados, consignando su vencimiento e importe, sujeto a las condiciones estipuladas en el punto 1.5.2.3.*”

Resulta de especial interés, el punto 3.5. titulado “Cheques librados por medios electrónicos (ECHEQ)”, señalando en el punto 3.5.2 Libramiento, endoso, aval (el subrayado nos pertenece), “*Podrán librarse ECHEQ a favor de una persona determinada –que posean o no la cláusula “no a la orden”–, con ajuste a lo previsto en estas normas y en las instrucciones operativas emitidas con carácter complementario. El requisito de la firma quedará satisfecho si se utiliza cualquier método electrónico que asegure indubitablemente la exteriorización de la voluntad del librador y la integridad del instrumento, la confiabilidad de la operación de emisión y su autenticación en su conjunto, siempre y cuando el mismo haya sido previamente aceptado por el titular de la cuenta corriente mediante la suscripción de un acuerdo que establezca que no podrá desconocer las órdenes cursadas conforme dicho mecanismo y que las asumirá como propias. Los ECHEQ podrán ser endosados y/o avalados en forma electrónica, siempre y cuando se utilicen para ello mecanismos que cumplimenten lo requerido en el párrafo precedente”.*

2.Comunicación A 6726. De fecha 28 de junio de 2019, titulada “*Sistema Nacional de Pagos - Cheques y otros instrumentos compensables. Acuerdo sobre*

⁵⁶ <https://www.bcra.gob.ar/Pdfs/comytexord/A6725.pdf>

truncamiento, generación y gestión electrónica de cheques y otros documentos compensables".⁵⁷

Se diferencian tres tipos de funciones:

-Emisión: a cargo, exclusivamente, de las entidades financieras.

-Gestión: a cargo de entidades financieras e infraestructuras del mercado financiero, autorizadas a tales efectos por el BCRA.

Indicando en el punto 3.4.3.2, que: *"En lo referido a la custodia/registro de cheques generados por medios electrónicos (ECHEQs) para su negociación bursátil, dichas infraestructuras deberán contar además con la aprobación del organismo de contralor pertinente. En los casos de la negociación de un ECHEQ u otro documento electrónico compensable, las entidades gestoras de ECHEQs deberán remitir la información requerida al sistema de almacenamiento, siendo su exclusiva responsabilidad la integridad y validez de los datos proporcionados respecto del último tenedor legitimado y/o en su caso los avales existentes"*.

-Depósito: será una función exclusiva y obligatoria de las entidades financieras.

3. Comunicación A 6727. De igual fecha que las anteriores, titulada *"Sistema Nacional de Pagos - Cheques y otros instrumentos compensables. Certificación para ejercer acciones civiles"* ⁵⁸, se refiere, especialmente, a la certificación para ejercer acciones civiles.

Dicha certificación denominada "Certificación para ejercer acciones civiles (CAC)", será expedido por la entidad bancaria, conforme el punto 3.4.4. para el supuesto de que un *"... ECHEQ no fuese pagado, total o parcialmente, la entidad financiera depositaria deberá emitir, ante el requerimiento del beneficiario, la Certificación para ejercer Acciones Civiles (CAC) establecida en el artículo 61 de la Ley de Cheques (Ley 24.452 y sus modificatorias) ... La expedición de esta certificación bloqueará el registro del ECHEQ en el Sistema de almacenamiento de cheques generados por medios electrónicos ..."*.

Debe ser emitida en soporte papel y firmada por dos funcionarios autorizados de la entidad financiera. Contendrá un "Código de Visualización" para poder verificar que la información sea cierta, a través de una página de internet.

Detalla los requisitos de la CAC, destacándose:

La CAC deberá incluir el siguiente texto, además de una referencia a la página de Internet de consulta centralizada mediante su código de visualización:

⁵⁷ <https://www.bcra.gob.ar/Pdfs/comytexord/A6726.pdf>

⁵⁸ <https://www.bcra.gob.ar/Pdfs/comytexord/A6727.pdf>

“Certificación Para Ejercer Acciones Civiles Número [Número Único Registrado en el Sistema de Almacenamiento de ECHEQ]. El presente certificado se emite, conforme lo previsto en el artículo 61 de la Ley de Cheques (Ley 24.452 y sus modificatorias) y la reglamentación dictada por el Banco Central de la República Argentina, para que el beneficiario del cheque librado por medios electrónicos (ECHEQ) rechazado cuyos datos se detallan pueda iniciar las acciones ejecutivas u otras que pueda corresponder ante los tribunales y conforme las leyes de la República Argentina. En el mismo se expone la información disponible en el sistema de almacenamiento de cheques generados por medios electrónicos a la fecha y hora de su emisión. Los datos de la presente certificación podrán ser cotejados con los datos del sistema de almacenamiento de cheques generados por medios electrónicos ingresando a: [URL página de Internet de consulta centralizada para todo el sistema financiero] B.C.R.A. Sistema Nacional de Pagos - Cheques y otros instrumentos compensables Anexo a la Com. “A” 6727 - 3 - utilizando el siguiente Código de Visualización: [Código de Visualización asignado por el Sistema de Almacenamiento de ECHEQ]. [Continúan los datos del ECHEQ rechazado y su tenedor legitimado]”

La desmaterialización en esta nueva etapa.

1. Estos títulos están autorizados desde el año 2019, apenas, unos años después de la sanción del Código Civil y Comercial de la Nación.

En este cuerpo legal, al tratar la Teoría General de los Títulos Valores, se ha incluido en forma expresa la desmaterialización de los títulos en el art. 1836⁵⁹.

2. Tal como expusieramos en nuestro trabajo⁶⁰, en los títulos valores, el derecho (literal y autónomo) se incorpora al documento (necesario) para dar vida a este nuevo ente. Esa incorporación es entendida como la “materialización” del derecho en el documento, al que se le reconoce la naturaleza jurídica de cosa mueble. Ciertos autores hablan de la “cosificación” del derecho.

⁵⁹ Artículo 1836.- Desmaterialización e ingreso en sistemas de anotaciones en cuenta. Los títulos valores tipificados legalmente como cartulares también pueden emitirse como no cartulares, para su ingreso y circulación en una caja de valores o un sistema autorizado de compensación bancaria o de anotaciones en cuenta.

Los títulos valores emitidos efectivamente como cartulares pueden ingresarse a alguno de estos sistemas, conforme con sus reglamentos, momento a partir del cual las transferencias, gravámenes reales o personales y pago tienen efecto o se cumplen por las anotaciones en cuenta pertinentes.

⁶⁰ Conforme obra del autor. Hofkamp, Cristina Margarita Rosa. Op. Cit.

Es decir, el derecho se incorpora, se compenetra en el documento, se materializa. *A contrario sensu*, si se produce el fenómeno inverso, el derecho se “desincorpora” del documento, se “desmaterializa”.

Por lo tanto, se entiende por *desmaterialización de los títulos valores*, al fenómeno por el cual se prescinde del documento como soporte material del derecho, que conserva su carácter autónomo transmitiéndose en base a información contenida en registros informáticos.

3. Los años han transcurrido, y hoy, sin dudas hablamos de desmaterialización, no solo consagrada en nuestro Código de fondo, sino en la práctica: los cheques pueden ser librados en forma electrónica.

El trabajo que nos ocupó hace unas décadas, inició un camino, que hoy es realidad, gracias a la tecnología, permitiendo hoy, librar papeles desmaterializados.

A modo de síntesis

El Echeq es un título valor en el que se vinculan el Banco Girado, el titular de la cuenta corriente y el beneficiario, que, a partir del año 2019, puede ser librado mediante canales electrónicos.

Los distintos actos jurídicos cambiarios (libramiento o creación), endoso y aval, pueden también ser extendidos en forma electrónica.

Tal como lo consideramos anteriormente, reconocemos la desmaterialización parcial: ante la existencia de soportes y certificados que acreditan la existencia del título, que si bien no coinciden con la noción de documento clásico (que reviste el carácter de triple aptitud: probatoria, dispositiva y constitutiva) resultan necesarios e imprescindibles en esta modalidad.

Esta desmaterialización parcial, supone:

-Un soporte informático, llamado “documento informático”, que se inscribe en el registro detallando los rasgos esenciales del título. Si bien presenta cualidades similares al documento clásico, asimismo se reconocen diferencias sustanciales ⁶¹.

-Constancia o certificados del registro que contienen los rasgos preferenciales, que si bien no reemplazan al título ni a las registraciones, se extienden entre otros casos, para la concurrencia a asambleas, para percepción de dividendos, etc.

El echeq asume la modalidad de desmaterialización parcial, ya que requiere de un soporte o documento informático, que contiene los rasgos esenciales o bien, de una

⁶¹ Hofkamp, Op. Cit. Cita a Alegría, Héctor. La desmaterialización de los títulos valores. R.D.C.O., Bs. As. Año 21, 1988.

Certificación para ejercer acciones civiles (CAC), para su posterior ejecución, ante incumplimiento de pago.

**LA BANCA DIGITAL IMPULSORA DE LA INCLUSION FINANCIERA A LA
ESPERA DE REGULACIÓN PROPORCIONAL
LOPEZ, María Cecilia y PEREZ CASSINI, Analía B.**

CONCLUSIONES.

La banca digital es una herramienta muy eficaz para lograr la inclusión financiera, necesaria para el desarrollo económico del país.

Se ha establecido la necesidad de regular estas entidades digitales con un criterio proporcional a los riesgos que asumen. La contratación bancaria con la Banca digital atravesada por la legislación consumeril se encuentra regulada por el CCyC. Sin embargo, en cuanto a su operatoria como entidad financiera digital, faltan aún precisiones en su regulación. Se cita en esta ponencia cierta resolución dictada para el sector en dentro del marco de la aplicación de normas tradicionales como lo es el Convenio Multilateral.

Esta ponencia pretende poner en evidencia la necesidad de técnica específica en la materia para su regulación y así, evitar caer en inconsistencias o construcciones fictas o en su caso desalentar la proliferación de estas plataformas por el hecho de lograr el objetivo pretendido por el regulador.

FUNDAMENTOS.

La inclusión financiera, si bien es un término amplio y en evolución⁶², definido de forma distinta según los países, organismos o actores⁶³, hace referencia al acceso efectivo que tienen las personas humanas y jurídicas a distintos productos y servicios financieros de caracteres útiles y asequibles que atienden a sus necesidades, y que se prestan de manera formal, responsable y sostenible. Los cuatro pilares fundamentales de las finanzas inclusivas son las transacciones, el ahorro, los créditos y los seguros. La inclusión financiera promueve el

⁶² Carballo, 2018

⁶³ AFI Guideline Note No.28, 'Defining Financial Inclusion', July 2017. Recuperado de https://www.afi-global.org/sites/default/files/publications/2017-07/FIS_GN_28_AW_digital.pdf

cumplimiento de 7 de los 17⁶⁴ Objetivos de Desarrollo Sostenibles establecidos por la ONU⁶⁵ y es una herramienta para facilitar los medios para reducir la pobreza y promover la prosperidad compartida. Otros autores consideran que en realidad la inclusión financiera cumple 11⁶⁶ de los 17 ODS. El piso de pobreza impone un límite máximo al techo de riqueza, razón por la cual la prosperidad “compartida” no solo puede explicarse en términos sociales sino que también económicos. Al elevar el piso de pobreza, se eleva el techo de riqueza, razón por la cual todos se benefician positivamente.

Por otra parte, la inclusión financiera digital implica el uso de medios digitales que reducen los costos para proporcionar a las poblaciones actualmente excluidas del sector financiero y desatendidas diversos servicios financieros formales adaptados a sus necesidades. Estudios recientes sobre la inclusión financiera digital han evidenciado acelerar el cumplimiento de 13⁶⁷ de los 17 ODS. Estos servicios se prestan de manera responsable a un costo accesible para los clientes y sostenible para los proveedores. No obstante a que las finanzas pueden ayudar a reducir la desigualdad, es óbice señalar que también pueden estar asociadas “a una mayor desigualdad si el sistema financiero no está bien gestionado”⁶⁸, con lo cual el Estado cobra responsabilidad en su rol regulatorio .

Las distintas tecnologías digitales son una fuente poderosa para expandir el desarrollo financiero hacia quienes aún permanecen excluidos del sistema financiero formal. Es necesario habilitar modelos de negocios innovadores que a través de la digitalización puedan

64

Recuperado

de

<https://www.bancomundial.org/es/topic/financiamiento/overview#:~:text=La%20inclusi%C3%B3n%20financiera%20se%20refiere,de%20manera%20responsable%20y%20sostenible.>

⁶⁵ Los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) constituyen un llamamiento universal a la acción para poner fin a la pobreza, proteger el planeta y mejorar las vidas y las perspectivas de las personas en todo el mundo. En 2015, todos los Estados Miembros de las Naciones Unidas aprobaron 17 Objetivos como parte de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible, en la cual se estableció un plan para alcanzar los Objetivos en 15 años. Estos objetivos incluyen desde la eliminación de la pobreza hasta el combate al cambio climático, la educación, la igualdad de la mujer, la defensa del medio ambiente o el diseño de nuestras ciudades.

⁶⁶ En “Achieving the Sustainable Development Goals: The Role of Financial Inclusion”, Klapper y coautores (2016) sostienen sobre base empírica que algunos objetivos son promovidos de manera directa (objetivos 1, 2, 3, 4 y 5) mientras que otros, pueden ser promovidos de manera indirecta (6, 7, 8, 9, 10 y 16) -a pesar de inexistencia de evidencia empírica acabada, existen motivos teóricos para sostener que la inclusión financiera puede ayudar a promoverlos de esa forma indirecta-.

⁶⁷ La UNSGSA, institución que representa la ONU liderada por la Reina Máxima de Países Bajos, junto con BTC, UNCDF, BM han efectuado estudios empíricos que evidencian que la inclusión financiera cumple el objetivo 1,2,3,4,5,6,7,8,9,10,16 (según estudios efectuados en 2016) y el 11 y 13 (según estudios realizados en 2018 y 2023)

⁶⁸ Čihák & Sahay, 2020

conectar a mayor cantidad de gente a bajos costos a los servicios financieros que les sirven para manejar su economía y con ello, ofrecen una salida a la pobreza. En este sentido y dentro del abanico de posibilidades, la transformación de la banca digital es una herramienta muy eficaz para lograrla.

Antes de continuar es necesario advertir la diferencia entre “bancos digitales”, “neobanks” y “challenger banks” pues son vocablos que se utilizan para referirse a las fintech que ofrecen servicios bancarios digitales, principalmente, a través de aplicaciones móviles. Si bien estos términos generalmente se utilizan indistintamente, se pueden establecer ciertas diferencias: entre un challenger bank y un neobank reside principalmente en el hecho de que los primeros cuentan con una autorización y/o licencia bancaria que les permite operar como tales, mientras que los neobancos (neobank) son productos digitales que usualmente brindan una solución financiera específica a sus usuarios, en adición a uno o más servicios financieros, sean estos provistos por la misma empresa o a través de alianzas comerciales con bancos tradicionales.. Típicamente, estos servicios financieros adicionales provistos por terceros se articulan a través de un marketplace en la misma plataforma o aplicación del neobanco que utiliza el usuario, sin llegar a considerarse intermediación financiera como tal.⁶⁹

Estos bancos ofrecen sistema de pagos o transferencias para conectar al usuario con el resto del sistema financiero, pero que además integran otro servicio financiero, tales como inversiones, préstamos P2P⁷⁰, plataformas de gestión de finanzas personales o empresariales, entre otras.

Los beneficios de este segmento son muchos: primero, al ser totalmente digitales, pueden generar ahorros que típicamente se pasan a los usuarios, por ejemplo, al tener menores costos de operación por no disponer de una red de agencias físicas; segundo, la intensiva utilización de la analítica de datos para poder optimizar y personalizar el servicio, mejorando así la experiencia de usuario; tercero, una vocación por un servicio al consumidor de calidad y ágil, y, cuarto, la oferta de servicios y productos complementarios, como crédito de consumo, transferencias internacionales y ayuda en planes de ahorro, entre otros. Estas características representan una mejor propuesta de valor para muchas personas y empresas, en particular para las generaciones más jóvenes que demandan una experiencia digital intuitiva y superior a la que ofrece gran parte de la banca tradicional.

⁶⁹ Aunque en este punto según como se define a la intermediación financiera, hay discrepancias doctrinales en cuanto a qué entidades quedan incluidas en dicho término para abarcar la competencia de la autoridad de aplicación.

⁷⁰ También, llamados “crowdlending”. Es un crédito concedido a través de plataformas que actúan como intermediarias, y que tienen como objetivo el poner en contacto a personas o empresas necesitadas de financiación con inversores que quieren sacarle provecho o rédito a sus ahorros)

En Argentina, la “banca tradicional” como la “banca digital”, se encuentran comprendidas en la Ley 21526 de Entidades Financieras. Ambas realizan una actividad – intermediación entre la oferta y demanda de recursos financieros de manera habitual y prestación de servicios financieros– que se encuentra sujeta a las regulaciones del Banco Central de la República Argentina y a la UIF, como cualquier entidad bancaria o financiera comprendida en la Ley N° 21526. Es decir que la intermediación habitual en el crédito que desarrolla la banca digital, la subsume al régimen jurídico bancario (entra en vigor el estatuto bancario y la aplicación del sistema de policía legal).

La banca digital brinda sus servicios en forma totalmente digital sin atención al público, a contrario “sensu” de lo que ocurre con la banca tradicional, a pesar de que ésta pueda realizar alguna operatoria vía online. Las primeras tienen una distribución de mercado muy amplia, pues pueden trasladar el mismo servicio financiero de un lugar y/o jurisdicción a otra, hasta de un país a otro. En cambio, los bancos tradicionales trabajan con una distribución de mercado limitada, estructura que se basa principalmente en el conocimiento específico de una zona (región, país) y diseñado a partir de un sistema de atención física o personal.

Es decir que en la denominada “banca digital”, la prestación de los servicios bancarios y financieros se efectúa exclusivamente a través de medios digitales, sea por una página web o una aplicación –app– que los clientes usuarios –a quienes se les brinda dicho servicio–, domiciliados en cualquier parte del país pueden descargar en sus celulares, permitiendo que el banco esté al alcance de la mano de los usuarios; así, todas las operaciones que lleva a cabo esta banca digital solo pueden efectuarse de manera online: abrirse cuentas bancarias desde un teléfono celular, constituir plazos fijos, solicitar un préstamo, efectuar denuncias de extravíos de chequeras o solicitarlas, entre otras múltiples operaciones bancarias o financieras; carecen de sitio físico ya sean casas o sucursales o filiales con estructura física, a lo sumo cuentan con una denominada “casa central no operativa” (con domicilio legal de existencia física) pero sin presencia física alguna de los clientes, desde la cual se produce solo la centralización y/o administración de todas las operaciones bancarias o financieras digitales, con “usuarios clientes” radicados en cualquier lugar del país ajena a la espacio donde se encuentra dicha casa central, lugares que representan, sin lugar a dudas, el sitio de donde provienen los ingresos.

Las características de la banca digital que involucran su forma de operar (digitalmente) provoca reajustar y/o reinterpretar la normativa aplicable por el BCRA y otras autoridades públicas a la banca tradicional y/o en su caso regular particularmente a este segmento de la banca. Sin embargo en lo que concierne a la prestación del servicio bancario con respecto a sus clientes, nuestra legislación de fondo regula de una forma bastante actualizada la manera de contratar electrónicamente, situación que abarca a los contratos celebrados en la banca digital y el usuario financiero. La normativa propia del BCRA sobre “Protección de los usuarios de servicios financieros”, no deja lugar a dudas de la aplicación, de

la Ley de Defensa del Consumidor (hoy modificada por la Ley 26994) a los contratos bancarios celebrados de forma electrónica también ⁷¹. La aceptación contractual por medio de un “click” o “toque” efectuado por el usuario financiero configura una forma válida de manifestación de su voluntad a dicho contrato de adhesión y de consumo bancario. A su vez, el art. 1109 CCC, de aplicación a la contratación que se genera a través de la banca digital, determina que se considera lugar de cumplimiento aquel en el que el consumidor recibió o debió recibir la prestación. Ese lugar fija la jurisdicción aplicable a los conflictos derivados del contrato. La cláusula de prórroga de jurisdicción se tiene por no escrita. Con lo cual ante conflictos que surjan a raíz de la contratación electrónica bancaria, la competencia territorial se determina según el domicilio del usuario financiero.

Por otra parte, lo que refiere a la regulación del funcionamiento de la entidad bancaria digital, esta adaptación de las regulaciones aplicables a la banca tradicional o la legislación específica para aplicarse a la banca digital, debe hacerse con un criterio o “enfoque proporcional”⁷², puesto que los prestadores digitales no asumen los mismos riesgos que las entidades financieras tradicionales. En este sentido, la regulación debe ser proporcional, entre otros puntos, a los riesgos que se asumen. Por ejemplo, no debería exigírseles los mismos requerimientos de capital, de liquidez, de gobierno corporativo, de auditoría interna que se les exige a un banco tradicional, si, en cambio, todo lo referido a la ciberseguridad. Este enfoque proporcional busca el equilibrio para no sofocar la innovación que trae aparejado esta forma de prestación financiera ni la inclusión financiera que provoca. Un marco regulatorio democrático, moderno y robusto es fundamental para promover la inclusión financiera, así como el desarrollo del sistema financiero, la innovación y la competencia.

En el proceso regulatorio y considerando la inclusión financiera, los reguladores y órganos de control financiero deben armonizar y optimizar los vínculos entre los distintos objetivos de política económica⁷³ que pueden complementarse o entrar en conflicto. El Estado se enfrenta a la tarea de equilibrar las prioridades y necesidades del mercado, garantizando la integridad, seguridad y estabilidad del sistema. Lograr ese equilibrio implica definir cómo los

⁷¹ Perez Cassini y otros 2018 “REFORMAS AL DERECHO COMERCIAL ALGUNAS MODIFICACIONES INTRODUCIDAS POR EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN” Capítulo 3 Parte General

Recuperado de <http://sedici.unlp.edu.ar/handle/10915/68916>

⁷² CARBALLO-2020-Hacia-un-marco-normativo-fintech-reflexiones-y-aprendizajes-desde-los-organismos-internacionales. Estrada Villata, Ricardo A.

⁷³ Los objetivos de política económica se refieren a la estabilidad financiera, integridad financiera e inclusión financiera (Crockett, 1997; Marston, 2001; Rudd, 2009; CGAP, 2012; De Sousa, 2015, Dema, 2015)

proveedores de servicios financieros no tradicionales se ajustan a las estructuras regulatorias existentes, midiendo si hay necesidad de adaptarlas o crear unidades especiales o reglas específicas de supervisión. La legislación debe otorgar poder de supervisión a los reguladores para monitorear la innovación mientras equilibran el mandato central de estabilidad e integridad⁷⁴.

Los desafíos que implica atender o en su caso, armonizar la diversidad de objetivos de regulación financiera se conoce bajo el nombre de “proporcionalidad”. Un enfoque proporcional de inclusión financiera (específicamente en su diseño e implementación regulatoria y de supervisión) deberá buscar optimizar los vínculos entre los distintos objetivos, maximizando las sinergias y minimizando los resultados negativos (o trade-off) plausibles con la estabilidad, integridad y protección financiera (CGAP, 2012; Dema, 2015; Gelb, 2016).

La estabilidad financiera si bien es un término polisémico puede definirse como un estado en el cual se evita la acumulación de riesgo sistémico⁷⁵. El riesgo sistémico es el riesgo de que el suministro de productos y servicios financieros necesarios por parte del sistema financiero general se vea afectado hasta un punto en que el crecimiento económico y el bienestar pueden verse alterados materialmente. La integridad financiera por su parte, se refiere a la protección del sistema financiero de amenazas y flujos monetarios procedentes del blanqueo del producto del delito (corrupción, venta de drogas, terrorismo, tráfico de personas, lavado de dinero, etc). La inclusión financiera, definida al comienzo de este trabajo, es un término en constante evolución y multidimensional, es el proceso que asegura el acceso, uso y disponibilidad del sistema financiero formal a todos los miembros de una economía.⁷⁶

Entonces, la cuestión radica en crear un marco regulatorio que proteja al sistema financiero y a las instituciones contra los riesgos, pero a la vez no disuada a través de los costos y cargas del cumplimiento regulatorio, a los proveedores de servicios de ingresar al mercado o impedir que los consumidores accedan a los servicios.

Muchos países o jurisdicciones han adaptado sus estructuras vigentes regulatorias de control y supervisión para alinearse a la rápida evolución del panorama de los servicios financieros digitales. Pero el establecimiento de unidades especiales es una prioridad, así como la coordinación interfuncional entre áreas de supervisión tradicional y áreas técnicas de conocimiento. Las unidades especiales de regulación y supervisiones establecidas se

⁷⁴ CARBALLO-2020- Idem

⁷⁵ European Central Bank, Financial Stability Review (November 2016), p3' (<https://www.ecb.europa.eu/pub/fsr/html/index.en.html>)

⁷⁶ Cull, et. al., 2014; Allen, et. al., 2016; Demirgüç-Kunt y Singer, 2017.

caracterizan por contar con personal con conocimiento especializado en la materia, un profundo conocimiento de los modelos de negocios y servicios desarrollados por las fintech nacionales y de las iniciativas y normativas a nivel nacional e internacional⁷⁷.

A modo de ejemplo, en materia fiscal la transformación de la banca digital origina desafíos regulatorios, por las normas que, hasta hace poco, no contemplaban esta realidad, como era el caso de la distribución de la base imponible en el impuesto sobre los ingresos brutos (fruto de la contratación bancaria electrónica, por ejemplo) cuando la actividad es desplegada en más de una provincia (jurisdicción). Si bien en estas cuestiones hay directrices desde la OECD por la necesidad de asegurar que los beneficios tributen en la jurisdicción en que se desarrollan las actividades económicas y allí donde se genera valor, surgen interrogantes en torno al criterio utilizado para determinar dónde se realizan las actividades económicas en cuestión y dónde se genera valor a efectos tributarios, para lo que se necesita un análisis de las funciones, activos y riesgos involucrados. Del mismo modo, cuando existe la posibilidad de una doble no imposición (o doble «desimposición»).

La Resolución General 8/2022 de la Comisión Arbitral (CONVENIO MULTILATERAL DEL 18/8/77) reguló el método de distribución de ingresos cuando un contribuyente (entidad financiera digital) ejerce actividades en dos o más jurisdicciones. Esta resolución en su art. 1ro.⁷⁸ estableció cómo distribuir entre jurisdicciones fiscales, los ingresos e intereses pasivos y actualizaciones pasivas, que se generan con la operatoria de estas plataformas, independientemente del lugar de su contabilización que es el lugar donde se encuentra su casa no operativa, creado una ficción al considerar que en el lugar donde esté el cliente/ usuario, se tendrá por existente a una casa o filial de la referida banca digital. Sobre la base de esta construcción (ficta dada la forma de contratar digitalmente), se torna aplicable lo establecido en el primer párrafo del art. 8vo.⁷⁹ del Convenio Multilateral del 18/8/77 y no el

⁷⁷ Caraballo 2020 Idem

⁷⁸ Artículo 1° de Resolución General N° 8/2022- Interpretar que los contribuyentes comprendidos en el régimen de la ley de Entidades Financieras, que desarrollen sus actividades exclusivamente en forma digital –plataformas de Internet, sitios web, aplicaciones tecnológicas, dispositivos y/o plataformas digitales y/o móviles o similares–, a los fines de determinar la parte de ingresos que le corresponda a cada jurisdicción en proporción a la sumatoria de los ingresos, intereses pasivos y actualizaciones pasivas de cada una de ellas, deberán considerar, como si existiera casa o filial en todas aquellas jurisdicciones en los que tengan clientes usuarios a quienes se les brindan los servicios.

⁷⁹ **Artículo 8° de Convenio Multilateral-** En los casos de contribuyentes comprendidos en el régimen de la ley de Entidades Financieras, cada fisco podrá gravar la parte de ingresos que le corresponda en proporción a la sumatoria de los ingresos, intereses pasivos y actualizaciones pasivas de cada jurisdicción en la que la entidad tuviere casas o filiales habilitadas por la autoridad de aplicación, respecto de iguales conceptos de todo el país.

párrafo segundo de dicho artículo, donde pareciera normarse la situación de estos ingresos generados por la banca digital. Lo cierto es que el Convenio Multilateral luce obsoleto para las nuevas tecnologías, y la adaptación que hace la Comisión Arbitral con el objetivo de que la banca digital se subsuma al primer párrafo del art. 8vo. del CM, también es desacertada, pues con un criterio bastante elemental, la adapta, considerando la existencia ficta de filiales en las jurisdicciones donde se domicilian los clientes /usuarios.

No obstante ello, frente a un cuestionamiento de la referida resolución, la cuestión se resolvió manteniendo la vigencia de la resolución 8/2022 frente a la clara redacción del art. 8 del CM en su segundo párrafo: “es importante poner de relieve que este tipo de organización –entidades digitales- lo que hacen, es relacionarse con sus clientes en forma remota, mediante los medios propios de este tipo de actividad, lo que las diferencia notablemente de los denominados “bancos tradicionales” que lo hacen extendiendo su actividad, generalmente, mediante una atención personalizada en casas o filiales autorizadas y, excepcionalmente, de otras formas, por ello la excepción prevista en el segundo párrafo del artículo 8° del CM. La diferencia entre estos dos tipos de organización está dada porque en el caso de la banca tradicional, las entidades se acercan al cliente, generalmente, en forma física en casas y/o filiales, mientras que, por su parte, los bancos digitales hacen su acercamiento mediante medios digitales exclusivamente. Conforme a las previsiones contenidas en el artículo 8° del CM, se entiende que estas entidades, al no contar con sucursales o filiales, sino que desarrollan sus actividades exclusivamente en forma remota, lo que más se acerca a la realidad económica de las operaciones financieras que realiza y al objetivo que la norma persigue, es que la forma, en que se debe determinar la porción de ingresos que corresponde asignar a cada jurisdicción, sea considerando la existencia de tal requisito –casas o filiales– teniendo en consideración para ello la jurisdicción del domicilio del cliente y que la autoridad competente las ha autorizado a funcionar de esa forma.(...) lo dispuesto por la resolución apelada no modifica lo normado por el artículo 8° del Convenio Multilateral y, por ende, no puede ser tildada de ilegal, toda vez que, la interpretación efectuada por la resolución general, responde a la necesidad de determinar la situación de este tipo de entidades, conforme a la realidad económica de su actividad, es decir, equiparar el tratamiento a dispensar con aquellas que desarrollan actividades similares, si bien

Se excluirán los ingresos correspondientes a operaciones realizadas en jurisdicciones en las que las entidades no tuvieren casas o filiales habilitadas, los que serán atribuidos en su totalidad a la jurisdicción en la que la operación hubiere tenido lugar.

no físicamente, sí desde el punto de vista de la esencia de las mismas –intermediación financiera–⁸⁰.

Esta ponencia intenta hacer foco en la necesidad de establecer marcos regulatorios que contemplen las características específicas de la banca digital. En Argentina, se han creado distintos canales donde confluyen perspectivas de distintos sectores para analizar este fenómeno⁸¹. Sin embargo, las resoluciones que han entrado en vigencia para la banca digital son generalmente adaptaciones como el ejemplo dado, que ponen en evidencia cierta falta de técnica para evitar caer en inconsistencias o construcciones fictas que podrían desalentar la proliferación de estas plataformas, por el hecho de lograr el objetivo pretendido por el regulador.

La transformación de la banca digital implica en este estadio de su proceso tecnológico muchos desafíos, inclusive normativos. La regulación con criterio proporcional es una cuestión pendiente.

La regulación debe permitir el avance y el desarrollo de estas nuevas tecnologías más que legislar en su contra. Una solución podría ser generar regulaciones provisorias que monitoreen el desarrollo de las mismas sin afectar su bajo costo, es decir, su principal ventaja competitiva, como sucede en Gran Bretaña a través de los sandbox regulatorios⁸². La técnica de adaptar la regulación de la banca tradicional a la digital a veces no resulta ser tan eficiente por las diferencias entre tales, y los bajos costos que implican las segundas junto con las mayores externalidades positivas que provocan para el país, especialmente en términos inclusivos de la población más vulnerable.

Lo cierto es que se necesita la colaboración entre la banca tradicional, fintechs, bigtechs y reguladores, entre otros para enfrentar los desafíos del entorno digital y para lograr el equilibrio entre la innovación y la estabilidad financiera. El desarrollo de soluciones financieras digitales e incluyentes necesita un cabal conocimiento del mercado y de sus necesidades. La inclusión financiera digital no solo implica beneficios sociales, sino que presenta grandes oportunidades de negocios.

Argentina está inmersa en la transformación de la banca digital pero carece de regulación propia para este entorno virtual.

⁸⁰ Comisión plenaria Convenio Multilateral del 18.8.77, Resolución 9/2023 del 8/6/23, C.M. N° 1712/2022 “Resolución General Interpretativa s/ Banca Digital.”

⁸¹ BCRA, Mesa de Innovación financiera.

⁸² Recuperado de: <https://www.fca.org.uk/firms/innovation/regulatory-sandbox>

EL ECHEQ ANTE LOS FRAUDES INFORMÁTICOS Y LA OBLIGACIÓN DE NO REPUDIO O DESCONOCIMIENTO

MORINIGO, Fernando Gabriel⁸³

I. CONCLUSIÓN

En la ejecución de un ECHEQ por un tenedor legitimado por una cadena regular de endosos, en caso de que el ejecutado pretendiere desconocer su firma electrónica alegando que fue víctima de un fraude informático de *phishing*, deberá darse prevalencia a la obligación de no repudio expresamente asumida por el cuentacorrentista y, consecuentemente, darse curso a la ejecución.

II. FUNDAMENTOS

1. Planteo del tema

En forma relativamente reciente⁸⁴, el Banco Central de la República Argentina (“BCRA”) incorporó un nuevo instrumento de pago y título de valor, el denominado cheque electrónico o ECHEQ⁸⁵. Dadas las conocidas bondades de este instrumento⁸⁶, y por efecto de la pandemia de COVID-19, su utilización se difundió rápidamente.

Casi en forma simultánea con la masificación del uso del ECHEQ, se advirtió en la actividad bancaria un notorio incremento de las denuncias de fraudes cometidos a través de medios informáticos o digitales. Muchas de estas maniobras pueden encuadrarse en algunos de los supuestos más conocidos de *phishing*, *smishing*, *vishing*, *SIM swapping*, etc.

Más allá del medio o modalidad a través del cual actúe el ciberdelincuente —a efectos de este trabajo—, lo relevante a considerar es que este logra engañar al cliente bancario y hacerse de sus credenciales de autenticación. De esta forma, podrá suplantar su identidad y operar sus cuentas o productos a través de la banca electrónica o banca móvil.

⁸³ Avda. Juramento n.º 2161, piso 8, dto. “A”, Ciudad de Buenos Aires (C. P. 1428), tel. 11-5751-5973, fernando.morinigo@carballoyasoc.com.ar.

⁸⁴ La primera comunicación referida a este tema es la “A” 6578, del 1.10.2018.

⁸⁵ Utilizaremos ambas denominaciones en forma indistinta.

⁸⁶ Ver MOLINA SANDOVAL, C. A., “Cheque Electrónico (ECheq): Pautas de armonización del régimen de cheque y del sistema de los títulos valores”, LA LEY 18/03/2020, 1; cita online: AR/DOC/642/2020.

Una vez que el ciberdelincuente logra operar las cuentas bancarias de la víctima, suele realizar —en un período muy breve— varias operaciones de disposición patrimonial, principalmente la contratación de préstamos preaprobados y transferencias bancarias.

En este trabajo, analizaremos el caso en el que la víctima del ciberdelito es titular de una cuenta corriente bancaria y, a su vez, tiene contratado el servicio de ECHEQ. De esta manera, el ciberdelincuente podrá operar dicho servicio y obligarlo como librador o endosante de cheques electrónicos.

Al quedar la víctima obligada cambiariamente —producto de la firma electrónica colocada por el ciberdelincuente con las credenciales de autenticación de esta— es de suponer que, ante la ejecución judicial del ECHEQ así firmado, la víctima solicitará el rechazo de la ejecución alegando que no fue ella quien firmó el ECHEQ. Es decir, la víctima desconocerá la firma electrónica que se le atribuye y, con ello, la habilidad ejecutiva del cheque electrónico.

En esta situación, es evidente que se enfrentan dos posiciones jurídicas merecedoras de tutela. Por un lado, tendremos al tenedor legitimado de un cheque electrónico que pretende cobrar la suma que le es debida a quien considera un obligado cambiario. Este presunto acreedor, además, fundará su derecho en un documento electrónico (el ECHEQ) cuya confiabilidad por el mercado debe ser protegida, dado los beneficios que genera en la economía. Por la otra parte, tendremos a una persona (humana o jurídica) víctima de un fraude informático que intenta no ser condenada a abonar un ECHEQ que no libró ni endosó⁸⁷.

2. El ECHEQ y su marco legal y reglamentario

⁸⁷ Un análisis complementario y diferente corresponderá hacer sobre las relaciones jurídicas vinculadas con el derecho interno del cheque, referidas a su condición de orden de pago cursada en el marco de la operatoria de la cuenta corriente bancaria. Esta relación se da entre la entidad bancaria y el cuentacorrentista. Aquí, ante alguna de las situaciones de fraudes informáticos planteadas, se deberá resolver a quién corresponde atribuirle la responsabilidad por el libramiento de los cheques electrónicos apócrifos y si las consecuencias dañosas deberán ser soportadas por el banco o por el cuentacorrentista que voluntariamente (en el supuesto aquí analizado) reveló sus credenciales de autenticación y, con ello, permitió que se firmaran electrónicamente los ECHEQ. No debe perderse de vista que el BCRA, en el punto 1.5.2.17. del texto ordenado de la Reglamentación de la Cuenta Corriente Bancaria (texto ordenado al 22.12.2022), le impone al banco la obligación de “Velar por el correcto funcionamiento de los mecanismos de seguridad convenidos para el libramiento y/o gestión de ECHEQ y por los datos de estos, impidiendo su uso por personas o en condiciones no autorizadas”. Estas cuestiones exceden el limitado marco de esta ponencia, pero —sin lugar a duda— también revisten singular relevancia.

Enmarcado en la corriente que tiende a la desmaterialización de los títulos valores, el Decreto de Necesidad y Urgencia nro. 27/2018, introdujo ciertas modificaciones relevantes en la Ley 24.452 (“Ley de Cheques”) que persiguieron dicha finalidad⁸⁸. Si bien los apuntados cambios podrían haber sido cuestionados constitucionalmente por la vía elegida para su implementación —ya que lo fueron a través de un DNU—, ello fue salvado debido a que luego recibieron el adecuado tratamiento legislativo a través de la Ley de Simplificación y Desburocratización para el Desarrollo Productivo de la Nación nro. 27.444.

En lo que aquí interesa, a través de la Ley 27.444, se modificó el art. 2.º, inc. 6, de la Ley de Cheques. Se dispuso —respecto del cheque común— que “Si el instrumento fuese generado por medios electrónicos, el requisito de la firma quedará satisfecho si se utiliza cualquier método que asegure indubitablemente la exteriorización de la voluntad del librador y la integridad del instrumento. El Banco Central de la República Argentina autorizará el uso de sistemas electrónicos de reproducción de firmas o sus sustitutos para el libramiento de cheques, en la medida que su implementación asegure la confiabilidad de la operación de emisión y autenticación en su conjunto, de acuerdo con la reglamentación que el mismo determine”⁸⁹. Respecto del cheque de pago diferido, se introdujo una disposición idéntica en el art. 54, inc. 9, de la Ley de Cheques.

A fin de permitir el endoso y el aval de los cheques electrónicos, también se modificaron los arts. 14 y 52 de la Ley de Cheques, respectivamente.

Dentro de la locución “cualquier método” utilizada en los arts. 2, inc. 6; 14, 52 y 54, inc. 9, de la Ley de Cheques, quedan incluidas tanto la firma electrónica como la firma digital, indistintamente⁹⁰. Claramente, la firma electrónica solo quedará comprendida en la medida en que los mecanismos técnicos de seguridad utilizados garanticen indubitablemente la exteriorización de la voluntad y la integridad del instrumento cambiario.

La Ley 27.444 también facultó al BCRA a reglamentar: (i) la emisión de una certificación que permita el ejercicio de las acciones civiles (“CAC”) en el caso de cheques generados y/o transmitidos por medios electrónicos (art. 61, Ley de Cheques) y (ii) todo lo conducente a la prestación de un eficaz servicio de cheque, incluyendo la forma documental o electrónica (art. 66, inc. 3, Ley de Cheques).

⁸⁸ Cfr. MICELLI, M. I., “El cheque electrónico (ECHEQ). Una herramienta jurídica indispensable en tiempos de pandemia”, 25.8.2020, cita: MJ-DOC-15494-AR | MJD15494.

⁸⁹ Similar disposición contiene el punto 3.5.1. del texto ordenado de la Reglamentación de la Cuenta Corriente Bancaria.

⁹⁰ Cfr. BIELLI, G. y ORDOÑEZ, C. J., “El cheque electrónico. Recaudos procesales y reglamentarios ineludibles para su eficaz ejecución”, LA LEY 24/11/2021, 6; cita on line: AR/DOC/3298/2021.

En ejercicio de las facultades reglamentarias delegadas, el BCRA dictó varias comunicaciones para poner en funcionamiento al hoy conocido ECHEQ. La primera de estas comunicaciones fue la “A” 6578, del 1.10.2018. A través de esta norma se introdujeron cambios en los textos ordenados de la “Reglamentación de la Cuenta Corriente Bancaria” (“RCCB”) y del “Sistema Nacional de Pagos. Instrucciones operativas. Cheques”. El núcleo de la reglamentación se encuentra complementado con las Comunicaciones “A” 6725, 6726, 6727 y 6904, sin perjuicio de la existencia de otras normas que también se refieren al tema.

3. ECHEQ y firma electrónica

La Ley de Firma Digital nro. 25.506 (“Ley de Firma Digital”), en su artículo 1.º, reconoce el empleo de la firma electrónica y de la firma digital, así como su eficacia jurídica, en las condiciones establecidas por dicha ley. El art. 2.º de la Ley de Firma Digital establece el concepto de firma digital, mientras que el art. 5.º hace lo propio con el de firma electrónica.

Si bien ambas firmas (digital y electrónica) son reconocidas por la ley en análisis, sus efectos jurídicos se encuentran claramente diferenciados. En especial, en lo que se refiere a la presunción de autoría.

Así, el art. 7.º de la Ley de Firma Digital dispone: “Se presume, salvo prueba en contrario, que toda firma digital pertenece al titular del certificado digital que permite la verificación de dicha firma”. Como se observa, una vez acreditada la existencia de una firma digital, surgirá una presunción *iuris tantum* de que dicha firma pertenece al titular del certificado. En caso de pretender el desconocimiento de la firma digital atribuida, corresponderá al titular del certificado producir la prueba que permita desvirtuar la presunción de autoría.

En cambio, de tratarse de una firma electrónica, si la persona a la que se le atribuye dicha firma la desconoce, no existirá presunción de autoría. Esto se deduce de lo dispuesto por el art. 5, *in fine*, de la Ley de Firma Digital, que dispone: “En caso de ser desconocida la firma electrónica corresponde a quien la invoca acreditar su validez”.

Estas diferencias son de suma relevancia para la cuestión que analizamos en el presente trabajo, ya que los cheques electrónicos se libran, endosan y avalan a través de firmas electrónicas. En este sentido, hay consenso en la doctrina acerca de que la Ley 27.444 ha reconocido plena eficacia a la utilización de firma electrónica en los cheques generados por medios electrónicos⁹¹.

⁹¹ Paolantonio, por ejemplo, ha afirmado que uno de los aspectos esenciales de la referida ley ha sido “la admisión de la firma electrónica, como legalmente suficiente para generar el nexo de imputación y el elemento de autoría en el título valor para todas las obligaciones incorporadas” (PAOLANTONIO, M. E.,

Para concluir este acápite, diremos que el Código Civil y Comercial Nación (“CCCN”) no alteró la situación existente previo a su entrada en vigencia, ya que su art. 288 establece que, en los instrumentos generados por medios electrónicos, el requisito de la firma queda satisfecho si se utiliza una firma digital. Entendemos que esta referencia no incluye a la firma electrónica.

En síntesis, si bien no debe descartarse la utilización de la firma digital para la operatoria del ECHEQ, lo cierto es que —en la práctica del mercado— esta herramienta emplea distintos mecanismos de autenticación que constituyen firma electrónica. Esta firma electrónica podrá estar dotada de rigurosos o robustos elementos técnicos implementados por las entidades financieras que la tornen altamente segura, pero no por ello podrá ser considerada como firma digital (por no estar certificada por una de las personas especialmente licenciadas por el Estado para ello).

4. La firma electrónica del ECHEQ y la obligación de no repudio o no desconocimiento asumida por el cuentacorrentista

En este contexto, sentado que la firma empleada para operar con ECHEQ debe ser calificada jurídicamente como firma electrónica, corresponde analizar la obligación de no desconocimiento o no repudio que contempla la reglamentación dictada por el BCRA.

Para el caso en que el cuentacorrentista solicitare el servicio de cheques electrónicos⁹², los puntos 3.5.1. y 13.5.2. de la RCCB, prevén que este deberá suscribir un acuerdo en el que se “... establezca que no podrá desconocer las órdenes cursadas conforme dicho mecanismo y que las asumirá como propias”.

Asimismo, el punto 1.4.5. de la RCCB dispone: “En caso de preverse el libramiento de cheques por medios electrónicos (ECHEQ) deberá recabarse constancia de la aceptación de los elementos de seguridad destinados para ello, así como del compromiso de resguardarlos, y de reconocer y no repudiar todo ECHEQ librado mediante el uso de esos elementos, sin perjuicio de la eventual aplicación de los motivos de rechazo previstos en la Sección”. Esta es la denominada obligación de no repudio o no desconocimiento.

Para complementar este marco normativo, cabe mencionar que el punto 1.5.1. de la RCCB en análisis prevé las obligaciones del cuentacorrentista. Dentro de las

“Cheque Electrónico (ECHEQ). Particularidades y su Inserción en la Teoría General de los Títulos Valores”, IJ Editores, 3.6.2020, cita: IJ-CMXIX-176).

⁹² Téngase presente que, de lo dispuesto por el art. 1397 del CCCN se deduce que el servicio de cheques es opcional para el cuentacorrentista. De esta forma, el cliente bancario podría ser titular de una cuenta corriente bancaria sin tener contratado el servicio de cheques físicos o electrónicos.

obligaciones que interesan a efectos de este trabajo, cabe citar la prevista en el punto 1.5.1.9. que lo obliga a “Custodiar los elementos de seguridad convenidos para el libramiento, visualización y/o gestión de ECHEQ, impidiendo su uso por personas o en condiciones no autorizadas”. También es importante el punto 1.5.1.11, que lo obliga a “No desconocer el ECHEQ librado mediante el uso de los elementos y procedimientos de seguridad convenidos para ello”. Nuevamente, aquí se vuelve a contemplar la obligación de no repudio o no desconocimiento de los ECHEQ.

De acuerdo con las normas citadas, tenemos que, todos los cuentacorrentistas que hubieren solicitado el servicio opcional de cheque electrónico deben celebrar un acuerdo específico para ello con su banco. En dicho acuerdo deberán obligarse a custodiar los elementos de seguridad (entre los que se encuentran las credenciales de autenticación que le permiten firmar electrónicamente los ECHEQ) y a no desconocer o repudiar los ECHEQ librados o gestionados con dichos elementos de seguridad.

5. Los fraudes informáticos y el libramiento o gestión de cheques electrónicos

Llegado a este punto, debe analizarse el marco normativo previamente referido, así como las obligaciones asumidas por el cuentacorrentista al contratar el servicio de ECHEQ, frente a los casos de fraudes cometidos a través de medios informáticos o digitales.

En particular, la cuestión cobra relevancia frente a los supuestos en que un cuentacorrentista hubiere sido víctima de un caso de *phishing* y revelado sus credenciales de autenticación. De esta forma, el ciberdelincuente que posee dichos elementos de seguridad podrá hacerse pasar por el cuentacorrentista y firmar electrónicamente el ECHEQ, ya sea como librador o endosante⁹³.

Al tomar conocimiento del fraude, el cuentacorrentista deberá cumplir con su obligación de dar inmediato aviso al banco girado para impedir el pago del cheque, tal como se encuentra previsto en el tercer párrafo del punto 1.5.1.4. de la RCCB que establece que, cuando se trate de cheques librados por medios electrónicos, el cuentacorrentista está obligado a “... dar aviso a la entidad girada en caso de detectar su adulteración o emisión apócrifa...”. Como se observa, con los ajustes necesarios por tratarse de un documento electrónico, esta obligación es similar a la contemplada en el art. 5 de la Ley de Cheques.

⁹³ Técnicamente también podría avalar un ECHEQ con la firma electrónica de la víctima, pero en la práctica ello carecería de utilidad para el ciberdelincuente. En el contexto de un caso de *phishing*, resulta dificultoso imaginar qué provecho económico podría obtener el ciberdelincuente de un aval otorgado en nombre de la víctima.

Tenemos así que el ECHEQ librado en forma electrónica no será abonado por el banco girado por la orden de no pago emitida en debida forma. También puede suceder que el ECHEQ sea rechazado por otra causal, como podría ser “sin fondos”. Lo importante, a efectos de este trabajo, es que el tenedor legitimado del ECHEQ por una cadena regular de endosos se encontrará en condiciones de promover la demanda ejecutiva del cheque electrónico⁹⁴.

6. Proceso de ejecución del ECHEQ. Tratamiento de la excepción de falsedad del título

Frente al escenario fáctico planteado, tendremos que el tenedor legitimado del ECHEQ ha promovido un juicio ejecutivo. Ante la intimación de pago y citación para oponer excepciones, el ejecutado podría intentar resistir la ejecución mediante la interposición de la excepción de falsedad del título, que se encuentra prevista en el art. 544, inc. 4, del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (“CPCCN”).

En la hipótesis en análisis, para fundar la mentada excepción, el ejecutado desconocerá la firma electrónica que se le atribuye. Alegará que, si bien ha sido colocada mediante la utilización de sus credenciales de autenticación, no fue él quien lo hizo, sino que se trató de un ciberdelito.

Advertimos que, al tratarse del desconocimiento de una firma electrónica en el marco de un proceso ejecutivo, ello provocará un conflicto normativo. En efecto, por una parte, tendremos el segundo párrafo del art. 549 del CPCCN, según el cual “Corresponderá al ejecutado la carga de la prueba de los hechos en que funde las excepciones...”. Es decir, ante el desconocimiento de la firma electrónica que se le atribuye, sería el ejecutado quien debería probar que la firma no le corresponde.

Esto, ciertamente, se contrapone con lo previsto en el art. 5, *in fine*, de la Ley de Firma Digital. Allí se prevé que “En caso de ser desconocida la firma electrónica corresponde a quien la invoca acreditar su validez”⁹⁵.

⁹⁴ Para ello deberá obtener previamente el certificado para acciones civiles (CAC) previsto en el art. 61, párrafo tercero, de la Ley de Cheques y reglamentado por el BCRA en la Com. “A” 6727 y complementarias. Esta comunicación incorporó el punto 3.4.4. a las normas sobre “Sistema Nacional de Pagos - Cheques y otros instrumentos compensables” y allí se estableció que, el CAC debe ser emitido cualquiera sea el motivo por el que el ECHEQ no hubiese sido pagado, lo que —claramente— incluye al rechazo por la causal de “orden de no pago”.

⁹⁵ Los autores Micelli y Moia ya plantearon que la diferencia de ponderación respecto de la firma digital o electrónica —tema no tratado por la ley 27.444 ni por el BCRA en su normativa reglamentaria—, tendrá su momento crucial al tiempo de la ejecución del documento electrónico. Si la firma es digital, procederá sin más la ejecución, por efecto de las presunciones de los arts. 7.º y 8.º de la Ley de Firma Digital. En cambio, si fuere electrónica, dependerá de la prueba que se realice, en caso de ser desconocida (Cfr.

Recuérdese que, en el caso de los cheques electrónicos, se accede directamente a la vía ejecutiva a través del CAC, por lo que no es necesario tramitar previamente el procedimiento de preparación de la vía ejecutiva (art. 525 y sgtes. del CPCCN).

En este contexto normativo y procesal —tégase presente el limitado marco de conocimiento característico del juicio ejecutivo— entendemos que debe darse especial relevancia a la obligación de no repudio o no desconocimiento expresa y voluntariamente asumida por el cuentacorrentista al contratar el servicio de cheque electrónico.

Por ello, si el ejecutado pretendiere desconocer la firma electrónica del ECHEQ que se le atribuye —pese a haber sido colocada con sus credenciales de autenticación—, por sostener que no fue colocada por él, sino por un ciberdelincuente, deberá rechazarse la excepción de falsedad opuesta y mandarse a llevar adelante la ejecución⁹⁶. Esto deberá ser así siempre que se compruebe que la firma electrónica cuestionada ha sido colocada con las credenciales de autenticación del cuentacorrentista que plantea la excepción. A esta convicción podrá arribarse a través de la propia versión de los hechos dada por el ejecutado⁹⁷ o por la pericia informática que —eventualmente— se realice a instancias del excepcionante (art. 549, CPCCN).

La indagación sobre la real existencia de un supuesto fraude informático del que el cuentacorrentista excepcionante se dice víctima excederá el limitado marco de conocimiento del proceso ejecutivo.

Entendemos que, frente al conflicto de intereses planteado en la hipótesis en estudio, deberá darse prevalencia al derecho del ejecutante. Ello con la finalidad de salvaguardar al cheque electrónico como un medio de pago y título valor seguro y confiable. No debe perderse de vista que todo el sistema del ECHEQ se apoya en la confianza que el mercado y sus operadores deben tener en la seguridad del sistema y la integridad del documento electrónico.

Así, quien decide operar con el servicio opcional de cheque electrónico debe asumir el riesgo que el sistema lleva implícito ante una eventual divulgación de las credenciales

MICELLI, M. I. - MOIA, Á. L., "Los cheques electrónicos: recaudos, alternativas y funcionamiento del nuevo Echeq", LA LEY, 2019-A, 939; AR/DOC/442/2019).

⁹⁶ *Mutatis mutandis*, debe aplicarse el criterio jurisprudencial uniforme que sostiene que la denuncia de robo o extravío de los cheques ante el banco girado y la consecuente orden de no pago de ellos excede el marco cognoscitivo del proceso ejecutivo, por lo que ello no obsta a la ejecución de los títulos, siempre que ellos fueren formalmente hábiles (Cfr. CNCom., sala D, 27.4.2021, "Ulfeldt Eric Richard c/ Las Quintas Ruta 2 S.A. s/ ejecutivo", cita: MJ-JU-M-132624-AR; CNCom., sala D, 19.10.2019, "Duhart, Patricio Gonzalo c/Hi Metal S. A. y otro s/Ejecutivo").

⁹⁷ Al oponer la excepción, como fundamento de su planteo, el propio ejecutado podría alagar que fue víctima de un *phishing* y que, como consecuencia del engaño, reveló sus credenciales de autenticación al ciberdelincuente.

de autenticación, aunque sea con una voluntad viciada (por el engaño perpetrado por el ciberdelincuente). Por ello, el BCRA obliga a las entidades bancarias a celebrar un acuerdo expreso con los cuentacorrentistas que soliciten este servicio, en el que estos deberán obligarse a custodiar los elementos de seguridad (entre los que se encuentran las credenciales de autenticación que le permiten firmar electrónicamente los ECHEQ) y a no desconocer o no repudiar los ECHEQ librados o gestionados con dichos elementos de seguridad.

Para finalizar, corresponde señalar que las conclusiones a las que se arribó solo se refieren a la relación jurídica cambiaria existente entre el firmante de un cheque electrónico (como librador o endosante) y su tenedor legitimado para el cobro. Estamos aquí en el denominado derecho externo del cheque, en cuanto título valor.

NUEVOS DESAFÍOS EN LA SOSTENIBILIDAD EMPRESARIA. TECNOLOGÍA

PEREZ CASINI, Analía B. y LOPEZ, María Cecilia

Sumario:

La presente ponencia trata sobre la posibilidad de obtener rentabilidad por parte de las SAS, en un todo de acuerdo con los impactos ambientales, sociales y positivos en sintonía con los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) con los cuales nuestro País se ha comprometido a través de la Agenda 2030 de Naciones Unidas, contribuyendo así a un Mercado de Capitales Sostenible, con acceso a la financiación del mercado de capitales, dotando así a la Mediana y pequeña Empresa (PyME) de formas de financiación.

Conclusiones:

1. La ley 27349 de Apoyo al Capital Emprendedor (LACE) ha regulado una nueva figura societaria, la Sociedad Anónima Simplificada(SAS) que se caracteriza por la flexibilidad de su creación (medios digitales con firma digital) y la autonomía de la voluntad en la creación de sus cláusulas y la división de su capital en acciones, facilitando así los requerimientos de la inversión en el marco de un proyecto emprendedor, que al tener la estructura de una sociedad anónima puede acceder a la financiación a través del Mercado de Capitales.
2. Los bonos SVS, y en particular los Bonos Verdes, continúan consolidándose como la mejor alternativa de financiamiento para aquellas empresas que incorporan sostenibilidad dentro de su estrategia corporativa.
3. LOS proyectos que se han realizado a través de este tipo de bonos, proponen la generación de un cambio en el Mercado de Deuda, debiendo considerárselos no sólo para levantar capital, sino como una forma de generar valor en la empresa y ser atractivo para los inversionistas.

Fundamentos:

1.- Apoyo al capital emprendedor

En esta era de la Postmodernidad, la forma de hacer negocios a través de sociedades requiere una adaptación integral de las prácticas operativas y comerciales de las empresas, con consideraciones de ética social y ambiental.

Actualmente, la responsabilidad social empresaria (RSE) se entiende como un concepto teórico vinculado con la transparencia empresaria, ambiente y derechos humanos; no obstante, existen cláusulas relativas a la RSE incluidas en tratados de inversión y acuerdos de libre comercio.

Por ello, se propicia se le otorguen ventajas impositivas a aquellas entidades que se comprometan con causas sociales, en sintonía con las tendencias mundiales y los Pactos firmados por nuestro País, evolucionando hacia una economía más inclusiva y sustentable.

En el título “Sistemas de financiamiento colectivo”, la ley 27349 de Apoyo al Capital Emprendedor (LACE) establece un régimen especial de promoción para fomentar la industria de capital emprendedor mediante sistemas de crowdfunding (financiamiento colectivo).

Este mecanismo -conjunción de los vocablos ingleses crowd (colectivo de personas) y funding (financiamiento)- tiene por objeto contactar a promotores o emprendedores de proyectos que requieran fondos para su financiamiento, con inversores de riesgo que pretendan rendimientos, prescindiendo de la clásica intermediación financiera.

Esta modalidad de financiamiento ofrece ventajas tanto para los emprendedores como para inversores. Para los primeros, resulta indispensable para obtener fondos que financien sus proyectos de riesgo, evitando recurrir a los tradicionales sistemas -por ejemplo, un préstamo bancario-. También, los altos costos de ingreso *per se* y mantenimiento en el mercado de capitales constituyen inconvenientes (para los pequeños emprendimientos), por lo que estos mecanismos permiten hacerlo con costos sensiblemente menores. Para inversores, los mercados de capitales ofrecen un sencillo ingreso, gran posibilidad de diversificación, pero sobre todo permiten una rápida liquidez de la inversión, sin que sea dificultoso “encontrar” determinado comprador interesado

La Ley de Apoyo al Capital Emprendedor (LACE) ha brindado a través de la Ley 27.349 la posibilidad de la creación de la Sociedad Anónima Simplificada (SAS). Como se expuso al inicio, las formas de negociar de las empresas han cambiado, por tal motivo las empresas ambientales, sociales y de gobierno corporativo se constituyeron en un factor gravitante en un escenario a escala global.

Se han establecido objetivos referidos a la forma de actuación de las empresas que llevaron a nuestro País a la firma Acuerdos Internacionales que involucran la manera de interactuar con el medio ambiente: tales como el acuerdo de París y los Objetivos de Desarrollo Sostenible. Con el fin de alcanzar estos objetivos, se proponen formas de financiamiento, tanto públicos como privados, en lo que denominaremos Finanzas Verdes, a través de la emisión de Bonos Verdes Sociales y Sustentables (en adelante SVS)

2.- Bonos Verdes y Mercado de valores

Los Bonos Verdes, Sociales y Sustentables (“Bonos SVS”) son valores negociables que se destinan a financiar o refinanciar proyectos, en forma total o parcial, con beneficios sociales, ambientales o una combinación de ambos (sustentables).

El desarrollo de las finanzas sostenibles ha dado lugar a nuevos instrumentos financieros que permiten a las empresas obtener rentabilidad, a la vez que generan impactos ambientales y sociales positivos, coadyuvando, de esta forma, a alcanzar alguno o varios de los Objetivos de Desarrollo Sostenible de Naciones Unidas.

La Asociación Internacional de Mercado de Capitales (International Capital Market Association, “ICMA”) establece los principios que deben seguir los distintos tipos mencionados, para ser encuadrados como tales.

La norma sancionada por la Comisión Nacional de Valores determina los lineamientos de Argentina para su emisión y los reconoce como una forma efectiva de movilizar capital privado hacia sectores prioritarios y así, promover el desarrollo de infraestructura resiliente baja en carbono, que permita un desarrollo equitativo y sustentable. Además, reconoce a los “Green Bond Principles” (GBP) y al International “Climate Bonds Standard” (CBS), como los estándares que deberán ser considerados para la emisión de Bonos Verdes (Resolución General N° 764/2018 y el Anexo RG N° 788).

El país, a su vez, suma un nuevo avance para promover las finanzas verdes y contribuir con los Objetivos del Desarrollo Sostenible a través de BYMA (Bolsas y Mercados Argentinos S.A), que lanza el primer panel de Bonos Verdes, Sociales y Sustentables del mercado argentino.

Para frenar el cambio climático y sus nefastas consecuencias el Banco Mundial y la Corporación Financiera Internacional lanzaron hace 15 años los bonos verdes, con el fin de promover proyectos amigables con el medio ambiente, financiando modelos de desarrollo y crecimiento bajos en emisiones de carbono y adaptables al cambio climático.

Los bonos SVS, y en particular los Bonos Verdes, continúan consolidándose como la mejor alternativa de financiamiento para aquellas empresas que incorporan sostenibilidad dentro de su estrategia corporativa. Las expectativas de crecimiento son importantes, sobre todo en contextos como el de nuestro País, donde las energías renovables están cobrando más relevancia.

Un bono solo puede obtener una certificación de ser “verde”, si se alinea a los Green Bond Principles (Bancomer Communications 2017).⁹⁸ Los fondos deben ser

⁹⁸ <https://www.greenfinancelac.org>

dirigidos a proyectos referidos a energías renovables, eficiencia energética, prevención de la contaminación, gestión de los recursos naturales y adaptación al cambio climático.

Los Green Bond Principles (GBP)⁹⁹, que a la definición anterior agregan cuáles son los cuatro componentes de los bonos, a saber: el uso de los fondos, el proceso de evaluación y selección de proyectos, la gestión de los fondos y la presentación de informes.

A su vez están los Social Bond Principles ¹⁰⁰(SBP), desarrollados por la International Capital Markets Association (ICMA)¹⁰¹, que apuntan a los proyectos sociales y los Sustainability Bond Guidelines (SBG), que amalgaman sustentabilidad y desarrollo social.

Bolsas y Mercados Argentinos (BYMA), desarrolló un Panel de Bonos Verdes, Sociales y Sustentables alineado a los estándares internacionales y a las Bolsas de Valores del mundo. BYMA es la entidad que junto con la Comisión Nacional de Valores (CNV) regula los bonos verdes. Ya en 2019 el primer bono verde fue para Plaza Logística para construir sus Naves Triple "A"¹⁰², con altos estándares de sustentabilidad, contribuyendo así al medio ambiente y a los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS). "

Julieta Artal Conte¹⁰³, responsable de Gobierno Corporativo y Sustentabilidad de BYMA, sostiene que las perspectivas son buenas, porque "la pandemia puso sobre la mesa la importancia de la financiación sustentable en el mercado de capitales de todo el mundo y nuestro país no es ajeno a ello. Si bien a nivel local todavía tenemos un camino por recorrer en la materia, hay un interés creciente en las empresas argentinas".

"En el caso de América latina y el Caribe, el financiamiento público está por debajo de lo que se necesita para financiar la transición a una economía verde y asegurar la reducción de las emisiones. Por lo tanto, el financiamiento debe complementarse con flujos privados. Los bonos verdes pueden ser un instrumento importante para combinar recursos públicos y privados y alcanzar fuentes que proporcionarán el apalancamiento necesario para minimizar los riesgos climáticos", indican fuentes del Banco Ciudad, que posee su programa de Banco Verde.

En suma, los bonos SVS y en particular los bonos verdes continúan consolidándose como la mejor alternativa de financiamiento para aquellas empresas que incorporan la sostenibilidad dentro de la estrategia corporativa.

⁹⁹ [https:// www.ifc.org](https://www.ifc.org)

¹⁰⁰ <https://sustainabilityunlocked.com>

¹⁰¹ <https://www.icmagroup.org>.

¹⁰² <https://webpicking.com>

¹⁰³ [https:// www.forbesargentina.com](https://www.forbesargentina.com)

Los proyectos que se han realizado a través de este tipo de bonos, proponen la generación de un cambio en el Mercado de Deuda, debiendo considerárseles no sólo para levantar capital, sino como una forma de generar valor en la empresa y ser atractivo para los inversionistas.

Un claro ejemplo de ello se evidencia con una empresa innovadora ubicada en la localidad donde vivo (ciudad de La Plata) que cambió el paradigma en la producción de madera. Se trata de la producción sustentable de madera biosintética (también denominada tecnológica), que son fabricados con plástico de descarte de otras industrias y cáscaras de arroz, convirtiendo de esta forma materiales desechados de un producto útil similar a la madera en sus opciones de utilización.

Los desechos producidos durante la fabricación en la madera biosintética son completamente reutilizables y son reinsertados dentro del proceso productivo, logrando de esta manera que no haya desechos sólidos como consecuencia de la producción, logrando un producto final que:

- a. Limpia el medio ambiente al evitar el desecho de plásticos (que de lo contrario serían enterrados o quemados).
- b. Evita la tala de árboles, al reemplazar a la madera tradicional
- c.-Tiene un proceso industrial limpio, sin efluentes sólidos, líquidos o gaseosos
- d.- No requiere productos para su mantenimiento
- e.-Es reciclable

Por último, cabe resaltar que la digitalización avanza a un ritmo acelerado y está ayudando a las empresas a ser más respetuosas con el medio ambiente, y toda vez que el desarrollo de las finanzas sostenibles ha dado lugar a nuevos instrumentos financieros que permiten a las empresas obtener rentabilidad, a la vez que generan impactos ambientales y sociales positivos, coadyuvando de esta forma a alcanzar alguno o varios de los Objetivos de Desarrollo Sostenible de Naciones Unidas en materia de combate de la pobreza, educación inclusiva, igualdad de género, empleo digno y crecimiento económico, inclusivo y sostenible con los cuales nuestro país se ha comprometido a través de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible

Consideramos por ello que **es necesario la difusión y conocimiento de esta forma de negociación**, a fin de incentivar la educación y el crecimiento de emisores e, indirectamente, de inversores alineados en lo social y/o ambiental, contribuyendo al desarrollo de un mercado de capitales sostenible.

BIBLIOGRAFÍA:

Camerini Marcelo A. “Fintech y Regulación”, Tomo II, XV Congreso de Derecho Argentino de Derecho Societario y XI Iberoamericano de D. Societario y de la Empresa, Editorial Económicas FCE-UNC, Octubre 2022

Vitolo, Daniel R., Ley 27349 comentada. Thomson Reuters, La Ley, 2017

Pérez Cassini Analia B. “Hacia una Economía Sustentable, Cambios de paradigmas en la forma de hacer negocios. Empresas B o de Triple Impacto. Tomo III, del Libro del Congreso “Hacia un Nuevo Derecho Societario pag.2625, Universidad Nacional de Córdoba, Julio 2019

Moffo, Ricardo Lucarelli “Las Sociedades por Acciones Simplificadas como Herramienta para el Ingreso de las PyMes al Mercado de Capitales, pág.600, Tomo I, misma obra anterior

Gonzalez Patricia M, “Hacia Mercados de Valores Verdes y Sustentables, pag.567 en Tomo, Congreso citado

PAGINAS WEB CONSULTADAS

a.info/opinion/sas-crowdfunding-y-mercado-de-capitales/

<http://sedici.unlp.edu.ar/handle/10915/80923>.PÉREZ CASSINI ANALIA B.

<https://www.pwc.com.ar/es/publicaciones/bonos-verdes-sociales-sustentables.html>¹

<https://www.pwc.com.ar/es/publicaciones/bonos-verdes-sociales-sustentables.html> Diego López, socio de PwC Argentina Apple Inc. (2019). Annual Green Bond Impact Report. 26/11/2020, de Apple Inc. Sitio web:

https://s2.q4cdn.com/470004039/files/doc_downloads/additional_reports/Apple_GreenBond_Report_2018.df

Arenas, E. (2016). ¿Cómo y dónde nació el mercado de bonos? 2020, de Rankia Sitio web: <https://www.rankia.mx/>

[blog/como-comenzar-invertir-bolsa/3279443-como-donde-nacio-mercado-bonos](https://www.rankia.mx/blog/como-comenzar-invertir-bolsa/3279443-como-donde-nacio-mercado-bonos)

Banco Interamericano de Desarrollo (2019). América Latina y el Caribe Estado del mercado de las finanzas verdes

2019. 26/11/2020, de Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo Sitio web: https://www.climatebonds.net/files/reports/latam_sotm_19_esp_final_03_web_0.pdf

Bancomer Communications (2017). Bonos verdes: qué son y cómo funcionan. noviembre 27, 2020, de BBVA

Sitio web: <https://www.bbva.com/es/bonos-verdes-que-son-que-financian/>

Banco Mundial (2015). ¿Qué son los bonos verdes? noviembre 27, 2020, de Grupo Banco Mundial Sitio web:

<http://documents1.worldbank.org/curated/en/165281468188373879/pdf/99662-REPLACEMENT-FILE-Span>

[ish-Green-Bonds-Box393223B-PUBLIC.pdf](http://documents1.worldbank.org/curated/en/165281468188373879/pdf/99662-REPLACEMENT-FILE-Span)

Bankinter (2020). Bonos verdes: qué son, definición, rentabilidad.... 2020, de Bankinter Sitio web:

<https://www.bankinter.com/blog/mercados/caracteristicas->

BBVA (2019). Los bonos verdes miran al futuro de la mano del ‘blockchain’. 26/11/2020, de BBVA Sitio web:

<https://www.bbva.com/es/los-bonos-verdes-miran-al-futuro-de-la-mano-del-blockchain/>

Burbridge, M. (2020). Bonos verdes: el futuro de la renta fija. 26/11/2020, de El cronista Sitio web:

<https://www.cronista.com/finanzasmercados/Bonos-verdes-El-futuro-de-la-renta-fija--20200930-0080.html>

<https://www.cronista.com/responsabilidad/el-sistema-financiero-se-suba-a-la-ola-verde/>

RESPONSABILIDAD DE LAS ENTIDADES BANCARIAS POR ESTAFAS INFORMATICAS

PICASSO NETRI, Lisandro¹⁰⁴

Resumen

Las estafas informáticas se producen dentro del mercado tecnológico. La transformación de la banca clásica en la banca digital ha producido grandes beneficios a las entidades bancarias. La plataforma digital que pone a disposición las entidades bancarias se constituye en una actividad riesgosa en los términos del art. 1757 del CCCN. Queda incluido dentro de la noción de consumidor el cliente bancario persona humana como también a la persona jurídica. El cumplimiento de las medidas mínimas y obligatorias impuestas por el Banco Central de la República Argentina no eximen de responsabilidad a las entidades bancarias quienes deben además elaborar otras medidas que resultan eficaces para prevenir los daños a sus clientes (art. 1710 CCCN). La ley de defensa del consumidor debe tener mayor fuerza en los entornos digitales, ya que es mayor la exposición y vulnerabilidad de los usuarios. La causa adecuada de las estafas virtuales no es el otorgamiento de datos por parte de los usuarios del sistema sino la omisión de la implementación de medidas por parte de los bancos para asegurarse la identidad del usuario y sumar a ellos sistemas de alerta por la existencia de movimientos inusuales por fuera de los patrones habituales del consumidor. La aplicación del daño punitivo es una herramienta judicial muy necesaria para que las entidades bancarias comprendan que es superior invertir en medidas preventivas que reparar los daños causados a sus clientes. En materia de medidas cautelares y en la valoración del peligro en la demora debe ponderarse el daño irreparable que se causa en la gran mayoría de los casos cuando el cliente bancario es desahogado de su dinero producto de las estafas virtuales.

El mercado tecnológico y su uso por las entidades bancarias.

Resulta importante en primer lugar definir el mercado donde se producen las llamadas estafas virtuales. Se trata del mercado tecnológico. No estamos ante un mercado físico sino que nos ubicamos dentro del comercio electrónico. La adquisición de bienes y servicios, fundamentalmente después del COVID 19 ha sido realizado en el

¹⁰⁴ Presidente del Instituto de Derecho Comercial y Económico del Colegio de Abogados de Rosario. Profesor Adjunto de Derecho de la Empresa y el Mercado de la Facultad de Derecho (UNR).

marco del comercio electrónico. El rol de las entidades bancarias en su carácter de intermediarias ha cobrado un rol preponderante poniendo a disposición de los clientes el medio de pago electrónico lo que posibilita a estos últimos poder realizar operaciones en forma inmediata con otras personas que se encuentran a miles de kilómetros de distancia.

Se ha producido una sustitución de la banca tradicional. Los clientes bancarios hoy pueden realizar distintos tipos de operaciones (pagos, inversiones, transferencias, pedir créditos, etc.) desde cualquier lugar del mundo y a cualquier hora. Esto que implica un beneficio para el cliente bancario representa también una ganancia muy importante para los bancos ya que se ahorran mucho dinero en estructura física (alquileres, pagos de recursos humanos, etc.). Pero además le ha permitido profundizar y mejorar la forma de relacionarse con sus clientes. Ha podido a través del uso de la tecnología llegar a un mercado de clientes mucho más amplio del que tenía con la banca clásica. Las plataformas digitales potencian las ganancias de los bancos. Así importante doctrina¹⁰⁵ ha explicado que dentro de estos cambios se encuentran tres avances tecnológicos: a) las redes de banda ancha y los dispositivos móviles inteligentes, b) los servicios de almacenamiento en la nube y c) la explotación de grandes cantidades de datos (big data) y la inteligencia artificial.

Sin embargo, esta situación tiene su contracara, cual es los grandes riesgos a los que se exponen los clientes en el mercado del comercio electrónico. Y respecto de este riesgo que sufren los usuarios los bancos no pueden pretender mantenerse ajenos. Las entidades bancarias deben hacerse cargo de los riesgos que implica poner a disposición de los usuarios una plataforma digital.

El cliente bancario como consumidor.

Tanto el art. 42 de la Constitución Nacional como la Ley de Defensa del Consumidor N° 24.240 y sus modificatorias le otorgan una importante protección a los usuarios y consumidores por considerarlos vulnerables. El cliente bancario es consumidor en los términos del art. 1 de la ley de defensa del consumidor ya que utiliza un servicio como destinatario final y en beneficio propio. El banco es proveedor en los términos del artículo 2 de la ley de defensa del consumidor al producir y comercializar un servicio destinado a los consumidores. En definitiva, entre el cliente bancario y la entidad financiera existe una relación de consumo (art. 3 ley defensa del consumidor).

El Código Civil y Comercial de la Nación en su art. 1384 establece que los contratos bancarios son contratos de consumo. Debe incluirse dentro del concepto de consumidor al cliente bancario persona humana como también a la persona jurídica. La

¹⁰⁵ BRUN, Enzo Esteban Donato, Estafas virtuales (Phishing) y la responsabilidad de las entidades financieras. Capítulo XIII dentro de libro La disrupción digital y sus impactos en el ser humano – WEINGARTEN, Celia – Directora. pag. 373 y ss. Ed. Rubinzal Culzoni.

persona jurídica que constituya una Pyme o empresa familiar en tanto resulta ajena al negocio financiero puede solicitar la aplicación de la ley 24.240. Así lo ha dicho un reciente precedente de la Cámara Federal de Bahía Blanca¹⁰⁶. En primer lugar, por qué así lo habilita el art. 1 de la ley 24.240 cuando define al consumidor como la persona física o jurídica que adquiere bienes o servicios como destinatario final. En segundo término el banco es un experto en el negocio bancario y se encuentra en una situación de superioridad tanto en la económico, como jurídico y técnico. En los contratos bancarios existe claramente una desigualdad entre las partes.

El phishing y otras formas de estafas virtuales

El phishing es una maniobra que tiene como objetivo obtener a través del uso de internet datos privados de los usuarios para poder acceder a sus cuentas o datos bancarios. Es una técnica de ingeniería social que consiste en el envío de correos electrónicos que suplantan la identidad de entidades públicas o privadas y solicitan información personal y bancaria al usuario. Estos correos electrónicos fraudulentos suelen incluir el logotipo o la imagen de la marca de la entidad y transmiten muchas veces urgencia y miedo para que el usuario realicen las acciones que le solicitan. También resulta común que un mail de tipo phishing pueda llevar un archivo adjunto infectado con software malicioso (malware). El objetivo es infectar el equipo del usuario y robar su información confidencial. Otras veces se pretenden conseguir la información para acceder a cuentas bancarias o tarjetas de crédito a través de llamadas telefónicas. Otra modalidad es obtener un crédito a nombre del cliente bancario, se logra la transferencia de los fondos a otra cuenta y la víctima queda a cargo de hacer frente al pago de las cuotas del crédito. Es decir, hay un doble perjuicio para el cliente, no solo pierde sus ahorros sino que queda como deudor con el banco por un crédito que el no solicitó. En un reciente trabajo de doctrina se explica detalladamente las distintas modalidades de estafas virtuales¹⁰⁷.

Deber de seguridad.-

En este trabajo analizaremos cuales son las obligaciones que asumen los bancos a la luz de la Constitución Nacional, de las disposiciones del BCRA, del contenido del Código Civil y Comercial de la Nación y de la ley de defensa del consumidor.

Resulta aplicable el art. 42 de la Constitución Nacional que establece: “...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...”.

¹⁰⁶ Cámara Federal de Bahía Blanca Sala II – 08/08/23: Instituto John Newman SA c. Banco de la Nación Argentina s. Ley de Defensa del Consumidor.

¹⁰⁷ VAZQUEZ FERREYRA, Roberto A., Ciberestafas bancarias y procesos de consumo, LA LEY 2023 – D, 30 de agosto del 2023.

Como explicamos ut-supra la actividad que se brinda a través de la plataforma digital del banco es una actividad riesgosa. Y resulta aplicable el art. 1757 del CCCN que dispone: “...*toda persona responde por el daño causado por el riesgo o vicio de las cosas o de las actividades que sean riesgosas o peligrosas por su naturaleza, por los medios empleados o por las circunstancias de su realización...*”. También es importante mencionar el art. 1710 del CCCN en cuanto establece el deber de: “...*adoptar de buena fe y conforme a las circunstancias las medidas razonables para evitar que se produzca un daño o disminuir su magnitud si tales medidas evitan o disminuyen la magnitud de un daño del cual un tercero sería responsable...*”.

El Art. 5° de la Ley 24.240 establece la obligación de seguridad en sentido estricto, así como también se consagra en el siguiente artículo el deber de advertencia. El Art. 40 de la ley 24.240 consagra la responsabilidad de la empresa por el riesgo de la cosa.

Finalmente es importante traer a colación el art. 1107 del CCCN que establece: “...*si las partes se valen de técnicas de comunicación electrónica o similares para la celebración de un contrato de consumo a distancia, el proveedor debe informar al consumidor, además del contenido mínimo del contrato y la facultad de revocar, todos los datos necesarios para utilizar correctamente el medio elegido, para comprender los riesgos derivados de su empleo y para tener absolutamente claro quien asume esos riesgos...*”.

En este sentido el Banco Central de la República Argentina ha establecido distintas medidas de prevención que deben ser cumplidas por los bancos. Es importante destacar que el cumplimiento de dichas medidas no exime de responsabilidad a la entidad bancaria¹⁰⁸. Las medidas impuestas por el BCRA son medidas mínimas obligatorias y a partir de ellas los bancos deben proyectar las que resulten adecuadas y necesarias de acuerdo al estudio y análisis de la seguridad que deben desarrollar¹⁰⁹.

Muchas entidades bancarias en vez de extremar los recaudos y las medidas de prevención deciden negar su responsabilidad alegando culpa del cliente bancario por haber entregado sus datos. Sin embargo, en dicho razonamiento omiten que el riesgo existe porque se utiliza un sistema que fue creado por la propia entidad bancaria para lograr un mayor beneficio económico. Las estafas virtuales no tienen su causa adecuada en el suministro de los datos por parte de los usuarios del sistema sino que la causa adecuada es la falta de medidas de parte de los bancos para asegurarse la identidad del

¹⁰⁸ DE NUNEZ, Rodrigo, La responsabilidad objetiva en la actividad bancaria, en J.A. del 27/6/18, L.L. Online, AR/DOC/3012/2018.

¹⁰⁹ NISNEVICH, Alejandro D., Responsabilidad de los bancos por el incorrecto funcionamiento de los cajeros automáticos, La Ley Córdoba 2014 (julio), 614, LA LEY AR/DOC/2180/2014.

usuario y sumar a ellos sistemas de alerta por la existencia de movimientos inusuales por fuera de los patrones habituales del consumidor.

Normativa relevante del BCRA

El Banco Central de la República Argentina (BCRA), como autoridad de contralor y superintendencia del sistema bancario ha dictado una serie de normas destinadas específicamente a prevenir, evitar y combatir los delitos que puedan perpetrarse cometido en el uso de la banca digital o mediante la sustracción no autorizada de datos bancarios sensibles, estableciendo estándares mínimos para el efectivo cumplimiento del deber de seguridad.-

Es muy importante la Comunicación “A” 6878 del BCRA, en tanto en su artículo 3.8.5, dispone que *“deberán adoptarse normas y procedimientos internos a efectos de verificar que el movimiento que se registre en las cuentas guarde razonabilidad con las actividades declaradas por los clientes”*.- En una modalidad muy común de phishing el dinero es transferido a cuentas inusuales y que en la gran mayoría de casos se trata de personas insolventes. El banco puede advertir fácilmente el carácter inusual de la operatoria con el simple análisis de los movimientos de ambas cuentas.-

La Comunicación “A” 7319 del BCRA establece que: *“para la autorización de un crédito pre-aprobado la entidad debe verificar fehacientemente la identidad de la persona usuaria de servicios financieros involucrada. Esta verificación debe hacerse mediante técnicas de identificación positiva de acuerdo con la definición prevista en el glosario y en el requisito técnico operativo específico (RCA040) de estas normas”*. Se viola el deber de seguridad cuando se otorga un préstamo no solicitado por un cliente bancario. En estos casos y producto de la pasividad en materia de seguridad informática, los clientes se ven desapoderados de todos los fondos de su cuenta y observa que fueron girados a insolventes.

Otra falencia de las entidades bancarias es no corroborar la identidad de quien se encontraba operando la cuenta de la actora. Por ejemplo, solicitando el encendido de la cámara web para tomar una “selfie” o tomando como recaudo cualquier medida de reconocimiento biométrico. Se vulnera al principio de integridad de la información que manda la Comunicación “A” 4609 que define a la integridad como *“la exactitud que la información debe tener, así como su validez acorde con las pautas fijadas por la entidad y regulaciones externas”*. La misma Comunicación “A” 4609 instruye que *“la estrategia de seguridad deberá contemplar el establecimiento de mecanismos de control para la detección, registro, análisis, comunicación, corrección, clasificación y cuantificación de los incidentes y de las debilidades en los accesos no autorizados a la información administrada en los sistemas de información.”*

Fallos relativos a estafas virtuales.

A continuación se traerán a colación algunos fallos que han tratado la responsabilidad de las entidades bancarias ante distintas estafas virtuales.

En fecha 10 de julio del 2023 se dictó un importante precedente de segunda instancia¹¹⁰ que confirmó la sentencia de primera instancia que había condenado al banco a pagar una indemnización al actor y le había ordenado que cancele el préstamo otorgado y que se abstenga de reclamárselo por cualquier medio. Los fundamentos de la sentencia de primera instancia fueron que el banco fallo en su deber de seguridad sobre la plataforma digital y que existió falta de colaboración probatoria en el proceso. Los argumentos de la entidad bancaria en sus agravios fueron que no hubo una falla en el sistema de seguridad en el banco sino una culpa de la propia víctima: el ingreso a su sistema digital exige el conocimiento de cierta información (token, tarjetas de coordenadas, clave, pregunta de seguridad y verificación de correo electrónico) a la que solo tiene acceso el propio usuario. El actor filtro esa información y el banco cumple con la regulación del Banco Central sobre transferencias inmediatas.

La Cámara sostuvo que el banco admitió de entrada el escenario de phishing (manipulación para obtener datos personales y operar en forma ilegítima un usuario digital) y en vez de asumir la responsabilidad que le cabe como artífice y principal beneficiario de la plataforma digital a través de la cual operan sus clientes pretendió desligarse de responsabilidad alegando culpa de la víctima o de un tercero. El banco no es ajeno al riesgo de phishing ni puede desentenderse de los daños que se deriven de él.

Argumentó también el fallo de segunda instancia que la protección de la ley de defensa del consumidor debe tener mayor fuerza en los entornos digitales, ya que es mayor la exposición y vulnerabilidad de los usuarios y que corre por cuenta de la entidad bancaria la demostración de que el usuario ha incurrido en una conducta groseramente desaprensiva o desatenta en relación a sus datos, para que el banco pueda eximirse de su responsabilidad en los términos del art. 40 LDC. Tuvo muy en cuenta la conducta procesal del banco en el proceso, no solo que no produjo prueba alguna sino que también mostro una postura desaprensiva al no colaborar por ejemplo con la producción de la prueba pericial informática. Se hace mención al art. 53 de la Ley de Defensa del Consumidor que establece: “...los proveedores deberán aportar al proceso todos los elementos de prueba que obren en su poder, conforme a las características del bien o servicio, prestando la colaboración necesaria para el esclarecimiento de la cuestión debatida en el juicio....”.

Resulta muy importante el análisis que realiza el fallo de segunda instancia sobre la responsabilidad del banco respecto de tomar acciones respecto del destino de los fondos. Sobre esto expresó: “...el banco está mejor capacitado para dilucidar exactamente como sucedió la maniobra y adonde fueron a parar los fondos. Las entidades bancarias tienen la posibilidad de trackear el destino de las transacciones.

¹¹⁰ Cámara de Apelación Civil y Comercial de Circuito de Rosario, Sentencia N° 151 de fecha 10 de julio del 2023: “Lucero Mauro c. Banco Macro SA s. Ley de Defensa del Consumidor.

Pueden averiguar a donde fue a parar el dinero, a la cuenta de quién. Y con esa información pueden generar un sistema de alerta temprana que refuerce la seguridad de los entornos digitales para evitar casos de phishing...”. Finalmente termina hablando de las medidas de prevención que deben adoptar las entidades bancarias: “... un sistema de seguridad eficiente hubiera impedido que un usuario digital recién recuperado (con tres intentos fallidos) solicite un préstamo al banco y realice transferencias a cuentas a las que nunca antes había transferido. Se trataría de una medida de prevención razonable, viable, que se puede implementar y que evitaría muchísimos casos de phishing. Esta medida de prevención no se tomó y se podría haber tomado...”.

Otro precedente de fundamental importancia lo constituye la sentencia de fecha 5 de mayo de 2022 dictada por la Sala Segunda de la Cámara Segunda de Apelación Civil y Comercial de La Plata en autos “SDRC c/ Banco de la Provincia de Buenos Aires s/ nulidad de contrato”. El actor había sido víctima de una estafa, pues con el uso de engaños propios de la ingeniería social había brindado información sobre sus cuentas.

El Tribunal analiza si ante este tipo de conflictos resulta procedente imputar la totalidad de la responsabilidad y culpa en el factor humano -el cliente del banco- o si contrariamente, la entidad bancaria tiene algún grado de responsabilidad. La Cámara concluye que los bancos cargan con el indelegable deber de seguridad a los fines de evitar este tipo de delitos. Considera el Tribunal que no le basta al banco ampararse en el cumplimiento de las normas reglamentarias del BCRA para librarse de su responsabilidad, sino que por el contrario, deben ultimar los recursos y técnicas suficientes para mantener al cliente a salvo de las maniobras ciberdelictuales pergeñadas por terceros. El Tribunal sostuvo que el accionar del actor en el proceso de estafa es insuficiente para exonerar de responsabilidad a la entidad bancaria. En virtud de todo lo expuesto se hizo lugar a la demanda y se condenó al banco al pago de una importante suma en concepto de daño punitivo.

En relación a la aplicación de daño punitivo considero que es una herramienta judicial muy necesaria para que las entidades bancarias comprendan que es superador invertir en medidas preventivas que reparar los daños causados a sus clientes. Sobre los variados fallos que existen en el tema resulta clarificador un excelente trabajo doctrinario¹¹¹. Traemos a colación un precedente¹¹² reciente donde se otorgó una

¹¹¹ KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aida, Los daños punitivos y la responsabilidad civil de entidades bancarias hacia los clientes consumidores. Visión Jurisprudencial LA LEY 2023 A del 1 de febrero del 2023.

¹¹² Juzgado de Distrito en lo Civil y Comercial de Rosario de la 14va. Nominación: “Serra Dina c. Nuevo Banco de Santa Fe SA s. Demanda de Derecho de Consumo”.

indemnización por daño punitivo contra una entidad bancaria de \$10.000.000. El juez entendió que, en el marco de la estafa por phishing, el banco había incumplido con sus obligaciones legales, como “prestar los servicios conforme las condiciones legales y contractuales pactadas (art. 19 LDC)” o la obligación de custodia sobre el dinero depositado (Art. 1067 CCCN)”, así como el deber de seguridad y tutela de intereses económicos del consumidor (arts. 5 y 40 LDC y 42 CN), el deber de informar y advertir (arts. 42 CN, 4 y 6 LDC, 1100 y 1107 CCCN) y el deber de prevención del daño (Art. 1710), así como el trato equitativo y digno para con el actor previo al proceso. Este fallo no se encuentra firme.

En materia de cautelares existen diversos pronunciamientos a lo largo de todo el país que han hecho lugar a las mismas en materia de estafas virtuales. Destacamos una resolución dictada por un Juzgado Civil y Comercial de Rosario¹¹³. En el caso, se trataba de una persona mayor a la que a través de varias transferencias le vaciaron su caja de ahorro que tenía en el banco demandado. Como medida cautelar, la parte actora solicitó que se ordene al banco a la restitución de las sumas que había sido ilícitamente transferidas. En su resolución se tuvo en cuenta que la destinataria de las transferencias no se encontraba en la lista de destinatarios frecuentes, como así tampoco el medio de pago utilizado. Cita también las disposiciones del BCRA sobre requisitos mínimos de gestión implementación y control de los riesgos relacionados con tecnología informática, sistemas de información y recursos asociados para las entidades financieras. La Jueza hace lugar a la cautelar y ordena al banco que restituya en las cuentas de la parte actora los montos debitados y que son objeto de la demanda. En la valoración del peligro en la demora debe ponderarse el daño irreparable que se causa en la gran mayoría de los casos cuando el cliente bancario es desapoderado de su dinero producto de las estafas virtuales. Es por ello que resulta de vital importancia que los tribunales otorguen una protección rápida y eficiente ante situaciones de estafas virtuales.

¹¹³ Juzgado de Distrito en lo Civil y Comercial de Rosario de la 5ta. Nominación: Resolución 1131 del 9 de noviembre de 2022 dictada en autos “CABADA, Marcelo Oscar c/ Banco Supervielle s/ demanda de derecho de consumo”

ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE EL ENCUADRE NORMATIVO DE LAS EMPRESAS FINTECH A PROPÓSITO DEL CASO WENANCE S.A.

VIRGOLINI, Laura Andrea Y CÁCERES, Jéssica

Resumen

A través de la presente ponencia se propone analizar el desarrollo y el impacto de las nuevas tecnologías en la industria financiera, especialmente, en la industria *Fintech*. Particularmente, se analizará la naturaleza jurídica y encuadre legal de los proveedores no financieros de servicios de crédito a partir de los pronunciamientos judiciales en el caso Wenance S.A. s/ Concurso preventivo. Se analizará la diferencia entre la regulación de dichas compañías y la banca tradicional.

PALABRAS CLAVES

Nuevas tecnologías – Industria Fintech – Entidades Financieras

Introducción

La disrupción tecnológica nos obliga a repensar la industria financiera tradicional. El desarrollo tecnológico impacta en las formas de hacer negocios en Argentina. Así, la posibilidad de obtener préstamos a través de diversas plataformas digitales, hoy es posible como consecuencia del avance tecnológico lo que nos conduce a preguntarnos sobre el encuadre legal de estas empresas y si podría resultar aplicable o no la normativa especial que regula a las entidades financieras y en consecuencia, al control del Banco Central. La importancia del análisis resurge a partir del caso “Wenance S.A s/ Concurso preventivo”, procurando explorar el fenómeno evaluando la normativa actual.

Desarrollo

A partir del resonante caso “Wenance S.A. s/ concurso preventivo”, resurgió el interés en analizar algunas cuestiones relativas al encuadre legal y normativa aplicable a las empresas fintech, especialmente aquellas que otorgan préstamos a través de canales digitales. El pedido de concurso preventivo de la compañía Wenance S.A fue rechazado en primera instancia argumentando que dicha compañía debería liquidarse por los procedimientos establecidos en la normativa aplicable a entidades financieras, resolución que fue revertida por la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial San Isidro aceptando la competencia material en el caso.

En este escenario, resulta relevante definir qué entendemos por empresas Fintech. Es importante destacar que la industria fintech no abarca una definición unívoca, puesto

que su análisis abarca diferentes interpretaciones. La industria Fintech puede ser definida como aquellos procesos o productos novedosos que son utilizados para proveer servicios financieros. Todo ello es posible gracias a los avances tecnológicos existentes. De esa manera, el Consejo de Estabilidad Financiera las define como la “innovación financiera habilitada tecnológicamente que podría dar lugar a nuevos modelos de negocio, aplicaciones, procesos o productos con un efecto material asociado en los mercados financieros e instituciones y la prestación de servicios financieros”.¹¹⁴

El concepto Fintech consiste en la aplicación al sector financiero de la innovación tecnológica con la finalidad de modificar el modo en que se crea y entrega valor a los consumidores, generando, en la mayoría de los casos, nuevos servicios, o transformando el modo de prestación de los servicios tradicionales.¹¹⁵

El término Fintech hace referencia a la integración de dos palabras: "finanzas" y "tecnología". consiste en proveer servicios financieros mediante el uso de las nuevas tecnologías de la información, las aplicaciones móviles o el "Big data". En un concepto estricto del término, las Fintech son compañías que se diferencian de las entidades financieras tradicionales y que han entrado a competir con aquéllas en diversos verticales del negocio financiero mediante la implementación de innovadoras tecnologías en sus procesos de trabajo. En algunos otros casos, las Fintech ofrecen productos complementarios, e incluso pueden brindar servicios a los propios bancos.¹¹⁶

Las definiciones más recientes utilizan el término para referirse a la tecnología aplicada a las finanzas de manera integral, por ejemplo, incluyendo aquellas herramientas con enfoques innovadores que apoyan los servicios de la banca tradicional. Se trataría de una categoría que incluye a aquellas empresas de origen digital cuya actividad principal consiste en proveer servicios financieros mediante el uso de las nuevas tecnologías de la información, las aplicaciones móviles o el “big data”.

El sector brinda una gama de servicios que incluye crowdfunding, insuretech, pagos y transferencias, inversiones, blockchain & crypto, servicios Fintech B2B, seguridad informática y préstamos, y genera ingresos a través de cinco modelos de ingresos predominantes: honorarios de licenciamiento y otros servicios digitales, intereses por financiamiento, honorarios y comisiones de brokering/trading, honorarios

¹¹⁴Market structure, business models and financial stability implications Report prepared by a Working Group established by the Committee on the Global Financial System (CGFS) and the Financial Stability Board (FSB). <https://www.fsb.org/wp-content/uploads/CGFS-FSB-Report-on-FinTech-Credit.pdf>.

¹¹⁵ Kulik, A., *Regulación de la industria fintech. Marco aplicable en la república Argentina*. Sup. Esp. Legaltech, 2018, 139. CITA: TR LALEY AR/DOC/2381/2018.

¹¹⁶ Favier Dubois, E. *Empresas 'fintech', sistema financiero y derecho crediticio - luces y sombras en la inclusión financiera*, 2022, RC D 36/2022.

por soluciones as-a-service y comisiones por uso de plataforma tipo e-commerce y/o marketplace.¹¹⁷

Si bien la industria Fintech puede asimilarse en algunas áreas a la banca tradicional, resulta interesante profundizar sobre su naturaleza jurídica y las diferencias existentes entre ambas. Este punto no es menor, pues su debida categorización tendría un directo impacto al momento de determinar las disposiciones legales aplicables y autoridades de control con sus respectivas consecuencias jurídicas a este tipo de industria.

Caso Wenance S.A. s/ Concurso preventivo

A nivel jurisprudencial, el debate sobre la naturaleza jurídica y normativa aplicable al sector fintech resurgió a partir del caso “Wenance S.A s/ Concurso Preventivo”¹¹⁸. En este caso, se debatió si la firma accionante resultaba o no susceptible de concursamiento en los términos del art. 2º primer párrafo y 5º de la ley 24.522. La jueza de primera instancia rechazó la solicitud de concurso preventivo de Wenance S.A. por incompetencia territorial y además por incompetencia en la materia, al considerar aplicable a dicha compañía la normativa de entidades financieras Nro.21526. Dicho juzgado argumentó que la empresa Wenance S.A actuaba en los hechos como una entidad financiera, resultando en consecuencia aplicables las disposiciones contenidas por la Ley 21.526.

La jueza de grado resolvió que la Sociedad “debe regirse por la Ley de Entidades Financieras” y recurrir, en consecuencia, al proceso liquidatorio previsto por la Ley 21.526; declarando a Wenance excluida del art. 2 de la ley concursal y excluida del fuero especializado para entender, incluso, en su hipotética liquidación, aún bajo la aplicación de la invocada Ley de entidades financieras. La magistrada indicó, que, atendiendo al principio de "realidad económica", tramitar el concurso de una entidad que “en los hechos” resultaba equiparable a una entidad financiera por medios legales distintos a los previstos para este tipo de entidades, resultaría perjudicial para sus acreedores, y, el público en general, y brindaría una "salida de emergencia" a quienes desearan incursionar en la actividad financiera sin someterse a sus exigencias. Recalcó además en su pronunciamiento que la "compañía financiera" induce a confusión al público, pues emplea la misma denominación que corresponde a aquellas entidades comprendidas en el Art. 24 de la Ley 21.526.

Por último, la sentenciante remarcó que Wenance S.A. eludió el pedido de autorización ante el BCRA para actuar como compañía financiera, cuando fácticamente

¹¹⁷ *Ibidem*.

¹¹⁸ Juzgado Comercial N° 9, San Isidro, 14/08/2023, “Wenance S.A. s. Concurso preventivo” Buenos Aires; Rubinzal Online; RC J 3817/23.

actuaría como tal, por lo cual impuso un levantamiento del velo de la personalidad jurídica (en este caso, dejar de lado la clasificación de la entidad según el B.C.R.A. y clasificarla según sus actos, con independencia de las formas)". El juzgado sostuvo que respecto de la operatoria de Wenance debía primar el principio de "realidad económica", para así evitar que se fomente una actividad antijurídica de la empresa que vulnere los derechos de los usuarios de la plataforma.

La empresa Wenance S.A. apeló dicha resolución y la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial San Isidro revocó en todos sus términos la resolución de primera instancia dejando sin efecto lo allí decidido, y declarando competente a la juez de grado a cargo del Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial N° 9 del departamento judicial San Isidro en razón del territorio y de la materia para intervenir en el concurso preventivo solicitado por Wenance S.A. Sostuvo que dicha firma resulta un sujeto susceptible de concursamiento en los términos del art. 2° primer párrafo y 5° de la ley 24.522.¹¹⁹

Los magistrados integrantes de la Sala entendieron que la resolución de exclusión de Wenance S.A. de la posibilidad de concursamiento por resultar asimilable a una entidad financiera resultaba una afirmación dogmática. La exclusión debía ser legal y para hacer lugar a la misma la magistrada debió acreditar que "Wenance S.A" estuviere encuadrada en algunas de las entidades previstas en el art. 2 de la Ley 21.526 y que tuviere autorización del Banco Central de la República Argentina para realizar intermediación habitual entre la oferta y la demanda de recursos financieros (cf. art. 1°, Ley citada).

Los jueces concluyeron que no existían elementos para confirmar que "Wenance S.A." fuera una entidad financiera autorizada como tal. Señalaron que la misma se encontraba inscrita exclusivamente como "Empresas no financieras emisoras de tarjetas de crédito o compra" y "Otros proveedores no financieros", lo que según la propia normativa del BCRA no las sujeta al régimen de la ley 21.526, sino solamente en aspectos puntuales respecto de determinadas operaciones. En consecuencia, por resultar un sujeto susceptible de concursamiento (cf. art. 2° primer párrafo de la ley 24.522), al tratarse de una persona jurídica de carácter privado (cf. art. 148 inc. 1° del CCyCN), no podía negarse a Wenance S.A. la posibilidad de solicitar tramitar su concurso preventivo.

Entidades bancarias vs. Proveedores no financieros de crédito

En Argentina, las entidades financieras tradicionales se hallan reguladas por la Ley 21.526 y normas complementarias. Quedan comprendidas en la ley todas las

¹¹⁹ Sala Segunda de la Cámara Primera de Apelación en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial San Isidro, "Wenance SA s/ concurso preventivo", 11/09/2023.

personas que realicen intermediación habitual entre la oferta y la demanda de recursos financieros. La ley contempla una serie de rigurosas exigencias entre las que cabe mencionar: necesidad de una autorización para funcionar emitida por la autoridad de contralor, sometimiento a sanciones a aquellas personas no autorizadas que realicen operaciones de intermediación financiera, exigencias sobre liquidez, solvencia y responsabilidad patrimonial, con regímenes de regularización, saneamiento a cargo de la entidad y de reestructuración, modificaciones de capital y exclusión de activos y pasivos a cargo del Banco Central, un riguroso sistema informativo, contable y de control, un sistema de normas de Superintendencia dictadas por el BCRA y de obligatorio cumplimiento por las entidades financieras, un sistema de sanciones, de revocación para funcionar, disolución y liquidación y un régimen especial para la quiebra, que solo puede decretarse con intervención del Banco Central, encontrándose prohibido el concurso preventivo.

El sistema financiero se integra con el conjunto de sujetos e instituciones que operan con distintos instrumentos en un mercado monetario bajo un marco institucional específico y cuya función los convierte en “intermediarios” entre los ahorristas e inversores y los tomadores de dinero para proveerles de medios de pago y otorgarles liquidez a los activos¹²⁰. Lo que caracteriza puntualmente al negocio bancario es su nivel de endeudamiento y que gran parte de sus recursos propios están inmovilizados. Por ello, debe asegurarse la liquidez suficiente de la entidad financiera para atender la variabilidad de sus depósitos.¹²¹

La ley que regula la actividad bancaria en cada país conceptualiza el contenido de dicha actividad. El Banco Central de la República Argentina, y los bancos que operan en Argentina son entidades creadas por ley. La Ley 21.526 se aplica a las personas o entidades privadas o públicas, oficiales o mixtas, de la Nación, de las provincias o municipalidades que realicen intermediación habitual entre la oferta y la demanda de recursos financieros. La característica sobresaliente es que se trata de un sistema regulado estrictamente en el que no se puede intervenir libremente, sino que se requiere autorización para operar y fiscalización del Banco Central de la República Argentina (BCRA).

En el caso de las empresas “fintech”, las mismas escapan a la Ley 21.526. Esto es así, ya que el otorgamiento de préstamos que afectan recursos propios no configura la intermediación en el sentido contemplado por la normativa vigente y,

¹²⁰VILLEGAS, C., *La reforma bancaria y financiera. Ley 24.144*, Rubinzal Culzoni, 1993.

¹²¹ Junyent Bas, F. *Las empresas “fintech”, ¿son sujetos concursables? A propósito del fallo WENANCE S.A. concurso preventivo, 2023, El Dial.*

consecuentemente, quienes realicen el desarrollo de estas actividades quedan sometidos a las prescripciones del Código Civil y Comercial de la Nación, a las normas protectoras de consumidores y usuarios y a la normativa específica que a esos fines ha dictado el BCRA. A diferencia de las entidades financieras, las empresas Fintech no requieren una autorización para su funcionamiento ni tienen un control de funcionamiento, las regulaciones a las que se encuentran sometidas se refieren a sus operatorias y no a su patrimonio ni funcionamiento y no pueden intermediar en la captación y afectación de depósitos de terceros.

Junyent Bas sostiene que, a partir del fallo sobre la concursabilidad de la empresa Wenance S.A., se sigue que en el ámbito de la actividad financiera se distinguirían dos sistemas diferenciados. En primer lugar, el sistema de las entidades financieras que realizan la “intermediación entre la oferta y demanda de dinero” y requieren la autorización para funcionar del BCRA y por ende, están sometidas a su control de funcionamiento y eventual liquidación para tutelar el derecho de los depositantes. Por otro lado, el sistema de las empresas “fintech” que realizan actividad de “mediación financiera” para prestar con capital propio a los sectores no bancarizados, y que están reglados por las Circulares especiales y por el ordenamiento común escapando al régimen de liquidación propio de la Ley 21.526.¹²²

En relación a esta problemática, Dubois afirma que existe intermediación financiera cuando una persona, en forma habitual, capta depósitos del público para prestar dichos fondos a terceros, asumiendo así un pasivo con el público de un lado, a ser cubierto con el activo crediticio adquirido por el otro. Siguiendo esta interpretación, dicho autor manifiesta que no estarían alcanzados bajo la órbita de la “intermediación financiera” quienes otorgan préstamos con capital propio, quienes lo hacen con financiamiento no captado del público, o quienes simplemente se dedican a “mediar” sin asumir ni el lado pasivo ni el activo de la operación.¹²³

Entre los argumentos esgrimidos por la empresa Wenance S.A. al apelar el pronunciamiento de primera instancia, se destacan aquellos que enfatizan que sus servicios financieros no constituyen “intermediación entre la oferta y demanda de dinero” y explica las diferencias existentes entre la actividad bancaria y la diversa modalidad de sus servicios de préstamos personales a determinados sectores de la población. Sostiene que dichos préstamos se realizan mediante la “titulización” o “securitización” de activos, a través de la articulación de fideicomisos, a los fines de usar los fondos líquidos para el otorgamiento de nuevos préstamos.

¹²² *Ibidem.*

¹²³ Favier Dubois, E. *Empresas 'fintech', sistema financiero y derecho crediticio - luces y sombras en la inclusión financiera*, op.cit.

La empresa sostiene que quien se financia “titulizando” créditos no realiza intermediación financiera por más que utilice fondos provenientes de dicha operatoria. Wenance S.A. aclara que el fiduciante no se endeuda, sino que transfiere créditos al fiduciario para luego, una vez “monetizados”, usar los fondos líquidos para el otorgamiento de nuevos préstamos. No existiría endeudamiento del fiduciante y la cesión fiduciaria implica un acto de disposición de créditos y no constituye intermediación financiera.

Wenance S.A. menciona que la posterior utilización de los fondos líquidos obtenidos a partir de la titulación para otorgar préstamos no se encuadra en la prohibición establecida por la Ley 21.526, por la simple razón de que ello no constituye dicha intermediación. Faltaría el elemento fáctico inicial para considerarlo intermediación, es decir, el endeudamiento de quien luego presta dinero. Concluye así que tampoco la operatoria de financiamiento mediante la modalidad de venta de cartera para otorgar créditos da lugar a la necesidad de contar con autorización del BCRA en los términos de la Ley 21.526.

La empresa se encuentra inscripta como Proveedor No Financiero de Crédito ajustándose a las Circulares de BCRA “A” 5593, 6557, 6591 y 7146 que disponen el marco normativo de este tipo de operatoria de las empresas fintech, no encontrándose alcanzadas por la Ley 21.526. Wenance S.A. subraya que los préstamos de dinero los realiza con “capital propio” y no está “intermediando”, por lo que, como persona jurídica privada no tiene impedimento alguno para concursarse preventivamente.

Los magistrados del tribunal de segunda instancia hacen suyo el criterio de la concursada de que, a diferencia de las entidades financieras, las empresas “fintech” no requieren una autorización para funcionar, ni tienen un control de funcionamiento, sino que, las regulaciones a las que están sometidas se refieren a sus operatorias y no a su patrimonio y no pueden intermediar en la captación y afectación de depósitos de terceros.¹²⁴

Es interesante poner de resalto las disposiciones del artículo 3 de la Ley 21.526, las que otorgan una “súper facultad” al BCRA, estableciendo que las disposiciones de la citada Ley podrán aplicarse a personas y entidades públicas y privadas no comprendidas expresamente en ella, cuando a juicio del BCRA lo aconsejen el volumen de sus operaciones y razones de política monetaria y crediticia. Se trata de un remedio excepcional para casos excepcionales y para el caso en cuestión no fueron considerados aplicables dichos criterios. De todos modos, es una norma que abre la puerta para futuras regulaciones o abordajes diferentes del funcionamiento de este nuevo ecosistema.

¹²⁴ Junyent Bas, F. *Las empresas “fintech”, ¿son sujetos concursables? A propósito del fallo WENANCE S.A. concurso preventivo*, op.cit.

Conclusiones

Las empresas “fintech” constituyen compañías que actualmente compiten con la banca tradicional en diversas áreas del negocio financiero y en la prestación de sus servicios recurren a innovadoras tecnologías y medios digitales. Entre sus actividades se destaca el otorgamiento de préstamos a gran parte de la población con nula o limitada posibilidad de acceso a financiamiento bancario.

El caso Wenance S.A. s/ Concurso preventivo volvió a poner en la mesa de discusión el encuadre legal de este tipo de empresas, específicamente aquellas que otorgan préstamos personales. La jueza de primera instancia sostuvo que era necesario descender el velo de la compañía y que ésta se encontraba realizando intermediación financiera “de hecho”, comunicándolo así a sus clientes e induciendo a confusión, por lo cual negó la posibilidad de concursabilidad de la misma. El fallo de la Cámara de apelaciones revocó tal pronunciamiento, sosteniendo que Wenance S.A. no constituye una entidad financiera en los términos de la Ley 21526, ya que su tarea no implica la intermediación en la oferta y demanda de recursos financieros en forma habitual.

La regulación del Banco Central de la República Argentina, Administración Federal de Ingresos Públicos (AFIP) y Unidad de Información Financiera a la que están sometidas las fintech se refiere a sus múltiples operaciones de estas empresas pero no implica el control de su patrimonio, de su responsabilidad ni de su funcionamiento. Dichas compañías no requieren autorización para funcionar por parte del Banco Central y no están sometidas a su poder sancionatorio como sí lo están las entidades tradicionales.

La participación de Wenance S.A. como fiduciante en fideicomisos financieros como instrumento de financiamiento, no significó que dicha compañía estuviera intermediando en la colocación de recursos financieros. El otorgamiento de los préstamos se realizó a través de capital propio de la empresa y la operatoria de financiamiento mediante la modalidad de venta de cartera para otorgar créditos no da lugar a la necesidad de contar con autorización del BCRA en los términos de la Ley 21.526.

Teniendo en cuenta lo expuesto, el fallo bajo análisis nos permite concluir que las empresas “fintech” están sometidas a una regulación particular que las distingue de las entidades financieras sometidas a la Ley 21.526, no requieren una autorización para funcionar, ni se encuentran sometidas a un contralor de su funcionamiento como lo está la banca tradicional. Las regulaciones a las que están sometidas se refieren a sus operatorias y no a su patrimonio y no pueden intermediar en la captación y afectación de depósitos de terceros.

El crecimiento de los riesgos potenciales de esta actividad, podrá alertar a nuestros reguladores a posar una mirada más aguda en estos ecosistemas reevaluando la normativa aplicable y la posibilidad de una regulación más estricta atribuyendo mayores

facultades a la autoridad de contralor. Las atribuciones que otorga el Art. 3 de la ley 21.526 podrían autorizar mayores intervenciones.

Subtema 3:
Derecho de consumo

ALCANCES DEL DEBER DE RESPONDER DE LAS PLATAFORMAS DIGITALES. QUID DE SUS GRADOS DE INTERVENCIÓN

AICEGA, María Valentina

I. CONCLUSIONES

1. Los alcances del deber de responder de las plataformas que intermedian en la comercialización de bienes en el ámbito del derecho de consumo se deben establecer teniendo como punto de partida la correcta calificación de los distintos vínculos contractuales que se establecen.

2. En la contratación a través de plataformas digitales se celebran –como mínimo– tres contratos que se encuentran conectados entre sí por una teleología común, que excede a las individuales de cada uno de ellos. De esa red de contratos, el que habitualmente presenta distintas configuraciones –que va a tener incidencia en el deber de responder de la plataforma– es el celebrado entre la plataforma digital y el oferente de bienes. Respecto del contrato celebrado entre la plataforma digital y el oferente proveedor se pueden identificar –por lo menos– tres supuestos, que a su vez tienen distintos matices. Las diferencias entre ellos vienen determinadas por el plan de conducta prestacional que asume el operador de la plataforma digital en cada caso según el grado de incidencia que éste tenga en el vínculo que el oferente proveedor entable con el consumidor; a saber: “neutra”, “coadyuvante” o “ineludible”.

3. Como la plataforma digital presta un servicio al oferente-proveedor, se crea la apariencia de su intervención frente al consumidor potencial, independientemente de la intensidad del plan de conducta asumido en esa relación contractual. Por ello, la plataforma tiene que cumplir con el deber de información –de manera cierta, clara, detallada, veraz, y gratuita– impuesto por los arts. 1107, 1100 del Código Civil y Comercial, y 4° de la ley 24.240. Dentro de los límites de su actuación debe informar los denominados “términos y condiciones” que impone para la contratación, y si la adquisición de bienes se realiza a través de la plataforma o el contrato se concluirá por fuera de ella y sin su intervención.

4. La plataforma digital solo deberá responder concurrentemente con el proveedor por la apariencia creada cuando concurren tres recaudos: (i) situación fáctica de entidad suficiente para que se cree la apariencia; (ii) tolerancia –o negligencia– de la plataforma digital ante la actuación del real proveedor como si actuara por aquella; y (iii) confianza razonable del consumidor en esa apariencia gestada. Para evaluar la existencia de apariencia será relevante analizar si se cumplió con el deber de informar los reales alcances de la intervención de cada uno de ellos, tanto por la plataforma digital como por el real proveedor.

5. Si bien la conexidad contractual *per se* no es suficiente para extenderle la responsabilidad en la que incurra el proveedor a la plataforma digital (arg. arts. 1073 a 1075, Código Civil y Comercial), se podría presentar esa hipótesis siempre que concurren los presupuestos del deber de responder civil.

6. En el caso de incidencia “neutra” de la prestación de servicios por parte de la plataforma digital, el vínculo contractual entre el oferente y el demandante se formaliza por fuera de la plataforma. La obligación de la plataforma es de medios, pues consiste en prestar el servicio de anuncios; por ende, su responsabilidad es subjetiva, a título de dolo o culpa (arts. 1721, 1724, Código Civil y Comercial). En tal sentido, como principio, no hay una obligación general de supervisar, ni de realizar búsquedas activas de hechos o circunstancias ilícitos por parte de la plataforma. Basta el desempeño diligente del plan prestacional, sin que exista obligación con relación al resultado de los negocios (art. 774 inc. a), Código Civil y Comercial).

7. En el caso de incidencia “coadyuvante” –en mayor o menor grado– de la prestación de servicios por parte de la plataforma respecto del contrato celebrado entre el proveedor y el consumidor, como intervino en la cadena de comercialización, la responsabilidad de la plataforma será concurrente (arg. “en razón de distintas causas, art. 850, Código Civil y Comercial)– y objetiva, con fundamento en el “riesgo que deriva de la especial configuración del servicio que presta” (arts. 10 bis, 40, ley 24.240). Cuando la plataforma ofrece servicios conexos –evaluación, calificación, seguros, modalidades de pago– calificará como proveedor y el adquirente como consumidor, por lo que su responsabilidad será objetiva (arts. 10 bis y 40, ley 24.240).

8. En supuestos de incidencia “ineludible” de la prestación de servicios por parte de la plataforma, se activa el deber de responder de esta respecto del consumidor ante incumplimientos del proveedor. Su responsabilidad será concurrente y objetiva, con fundamento en el “riesgo que deriva de la especial configuración del servicio que presta” (arts. 10 bis, 40, ley 24.240).

FUNDAMENTOS

1. IMPORTANCIA DE LA CALIFICACIÓN DE LOS VÍNCULOS JURÍDICOS EN LA INTERMEDIACIÓN DE BIENES A TRAVÉS DE PLATAFORMAS DIGITALES

Una de las principales cuestiones que plantean las relaciones de consumo en entornos digitales está dada por la intermediación a través de plataformas digitales. En esos casos uno de los problemas que se plantea es si existe deber de responder de las plataformas derivado de tales incumplimientos y, en su caso, cuál es su alcance¹²⁵.

Esta problemática se hace patente porque no existe una regulación específica al respecto, de manera que cuando no hay contrato de consumo, hay que recurrir a las normas que trae el Código Civil y Comercial para los contratos celebrados por adhesión (arts. 984 a 989) y paritarios, según los casos; y cuando hay contrato de consumo también a las soluciones que establece la ley 24.240, y el Código Civil y Comercial a este respecto.

No es adecuada la generalización de una respuesta para situaciones jurídicamente disímiles¹²⁶. Por ello, es central realizar *a priori* una correcta calificación de las relaciones jurídicas que se establecen, pues en cada uno de los contratos la “plataforma” asume distintas obligaciones que requieren de respuestas jurídicas específicas.

2. NIVELES DE INTERVENCIÓN DE LAS PLATAFORMAS DIGITALES

a) Necesarias precisiones

Para encuadrar jurídicamente la comercialización electrónica a través de plataformas digitales es necesario partir de la consideración de que el servicio prestado por las plataformas digitales, que ponen a disposición el espacio para la realización de actos entre terceros, presenta diversos casos con distintos niveles de intervención o participación.

Pueden existir tres relaciones contractuales conexas, incluso celebradas a distancia, que se concluyen con el uso exclusivo de medios electrónicos (arg. arts. 1105 y 980, Código Civil y Comercial), que sean por adhesión a condiciones generales predispuestas, y que –además– califiquen como contratos de consumo cuando las partes

¹²⁵ En las XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil de 2015, se concluyó por unanimidad: “Los sitios web que prestan un servicio de intermediación en el comercio electrónico pueden ser responsabilizados tanto por la deficiente prestación del servicio que brindan (publicidad, calificación de los usuarios, transmisión de la oferta, manejo de la subasta, entre otros) como por el incumplimiento de la obligación principal que asumen sus usuarios vendedores. Pueden ser de aplicación las normas del Código Civil y Comercial que regulan la conexidad contractual”.

¹²⁶ Sin efectuar disquisición alguna, en las XXVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil de 2019 se arribó a la siguiente conclusión unánime: “Puede incluirse en el elenco de actividades riesgosas, entre otras: la utilización de algoritmos, las actividades cibernéticas, las plataformas digitales y sistemas operados por inteligencia artificial”.

encuadran en la caracterización que al respecto traen los arts. 1° y 2° de la ley 24.240, y 1092 y 1093 del Código Civil y Comercial.

Dos de esos contratos poseen rasgos homogéneos. Por un lado, el contrato celebrado entre la plataforma y el eventual adquirente. Por el otro, un contrato posterior en el tiempo, que es el celebrado entre el oferente y el demandante, por el cual se adquieren los bienes.

El contrato que presenta distintas configuraciones –que van a tener incidencia en el deber de responder de la plataforma– es el celebrado entre la plataforma digital y el oferente. Respecto de este contrato se pueden identificar –por lo menos– tres supuestos, que a su vez tienen distintos matices.

b) El plan de conducta de la plataforma digital respecto del oferente

Las diferencias de los contratos celebrados entre la plataforma digital y el oferente vienen determinadas por el plan de conducta prestacional que asume el operador de la plataforma en cada caso.

Una primera hipótesis es aquella en la que la incidencia de la prestación de servicios de la plataforma en el negocio que *a posteriori* celebre el oferente de bienes con el adquirente es “neutra”. Es el caso de las plataformas que funcionan exclusivamente como secciones de anuncios, o bien que cuentan con tales secciones.

Otro caso es aquel en que la prestación de servicios de la plataforma es “coadyuvante” –en mayor o menor grado– respecto del contrato que celebran oferente y demandante como, por ejemplo, aquellas plataformas que ofrecen servicios conexos como calificaciones, medios de pago o garantías.

Finalmente, existe un supuesto en que la incidencia de la prestación de servicios de la plataforma digital será activa o, si se quiere, “ineludible”. Este caso se presenta cuando el operador de la plataforma digital desempeña un papel activo que le permite adquirir conocimiento o control de los datos almacenados, optimizar la presentación de ofertas por motores de búsqueda externos o de otro modo, efectuar recomendaciones, etc.

3. DEBER DE RESPONDER CON FUNDAMENTO EN LA APARIENCIA

Sin perjuicio de lo que se viene analizando, la plataforma podrá responder concurrentemente por la apariencia creada. El proveedor aparente es tal porque actúa ante los consumidores como si lo fuera.

La apariencia despliega un papel preponderante en múltiples planos del Derecho como expresión de la faceta subjetiva atribuida al principio de la buena fe (art. 9.°, 729, 961, Código Civil y Comercial) y procura concretar la aspiración de la seguridad dinámica o del tráfico “...que exige que ningún beneficio adquirido en el patrimonio de

un sujeto deba frustrarse por hechos o situaciones ajenas que no haya podido conocer”¹²⁷.

Son claras manifestaciones de la protección de la apariencia en el Código Civil y Comercial las preceptivas referidas al representante aparente (art. 367), al acreedor aparente (art. 883 inc. e)], al heredero aparente (arts. 2312 a 2315), a la tutela del adquirente (art. 45, 315) y del subadquirente de buena fe (arts. 337, 340, 392, 1894, 1895, 2260).

La seguridad dinámica que se alcanza al impulso de la tutela de la apariencia supone el sacrificio de la seguridad estática, es decir la clásica seguridad jurídica que conecta con los derechos adquiridos y, en general, con las situaciones jurídicas consolidadas.

Ese sacrificio debe ser justificado, de allí que se impongan ciertos requisitos para que proceda la tutela del consumidor que creyó en la actuación de la plataforma como proveedor aparente. Estos requisitos pueden extraerse de las normas especiales a las que me referiré.

La plataforma digital debe responder por la actuación del proveedor cuando concurren tres recaudos: (i) situación fáctica de entidad suficiente para que se cree la apariencia; (ii) tolerancia –o negligencia– de la plataforma digital ante la actuación del real proveedor como si actuara por aquella; y (iii) confianza razonable del consumidor en esa apariencia gestada. Además, para evaluar la existencia de apariencia, uno de los datos relevantes a analizar es el cumplimiento del deber de información respecto de los reales alcances de la intervención de la plataforma digital respecto del negocio celebrado entre el proveedor y el consumidor.

Zavala Rodríguez previno acerca del rol de la apariencia en la dinámica económica. Señala que “en la empresa moderna la apariencia jurídica (...) ha acentuado su relevancia, al punto de que (...) debe fundarse en el ‘riesgo de la empresa’. La empresa que comercia (...) da ocasión a que los terceros que se ven obligados a contratar con ella, no pueden verificar aspectos formales”¹²⁸.

La consecuencia de que concurren los requisitos que se analizaron es que los actos celebrados por el proveedor real se atribuyan también a la plataforma digital como proveedor aparente.

¹²⁷ GARCÍA GARCÍA, Juan M., “La función registral y la seguridad del tráfico inmobiliario”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, N° 625, 1994, p. 2261. La seguridad dinámica es tributaria de los aportes germánicos, cuya denominación debe ser atribuida a Ehremberg, autor de la obra “Seguridad jurídica y seguridad del tráfico” en el año 1903. Véase la edición efectuada por el Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y Bienes Muebles de España, Madrid, 2003.

¹²⁸ ZAVALA RODRÍGUEZ, Carlos J., *Derecho de la empresa*, Depalma, Buenos Aires, 1971, §134, p. 209.

4. EFECTOS DE LA CONEXIDAD CONTRACTUAL

No hay duda de que la conexidad permite la comunicación de efectos entre contratos distintos, lo que habilita que las vicisitudes a las que se asista en el seno de uno de ellos puedan propagarse a los restantes integrantes de la red (art. 1075, Código Civil y Comercial).

Enfocando la cuestión desde la mirada del deber de responder de la plataforma digital no sería descartable que el incumplimiento del proveedor deba ser soportado por aquella. Empero, se debe tener en cuenta que la conexidad *per se*, tal como está regulada por el Código Civil y Comercial, no implica el deber de responder por los daños causados respecto de todos los que participaron en la cadena de contratos, sino que es menester evaluar en el caso concreto si concurren los presupuestos del deber de reparar¹²⁹.

5. DEBER DE RESPONDER ANTE LA INTERVENCIÓN “NEUTRA”

En el caso de incidencia “neutra” de la prestación de servicios de la plataforma respecto del vínculo jurídico que se establece entre el proveedor-oferente y el consumidor, aquella se limita a prestar el servicio de alojamiento en su sitio web de las ofertas de terceras personas.

El vínculo contractual entre el oferente y el demandante se formaliza por fuera de la plataforma.

La obligación de la plataforma es de medios, pues consiste en prestar el servicio de anuncios; por ende, su responsabilidad es subjetiva, por dolo o culpa (arts. 1721, 1724, Código Civil y Comercial). En tal sentido, no hay una obligación general de supervisar ni de realizar búsquedas activas de hechos o circunstancias ilícitos por parte de la plataforma. Basta el desempeño diligente del plan prestacional, sin que exista obligación con relación al resultado de los negocios (art. 774 inc. a), Código Civil y Comercial).

Ello es así, claro está, siempre que el operador de la plataforma digital no hubiera tenido conocimiento de hechos o circunstancias a partir de los cuales un operador diligente hubiera debido constatar el carácter ilícito de las ofertas, ya que, si ante su conocimiento no actúa con prontitud y retira los avisos, habrá de comprometer su responsabilidad a título de culpa. Con esta orientación, la ignorancia premeditada o culpable de la plataforma equivale a conocimiento efectivo. Corresponde aplicar en

¹²⁹ SÁNCHEZ HERRERO, Andrés, en SÁNCHEZ HERRERO, Andrés (Director) y SÁNCHEZ HERRERO, Pedro (Coordinador), *Tratado de derecho civil y comercial*, cit., tomo IV, p. 761. Comp. en un sentido restrictivo: NICOLAU, Noemí L., “Incumplimiento y responsabilidad en la conexidad contractual. La cuestión en el ahorro para fines determinados”, *LLGran Cuyo* 2021 (junio), p. 7. Comp. con un perfil expansivo: ALTERINI, Atilio A., *Contratos*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1998, p. 195: “...quienes son parte en los contratos encadenados no resultan ‘verdaderos terceros’...”.

estos casos el estándar de responsabilidad fijado para los buscadores de internet¹³⁰ por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los casos “Belén Rodríguez”¹³¹ y “Gimbutas”¹³², que sigue en este aspecto la legislación europea.

No es descartable que se configure responsabilidad por apariencia y extensión de la responsabilidad por conexidad contractual, siempre que se configuren los presupuestos desarrollados.

6. DEBER DE RESPONDER ANTE LA INTERVENCIÓN “COADYUVANTE”

La prestación de servicios de la plataforma es “coadyuvante” –en mayor o menor grado– de la celebración del posterior contrato, por ejemplo, cuando los operadores incluyen secciones en las plataformas que tienen por objetivo la prestación de un servicio de almacenamiento de datos a pedido de un oferente, por el que cobran una remuneración no solo por el anuncio sino también una comisión al oferente cuando se concreta el contrato, e incorporan prestaciones adicionales o conexas –tales como sistemas de reputación o calificación de los oferentes, medios de pago, mecanismos de reclamos, etc.–, que tienen el efecto de generar confianza en los usuarios del sistema y, en definitiva, como objetivo final, atraer cada vez más usuarios.

Si el contrato conexo que se celebra entre el oferente y el demandante es de consumo (arts. 1° y 2°, ley 24.240, y 1092 y 1093, Código Civil y Comercial) la responsabilidad de la plataforma será mancomunada “solidaria” –en rigor, concurrente (arg. “en razón de distintas causas”; art. 850, Código Civil y Comercial)– por su intervención en la cadena de comercialización y el “riesgo que deriva de la especial configuración del servicio que presta” (art. 40, ley 24.240).

¹³⁰ CNCom., sala D, 22/03/2018, “Kosten, Esteban c/Mercado Libre S.R.L. s/ordinario”, Expte. 34503/2014; CNCom., sala C, 01/10/2019, “Ferrero, Antonio Fabián c/ Car Group S.A. y Mercado Libre S.R.L.”, Expte. 7736/2015; CNCom., sala E, 20/12/2019, “Vergara, Graciela Rosa c/Energrou S.A. (Motos del Sur) y otro s/ordinario”, Expte. 11572/2014. Véase un análisis de esa línea jurisprudencial, en TAMBUSSI, Carlos E., “Decisiones judiciales referidas al comercio electrónico en la Argentina desde el derecho de consumidores y usuarios”, LEX N° 22, Año XVI, 2018-II, pp. 103 y ss.; y en TRIVISONNO, Julieta B., “Comercio electrónico, responsabilidad y confianza”, SJA 17/10/2018.

¹³¹ CSJN, 28/10/2014, “Rodríguez, María Belén c. Google Inc. s/ daños y perjuicios”, Fallos 337:1174; ED 260, 176; Sup. Const- 2014 (noviembre), 65 con nota de Christian Alberto Cao; LA LEY 2014-F, 401 con nota de Christian Alberto Cao; RCyS 2014-XII, 76; DFyP 2014 (diciembre), 135 con nota de Andrés Gil Domínguez; LA LEY 05/11/2014, 145 con nota de Basterra, Marcela I., Guillermo J. Borda y Carlos Pereira (h.); Pablo A. Palazzi y Fernando Tomeo; DJ 04/02/2015, 7 con notas de Hugo A. Vaninetti, Ezequiel María Zabale y Guillermo Beltramone y Ricardo Ariel González Zünd; RCCyC 2015 (julio), 170.

¹³² CSJN, 12/09/2017, “Gimbutas, Carolina V. c. Google Inc. s/ daños y perjuicios”, Fallos 340:1236; LA LEY 2017-E, 266; LA LEY 2017-E, 320 con nota de Andrés Gil Domínguez; LA LEY 2017-E, 388 con nota de Eduardo Molina Quiroga; Sup. Const- 2017 (octubre), 12; LA LEY 2017-E, 655; RCyS 2017-XI, 94; DFyP 2017 (noviembre), 195 con notas de Andrés Gil Domínguez y Eduardo Molina Quiroga; RCyS 2018-I, 45 con nota de Ezequiel Zabale; RCCyC 2018 (febrero), 158.

En paralelo, del art. 10 bis de la ley 24.240 se extrae que las obligaciones a cargo del proveedor que oferta como usuario de la plataforma son de resultado, por lo que no puede eximirse mediante la acreditación de su falta de culpa. La responsabilidad tiene naturaleza objetiva. Lo mismo sucederá si el daño producido deriva del vicio o riesgo de la cosa o del servicio prestado (art. 40, ley 24.240). La responsabilidad es objetiva y solo se liberan quienes prueben que la causa del daño les ha sido ajena.

Cuando la plataforma ofrece servicios conexos –evaluación, calificación, seguros, modalidades de pago– y celebra contratos con el consumidor responde por su incumplimiento. La plataforma calificará como proveedor y su responsabilidad será objetiva o subjetiva, según la naturaleza de las obligaciones comprometidas. Si el contrato que la plataforma celebra con el adquirente de bienes es de consumo, su responsabilidad será siempre objetiva (arts. 10 bis y 40, ley 24.240)¹³³.

7. DEBER DE RESPONDER ANTE LA INTERVENCIÓN “INELUDIBLE”

Hay supuestos en los que la intervención de la prestación de servicios de la plataforma es “ineludible”. La plataforma tiene un papel activo respecto del contrato que se celebra entre el oferente y el demandante de bienes, que de una manera u otra le permite adquirir conocimiento o control de los datos almacenados.

Ese rol activo se configura, verbigracia, cuando el operador de la plataforma digital optimiza la presentación de ofertas por motores de búsqueda externos, hace recomendaciones de los bienes y lógicamente también cuando el autor del contenido ilícito actuó bajo la dirección o control del operador del mercado electrónico.

Ante intervenciones ineludibles, la plataforma deberá responder civilmente por el incumplimiento del proveedor-oferente respecto del adquirente. La responsabilidad será mancomunada “solidaria” –en verdad, concurrente– por la aplicación del art. 40 de la ley 24.240 en virtud del “riesgo que deriva de la especial configuración del servicio que presta”, y objetiva (arts. 40, 10 bis, ley 24.240).

¹³³ Véase CNCiv., sala K, 05/10/2012, “Claps, Enrique M. y O. c/Mercado Libre S.A”, JA 2013-I; Capel. Cont. Adm. y Trib. CABA, sala I, 11/06/2018, “Mercado Libre SRL c. Dirección General de Defensa y Protección al Consumidor s/ recurso directo sobre resoluciones de defensa al consumidor”, La Ley Online, AR/JUR/24534/2018; TS Córdoba, 19/05/2020, “Mercado Libre S.R.L. c/Dirección de Defensa del Consumidor y Lealtad Comercial – recurso apelación c/decisiones de persona jur. pub. no estatal – recurso directo”, Expte. 6765134.

Véase el estudio de TAMBUSI, Carlos E., “Decisiones judiciales referidas al comercio electrónico en la Argentina desde el derecho de consumidores y usuarios”, LEX N° 22, Año XVI, 2018-II, pp. 103 y ss.

**EL EMPRESARIO CO-CONTRATANTE NO CALIFICA SIEMPRE COMO
PROVEEDOR EN UNA ADQUISICIÓN QUE SE REALIZA PARA DESTINO
FINAL**

AICEGA, María Valentina

I. CONCLUSIONES

1. Pese al texto objetable del art. 1093 del Código Civil y Comercial, la calificación de proveedor en la legislación argentina exige en todos los casos que una persona humana o jurídica actúe con profesionalidad. Resulta irrelevante que esa actividad se desarrolle con habitualidad o de modo ocasional.

2. El pretendido supuesto diferenciado de proveedor que incorpora el art. 1093 del Código Civil y Comercial, aludiendo “a secas” a la “empresa productora de bienes o prestadora de servicios, pública o privada”, no es tal. En este caso, también es requisito para la calificación como proveedor que el empresario actúe con profesionalidad.

3. Dentro de la legislación latinoamericana de consumidor, la exigencia de actuación con profesionalidad es una originalidad de la normativa argentina que solo fue seguida por la legislación uruguaya.

4. Los difusos límites de la exigencia de “profesionalidad” impone a los operadores jurídicos la realización de una calificación guiada por la buena fe que contemple especialmente las circunstancias que rodearon la contratación y tutele el principio de confianza para no excluir ni incluir indebidamente determinados supuestos de la calificación de contrato de consumo.

II. FUNDAMENTOS

1. LA CALIFICACIÓN DE PROVEEDOR EXIGE LA ACTUACIÓN CON PROFESIONALIDAD EN TODOS LOS CASOS

a) Regulación

El proveedor, de acuerdo con el art. 2° de la ley 24.240, “es la persona física o jurídica de naturaleza pública o privada, que desarrolla de manera profesional, aun ocasionalmente, actividades de producción, montaje, creación, construcción, transformación, importación, concesión de marca, distribución y comercialización de bienes y servicios, destinados a consumidores o usuarios. Todo proveedor está obligado al cumplimiento de la presente ley...”.

El Código Civil y Comercial —con errática técnica— también afronta la caracterización del proveedor en el art. 1093, al tiempo de conceptualizar el contrato de consumo. Dicha norma prevé: “Contrato de consumo es el celebrado entre un consumidor o usuario final con una persona humana o jurídica que actúe profesional u

ocasionalmente o con una empresa productora de bienes o prestadora de servicios, pública o privada, que tenga por objeto la adquisición, uso o goce de los bienes o servicios por parte de los consumidores o usuarios, para su uso privado, familiar o social”.

b) Personas humanas o jurídicas que actúen con profesionalidad

Los proveedores pueden ser personas humanas o jurídicas, de naturaleza privada o pública. De modo que *a priori* cualquier persona podrá calificar como proveedor.

La significación del vocablo “proveedor” coadyuva al intérprete en la determinación de los alcances de esa posición jurídica. En efecto, según la rectora de la Lengua Española, esa voz apunta a la persona que “provee”, cuya actividad está enderezada a “preparar” (1ª acepción), “suministrar o facilitar lo necesario o conveniente para un fin” (2ª acepción), inflexiones verbales que permiten cobijar las distintas etapas del circuito económico. El “fin” del proveer en este ámbito está encaminado a la concreción del acto de consumo.

La ley menciona de manera meramente enunciativa a las actividades de producción, montaje, creación, construcción, transformación, importación, concesión de marca, distribución y comercialización de bienes y servicios, destinados a consumidores o usuarios.

Si bien se trata de una enumeración meramente enunciativa, no creo que sea conveniente que el legislador exponga las distintas actividades del proveedor, pues puede pecar por reiterativo –como ocurre en el caso–, u omitir situaciones relevantes –así, el financiamiento, recién considerado en el art. 36 de la ley 24.240–. Incluso, aunque la ley hubiera agotado el elenco de actividades económicas, también me expresaría en contra de una norma de estas características, ya que ni el legislador más previsora puede imaginar cuáles habrán de ser las actividades en el futuro.

La nota tipificante en nuestro ordenamiento jurídico es que esa actividad sea desarrollada con profesionalidad. En efecto, la calificación del proveedor en la legislación argentina está clásicamente unida a la profesionalidad en la actividad que se despliega, en el sentido de los especiales conocimientos con los que se la lleva a cabo¹³⁴. Lo que se requiere es conocimiento del negocio, de modo tal que el proveedor quede colocado en una posición de superioridad respecto de la contraparte¹³⁵. Es decir, se trata de una nota que nos acerca a la condición de “experto”.

Para calificar el accionar de una persona humana o jurídica como “profesional” resulta irrelevante que esa actividad se desarrolle con habitualidad o de modo ocasional.

¹³⁴ CHAMATROPULOS, D. Alejandro, *Estatuto del consumidor comentado*, Thomson Reuters, La Ley, Buenos Aires, 2016, tomo I, p. 144.

¹³⁵ Véase CHAMATROPULOS, D. Alejandro, *Estatuto del consumidor comentado*, Thomson Reuters, La Ley, Buenos Aires, 2016, tomo I, p. 144.

Elocuentemente se señala en doctrina que basta con que la persona humana o jurídica haga de esa actividad su profesión “ocasional”¹³⁶. También es irrelevante que el acto se realice a título gratuito u oneroso.

Es imperioso señalar que el requisito de la profesionalidad, que siempre estuvo correctamente enunciado en el art. 2° de la ley 24.240, sufrió aparentes fisuras con el art. 1093 del Código Civil y Comercial por cuanto al tiempo de ocuparse del proveedor establece que es tal quien “actúe profesional u ocasionalmente”. La utilización de la conjunción disyuntiva “u” podría llevar a pensar que bastaría que la persona realice una actividad esporádica y no profesional destinada al consumo para calificar como proveedor. Creo que tal hermenéutica no sería correcta, pues estaría seriamente reñida con los basamentos que inspiraron a esta disciplina en el ordenamiento jurídico argentino, esto es, la tutela especial de quien no tiene conocimientos especiales (consumidor) frente a quien sí los tiene (proveedor).

2. EL EMPRESARIO PARA CALIFICAR COMO PROVEEDOR TAMBIÉN DEBE ACTUAR CON PROFESIONALIDAD

El Código Civil y Comercial, luego de establecer que toda persona humana o jurídica puede ser proveedora, incorpora como un pretendido supuesto diferenciado de proveedor a la “empresa productora de bienes o prestadora de servicios, pública o privada” y omite el requisito de que actúe con profesionalidad para calificar como tal (art. 1093, Código Civil y Comercial). Tal incorporación resulta objetable.

Por un lado, si se quiso mentar a la persona titular de la actividad organizada debió referirse al “empresario” y, en ese sentido, éste ya estaba incluido bajo la designación de “persona humana o jurídica”. En cambio, si se pensó en flexibilizar la noción para captar modernas realidades económicas como las que envuelven los contratos asociativos, no debe olvidarse que las partes de tales acuerdos son los titulares de la empresa y frente a los terceros (consumidores) actúan a través de sus representantes (arts. 1457 a 1459, 1465, 1476, 1477, Código Civil y Comercial), o a través de un gestor que se obliga personalmente con los terceros (consumidores). No hay empresa, sin empresario.

Por el otro, porque no es descartable que en determinadas operaciones un empresario productor de bienes o prestador de servicios no actúe con profesionalidad. Piénsese, por ejemplo, en un empresario fabricante de equipos de frío que vende un inmueble en el que funcionó una de sus plantas y carece de esos conocimientos específicos sobre la comercialización de inmuebles: es empresario y vendedor, pero en esa operación no está actuando con profesionalidad. Luego, es claro que el empresario

¹³⁶ LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando J., *Fideicomiso Leasing. Letras hipotecarias. Ejecución hipotecaria. Contratos de consumición*, Zavallia Editor, Buenos Aires, 1996, p. 473

que produce bienes o presta servicios no calificará como proveedor si no actúa con profesionalidad.

3. EL REQUISITO DE PROFESIONALIDAD ES UNA ORIGINALIDAD DE LA LEY ARGENTINA

La ley 24.240 sancionada en el año 1993 introdujo en la legislación latinoamericana una originalidad: que la persona humana o jurídica para calificar como proveedor actúe con profesionalidad; es decir: conocimiento del negocio. Esta exigencia solo es reproducida por la ley uruguaya¹³⁷.

En efecto, la restante legislación latinoamericana no exige ese rasgo para calificar al proveedor (v.gr. leyes boliviana¹³⁸, paraguaya¹³⁹, mexicana¹⁴⁰, ecuatoriana¹⁴¹,

¹³⁷ Art. 3°: “Proveedor es toda persona física o jurídica, nacional o extranjera, privada o pública, y en este último caso estatal o no estatal, que desarrolle de manera profesional actividades de producción, creación, construcción, transformación, montaje, importación, distribución y comercialización de productos o servicios en una relación de consumo.”

¹³⁸ Art. 5.2°: “Proveedores. Son las personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, que desarrollan actividades de producción, fabricación, importación, suministro, distribución, comercialización y otras, de productos o de prestación de servicios en general destinados directamente a las usuarias y los usuarios, las consumidoras y los consumidores finales. No se considera proveedores a quienes ejercen una profesión libre.”

¹³⁹ Art.4° b): “Proveedor: a toda persona física o jurídica, nacional o extranjera, pública o privada que desarrolle actividades de producción, fabricación, importación, distribución, comercialización, venta o arrendamiento de bienes o de prestación de servicios a consumidores o usuarios, respectivamente, por los que cobre un precio o tarifa”.

¹⁴⁰ Art. 2° II: “Proveedor: la persona física o moral en términos del Código Civil Federal, que habitual o periódicamente ofrece, distribuye, vende, arrienda o concede el uso o disfrute de bienes, productos y servicios”

¹⁴¹ Art.2°.: “Proveedor.-Toda persona natural o jurídica de carácter público o privado que desarrolle actividades de producción, fabricación, importación, construcción, distribución, alquiler o comercialización de bienes, así como prestación de servicios a consumidores, por lo que se cobre precio o tarifa. Esta definición incluye a quienes adquieran bienes o servicios para integrarlos a procesos de producción o transformación, así como a quienes presten servicios públicos por delegación o concesión.”

salvadoreña¹⁴², guatemalteca¹⁴³), pero sí existen leyes que requieren que se configure el desarrollo de la actividad con habitualidad (leyes peruana¹⁴⁴, brasilera¹⁴⁵, chilena¹⁴⁶, colombiana¹⁴⁷, costarricense¹⁴⁸). Incluso, algunas exigen que el acto esté orientado al cobro de un precio o tarifa (ley paraguaya, ecuatoriana, guatemalteca, chilena).

4. ALCANCES DEL REQUISITO DE REALIZACIÓN DE LA ACTIVIDAD CON “PROFESIONALIDAD”

Si bien a nivel doctrinario¹⁴⁹ existe coincidencia respecto de la experticia requerida, se apunta el riesgo que entraña la amplitud del texto legal que deja abierta la

¹⁴² Art. 3°: “Proveedor: toda persona natural o jurídica, de carácter público o privado que desarrolle actividades de producción, fabricación, importación, suministro, construcción, distribución, alquiler, facilitación, comercialización o contratación de bienes, transformación, almacenamiento, transporte, así como de prestación de servicios a consumidores, mediante el pago de precio, tasa o tarifa. Para efectos de esta ley, también quedan sujetas las sociedades nulas, irregulares o de hecho, respondiendo solidariamente cualquiera de sus integrantes. Así mismo, será considerado proveedor, quien, en virtud de una eventual contratación comercial, entregue a título gratuito bienes o servicios. En caso que el consumidor fuere el Estado, el Municipio o cualquier entidad pública, para la solución de las controversias que se susciten a consecuencia de la contratación respectiva, se estará a lo dispuesto en la Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública y otras leyes que fueren aplicables”

¹⁴³ Art. 3°: “Proveedor: Persona individual o jurídica de carácter público o privado, nacional o extranjera que en nombre propio o por cuenta ajena, con o sin ánimo de lucro, realice actividades de producción, fabricación, transformación, importación, construcción, distribución o comercialización de bienes o prestación de servicios a consumidores o usuarios en el territorio nacional y por las que cobre precio o tarifa.”

¹⁴⁴ Art. 2°: “Proveedores. - Las personas naturales o jurídicas, de derecho público o privado, que de manera habitual fabrican, elaboran, manipulan, acondicionan, mezclan, envasan, almacenan, preparan, expenden, suministran productos o prestan servicios de cualquier naturaleza a los consumidores.”

¹⁴⁵ “Art. 3°: “Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.”

¹⁴⁶ “ART.1° “2- Proveedores: las personas naturales o jurídicas, de carácter público o privado, que habitualmente desarrollen actividades de producción, fabricación, importación, construcción, distribución o comercialización de bienes o de prestación de servicios a letra a) consumidores, por las que se cobre precio o tarifa.”

¹⁴⁷ Art. 5°. 11.: “Proveedor o expendedor: Quien de manera habitual, directa o indirectamente, ofrezca, suministre, distribuya o comercialice productos con o sin ánimo de lucro.”

¹⁴⁸ Art. 2°: “Toda persona física, entidad de hecho o de derecho, privada o pública que, en nombre propio o por cuenta ajena, se dedica en forma habitual a ofrecer, distribuir, vender, arrendar, conceder el uso o el disfrute de bienes o a prestar servicios, sin que necesariamente esta sea su actividad principal. Para los efectos de esta Ley, el productor, como proveedor de bienes, también está obligado con el consumidor, a respetarle sus derechos e intereses legítimos.”

¹⁴⁹ RUSCONI, Dante D., en RUSCONI, Dante D. (Director), *Manual de Derecho del Consumidor*, 2° edición, Buenos Aires, 2016, p. 213. Véase, asimismo, TAMBUSSI, Carlos E., en TAMBUSSI, Carlos E.,

determinación de la profesionalidad en cada caso a límites que pueden llegar a ser intolerables¹⁵⁰. Ciertamente, una determinación de la profesionalidad que desborde la finalidad de la norma y derive en la calificación de cualquier persona humana o jurídica que carezca de conocimientos específicos como proveedor, conducirá a soluciones disvaliosas. Con idéntico fundamento, aunque en sentido inverso, a nivel doctrinario se ha manifestado la preocupación de que esa permeabilidad del concepto derive en interpretaciones disvaliosas que frustren indebidamente la aplicación del régimen de tutela especial¹⁵¹.

En definitiva, serán los operadores jurídicos, quienes de acuerdo con la experticia que tenga esa persona humana o jurídica respecto del acto jurídico que se lleve a cabo - v.gr. venta de muebles, de inmuebles, o prestación de servicios- determinarán si media la profesionalidad exigida por la norma. Corresponderá efectuar en cada caso una interpretación guiada por la buena fe que contemple especialmente las circunstancias que rodearon la contratación y tutele el principio de confianza para no excluir ni incluir indebidamente determinados supuestos de la calificación de contrato de consumo.

(Director), *Ley de Defensa del Consumidor Comentada, Anotada y Concordada*, Hammurabi-José Luis Depalma Editor, Buenos Aires, 2017, p. 63.

¹⁵⁰ SANTARELLI, Fulvio, G., en PICASSO, Sebastián y VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto A (Directores), *Ley de Defensa del Consumidor Comentada y Anotada*, La Ley, Buenos Aires, 2009, p. 44.

¹⁵¹ JAPAZE, Belén, “Calificación del proveedor inmobiliario”, en ALTERINI, Ignacio E. y AICEGA, M^a Valentina (Directores), *Derecho de consumo inmobiliario*, La Ley, Buenos Aires, 2021, tomo I, p. 72: “En efecto, puede que una persona, al carecer de un saber especializado o conocimientos del área de la producción o comercialización concreta, sin estructura o asistencia técnica, con o sin sujeción a las autorizaciones que pudiera requerir la iniciativa productiva o comercial (porque no existan requerimientos legales o porque existiendo, sean incumplidos y no hubiera controles adecuados) y en forma aislada u ocasional, decida emprender una actividad que lo lleve a relacionarse con consumidores que eventualmente se embarquen en un proyecto inmobiliario y contraten con aquel. Pensemos, asimismo, que aun sin intención de defraudar las expectativas o frustrar los derechos de los consumidores, la oferta de contratación estuviera dirigida a colectivos especialmente vulnerables que procuran acceder a la vivienda familiar, con los ahorros alcanzados durante años de esfuerzo o acudiendo a la toma de préstamos que permitan financiar la operación. Cabe preguntarse si, en tal supuesto, esa impericia del promotor o vendedor neutraliza el carácter profesional de su actuación y determina la inaplicabilidad del régimen protectorio de los consumidores a la controversia que eventualmente se suscite entre las partes”.

EL COMPLIANCE EN COMPETENCIA RESULTA UNA HERRAMIENTA CLAVE PARA IDENTIFICAR, PREVENIR Y MITIGAR CONDUCTAS ANTICOMPETITIVAS Y LA AUTORIDAD DE COMPETENCIA DEBE PROMOVER SU ADOPCIÓN POR PARTE DE LAS EMPRESAS A LOS FINES DE QUE LOS CONSUMIDORES PUEDAN OBTENER LOS MAYORES BENEFICIOS DE UN CORRECTO FUNCIONAMIENTO DEL MERCADO

DARSAUT, María Victoria¹⁵²

RESUMEN:

Las empresas deben cumplir con exigencias de respeto a las leyes de defensa de la competencia con el objeto de evitar sanciones y posibles acciones de daños y perjuicios. Todo ello, en el entendimiento de que una cultura de cumplimiento de la normativa de competencia y la prevención de prácticas anticompetitivas resulta fundamental para que los consumidores puedan obtener los mayores beneficios derivados del correcto funcionamiento del mercado.

La diversidad de conductas anticompetitivas y la falta de políticas de fomento de la competencia sumado al desconocimiento en gran medida por parte de las empresas de las normas aplicables, hacen difícil establecer un control efectivo por parte de la autoridad.

Asimismo, el modelo tradicional de *enforcement* de la competencia se encuentra en crisis debido, entre otros motivos, a la escasez de recursos económicos, tecnológicos y humanos de las agencias de competencia que deben enfrentar una realidad compleja en la que los mercados se transforman permanentemente como consecuencia de la globalización y de la economía digital y las conductas anticompetitivas se tornan más difíciles de detectar.

Por ello, es necesario posicionar a los programas de *compliance* en competencia en un lugar central, como una herramienta clave para las empresas a la hora de identificar, prevenir y mitigar los riesgos que puedan existir relacionados con ilícitos

¹⁵² Ituzaingó 1958, Santa Fe, CP: 3000, Celular: 342-4354445, mvdarsaut@gmail.com

anticompetitivos y, eventualmente, remediar o reparar los daños provenientes de dichos actos. Para lograrlo, es necesario no sólo un compromiso corporativo sino también una promoción proactiva por parte de las autoridades en el sentido de reconocer y, de alguna manera, valorar positivamente la adopción de este tipo de programas. En este punto, nuestro país todavía no ha desarrollado los instrumentos necesarios para que el tema encuentre recepción masiva.

I. CONCLUSIONES

1. La implementación de programas de *compliance* en competencia por parte de las empresas resulta una herramienta clave para identificar, prevenir y mitigar conductas anticompetitivas y, de esa manera, adoptar una conducta empresarial responsable en su actuación en el mercado, tanto respecto de competidores como de consumidores.

2. Las autoridades de competencia deben fomentar la adopción por parte de las empresas de este tipo de programas a los fines de lograr que los consumidores puedan obtener los mayores beneficios provenientes del correcto funcionamiento del mercado.

3. Argentina se encuentra en una etapa embrionaria en este tema por lo que sería importante el dictado de líneas o guías sobre *compliance* en competencia por parte de la autoridad.

II. FUNDAMENTOS

1. Los programas de *compliance* en competencia.

a) Breve conceptualización del *compliance*.¹⁵³

Siguiendo a Volujewicz podemos decir que, si bien no existe consenso en cuanto a su definición, el *compliance* o la función de *compliance* puede ser conceptualizada como un mecanismo de autorregulación de las empresas con el fin de prevenir o evitar la violación de normas por parte de sus empleados, ya sea que se trate de normas internas o de cualquier otra normativa legal vigente, y a través del cual se intentan controlar los riesgos provenientes de la propia actividad de la empresa.¹⁵⁴

¹⁵³ Conforme la traducción literal del idioma inglés, *compliance* significa “cumplimiento”, es decir, obediencia a una regla, acuerdo, etc. (Cfr. Longman Dictionary of Contemporary English. New Edition, Longman, England, 1990, pág. 205.) y para referirse a esta figura se utilizan en forma indistinta las expresiones: programa de cumplimiento, programa de *compliance*, programa de integridad o simplemente, cumplimiento o *compliance*, todas las cuales emplearemos en la presente ponencia.

¹⁵⁴ Cfr. VOLUJEWICZ, F. A., “El nuevo régimen de Lealtad Comercial en la Argentina. ¿Hora de actualizar nuestros programas de *compliance*?”, en Sup. Esp. “Competencia desleal: análisis del decreto 274-2019”, dirigido por Chamatrópulos, D. A. y del Pino, M., Ed. La Ley, Buenos Aires, 2019, 1era. ed., TR LALEY AR/DOC/2860/2019.

Queda claro que, más allá de la dificultad para encontrar una definición consensuada que abarque todos los aspectos del *compliance*, éste puede identificarse con un proceso que se lleva a cabo dentro de una empresa cuyo objetivo primordial es efectuar un análisis de los riesgos que pudieran generarse para ésta como consecuencia de la violación de normas.¹⁵⁵

Estos riesgos que la empresa busca identificar y evitar pueden ser de variada naturaleza, por ejemplo, una multa, pero también la pérdida de reputación o de un beneficio impositivo, así como la prohibición para participar de licitaciones públicas o ser proveedor directo del Estado. Todo ello hace que la concepción acerca de los programas de cumplimiento sea muy amplia y tenga diversas funciones dentro de la dinámica empresarial.

b) El *compliance* en Derecho de la Competencia

Según las *Líneas Directrices para Empresas Multinacionales* (LDEMN) elaboradas por la *Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos* (OCDE) la política sobre competencia tiene por objeto contribuir al bienestar global y al crecimiento económico general mediante la promoción de condiciones de mercado en las que la naturaleza, la calidad y el precio de los bienes y servicios sean determinados por las fuerzas competitivas del mercado. El organismo considera que, además de redundar en el beneficio de los consumidores y de la economía de un país en su totalidad, un entorno competitivo recompensa a las empresas que responden a la demanda de los consumidores de forma eficiente.¹⁵⁶

Con un panorama complejo, en el que la economía y los mercados enfrentan retos significativos -producto, entre otras cosas, de la post-pandemia COVID-19 y de las transformaciones ocurridas como consecuencia de la globalización y de la irrupción de la economía digital-, las normas sobre competencia cobran un papel fundamental en la actualidad en miras al desarrollo económico, social y sustentable de los países.

En este punto puede señalarse que existe una vasta preocupación a nivel internacional sobre el grado de cumplimiento de la normativa *antitrust* en el que se evidencia la importancia del fomento a la competencia, o sea, la llamada *advocacy* de la

¹⁵⁵ En este punto, coincidimos con CUFRE, D. (et. al.) en que las normas pueden ser de carácter civil, comercial, penal, laboral, administrativo o internacional, sean de aplicación imperativa (*hardlaw*) o voluntaria (*softlaw*), o incluso pueden ser extra-jurídicas (standares sectoriales o declaraciones de motivos éticos) siempre que permitan transmitir una determinada cultura de organización empresarial orientada al cumplimiento. Cfr. CUFRE, D.- RASKOVSKY, R. M. - LASCANO, S. - BOTERO, S., “*Autorregulación empresarial. Herramientas conceptuales*”, DPyC, 2018 (agosto), 17/08/2018, 229, TR LALEY AR/DOC/1460/2018, pág. 3.

¹⁵⁶ OCDE (2013), *Líneas directrices de la OCDE para empresas multinacionales*, OECD Publishing, <http://dx.doi.org.10.1787/9789264202436-es>, pág. 63.

competencia. Dentro de ella, los programas de cumplimiento o *compliance* en competencia aparecen como una herramienta clave para las empresas al momento de analizar e identificar los riesgos de su actividad en materia de ilícitos anticompetitivos.

En efecto, el *compliance* en competencia adquiere cada vez mayor importancia dentro de los programas de cumplimiento de las empresas como una herramienta de autorregulación destinada a tener una conducta empresarial responsable para con sus socios, *stakeholders* y la comunidad en general, generando de esa manera una posición competitiva sólida en el mercado, y de ello dan cuenta las iniciativas que trataremos a continuación.

2. La promoción del *compliance* en competencia por parte de los organismos internacionales y las autoridades de competencia a nivel mundial.

El documento de la OCDE “*Competition Compliance Programmes*” publicado en 2021 toma nota de los avances en temas de competencia por parte de las agencias respectivas y de las políticas en materia de *compliance*, especialmente en la lucha contra la cartelización de los mercados.¹⁵⁷

Cabe destacar que la última vez que la OCDE y sus Estados miembros abordaron esta materia fue hace más de diez años cuando se elaboró el documento “*Promoting compliance with competition law*” como parte de las discusiones de una mesa redonda (*Roundtable on Promoting Compliance with Competition Law*) del Comité de Competencia en junio de 2011.¹⁵⁸

En aquella ocasión, si bien hubo un amplio consenso respecto a la aptitud de los programas de cumplimiento para ayudar a prevenir las conductas anticompetitivas, facilitar la detección o reducir la duración de tales conductas, no hubo acuerdo sobre si dichos programas debían incentivarse mediante reducciones de multa u otros beneficios, y los resultados de dicha discusión fueron divididos.¹⁵⁹

¹⁵⁷ OECD (2021), *Competition Compliance Programmes*, OECD Competition Committee Discussion Paper, disponible en: <http://oecd/ccp>, pág. 3.

¹⁵⁸ OECD, (2011), “Policy Roundtables”, “*Promoting compliance with competition law*”, 2011, disponible en: <http://www.oecd.org/competition>

¹⁵⁹ OECD (2021), op. cit., pág. 9.

Durante la última década, la OCDE, la Unión Europea,¹⁶⁰ la Cámara de Comercio Internacional (ICC)¹⁶¹ y la International Competition Network (ICN)¹⁶², entre otros, manifestaron su preocupación por el cumplimiento de la normativa de competencia y por incrementar y promover programas de *compliance* en la materia.

Sin pretender agotar todas las iniciativas de los organismos internacionales, lo cual excedería el alcance de la presente ponencia, podemos señalar, asimismo, que las agencias o autoridades en la materia de los distintos países han entendido la importancia del *compliance* en competencia como un modo de procurar un efectivo cumplimiento de la normativa respectiva y por ello, han elaborado Guías o Lineamientos destinados a las empresas a los fines de facilitar la tarea a la hora de elaborar un programa de cumplimiento en competencia.¹⁶³

Una de las cuestiones que continúa dividiendo a las autoridades respectivas, a la academia y a la jurisprudencia es la posibilidad del incentivo o recompensa, es decir, el beneficio o reducción de la multa que puede obtener la empresa que ha implementado un programa de *compliance* en competencia, al momento de ser sancionada, más allá de otros beneficios con los que pudiera contar, por ejemplo, aquellos derivados de un programa de clemencia.

En este punto y tal como lo refleja el documento de la OCDE, sigue sin existir un consenso. Si bien se destaca que se han producido cambios políticos respecto a la recompensa o reconocimiento del cumplimiento en muchas jurisdicciones¹⁶⁴ y los

¹⁶⁰ COMISIÓN EUROPEA, “La importancia de cumplir: Qué pueden hacer las compañías para respetar mejor las normas de competencia de la UE”, Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, Luxemburgo, 2012, disponible en: <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/78f46c48-e03e-4c36-bbbe-aa08c2514d7a/language-es/format-PDF>, pág. 8.

¹⁶¹ ICC (2013), “The ICC Antitrust Compliance Toolkit”, “Practical antitrust compliance tools for SMEs and larger companies”, disponible en: <https://iccwbo.org/publication/icc-antitrust-compliance-toolkit/>, pág. 9.

¹⁶² ICN (2012), Capítulo “Cartel Awareness and Outreach and Compliance” del *Anti-Cartel Enforcement Manual*, de marzo de 2012, disponible en: <https://www.internationalcompetitionnetwork.org/portfolio/awareness-outreach-and-compliance/>

¹⁶³ Italia (2018), Reino Unido (2011) y (2020), España (202), EEUU (2019), Canadá (2015), México (2019), Chile (2012), Ecuador (2021), Perú (2020), Brasil (2016), Colombia (2022), ASEAN, Asociación de Naciones del Sudeste Asiático (que incluye a Brunei, Camboya, Indonesia, Laos RDP, Malasia, Myanmar, Filipinas, Singapur, Tailandia y Vietnam) (2018), entre otros, han dictado Guías de *Compliance* en Competencia.

¹⁶⁴ El giro que ha dado EEUU al respecto fue anunciado el 11/07/2019 por el Fiscal General Adjunto Makan Delrahim, quien comunicó la nueva política de la División Antimonopolio para incentivar el cumplimiento antimonopolio, al examinar por primera vez el cumplimiento en la etapa de acusación en las investigaciones penales antimonopolio, revelando de ese modo, el compromiso en recompensar los esfuerzos corporativos para invertir e inculcar una cultura de *compliance*. Ver noticia en: [La División Antimonopolio anuncia una nueva política para incentivar el cumplimiento corporativo | OPA](#)

programas de cumplimiento desempeñan actualmente un importante papel en el refuerzo de la ley, la discusión está lejos de concluir.¹⁶⁵

3. La situación en la Argentina.

a) Aclaración previa respecto de la Autoridad de Competencia argentina

Es necesario remarcar, antes de analizar la situación del *compliance* en competencia en nuestro país, que la autoridad en la materia no es la establecida en la Ley vigente 27.422 dado que, a la fecha, a más de cinco años de su sanción, no se ha constituido la autoridad de aplicación prevista en el Capítulo IV de la norma referida, esto es, la Autoridad Nacional de la Competencia.

Es por ello que, conforme lo dispuesto en el art. 80, en definitiva, la Autoridad de Competencia continúa siendo la establecida por la Ley 22.262 de 1980, esto es, el Secretario de Comercio (SC), con facultades resolutorias y sancionatorias y la *Comisión Nacional de Defensa de la Competencia* (CNDC), que -según consigna en su sitio *web*-actúa como organismo desconcentrado de la citada Secretaría del Ministerio de Desarrollo Productivo (hoy sería de Economía) de la República Argentina y que su objetivo es la protección del interés económico general para el bienestar de los consumidores.¹⁶⁶

La falta de constitución, tanto del *Tribunal Nacional de Defensa de la Competencia* previsto en la ley 25.156 de 1999 -en su momento-, como de la *Autoridad Nacional de la Competencia*, dentro de la cual deberían funcionar el Tribunal de Defensa de la Competencia, la Secretaría de Instrucción de Conductas Anticompetitivas y la Secretaría de Concentraciones Económicas de la ley actual y la razón por la cual todavía no se ha cumplido con lo establecido por la ley, es un tema que excede largamente el presente trabajo y que ha sido puesto de relieve por la doctrina y la jurisprudencia a lo largo de todos estos años como una deuda pendiente que sería clave saldar a los fines de fortalecer la aplicación efectiva de la normativa de defensa de la competencia en nuestro país.

b) El *compliance* en competencia en Argentina.

A diferencia de la mayoría de los países de la región, Argentina no cuenta con una Guía de *Compliance* en Defensa de la Competencia elaborada por la autoridad respectiva.

[Departamento de Justicia \(justice.gov\)](https://www.justice.gov). Para un análisis minucioso sobre las “*Guías DOJ*” de 2019 recomendamos la lectura del artículo de Nazar Anchorena, Marcos F.L. y Gandur, Ramiro, “*Los programas de Compliance en Defensa de la Competencia. Algunos aspectos prácticos y recomendaciones para su implementación*”, publicado en *SupAbCorp* 2022 (junio), 13/06/2022, 1, TR LALEY AR/DOC/1653/2022 o directamente la consulta de las *Guías*, versión actualizada a Junio de 2020, U.S. Department of Justice (DOJ) Criminal Division, *Evaluation of Corporate Compliance Programs*, (Updated June 2020), disponible en: <https://www.justice.gov/criminal-fraud/page/file/937501/download>

¹⁶⁵ OCDE (2021), pág. 10.

¹⁶⁶ <https://www.argentina.gob.ar/defensadelacompetencia>

Sin embargo, en 2018 la CNDC elaboró una Guía sectorial con recomendaciones en materia de competencia¹⁶⁷, llamada “*Guía para Cámaras y Asociaciones Empresarias y Colegios y Asociaciones Profesionales*”, que incluye alguna referencia al tema de los programas de cumplimiento o *compliance*.¹⁶⁸

No resulta casual que la CNDC haya dedicado especial atención a las asociaciones o cámaras empresariales y colegios profesionales, dado que en nuestro país muchos casos de conductas anticompetitivas y, sobre todo, de acuerdos colusorios (cárteles) han tenido como protagonista o partícipe a alguna cámara empresarial o colegio profesional.¹⁶⁹ La misma autoridad lo explica en la Guía, al destacar en primer lugar, la loable labor que realizan y el papel fundamental que cumplen estas asociaciones en la economía moderna, para luego señalar que dichos ámbitos -donde se reúnen competidores para discutir problemáticas comunes a su actividad comercial, empresarial o profesional y encontrar soluciones-, pueden resultar propicios para que sus miembros lleven a cabo conductas o actos contrarios a la Ley de Defensa de la Competencia.

En todos los casos, la responsabilidad que les cabe a estas entidades tiene que ver fundamentalmente con el intercambio de información sensible y la posibilidad de que en su seno se puedan favorecer o incluso promover acuerdos de precios, repartos de

¹⁶⁷ En igual sentido, la Autorité de la Concurrence francesa publicó la Guía “*Comprendre mejor las normas de competencia, Guía para PYMES*” en 2020 y las “*Directrices para los organismos profesionales*” en 2021.

¹⁶⁸ CNDC, Comisión Nacional de Defensa de la Competencia, “*Guía para Cámaras y Asociaciones Empresarias y Colegios y Asociaciones Profesionales*”, Argentina, diciembre de 2018, disponible en: https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/guia_camaras_y_asociaciones_empresariales_10-12-2018_0.pdf

¹⁶⁹ Solamente a modo de ejemplo puede citarse, en primer lugar, el caso del Cártel del cemento Portland en el que en 2005 se le impuso una multa millonaria a varias de las empresas productoras de cemento más importantes de la Argentina (entre ellas, Loma Negra CIA S.A., Cementos Avellaneda S.A., Cemento San Martín S.A., Juan Minetti S.A.) por haber instrumentado durante el período comprendido entre julio de 1981 y agosto de 1999 un acuerdo para repartirse mercados, establecer cuotas de participación en ciertas zonas y localidades del país pero también se sancionó a la *Asociación de Fabricantes de Cemento Portland* como integrante del cártel por el intercambio de información sensible que efectuó entre las empresas que formaban parte del acuerdo colusorio. Recientemente, en marzo de 2022, como consecuencia de una denuncia ante la CNDC, se investigó la existencia de un Cártel en el mercado de la harina de trigo y la autoridad acreditó la existencia de un acuerdo colusorio diseñado, implementado y monitoreado por la *Federación Argentina de la Industria Molinera* (FAIM), la *Cámara de Industriales Molineros* (CIM), la *Asociación de Pequeñas y Medianas Industrias Molineras de la República Argentina* (APYMIMRA) y la firma Molino Cañuelas S.A.C.I.F.I.A para fijar precios mínimos e intercambiar información sensible en el mercado de molienda de trigo y comercialización de harina de trigo, con el objeto de limitar la competencia entre las empresas molineras. Todas ellas fueron sancionadas. Las resoluciones de la SCI y los dictámenes de la CNDC pueden consultarse en el sitio web de la CNDC: <https://www.argentina.gob.ar/defensadelacompetencia>

mercados, de zonas, de clientes, acuerdos colusorios en las licitaciones, entre otras prácticas anticompetitivas. Por ello, la Guía apunta a que estas entidades tomen los recaudos necesarios para evitar que sus actividades puedan derivar en una infracción a la normativa de Defensa de la Competencia.

Además, y en lo que tiene que ver con el *compliance* recomienda a las asociaciones y cámaras empresariales y colegios profesionales establecer políticas internas y programas de cumplimiento y promover la adopción de estas políticas entre los asociados. Específicamente señala que: *“La implementación de políticas internas y programas de cumplimiento en materia de defensa de la competencia es una herramienta desarrollada a nivel internacional que puede beneficiar tanto a las asociaciones y cámaras empresarias como a sus miembros. En primer lugar, promover la adopción de políticas que favorezcan la competencia permitirá evitar violaciones a la ley. Por otro lado, estos programas suelen ser utilizados para la detección temprana de prácticas anticompetitivas, lo que permitirá que la multa a aplicarse por la violación a la normativa en materia de defensa de la competencia sea menor y habilitará a los responsables a iniciar el procedimiento de solicitud de clemencia con mayor anticipación, respecto de los demás participantes en la práctica.”*¹⁷⁰

Asimismo, queremos citar a la recientemente dictada Resolución 905/2023 de la Secretaría de Comercio - Ministerio de Economía, Reglamento para la Notificación de Operaciones de Concentración Económica, que en su Anexo I - Formulario F0 para la Notificación de Concentraciones Económicas (arts. 9° y 10, tercer párrafo de la ley n° 27.442), punto 2, referido a los Programas de Integridad señala: *“a) Indique si la/s empresa/s que notifican la operación y la/las empresas objeto/s han implementado un programa de integridad en los términos de lo previsto en los artículos 22 y 23 de la Ley N° 27.401.”* y, *“b) Informe si la/s empresa/s que notifican la operación y la/las empresas objeto/s han implementado un programa de integridad en materia de defensa de la competencia.”*¹⁷¹

Es la primera vez en nuestro país que en una norma dictada por la Autoridad respectiva se hace referencia expresa a los programas de *compliance* en competencia. Si bien no se conocen los fundamentos tenidos en cuenta para requerir esa información a las empresas que van a notificar una concentración económica, resulta importante que se repare en la existencia de dichos programas y sería deseable que la información colectada pueda ser pública, en cuanto a conocer cuáles empresas han implementado programas de cumplimiento en competencia.

4. Algunas consideraciones finales

¹⁷⁰ CNDC, Guía, op. cit. pág. 25.

¹⁷¹ RESOL-2023-905-APN-SC#MEC (B.O. 18/05/2023)

Como ya se ha explicitado, Argentina se encuentra a la zaga en materia de competencia con relación a la gran mayoría de países, tanto de Europa como de América. Ello así, en el entendimiento de que no existe voluntad política por parte de ningún gobierno desde 1999 a la fecha en constituir una autoridad de competencia independiente, conforme el esquema institucional establecido por la normativa respectiva.

Sin desmedro de la labor que desempeña la CNDC y el SC es imprescindible dar ese primer paso, para luego poder encarar un *enforcement* y una promoción de la competencia en consonancia con la tendencia internacional en la lucha contra los cárteles y el abuso de la posición dominante, esto es, incentivando a las empresas a adoptar programas de cumplimiento, no sólo para evitar sanciones sino para tener una conducta empresarial responsable en el mercado y poder obtener los beneficios que se derivan de ello, tanto para las empresas como para los consumidores.

En esa línea entendemos que el dictado por parte de la autoridad de una Guía de Programas de Cumplimiento en Competencia sería auspicioso a los fines de brindar directrices claras a las empresas sobre sus elementos, efectos y beneficios.

**AGENDA SOBRE TECNOLOGÍA PARA LOS OPERADORES DEL
DERECHO COMERCIAL – PARTE 1 (FILOSOFÍA DEL DERECHO
COMERCIAL)**

FERRO, Carolina

Sumario: *Es fundamental para el desarrollo de nuestro país acompañar el progreso tecnológico, los ámbitos del derecho no pueden ser ajenos a esta necesidad. Una de las formas de hacerlo es mediante la utilización o incorporación de aquellas herramientas que puedan brindarnos alternativas o soluciones útiles.*

Desarrollo

Es necesario delimitar entre los distintos ámbitos de la tecnología qué puede o debe regular el derecho comercial, o en otros supuestos qué herramientas podrá utilizar para mejorar su funcionamiento. En este trabajo me ocuparé sólo de la primera parte. Esta propuesta de divisoria se me presenta ineludible porque si no la tecnología resulta inabarcable, para quienes no nos dedicamos a eso, y en ese mundo es en el que nos extraviamos en conceptos diversos que tratamos simultáneamente o indistintamente, pero que tal vez ni siquiera se tocan, y pretendemos abarcar situaciones que, aunque jurídicas, en algunos casos excede a nuestra especialidad del derecho, siendo otras ramas de la abogacía las que deberán establecer normas bajo principios distintos a los del derecho comercial.

Veamos ¿Qué términos conocemos en la vida cotidiana? *Plataformas, Blockchain Smart Contracts, Inteligencia Artificial* (en su doble aspecto, la que voy a llamar la IA tradicional, y la IA generativa), *Fin Tech* / (insurTech), *Cripto activos y cripto monedas, Metaverso*. El abanico es muy amplio

Ahora bien, el debate (sobre la regulación legal o su innecesidad en los casos que correspondería) no es exclusivo de la ciencia jurídica, mucho menos del derecho comercial, pues es una discusión que aún se da en los espacios tecnológicos, sin embargo, hoy es evidente que nuestra especialidad tiene al menos una deuda con la regulación sobre las cuestiones relativas a las plataformas. Veamos ...

1. ¿Por qué es el derecho comercial la rama que debe abordar esta cuestión?

Pues precisamente porque en el marco de esas plataformas se producen intercambios de bienes y/o servicios, porque hay proveedores con ánimo de obtener una ganancia, porque en dicho nuevo escenario se formalizan contratos de suministro y de comercialización diversos. Es por ello que, para poder comprender qué necesita esta realidad, y como solucionar sus avatares es imprescindible volver a los principios más básicos de la rama de nuestra especialidad. Por supuesto, sin desconocer el derecho protectorio al consumidor (que no es materia de este trabajo).

2. ¿Cuánta tecnología es necesario saber para pensar soluciones?

Al inicio de la preparación de esta postulación me planteé la posibilidad de explicar algo acerca de su funcionamiento¹⁷², para determinar en cada caso que importancia tienen o puede tener en el ámbito del derecho comercial. Sin embargo, luego creí que ello no era necesario, porque los operadores del derecho comercial muchas veces no conocemos el 100% del funcionamiento de un negocio, o cómo funcionan todos los negocios de nuestros clientes, pero los entendemos lo suficiente como para brindarles una solución o estructura adecuada, es decir podemos brindarle a ese negocio (o a quien lo solicita) un ropaje jurídico. O bien, con un ejemplo más *naif* no todas las personas saben cómo funciona un auto pero si conocen que para la utilización del auto rige el derecho del seguro (dentro del derecho comercial), porque puede ocurrir un siniestro y la aseguradora (en principio) lo pagará. De tal manera, se ha podido (oportunamente) regular el contrato de seguro con todo el abanico de posibilidades que involucra, sin pensar puntualmente en uno u otro bien sobre el cual recaiga la póliza, pero atendiendo (dando respuesta) a circunstancias de conflicto en forma general.

En este sentido, entiendo que no es necesario para avanzar sobre el análisis de si el funcionamiento de plataformas debe ser regulado, y en caso afirmativo con qué alcance, que conozcamos acabadamente el modo en que se diseña, construye, programa, una plataforma. Pues en tal caso, eso puede suplirse con la asistencia de los profesionales expertos, que nos evidencien los riesgos que las mismas presentan.

Es por ello que esta ponencia, propone algo más simple (en su aspecto tecnológico, no así en el jurídico) y es precisamente que empecemos a pensar qué regulación tenemos, qué actos ocurren en esas plataformas, qué es lo que podemos prever,

¹⁷² El día 26 de junio de 2023 en la sección de Doctrina de La Ley se publicó un artículo del Dr. Favier Dubois que se titula “Economía de las plataformas” y Derecho comercial, donde se desarrollan ampliamente los diversos tipos de plataformas que hay en el país y en el mundo.

y cuáles son los principios y valores jurídicos que queremos proteger en el funcionamiento de estas herramientas de intercambio de bienes y servicios. ¡Los nuevos mercados!

3. ¿Qué regulación hay vigente a nivel nacional? Y ¿qué tipo de plataformas podemos encontrar?

En principio contamos con una doble regulación que es posible aplicar, por un lado CCCN 1104 y siguientes en relación a la contratación a distancia y cláusulas abusivas (normas contenidas en el Título relativo a Contratos de Consumo) y la Ley de Defensa del Consumidor.

Por otra parte, en la actualidad (y sin esfuerzo) podemos pensar en plataformas locales o interjurisdiccionales (a nivel nacional o internacional), plataformas de intermediación (donde las partes compran, venden, permutan, etc.), plataformas propias de cada negocio (o empresa) donde se comercializan sus propios productos

Ahora bien, en este doble escenario normativo y de realidad, el único vínculo jurídico protegido en forma específica sería el del proveedor (negocio, plataforma) y el consumidor, mediante la aplicación de las normas antes referidas, y que si bien resultan insuficientes al menos existen.

4. Supuestos de orfandad legislativa ¿qué pasa si pensamos en una relación B2B o C2C? Negocio con negocio o Consumidor con consumidor.

Tratándose de una persona que desarrolla una actividad económica organizada, que decide aprovisionar su negocio mediante la adquisición de servicios o mercaderías a través de la plataforma propia de un proveedor (o incluso mediante una plataforma de intermediación), no aplican las normas de la LDC ni tampoco las normas del CCCN porque están dentro del TÍTULO III Contratos de consumo. Advertimos rápidamente que nos encontramos ante una situación de orfandad legislativa.

Cabe preguntarse si dichas situaciones ¿no se presentarán? La respuesta rápidamente es afirmativa. Y en caso de que sucedan si ¿podrán ser resueltas con la legislación vigente?, por ejemplo, mediante la aplicación de las normas relativas a la *Formación del consentimiento* o *Extinción, modificación y adecuación del contrato*. A dicho interrogante, mi respuesta es negativa.

Situaciones parecidas podrán presentarse si pensamos en una relación entre dos sujetos que podamos catalogar de consumidores. En principio si se han relacionado por una plataforma “intermediaria” podríamos intentar aplicar las normas de la LDC, pero creo que esta solución dependerá del caso concreto, al menos mientras no tengamos ninguna legislación específica.

5. Un faro ...

En síntesis, la pregunta es si resulta necesaria legislación. Mi respuesta es afirmativa. La normativa vigente ya es antigua e insuficiente.

Esta respuesta se vuelve obvia, si tomamos en consideración que el Parlamento Europeo con fecha 19 de octubre de 2022 dictó el REGLAMENTO (UE) 2022/2065 relativo a un mercado único de servicios digitales y por el que se modifica la Directiva 2000/31/CE (Reglamento de Servicios Digitales), *Con la finalidad que los prestadores de servicios intermediarios se comporten de modo responsable y diligente para crear un entorno en línea seguro, predecible y digno de confianza, y para que los ciudadanos de la Unión y otras personas puedan ejercer los derechos garantizados por la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*

El referido reglamento cuenta con capítulos relativos a “Responsabilidad de los prestadores de servicios intermediarios”, “Obligaciones de diligencia debida para crear un entorno en línea transparente y seguro”, “Códigos de conducta relativos a publicidad en línea”, “Resolución extrajudicial de litigios”, “Trazabilidad de los comerciantes”, “Supuestos indemnizables”, entre otros.

6. Conclusiones con relación a las plataformas

Pensar las soluciones a las cuestiones jurídicas que el derecho comercial se encuentra llamado a resolver, no requiere de un vasto conocimiento de la tecnología.

Existe actualmente regulación sobre el derecho de los consumidores en todos los países que resulta aplicable a situaciones en las que estos se encuentren involucrados como una parte de la contratación, pero nos encontramos ante la ausencia o deficiente regulación en los supuestos de contratación entre pares.

En la contratación entre pares, a distancia (geográfica internacional) pasamos a tener más derecho internacional privado, habrá que analizar que alternativas tenemos ante dicha circunstancia.

Las plataformas de “infraestructura” estos son desafíos que resultan interesantes para su estudio y análisis, sin embargo requerirán de soluciones en otras latitudes¹⁷³¹⁷⁴.

Por último, este trabajo tiene como proposición que la regulación verse sobre las conductas y no sobre los instrumentos o herramientas, pues, de lo contrario, lo efímero de estos últimos haría rápidamente inútil las normas. Así, regular comportamientos permitirá delimitar que prácticas deben respetarse en los ecosistemas donde ahora se celebran los contratos que ya conocemos.

¹⁷³ Miguel Jimenez, “Estados Unidos demanda a Google por monopolio y pide que se divida su negocio de publicidad digital - El Departamento de Justicia, que ya denunció a la empresa por el mercado de búsquedas, considera que la firma abusa de su posición dominante en el mercado publicitario” Washington - 24 ene 2023 - 04:36; <https://elpais.com/economia/2023-01-24/estados-unidos-ultima-una-demanda-antimonopolio-contra-google-por-la-publicidad-digital.html> ; Google, en el banquillo: empezó el mayor juicio antimonopolio de EE.UU. en 25 años, 13/09/23; <https://www.lanacion.com.ar/estados-unidos/google-en-el-banquillo-empezo-el-mayor-juicio-antimonopolio-de-eeuu-en-25-anos-nid12092023/>

**LOS ACCIONISTAS DE LAS SOCIEDADES EMISORAS DE ACCIONES
QUE SE ENCUENTRAN BAJO EL RÉGIMEN DE OFERTA PÚBLICA COMO
INVERSORES**

LEONHART, Carolina Paola

I. CONCLUSIONES

1. El inversor del mercado de capitales puede ser definido como el sujeto que es titular -o tiene la intención de serlo- de derechos sobre valores negociables, los cuales comprenden una amplia variedad de títulos valores, instrumentos y contratos financieros, entre los que se encuentran las acciones de sociedades bajo el régimen de oferta pública. La normativa, doctrina y jurisprudencia, en base a lo dispuesto por el artículo 42 de la Constitución Nacional (“CN”), han equiparado los inversores a los consumidores financieros, categoría que no se encuentra contemplada por la normativa vigente.
2. La especificidad del mercado de capitales determina la existencia de un régimen especial y autónomo de protección al inversor, regulado y fiscalizado por la Comisión Nacional de Valores (“CNV”), y regido por la Ley de Mercado de Capitales N° 26.831 (“LMC”), su decreto reglamentario N° 471/2018 y las Normas de la CNV (N.T. 2003). Dicho régimen se basa en la transparencia en el ámbito de la oferta pública, cuyo objeto es tutelar los derechos al trato igualitario y a la propiedad de los inversores, conforme a los artículos 16 y 17 de la CN, respectivamente. Es decir, la tutela del inversor no derivaría del artículo 42 de la CN, lo cual permitiría sostener que, ante la inexistencia de relación de consumo, no correspondería a los inversores la aplicación de la Ley de Defensa del Consumidor N° 24.240 (“LDC”) y el Código Civil y Comercial de la Nación (“CCyCN”).
3. Los accionistas de las sociedades emisoras de acciones que se encuentran bajo el régimen de oferta pública¹⁷⁵ (los “Accionistas”) son inversores y, por las características particulares que presentan, existen motivos adicionales a los mencionados en el punto 2 para afirmar que no son consumidores, entre los que se pueden mencionar:
 - (i) los derechos de los Accionistas se encuentran tutelados en forma exclusiva por: (a) la Ley General de Sociedades N° 19.550 (“LGS”) y la LMC

¹⁷⁵ Reguladas en el artículo 299, inciso 1° de la Ley General de Sociedades N° 19.550.

que, conforme a su ámbito de aplicación, regulan relaciones societarias internas, es decir, las que se presentan entre los accionistas, entre éstos con la sociedad y sus órganos; y relaciones externas que se dan entre la sociedad y los terceros; y (b) el régimen diferenciado de protección al inversor, que cuenta con principios propios basados en el régimen de transparencia y en las normas sobre gobierno corporativo;

(ii) la naturaleza de la acción, que presenta tres aspectos: es parte del capital social, es título de crédito y es fuente de derechos. Este último es determinante, ya que los Accionistas revisten la condición de socios, de lo que se derivan deberes, derechos y facultades que no se condicen con los de los consumidores. Esto significa que la relación interna entre los Accionistas y la sociedad determina la inexistencia de relación de consumo, tanto en el caso que las acciones sean adquiridas en el mercado primario como en el secundario;

(iii) la causa fin del contrato de sociedad, que consiste en participar en las ganancias y soportar las pérdidas por parte de los Accionistas, con la consecuente asunción del riesgo común, noción completamente ajena a la causa fin de la relación de consumo; y

(iv) la posibilidad de negociar las acciones en el mercado secundario, que es su rasgo característico, es incompatible con el destino final requerido por el artículo 1° de la LDC.

II. Fundamentos

1. La definición de inversor en el ámbito del mercado de capitales

Entre los objetivos de la regulación de los mercados de capitales¹⁷⁶ se encuentra el de proteger a los inversores, lo que ha llevado a afirmar que este es su objetivo primordial, sin el cual no existiría el mercado de capitales¹⁷⁷. El amparo legal del inversor no se refiere a la protección del riesgo de inversión, sino a evitar que sea objeto de aprovechamiento, abuso o estafa. Por ello, los mercados de capitales están regulados con el fin de proteger al inversor de la desinformación y los potenciales conflictos de interés¹⁷⁸.

¹⁷⁶ Según surge de la “Metodología para evaluar la implantación de los objetivos y principios de la OICV para la regulación de los mercados de valores” elaborada por la Organización Internacional de Comisiones de Valores (OICV IOSCO) en el año 2003, en <https://www.iosco.org/library/pubdocs/pdf/IOSCOPD155-Spanish.pdf>.

¹⁷⁷ ELESPE, D., “Justificación de un sistema regulador del mercado de capitales. Observaciones y características a la nueva ley”, Suplemento Especial Regulación del Mercado de Capitales, La Ley, 06/12/2012, p. 43.

¹⁷⁸ ELESPE, D., “Las modificaciones al sistema regulador del mercado de capitales de Argentina: La Ley de Financiamiento Productivo y sus particularidades”, elDial.com - DC2577, 13/07/2018.

Si bien el inversor es un participante primordial del mercado de capitales, la normativa nacional no lo define, ni tampoco establece quienes se encuentran incluidos bajo esa denominación¹⁷⁹. En general, al inversor se lo define como aquel sujeto que, con el objeto de obtener una rentabilidad futura, renuncia a un gasto o consumo presente para destinarlo a la inversión en valores negociables de la más variada índole, entre los que se encuentran las acciones de las sociedades bajo el régimen de oferta pública¹⁸⁰.

Por su parte, la doctrina también se refiere al inversor como ahorrista¹⁸¹, inversionista¹⁸², inversor bursátil¹⁸³, inversor consumidor¹⁸⁴, consumidor inversor¹⁸⁵ y consumidor bursátil¹⁸⁶, para diferenciarlo del consumidor o usuario de servicios financieros al que se hace referencia en el artículo 36 de la LDC, aplicable a las operaciones financieras para consumo y de crédito¹⁸⁷.

¹⁷⁹ Sin embargo, en el ordenamiento argentino sí existe una definición legal de inversor calificado. Ver la resolución general N° 761/2018 de la CNV.

¹⁸⁰ Ver el artículo 2 de la Ley de Mercado de Capitales N° 26.831.

¹⁸¹ PAOLANTONIO, M., “¿El consumidor financiero es consumidor?”, LL 2010-B, 1025, AR/DOC/1050/2010. El término ahorrista también surge del primer párrafo de los considerandos del decreto N° 677/2001.

¹⁸² SALERNO, M., “Las obligaciones negociables: emplazamiento metodológico”, LL, 2004-B, 88, LALEY AR/DOC/381/2004.

¹⁸³ DIFINO, G., “Secreto bursátil”, LL2009-F, 1062, AR/DOC/2196/2009.

¹⁸⁴ CHAMATROPULOS, D, “¿”Consumidores financieros” o “inversores-consumidores”?”, XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Bahía Blanca, 2015, Comisión N° 8, Consumidor: “Protección del consumidor de servicios financieros y bursátiles”, en https://jndcbahia blanca2015.com/wp-content/uploads/2015/09/Chamatropulos_CONSUMIDORES-FINANCIEROS.pdf

¹⁸⁵ STIGLITZ, G., HERNÁNDEZ, C. A. y BAROCELLI, S., “La protección del consumidor de servicios financieros y bursátiles”, LA LEY, AR/DOC/2991/2015; ARIAS, M. P., “Mecanismos de tutela del consumidor de servicios financieros y bursátiles en el mercado actual”, RDCO 281, 647, AR/DOC/4646/2016.

¹⁸⁶ BAROCELLI, S., “El consumidor de servicios financieros y bursátiles y el rol del Estado. Una mirada a partir del nuevo Código Civil y Comercial”, Revista Jurídica de Daños, número 13, diciembre 2015, 23/12/2015, IJ-XCIII-906.

¹⁸⁷ El término usuario de servicios financieros es utilizado por el Banco Central de la República Argentina en la Comunicación “A” 5388, y sus normas modificatorias y complementarias. A su vez, la denominación consumidor de servicios financieros surge de diversos instrumentos internacionales. Ver: Organización de las Naciones Unidas (ONU), Directrices para la Protección del Consumidor, Nueva York y Ginebra 2016, en https://unctad.org/system/files/official-document/ditccplpmisc2016d1_es.pdf, y [Manual sobre protección del consumidor](https://unctad.org/system/files/official-document/ditccplp2017d1_es.pdf), Nueva York y Ginebra 2018, en https://unctad.org/system/files/official-document/ditccplp2017d1_es.pdf; Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), Principios de Alto Nivel sobre Estrategias Nacionales de Educación Financiera, agosto 2012, <https://www.oecd.org/financial/education/oecd-infe-high-level-principles-on-national-strategies-for-financial-education-spanish.pdf>

2. El inversor del mercado de capitales y su equiparación al consumidor financiero

El término consumidor financiero fue mencionado por primera vez en la regulación argentina sobre mercado de capitales en el primer párrafo de los considerandos del decreto N° 677/2001¹⁸⁸, el cual modificó la Ley de Oferta Pública de Títulos Valores N° 17.811 (“LOP”). En el decreto mencionado se explicitaba la necesidad de asegurar la plena vigencia de los derechos consagrados en el artículo 42 de la CN, mediante la instauración del estatuto del consumidor financiero, basado en la transparencia¹⁸⁹ y el establecimiento de un marco jurídico adecuado que eleve el nivel de protección del ahorrista¹⁹⁰ en el mercado de capitales. Merece ser destacado que el consumidor financiero no aparecía mencionado en el articulado de dicho decreto, ni tampoco se encontraba regulado en forma explícita. Se observa que, si bien en el derecho argentino no existe una definición de consumidor financiero, desde el dictado del decreto citado, tanto la doctrina¹⁹¹, como en resoluciones generales y particulares de la Comisión Nacional de Valores¹⁹² y sentencias judiciales¹⁹³, se hace referencia al inversor como

¹⁸⁸ El decreto N° 677/2001 fue dictado en virtud de las atribuciones conferidas al Poder Ejecutivo Nacional por el artículo 1°, inciso I, apartado d), e inciso II, apartado e) de la ley N° 25.414, dada la situación de emergencia pública declarada en el artículo 1° de la ley N° 25.344. Su dictado obedeció a la necesidad de adecuar la normativa argentina a las tendencias mundiales sobre gobierno corporativo, a través de la incorporación de los principios de información plena, transparencia, eficiencia, y protección y trato igualitario a los inversores en el ámbito de la oferta pública.

¹⁸⁹ La transparencia exige que las entidades brinden información precisa, fidedigna, suficiente e igual para todos los inversores.

¹⁹⁰ El término ahorrista es utilizado como sinónimo de inversor.

¹⁹¹ Entre otros autores, CHAMATROPULOS, *op. cit.*, p. 1 y 2, DIFINO, *op. cit.*, quien cita en la misma línea a MUGUILLO, que partiendo de la idea de que la actividad financiera en su integridad genera relaciones de consumo, entiende que quedan comprendidos también en el concepto de consumidor los inversores de valores mobiliarios (MUGUILLO, R. A., “Manual de Operaciones Bancarias y Financieras”, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 2002, p. 598). En igual sentido, LANÚS OCAMPO, M. C., “Responsabilidad por mal asesoramiento en el mercado de capitales”, LL 2009-C, 1221, AR/DOC/2057/2009.

¹⁹² Por ejemplo, en los considerandos de la resolución general N° 470/2004 de la Comisión Nacional de Valores se expresa que la transparencia y la información plena son principios que deben regir la conducta de los participantes en la oferta pública, a fin de propender a la protección del consumidor financiero y garantizar el buen funcionamiento del régimen, siendo facultad de dicho organismo el dictado de normas tendientes al cumplimiento de tal objetivo.

¹⁹³ CSJN, 15/04/2014, “Comisión Nacional de Valores c. Standard & Poors Ratings LLC. Suc. Argentina s. organismos externos”, AR/JUR/5983/2014. También ver: CSJN, 29/10/2015, “Comisión Nacional de Valores c. Alpagatas S.A.I.C. s. organismos externos (seguimiento posible venta de paquete accionario - nro. 276/07)”, AR/JUR/33704/2015; SCBuenosAires, 29/11/2017, “Camderros, Lidia Marta y otros c. Francés Administradora de Inversiones S.A. y otros s. daños y perjuicios”, AR/JUR/97754/2017; CNCom., Sala B, 17/10/2019, “ACYMA Asoc. Civil c. Portfolio Personal S.A. y otro s. ordinario”, AR/JUR/32582/2019; CNCom., Sala D, 10/05/2016, “Comisión Nacional de Valores c. CAPEX S.A s/

consumidor financiero en el ámbito del mercado de capitales en base al decreto N° 677/2001 y al artículo 42 de la CN. Por su parte, este artículo tampoco menciona al consumidor financiero, sino que dispone 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 al trato equitativo y digno.

La LMC, que derogó la LOP y el decreto N° 677/2001, en el inciso b) del artículo 1° de su texto vigente¹⁹⁴ establece que entre los objetivos y principios fundamentales del ordenamiento del mercado de capitales se encuentra el de fortalecer los mecanismos de protección y prevención de abusos contra los inversores, en el marco de la función tuitiva del derecho del consumidor.

Por su parte, el artículo 1° de la LDC y el artículo 1092 del CCyCN brindan la definición de consumidor: es la persona física o jurídica que adquiere o utiliza, en forma gratuita u onerosa, bienes o servicios como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social. A su vez, queda equiparado al consumidor quien, sin ser parte de una relación de consumo como consecuencia o en ocasión de ella, adquiere o utiliza bienes o servicios, en forma gratuita u onerosa, como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social. Sin embargo, no se define al consumidor financiero.

Dada la situación señalada, para una parte de la doctrina en el término consumidor financiero existe ambigüedad y falta de precisión, ya que podría incluir tanto a quienes realizan operaciones bancarias, como a aquellos que operan en el mercado de capitales¹⁹⁵. Es por eso que, dadas las particularidades de los sujetos que estarían involucrados, la noción de consumidor financiero debe ser precisada¹⁹⁶.

Lo expuesto ha dado lugar al planteo sobre la viabilidad de la aplicación de las normas propias del Derecho de Consumo al inversor en el ámbito del mercado de capitales, en tanto revestiría el carácter de consumidor financiero, sin que haya consenso doctrinario y jurisprudencial al respecto.

denuncia por Ferrari, Néstor Donato s/posible uso de información privilegiada s/organismos externos, AR/JUR/24050/2016”, CNCom., Sala E, 07/03/2013, “Comisión Nacional de Valores c. Quickfood s/ denuncia de Carlos A. y Gastón A. Montagna s/ organismos externos”.

¹⁹⁴ Según la reforma introducida por la Ley de Financiamiento Productivo N° 27.440.

¹⁹⁵ PAOLANTONIO, *op. cit.*; MARSILI, M. C., “El accionista inversor y la legislación sobre defensa del consumidor”, XI Congreso Argentino de Derecho Societario, VII Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, Mar del Plata, 2010, p. 56 y siguientes, en <https://repositorio.uade.edu.ar/xmlui/handle/123456789/374>; MARSILI, M. C. y PELÁEZ, E., “El carácter de consumidor y el accionista inversor”, 1° Congreso Argentino sobre Mercado de Capitales, Buenos Aires, 2008, p. 90 y siguientes.

¹⁹⁶ CHAMATROPULOS, *op. cit.*, p. 1 - 2.

Por una parte, se concluyó que la relación de consumo posee una amplitud suficiente como para proyectarse al ámbito de los servicios financieros, inversiones y mercados de capitales, entre otros¹⁹⁷. Concordantemente, la jurisprudencia sostuvo que los inversores no son ajenos al concepto de consumidor, lo cual hace posible la aplicación del régimen general de los consumidores a las operaciones bursátiles¹⁹⁸.

Un sector de la doctrina afirma que para responder si los inversores son consumidores será necesario evaluar el caso concreto y se deberá recurrir, en el marco del derecho del consumidor, a las siguientes posturas doctrinarias¹⁹⁹: (i) Finalista: para que el inversor sea considerado consumidor se deberá verificar la existencia de destino final, entendiéndose que lo habrá si la adquisición de valores negociables se realiza para obtener ganancias o evitar pérdidas, lo cual se refiere a la intención de ahorro; (ii) Maximalista u objetiva: al inversor no se le aplicarán las normas de protección al consumidor si integra el valor negociable o su producido a su actividad económica, como sería el caso de quien se dedica profesionalmente a la actividad de compra y venta de valores negociables; y (iii) Mixta o subjetiva-relacional: solo será consumidor aquel que revista cierto grado de vulnerabilidad, razón por la cual los inversores calificados quedarían excluidos de la protección de la LDC.

Según otra corriente doctrinaria, a los servicios financieros o bursátiles les resulta aplicable la normativa de protección al consumidor en la medida que exista una relación de consumo, de modo de tutelar al inversor a través del dialogo de fuentes normativas en los términos del artículo 3 de LDC²⁰⁰. Para ello, deberían complementarse las normas de dicha ley, el CCyCN, y la LMC²⁰¹. En definitiva, no se trataría de determinar qué

¹⁹⁷ XXIV Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Universidad de Buenos Aires, septiembre de 2013, Comisión N° 8, Derecho del Consumidor, “La relación de consumo y el contrato de consumo. Protección contra el sobreendeudamiento”, en <http://www.cfna.org.ar/agenda-y-jornadas/jornadas-2013/xxiv-jornadas-nacionales-de-derecho-civil/>

¹⁹⁸ CNCom., Sala B, 13/04/2018, “M., C. E. c. Merrill Lynch Pierce Fenner & Smith de Argentina S.A. s. ordinario”, ED-279, cita digital: ED-DCCCXXXVII-587. Sin perjuicio de que se confirmó la sentencia del juez de primera instancia, se expuso la opinión de dicho juez en sentido distinto al de la Cámara ya que, según el magistrado, quien realiza operaciones bursátiles como las del accionante debe ser considerado inversor y, por tal motivo, no resultaría aplicable el régimen protectorio del consumidor.

¹⁹⁹ CHAMATROPULOS, D., “Estatuto del consumidor”, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2019, tomo I, 2° ed., versión e-book.

²⁰⁰ Dicho artículo establece que las disposiciones de esa ley se integran con las normas generales y especiales aplicables a las relaciones de consumo y, en caso de duda, prevalecerá la más favorable al consumidor.

²⁰¹ ARIAS, *op. cit.*. A favor de la integración y coordinación de la normativa del régimen específico del mercado de capitales y el general de defensa del consumidor también ver: PRATO, O., “La nueva Ley de Mercado de Capitales y los derechos del consumidor financiero”, Revista de Derecho del Consumo N°1, Fundación Fidas, en <https://fundesi.com.ar/ley-de-mercado-de-capitales/>; ZUNZUNEGUI, F., “Derechos del

regulación es la dominante, sino de una cuestión de coordinación entre normas que encuentran su *ratio* final en el artículo 42 de la CN. Esto no implica una aplicación directa de la LDC, sino que debería realizarse un análisis de las soluciones que ella brinda y contraponerlas con la normativa del mercado de capitales. Para esta postura, la protección del inversor es característica del derecho del mercado de capitales, cuya existencia no depende de la disciplina del consumidor, pero tampoco la excluye necesariamente²⁰². En esta línea, se ha dicho que el inversor tiene la tutela del derecho del consumidor y, a su vez, la protección indirecta que le proporciona la normativa específica del mercado de capitales²⁰³. En relación con la integración normativa mencionada, en un fallo se sostuvo que, a partir de la reforma constitucional del año 1994, se observa una ampliación del concepto de consumidor y su protección, que se afianzó con el decreto N° 677/2001, la reforma de la LDC por la ley N° 26.361 y la LMC. Por tal razón, dado que la tutela del consumidor es un mandato constitucional, se sostuvo que el inversor minorista se encuentra protegido por la LDC, pues debe diferenciarse a este de los inversores institucionales, que resultan profesionales de la inversión²⁰⁴. En la misma línea, la sala B de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial confirmó un fallo de primera instancia que sentenció la procedencia de la aplicación de la LDC a la actividad bursátil. Dicho tribunal afirmó que aun cuando el derecho del mercado de capitales contiene disposiciones tendientes al amparo de los inversores, ello no es óbice para la aplicación de las restantes normas de protección de los consumidores, que deben integrarse de forma

consumidor de servicios y productos financieros como derechos básicos”, Revista de Derecho del Mercado Financiero, Madrid, noviembre de 2013, en <http://www.rdmf.es/wp-content/uploads/2016/09/fernando-zunzunegui-derechos-del-consumidor-de-servicios-y-productos-financieros-como-derechos-bc3a1sicos.pdf>; CHAMATROPULOS, D., “El inversor financiero y la tutela del derecho del consumidor”, en DUPRAT, D. A., “Tratado de los conflictos societarios”, tomo II, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2013, p. 1548; MOLINA SANDOVAL, C., “Reformas sustanciales”, Suplemento Especial Reforma de la Ley de Defensa del Consumidor, abril 2008, p. 81, AR/DOC/932/2008; MOLINA SANDOVAL, C., “Consumidor financiero y Ley de Defensa del consumidor. Algunas reflexiones provisionales”, II Congreso Argentino de Mercado de Capitales. Aspectos Jurídicos y Contables, UCEMA, Osmar D. Buyatti Librería Editorial, Buenos Aires, 2010, p. 79; LETURIA, M. Y GOCHICOA, A., “Mercados financieros y bursátiles como mercados de consumo. Protección de los usuarios y consumidores financieros”, Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional de La Plata, año 17/N°50-2020, Impresa ISSN 0075-7411 – Electrónica ISSN 2591-6386, p.182.

²⁰² PAOLANTONIO, *op. cit.*

²⁰³ ZUNZUNEGUI, F., “Hacia un estatuto del inversor”, Revista de Derecho del Mercado Financiero, Madrid, diciembre de 2006, p. 18.

²⁰⁴ SCBuenosAires, 29/11/2017, “Camderros, Lidia Marta y otros c. Francés Administradora de Inversiones S.A. y otros s. daños y perjuicios”, AR/JUR/97754/2017. Se destaca que en este caso fue revocada la sentencia de segunda instancia, en la cual se había concluido la inexistencia de una relación de consumo debido a que se estaba frente a una inversión de riesgo en donde existía una clara especulación financiera, lo que aproximaba a la parte actora más a un inversor que a un consumidor.

armónica, siempre que el inversor bursátil sea el destinatario final de la actividad de inversión²⁰⁵.

Por otra parte, en sentido contrario, se afirma que los inversores no pueden ser considerados consumidores en los términos de la LDC y el CCyCN, razón por la cual no les sería aplicable el régimen protectorio establecido por dichas normas. Para parte de la doctrina, al ser invocada la figura del consumidor financiero en los considerandos del hoy derogado decreto N° 677/2001, hubo un giro en el enfoque y quedó instaurado un estatuto de un consumidor específico para el ámbito de la oferta pública de valores negociables, a quien se lo denomina inversor. En esa misma línea, la doctrina afirma que debería desestimarse toda aplicación supletoria de la LDC en el ámbito del mercado de capitales, toda vez que llevaría a desnaturalizarlo y crearía un conflicto con la normativa sobre oferta pública que garantiza los derechos de los inversores²⁰⁶. Esto llevó a decir que, en sentido estricto, un inversor que coloca su capital en títulos no es un consumidor, ya que ambas son nociones distintas²⁰⁷. Concordantemente, se sostuvo que la aplicabilidad de la LDC a los inversores aparece desplazada con motivo de la especificidad de las normas del mercado de capitales sobre transparencia. En este sentido, se ha negado la posibilidad de calificar a los inversores del mercado de capitales como consumidores y, por tal motivo, se ha rechazado la aplicación del artículo 42 de la CN y las normas de la LDC, dado que no pueden sustituir el sistema de normas específicas establecidas para la adecuada tutela de los inversores, ni tampoco coexistir con él²⁰⁸. Esto permitiría afirmar que la tutela constitucional de los derechos de los inversores no deriva del artículo 42, sino de los artículos 16 y 17, que son el basamento de la transparencia en el ámbito de la oferta pública que garantizan a los inversores el derecho al trato igualitario y a la propiedad²⁰⁹.

Respecto de la jurisprudencia, resulta interesante mencionar un precedente que, si bien dirime una cuestión relativa a los contratos de futuros, es de utilidad para el presente

²⁰⁵ CNCom., Sala B, 17/10/2019, “ACYMA Asoc. Civil c. Portfolio Personal S.A. y otro s. ordinario”, AR/JUR/32582/2019. En cambio, se observa que un fallo de segunda instancia revocó una sentencia de primera instancia en la cual se concluyó la aplicación de la LDC a un inversor cuya inversión provenía de sus ahorros, lo cual excluía la posibilidad de que se trate de un inversor profesional (CNCom., Sala C, 30/07/2020, “Fos, Francisco c/ Banco Patagonia S.A. s/ ordinario”).

²⁰⁶ GRIGIONE, M., “¿La protección del consumidor financiero en la oferta pública se garantiza exclusivamente por las normas que son propias de la oferta pública o debe recurrirse a la ley de defensa del consumidor?”, en CABANELLAS DE LAS CUEVAS, G. (Director), “Mercado de capitales”, Ed. Heliasta, Buenos Aires, 2009, p. 691.

²⁰⁷ SALERNO, M., “Las obligaciones negociables: emplazamiento metodológico”, LL 2004-B, 88, AR/DOC/381/2004.

²⁰⁸ MARSILI, *op. cit.*, p. 56 y siguientes.

²⁰⁹ VÁZQUEZ, M. G., “El rol de la Comisión Nacional de Valores y del Ministerio Público Fiscal en la defensa de la transparencia del mercado de valores negociables”, Id SAIJ: DACF140800.

análisis por tratarse de la aplicación de la LDC a una cuestión que involucra valores negociables en el ámbito del mercado de capitales. En el fallo se rechazó la aplicación de dicha ley, ya que el juez consideró que no existía una relación de consumo, es decir, un vínculo jurídico entre consumidor y proveedor según los artículos 1092 y 1093 del CCyCN, y los artículos 1º, 2 y 3 de la LDC. Para fundamentar su resolución, el magistrado se basó, entre otras cuestiones, en la omisión de incorporar la operatoria bursátil a la LDC cuando fue modificado su artículo 36 por la ley N° 26.993, que incluyó a las operaciones financieras y las de crédito para el consumo²¹⁰.

Por otra parte, es importante señalar que, de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 19, inciso j) de la LMC, como autoridad de aplicación y contralor de dicha ley, la CNV tiene como función defender los intereses de los inversores. Para ello, cuenta con un canal de denuncias para los inversores y tiene a cargo la Oficina de Atención al Inversor, que responde a sus consultas y promueve la educación sobre el mercado de capitales. A su vez, a través de la Autopista de la Información Financiera²¹¹, la CNV garantiza a los inversores la transparencia e integridad de la información relativa a los emisores, los agentes registrados ante dicho organismo y los valores negociables autorizados para la oferta pública. Es decir, la tutela de los derechos de los inversores está garantizada por un organismo cuya competencia surge de la LMC y es distinto del que protege a los consumidores.

3. Los accionistas de sociedades bajo el régimen de oferta pública

Conforme a lo expuesto, dada la condición de inversores de los Accionistas, se plantea la cuestión relativa a si éstos revestirían el carácter de consumidores financieros.

Sobre este tema, la Corte Suprema de Justicia de la Nación en un fallo en el que se dirimían cuestiones que afectaban a accionistas de una sociedad bajo el régimen de oferta pública, sostuvo que la transparencia y la simetría de la información del mercado de capitales son los ejes de su adecuado funcionamiento, lo cual permite garantizar la plena vigencia de los derechos consagrados en el artículo 42 de la CN que tutelan al consumidor financiero²¹².

Sin embargo, hay doctrina extranjera que considera que existen dudas razonables para considerar consumidores a los Accionistas, en base a dos fundamentos, a saber: (i) la rentabilidad que obtienen los Accionistas deriva de los dividendos que perciben y tiene relación directa con el riesgo, ya que su aporte pasa a integrar el capital social y, en

²¹⁰ Juzgado Contencioso Administrativo Federal N° 3, 02/07/2020, “Bonifacio, Gustavo y otro c. Mercado a Término de Rosario S.A. y otro s. proceso de conocimiento”, causa N° 14641/2016.

²¹¹ <https://www.argentina.gob.ar/cnv>

²¹² CSJN, 29/10/2015, “Comisión Nacional de Valores c. Alpargatas S.A.I.C. s. organismos externos (seguimiento posible venta de paquete accionario - nro. 276/07)”, AR/JUR/33704/2015.

consecuencia, queda sujeto al devenir de la sociedad; y (ii) la negociabilidad de las acciones, que es su rasgo característico, no es compatible con la idea de consumidor. Por un lado, porque no se condice con el requisito de destinatario final que se requiere para la existencia de consumidor conforme a la doctrina finalista que rige en la legislación de defensa del consumidor²¹³ y, por el otro, debido a que para que exista consumidor las acciones no deberían ser integradas al proceso de comercialización, es decir, introducidas nuevamente en el mercado²¹⁴. Una parte de la doctrina nacional adhiere a esta postura y señala que se presentan dificultades para la aplicación de las normas de defensa del consumidor a los accionistas, como se da en el caso de la adquisición del paquete de control. Por tal motivo, se propone que al accionista de sociedades bajo el régimen de oferta pública se lo denomine “accionista inversor” para diferenciarlo del “consumidor financiero”, término más amplio que incluye al consumidor de servicios financieros regulado en el artículo 36 de la LDC, referido a las operaciones financieras para consumo y a las de crédito para el consumo²¹⁵.

Uno de los principios fundamentales de las sociedades anónimas es el de la división del capital social en acciones²¹⁶. La acción es la parte del capital social que, incorporada a un título representativo, otorga a su tenedor la calidad de accionista, lo que permite diferenciar tres aspectos: la acción como parte del capital social, como título de crédito y como fuente de derechos²¹⁷. A los efectos del presente análisis nos centraremos en este último aspecto, dado que una de las particularidades que presenta la acción es que quien la suscribe adquiere la condición, posición o estado²¹⁸ de socio, que conlleva un conjunto de deberes, derechos, funciones y facultades que le corresponden por ser tal. Esos derechos y deberes son recíprocos, ya que son del socio para con la sociedad y de ésta para con el socio, y pueden derivar de la ley, del contrato social o de la asamblea de accionistas²¹⁹. Esto significa que la relación interna entre los Accionistas y la sociedad

²¹³ En este caso, se refiere a la legislación española, que es idéntica en este aspecto a lo que dispone la legislación argentina en el artículo 1° de la LDC.

²¹⁴ FERNÁNDEZ PÉREZ, N., “La protección jurídica del accionista inversor”, Ed. Aranzadi, Navarra, 2000, p. 83 y siguientes.

²¹⁵ MARSILI, y PELÁEZ, *op. cit.*, p. 90 y siguientes.

²¹⁶ ASCARELLI, T., “Principios y problemas de las sociedades anónimas”, traducción de CACHEAUX SANABRIA, R., Imprenta Universitaria, México, 1951, p. 17.

²¹⁷ ZALDÍVAR, E., MANÓVIL, R., RAGAZZI, G., ROVIRA, A. y SAN MILLÁN, C., “Cuadernos de Derecho Societario”, volumen III, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1980, p. 219 y siguientes.

²¹⁸ Por estado se entiende la relación que existe entre un individuo y un determinado ordenamiento jurídico (HALPERÍN, I., “Curso de Derecho Comercial. Parte especial”, volumen II, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012, 2a ed., p. 308).

²¹⁹ BRUNETTI, A., “Tratado del derecho de las sociedades”, tomo I, traducción de SOLÁ CAÑIZARES, F., Librería El Foro, Buenos Aires, 2003, p. 271 y siguientes. También ver: ASCARELLI, *op. cit.*, p. 46 y 47; COLOMBRES, G., “Curso de Derecho Societario. Parte general”, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1972,

determina la inexistencia de relación de consumo, tanto en el caso de que las acciones sean adquiridas en el mercado primario como en el secundario. Si las acciones son adquiridas en el mercado primario por una oferta pública inicial o un aumento de capital de la sociedad emisora, la relación se establece entre ésta y el accionista. En cambio, si las acciones se adquieren en el mercado secundario, el inversor adquiere las acciones a través de agentes registrados ante la Comisión Nacional de Valores. En ambos casos, los Accionistas en su carácter de inversores, cuentan con un régimen protectorio específico del mercado de capitales, con prescindencia de la aplicación de la LDC y las normas pertinentes del CCyCN, dado que no se presenta una relación de consumo entre un proveedor y consumidor en los términos de la normativa mencionada.

Otra cuestión relevante a los efectos del presente análisis es la de la causa fin, que considerada en general es entendida como el elemento teleológico, finalidad o razón de ser del acto jurídico²²⁰. Es decir, es el propósito perseguido para llevar a cabo un acto jurídico. En cuanto al contrato de sociedad, la causa fin consiste en participar en las ganancias y soportar las pérdidas por parte de los socios, que se traduce en la asunción del riesgo común²²¹. En cambio, en lo que respecta a la causa fin de las relaciones de consumo existen diversas teorías, y la que se consolidó en nuestro derecho es la que se refiere a que el consumidor tiene como finalidad satisfacer necesidades en su esfera doméstica, determinada por el criterio del “beneficio propio, familiar o social”²²². Esto significa que se requiere el destino final del bien o servicio involucrado, cuestiones completamente ajenas al Derecho Societario. Respecto de esto último, adquiere relevancia la negociabilidad de las acciones bajo el régimen de oferta pública como su

p. 59; ZALDÍVAR, E., MANÓVIL, R., RAGAZZI, G., ROVIRA, A. y SAN MILLÁN, C., “Cuadernos de Derecho Societario”, volumen I, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1973, p. 173 y siguientes; HALPERÍN, I. y OTAEGUI, J., “Sociedades Anónimas”, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1998, 2ª ed., p. 391; HALPERÍN, “Curso...”, *op. cit.*, p. 307; MASCHERONI, F., “El vínculo accionista – sociedad anónima y el contrato de suscripción”, Ed. Cangallo, Buenos Aires, 1970, p. 35 y siguientes; MASCHERONI, F. y MUGUILLO, R., “Régimen jurídico del socio. Derechos y obligaciones en las sociedades comerciales”, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1996, p. 6 y siguientes; ARECHA, W., “Estado de socio”, TR LALEY AR/DOC/1960/2004.

²²⁰ VIDELA ESCALADA, F., “La causa final en el Derecho Civil”, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1968, p. 13. Sobre este tema ver también: GARIBOTTO, J. C., “La causa final del acto jurídico”, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1985.

²²¹ BRUNETTI, *op. cit.*, p. 260 y siguientes; COLOMBRES, *op. cit.*, p. 55 y siguientes; ZALDÍVAR, MANÓVIL, RAGAZZI, ROVIRA y SAN MILLÁN, “Cuadernos ...”, volumen I, *op. cit.*, p. 91-94; MANÓVIL, R., “Grupos de sociedades en el derecho comparado”, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1998, p. 569; HALPERÍN, I., “Curso de Derecho Comercial. Parte General”, volumen I, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2010, 5ª ed., p. 199.

²²² BAROCELLI, S., “Teoría general de las relaciones de consumo”, IJ-MCXXVIII-713, 19/04/2021.

característica primordial, que definitivamente se contrapone a la idea de consumidor como destinatario final.

EL VERDADERO SIGNIFICADO DE LA LEY 24.240 DE DEFENSA DEL CONSUMIDOR

PICCARDI, Marcelo Nicolás

Resumen: Considerar que la Ley 24.240 de Defensa del Consumidor existe para protección del consumidor particular que se vio perjudicado en el marco de una relación de consumo es tener una visión insuficiente sobre el verdadero objetivo que tuvo en miras el Estado con su sanción. La Ley es en realidad un mecanismo de control y regulación del mercado, que a su vez tiene como objetivo ulterior mejorar las prácticas comerciales en cuanto a cómo afectan al universo de consumidores. Esto resulta explícito tanto en los antecedentes parlamentarios como también en el propio texto de la Ley.

Comprender el verdadero espíritu de la norma tiene consecuencias de máxima magnitud, no solo porque el derecho de defensa de los consumidores es un área en constante expansión, sino también porque cambia el eje de la discusión sobre el que debe interpretarse cada caso de consumo planteado en sede judicial, así como además requerirá de cambios estratégicos por parte de los proveedores de bienes y servicios para evitar ser pasibles de sanciones ejemplificadoras.

El verdadero significado de la Ley 24.240 de Defensa del Consumidor.

Es conocida la frase "*Dios no juega a los dados con el universo*" de Albert Einstein, en referencia a que las leyes de la naturaleza no obedecen a cuestiones aleatorias. En nuestra área de estudio podemos decir, en términos similares, que *el legislador no juega a los dados con la normativa*.

La sanción de la Ley 24.240 de Defensa del Consumidor ("LDC") puede parecer a primera vista un simple reconocimiento de derechos de los consumidores y de las obligaciones agravadas impuestas a los proveedores de bienes y servicios a los fines de equiparar un desequilibrio contractual innato en las relaciones contractuales entre ambos. La realidad es que esta no es la finalidad de la ley, sino que es uno de los medios por los que se intenta lograr su verdadero objetivo.

No escapará al lector que la LDC no solo consagra derechos y obligaciones de los consumidores y proveedores respectivamente, sino que la ley contiene también un componente de derecho procesal, así como también cuestiones de derecho administrativo y remisiones a otras leyes vinculadas con el mercado más que con los consumidores y sus derechos.

¿Cómo encajan entonces las remisiones a la Ley de Defensa de la Competencia o a la Ley de Lealtad Comercial dentro de la interpretación limitada de que la LDC

únicamente busca proteger al consumidor individual frente a desventajas de posición negociadora frente a proveedores profesionales? ¿Qué beneficio reporta al consumidor la facultad que se reserva el Estado de investigar a pedido de parte o de oficio a los presuntos proveedores incumplidores de la ley, con amplias potestades sancionatorias? ¿Por qué el legislador decidió sancionar una ley tan gravosa para las empresas que ejercen el comercio en nuestro país, precisamente en la década de los '90, caracterizada por una valoración favorable de la tendencia hacia el libre mercado y la desregulación comercial?

Esto fue respondido por el propio senador Luis A. León (uno de los redactores del proyecto de la LDC) durante su tratamiento en la Comisión de Comercio, el 17/12/1991: *“En la medida que exista un verdadero sistema de contrapesos ético-jurídicos destinados a hacer transparente al mercado resultará beneficiada la actividad económica en general, por vía de mejores niveles de calidad, precios y servicios, requisitos indispensables para insertar nuestra producción en el mercado mundial y permitir un mejoramiento del nivel y calidad de vida de todos los habitantes de nuestra Nación”*.²²³

Este argumento fue expandido por el diputado Becerra: *“Una reconocida jurista mendocina –la doctora Kemelmajer de Carlucci- ha señalado que como lo afirma la doctrina italiana, la protección al consumidor no es sino una forma de control social de las empresas, razón por la cual esa problemática, supera las normas del derecho civil, comercial, administrativo y penal: las comprende e integra sistemáticamente”*.

La finalidad de la ley no surge únicamente de las declaraciones de intención de sus impulsores durante los debates parlamentarios. La estructura de la Ley también apunta en este sentido. La LDC contiene un primer título que establece derechos específicos de protección de consumidores. La segunda mitad de la ley contiene cuál es el organismo administrativo que funcionará como autoridad de aplicación, el modo en que funcionará el procedimiento administrativo de control y sanción, cuáles son las facultades sancionatorias que posee, así como también algunas normas procesales aplicables a procedimientos judiciales instados por consumidores.

La autoridad de aplicación está facultada para imponer distintos tipos de sanciones: apercibimientos; multas; decomiso de mercadería; clausura de establecimientos; suspensión para contratar con el Estado; pérdida de concesiones, privilegios, beneficios impositivos. Ninguna de estas sanciones se verá reflejada en un beneficio directo al consumidor que pudo haber iniciado un reclamo contra la empresa presuntamente incumplidora. Previo a la sanción de la Ley 26.993, el consumidor que agotaba la vía administrativa prevista en la LDC únicamente podía acceder a la vía

223

https://www.diputados.gov.ar/export/hcdn/secparl/dgral_info_parlamentaria/dip/archivos/Debate_Ley_24240.zip

judicial iniciando una mediación prejudicial ordinaria. Únicamente contaba con el beneficio agregado de algunos principios procesales establecidos en la Ley (beneficio de justicia gratuita; aplicación del procedimiento más abreviado contemplado en la ley; carga dinámica de la prueba, etc.).

La sanción de la Ley 26.993 y la forma en que fue instrumentada también resulta de especial interés. Esta ley, titulada “Sistema de Resolución de Conflictos en las Relaciones de Consumo”, creó cuatro vías de resolución de reclamos de consumidores:

- Servicio de Conciliación Previa en las Relaciones de Consumo (COPREC): El COPREC funciona como un intermedio entre la preexistente vía de reclamo administrativo en defensa del consumidor y la mediación prejudicial. Es vía apta para acreditar el agotamiento de la vía prejudicial obligatoria; es conducida por un mediador profesional especializado en consumo, y contiene las particularidades de ser gratuito para el consumidor, que no está obligado a contar con patrocinio letrado (el conciliador debe asesorarlo, por lo que no opera de manera imparcial). Sin embargo, en caso de no lograrse un acuerdo en esta etapa, las actuaciones continúan su curso por la vía administrativa ante la autoridad de aplicación, que analizará el reclamo iniciado por el consumidor (a quien oportunamente se le pidió un relato de los hechos y pruebas que respalden su pedido previo a admitir la instancia) y eventualmente podrá citar a la empresa para que se defienda y, en su caso, sancionarla. El sistema de COPREC entró en funcionamiento casi con inmediatez luego de la sanción de la ley.
- Arbitraje de Consumo: Si bien es una vía que es utilizada a mucha menor escala que la de COPREC, el sistema de arbitraje se encuentra en funcionamiento actualmente (con unos 180 adherentes que se someten voluntariamente a este sistema a nivel nacional, que comprende tanto a PyMEs como a grandes empresas). Está vía prevé la resolución de conflictos a través de árbitros imparciales, que luego de analizar los hechos invocados por las partes y la prueba ofrecida redactarán un laudo arbitral obligatorio para las partes.
- Auditoría en las Relaciones de Consumo: El auditor en las relaciones de consumo (que a casi una década de la sanción de la ley todavía no fue designado y puesto en funciones) es una figura creada para resolver conflictos de consumo compensando únicamente el daño directo en los términos del art. 40 bis de la LDC, delineado por los criterios que oportunamente estableció la CSJN para el funcionamiento de estos

organismos sancionatorios administrativos.²²⁴ Su función no es sancionatoria, sino que fue creado para resolver conflictos de consumo que por su cuantía económica difícilmente serían resueltos en sede judicial.

- Justicia Nacional en las Relaciones de Consumo: La Ley 26.993 creó el primer fuero especializado de consumo de nuestro país, al menos técnicamente. Si bien creó ocho Juzgados Nacionales de Primera Instancia en las Relaciones de Consumo, con sus salas de apelaciones, fiscalías, etc., nunca fue impulsada su puesta en funcionamiento, ni se crearán en el futuro. Gracias a un convenio entre el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires y el Gobierno Nacional, estos juzgados fueron creados en el ámbito del Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, donde entraron en funcionamiento a inicios de 2021.

No es casual que la vía de reclamo administrativo fue la primera en entrar en funcionamiento de manera eficiente, ya que es la única que podrá derivar en control y sanciones por parte del Estado. Inclusive, la vía arbitral que también se encuentra en funcionamiento es utilizada por el Estado como incentivo para controlar conductas, ya que suele incentivarse la inscripción al listado de empresas adheridas al sistema de arbitraje mediante el ofrecimiento de beneficios (fiscales, ventajas a la hora de contratar con el Estado, etc.). Las dos vías que no entraron en funcionamiento (con la salvedad realizada respecto a la Justicia Nacional en las Relaciones de Consumo) son las que únicamente están dirigidas a la resolución de conflictos particulares.

Aun así, la LDC contiene algunas cuestiones de índole procesal judicial que no resultan inocentes. Como ya fue mencionado previamente, nos encontramos con: beneficio de justicia gratuita; aplicación del procedimiento más abreviado contemplado en la ley; carga dinámica de la prueba. Esto no es casual.

Es especialmente relevante el caso del beneficio de justicia gratuita. Existiendo el beneficio de litigar sin gastos en todos los ordenamientos procesales de nuestro país, a nivel nacional y provincial, ¿por qué el legislador decidió eximir totalmente de gastos a los consumidores que inicien demandas judiciales, siendo que los consumidores sin recursos económicos ya contaban con el beneficio de gratuidad de los distintos códigos procesales?

La respuesta es inequívoca: porque el beneficio de justicia gratuita de la LDC no tiene el objetivo de defender al consumidor particular que probablemente no tenga recursos para iniciar una demanda, sino que es una forma de fomentar que los consumidores, independientemente de su situación económica, inicien reclamos

²²⁴ CSJN, 5/4/2005, “Ángel Estrada y Cía. SA c. Secretaría de Energía y Puertos”, LA LEY, 2005-D, 439.

judiciales contra las empresas incumplidoras, aumentándoles los costos de generar perjuicios a los consumidores.

Todo esto fue expresamente reconocido en el fallo plenario “Hambo (...)”²²⁵. En su voto por la mayoría, el Dr. Rafael F. Barreiro, de la Sala F de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, destacó que “(l)a consecuencia de la eventual existencia de un crecimiento ‘de demandas relacionadas con las normas de consumo’, se traduce en un cambio de actitud según la cual ‘los proveedores de bienes y servicios deberán elevar sus estándares de producción para evitar costos adicionales. Si los proveedores elevan sus estándares, el mercado se vuelve más transparente, más desarrollado y más competitivo’ (PICCARDI, Marcelo N., *La sociedad comercial como legitimada activa en la Ley de Defensa del Consumidor. Admisión y alcance del beneficio de gratuidad del art. 53 de la Ley de Defensa del Consumidor*, *Revista Argentina de Derecho Empresario*, N° 20; Cita: IJCMX-725). No es necesario destacar que esta visión de la cuestión lleva toda razón pues, ante la reticencia demostrada por los proveedores en producir mejoras de precios y calidad o satisfacer las expectativas de los consumidores, nada parece más adecuado que allanar la introducción de reclamos.

Y no debemos dejar de lado que un mayor control judicial significa necesariamente una mayor probabilidad de imposición de sanciones por daño punitivo, que precisamente es una sanción que tiene como principal objetivo la modificación de conductas, por encima de la reparación del daño sufrido por el particular. En palabras del Dr. Chamatropulos, “(...) las finalidades principales de los daños punitivos son dos: el castigo y la disuasión. La finalidad primordial es la segunda. La primera es sólo un medio o una herramienta que se utiliza para llegar a aquella”.²²⁶

Insisto, el legislador no juega a los dados. Los incentivos, las facultades de control, las sanciones administrativas, la creación del daño punitivo, todas las cuestiones creadas en conjunto a los derechos y obligaciones dadas a consumidores y proveedores apuntan todas en una misma dirección: a ejercer el control del mercado y las conductas de sus integrantes.

Es por ello que el Estado priorizó la puesta en funcionamiento de vías de reclamo administrativo y judicial que de manera directa o indirecta llevan a su conocimiento la existencia de situaciones de conflicto en el mercado, que eventualmente podrán derivar en investigaciones de oficio, sanciones (económicas o no), redacción de normas administrativas/legislativas, etc.

²²⁵ CNCom., en pleno, 21/12/2021, “Hambo, Débora Raquel c/ CMR Falabella S.A. s/ sumarísimo”.

²²⁶ CHAMATROPULOS, D. A., “Estatuto del Consumidor comentado, Tomo II”, editorial La Ley, Buenos Aires, 2016, primera edición, pág. 267.

Entender de esta manera la LDC tiene una consecuencia inmediata necesaria: el reclamo de un consumidor no puede analizarse únicamente como el reclamo de un individuo particular exigiendo una compensación por una cuestión de menor o mayor cuantía económica. Cada reclamo iniciado es una oportunidad de control para el Estado y un antecedente negativo para las empresas.

Resulta habitual que, frente al crecimiento de determinado tipo de conflictos, las autoridades identifiquen la situación a partir de la radicación de mayor cantidad de denuncias de los consumidores, lo que deriva en mayor probabilidad de sanciones administrativas y eventualmente de imposición de sanciones judiciales por daño punitivo ante el caso de que aumente la cantidad de condenas judiciales.

Un ejemplo reciente del funcionamiento de este mecanismo ocurrió durante la pandemia de COVID-19 y la proliferación de casos de phishing y estafas bancarias. El mayor crecimiento de estafas y fraudes ocurrió durante el año 2020; durante 2021 la autoridad de aplicación aplicó multas millonarias a entidades bancarias por haber incumplido deberes de información y seguridad.²²⁷ En 2022 ya encontramos antecedentes judiciales con aplicación de daño punitivo.²²⁸

Es que el consumidor nunca reclama únicamente por su situación, y la autoridad de aplicación/juez nunca tienen presente solo el interés del sujeto particular a la hora de evaluar el reclamo. Cada caso en realidad es parte de un universo de interesados que potencialmente pueden atravesar situaciones similares, y ello debe ser sopesado por las autoridades a la hora de cuantificar sanciones.

Este no es un criterio reciente ni exclusivo a las acciones iniciadas por consumidores contra empresas. Podemos identificar como un primer gran antecedente el fallo de la CSJN, “Halabi (...)”²²⁹ quien interpuso una acción de amparo contra el Estado Nacional, en la cual el máximo tribunal identificó en este reclamo particular que se encontraban discutidas cuestiones de interés para el universo de consumidores, estableciendo los parámetros para su admisión como acción de clase.

En conclusión, no resulta casual que toda la normativa de defensa de los consumidores contenga un importante componente de control estatal. Es una cuestión de diseño intencional, toda vez que el Estado armó de esta manera un eficiente sistema de fiscalización del mercado, que le permite “tomar la temperatura” de lo que sucede a gran

²²⁷ <https://www.argentina.gob.ar/noticias/comercio-interior-multo-entidades-bancarias-por-su-responsabilidad-frente-las-estafas-que>

²²⁸ Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Necochea, 09/08/2022, “González Verónica Graciela c/ Banco de La Provincia de Buenos Aires y otro/a s/ nulidad de contrato”.

²²⁹ CSJN, 24/2/2009, “Halabi, Ernesto c/ P.E.N. - ley 25.873 - dto. 1563/04 s/ amparo ley 16.986”, Fallos: 332:111.

escala en relación con el adecuado cumplimiento de los derechos de los consumidores. Todo esto teniendo en miras el objetivo ulterior de crear un mercado más transparente, eficiente y beneficioso para la población.

Es por ello que no solo se han creado vías eficientes de reclamo para que los consumidores obtengan la compensación correspondiente por los daños sufridos, sino que además se crearon mecanismos de investigación del mercado, de redacción de normativa de defensa de los consumidores, de difusión de los derechos de los consumidores, etc.

Esto debe ser tenido en cuenta por todos los actores que intervienen en los reclamos de consumidores, especialmente considerando la categoría “consumidor” es de las pocas que crea el derecho que puede aplicarse a absolutamente todas las personas que habitan nuestro país.

Debe ser tenido en cuenta por los consumidores, que deben asumir el compromiso de informarse sobre sus derechos y comprometerse a denunciar las situaciones gravosas que sufran;

Debe ser tenido en cuenta por los proveedores, que deben actualizar sus políticas comerciales para evitar generar daños a los consumidores, en vez de resolver las cuestiones una vez ya sucedidas, realizando la ecuación económica de que es más barato manejarlo de esta manera que previniendo daños (en este punto resulta imposible no referirse al primer antecedente jurisprudencial de aplicación de daño punitivo, *Grimshaw v. Ford Motor Co.*);

Debe ser tenido en cuenta por los jueces, que deben tener siempre presente que el alcance de sus sentencias no está limitado al caso particular en análisis, y que no existen demandas frívolas o insignificantes, ya que cada demanda judicial representa solo a uno de potenciales miles de consumidores que padecieron situaciones similares y no lograron acceder a la instancia judicial;

Y debe ser tenido en cuenta por el Estado, que crea leyes de alcance superlativo y con objetivos amplísimos, pero luego falla en controlar la efectividad de la ley, en asignar suficiente presupuesto para la puesta en funcionamiento de los organismos creados y en actualizar y modernizar el funcionamiento de los sistemas creados en función de la experiencia ganada.

En definitiva, nunca debe dejarse de lado que todo reclamo de un consumidor no es solamente el referido al caso particular de un individuo que sufrió un daño específico, sino que es una muestra dentro de un universo de consumidores que potencialmente pueden verse expuestos a situaciones similares; un síntoma de un síndrome que debe ser corregido a tiempo por los propios proveedores si desean evitar que sea el Estado, desde sus organismos de control, quien tome medidas a tal efecto (a un costo muy superior para ellas); todo dentro del marco de un aceptado esquema de controles que ha sido creado para que los proveedores puedan identificar y resolver a tiempo las cuestiones ocurridas, bajo apercibimiento de futuras sanciones extraordinarias en caso de persistir en el error.

**EL DAÑO PUNITIVO COMO SANCIÓN ANTE INCUMPLIMIENTOS
CONTRACTUALES ACTUANDO COMO DESINCENTIVO A DAÑAR Y
REGULADOR DEL MERCADO
SOMOZA LÓPEZ, Gustavo Adrián**

a. Resumen:

El presente trabajo tiene como objeto desarrollar la idea de que el daño punitivo actúa como desincentivo de dañar a los pobres. Asimismo tengo como objetivo llevar a debate modos de estimar de un modo objetivo (o cuanto al menos no subjetivo) el cálculo de daño moral y de daño punitivo en las demandas de consumidores. En el presente tomare como base lo regulado y la jurisprudencia que al respecto se desarrollo en Argentina.

b. Desarrollo de fundamentos legales, doctrinarios y jurisprudenciales:

1. Daño Punitivo.

El daño punitivo no fue legislado por el CCCN pero si lo hizo la ley de defensa del consumidor que lo regulo en el actual artículo 52 bis incluido por la ley nro. 26.361, siendo uno de los temas tratados por el régimen consumerista local que no está exento de debate por parte de los operadores del Derecho. Dicho artículo define al daño punitivo como al supuesto en que al proveedor que no cumpla sus obligaciones legales o contractuales con el consumidor, a instancia del damnificado, el juez podrá aplicar una multa civil a favor del consumidor, la que se graduará en función de la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso, independientemente de otras indemnizaciones que correspondan. Cuando más de un proveedor sea responsable del incumplimiento responderán todos solidariamente ante el consumidor, sin perjuicio de las acciones de regreso que les correspondan. La multa civil que se imponga no podrá superar el máximo de la sanción de multa prevista en el artículo 47, inciso b) de esta ley, respecto a ello también es dable indicar que dicha multa es muy baja sin que previera hasta el momento alguna actualización de modo automático lo cual es más grave aun en un contexto inflacionario.

Podemos conceptualizar que los daños punitivos consisten en una multa civil, que se añade a las clásicas indemnizaciones por daños (cuyo fin es la reparación del daño), aplicada en beneficio de la víctima, a los fines de castigar a los proveedores de bienes y servicios que incurran en graves inconductas, orientadas a cumplir un fin disuasor para el causante del daño. La aplicación y la graduación del instituto por parte del juez, está dado por la gravedad del hecho, gravedad que deberá ser apreciada en el caso concreto, pero con este trabajo quiero avanzar más en la obejtivizacion del modo de calculo del mismo.

El instituto que estamos analizando en este acápite tuvo su bautismo en la jurisprudencia en los autos caratulados “Machinandiarena, Hernández Nicolás c/ Telefónica de Argentina s/ reclamo contra actos de particulares”. En el mismo se condenó a Telefónica porque uno de sus locales no tenía los accesos para discapacitados exigidos por ley, impidiéndole al actor el ingreso al mismo. El tribunal consideró que se trató de una conducta discriminatoria por parte de la empresa, que mostraba un gran desprecio por los derechos de la comunidad y que ocasionó un daño moral al consumidor. El tribunal entendió que debía aplicarse la ley de defensa del consumidor, porque el actor pretendió ingresar a la empresa con motivo de una relación de consumo. Dijo que se encontraba “acreditado el incumplimiento a normas de distinta jerarquía (universales, regionales, nacionales, provinciales y municipales) en el marco de la relación de consumo que ligaba a las partes y un derecho superior menoscabado del consumidor al no proporcionarle un trato digno en los términos del art. 8 bis de la ley 24.240, lo que determina la aplicación de la multa civil (conf. Art. 52 bis de la ley citada -t. o. ley 26.361-).”²³⁰

Similarmente también fue reconocido el daño punitivo en los autos caratulados “De la Cruz c/Renault Argentina S.A s/ sumarísimo” (Juzgado de Primera Instancia Civil y Comercial de Concepción del Uruguay n. 1, 25/11/2009), donde el actor había comprado un automóvil defectuoso, y a pesar de llevarlo en varias ocasiones al servicio técnico el problema no fue solucionado. Si bien el automóvil funcionaba, el ruido que tenía, disminuía su valor. El fallo aplicó la figura de daños punitivos, teniendo en cuenta la responsabilidad por el producto defectuoso entregado por el proveedor. Pero no entra de lleno en el tema de analizar si hubo culpa o dolo ni en el concepto de “culpa lucrativa”, que se considera uno de los presupuestos más usuales de este tipo de indemnización.²³¹

El instituto que estamos analizando no se trata propiamente de un daño; por lo que denominarlo “daño punitivo” es encasillarlo con una naturaleza jurídica incorrecta, ya que en sentido amplio, hay daño cuando se lesiona cualquier derecho subjetivo y en sentido estricto, la lesión debe recaer sobre ciertos derechos subjetivos, patrimoniales o extramatrimoniales, cuyo menoscabo genera (en determinadas circunstancias) la obligación de reponer las cosas a su estado anterior, o la consecuente compensación o indemnización por aquella pérdida; significado relevante en materia de responsabilidad civil. A su vez, puede provenir de un delito o cuasidelito, o de un hecho cuya responsabilidad es impuesta por la ley a determinada persona responsable (v.g. accidente

²³⁰ Machinandiarena Hernandez Nicolas c/ Telefónica de Argentina s/ Reclamo Contra Actos de Particulares SENTENCIA 27 de Mayo de 2009.CAMARA DE APELACIONES EN LO CIVIL Y COMERCIAL (MAR DEL PLATA). MAR DEL PLATA, BUENOS AIRES.Sala 02.Magistrados: Nélide I. Zampini - Ricardo D. Monterisi - Roberto J. Loustaunau.Id SAIJ: FA09010000

²³¹ “De la Cruz c/Renault Argentina S.A s/ sumarísimo” (Juzgado de Primera Instancia Civil y Comercial de Concepción del Uruguay n. 1, 25/11/2009)

de trabajo), o tener su origen en la administración pública (actos ilícitos, por ej.). Pero en el caso del "daño punitivo", no es de su esencia reparar la lesión a un derecho subjetivo (pues de ello se encarga la indemnización); y en cuanto a la causa de la punición, se encuentra en la calificación o "descalificación" de la conducta desarrollada por el demandado (sujeto pasivo) y no por el daño, ni en la extensión de éste. Podemos manifestar que el daño punitivo no tiene naturaleza reparadora, sino claramente sancionatoria, y propiamente punitiva.

Una crítica muy frecuente a la presencia del daño punitivo en nuestra legislación es que sería un instituto ajeno a la tradición jurídica argentina, pero ello no es real dado que en el derecho positivo argentino ya ha receptado –sin denominarla de tal modo- la figura de la multa civil.-Me referiero específicamente al ámbito del Derecho Laboral que a nuestro criterio presenta semejanzas con el Derecho del Consumidor, en razón de que en ellas existe un sujeto que se considera vulnerable, en una palabra, es la parte débil de la relación y que por esta particular característica el ordenamiento jurídico se encarga específicamente de proteger creando así un sistema protectorio del consumidor en el Derecho del Consumo y el trabajador en el ámbito del Derecho Laboral, es así como se reprocha así al empleador que no registre una relación laboral o que la registre defectuosamente, y le impone una multa destinada al trabajador (arts. 8º, 9º, 10º Ley 24.013) la que si bien es denominada “indemnización” se presenta en realidad como verdadera multa impuestas por las prácticas sancionadas, con el fin de desalentar conductas evasivas por parte del empleador. Se verifica de ese modo el carácter preventivo que tienen, pues intentan disuadir conductas que perjudican directamente al trabajador. Las mismas no se imponen en beneficio del Estado sino a favor del trabajador, adicionándose a las que deba recibir el sujeto en el caso concreto. Por lo que el legislador, más allá del “nomen iuris” ha creado a través de la Ley 24.013 en el ámbito del derecho del trabajo una verdadera multa civil, que a nuestro criterio no difiere en su naturaleza de la prevista por el art. 52 bis de la Ley 26.361. “...ha señalado este tribunal que es condición general de aplicación de una multa civil, que hace a su naturaleza jurídica, que exista un factor subjetivo de atribución de la responsabilidad necesario para que proceda la condena adicional (conf. esta Sala, “P., F. B. y otro c/Transporte Escalada S.A.T. y otros s/daños y perjuicios” del 10/10/2011 y “K., M. I. c/ Coordinación Ecológica Área Metropolitana S.E. (CEAMSE) s/ daños y perjuicios”, expediente n° 96438/09 del 28/06/2013).”“...la reforma del Código Civil y Comercial redefinió la figura del bystander, en el sentido que, si bien la comprende dentro de la categoría de consumidor, acota su actuación a las prácticas abusivas que puedan resultar lesivas de derechos de los destinatarios. Sin embargo, como ya se señaló, en el caso de autos debe aplicarse la norma vigente a la fecha de los hechos de autos y del reclamo judicial, que es la que reconoce una legitimación más amplia y que por ello resulta, a la sazón, más favorable a los derechos de la reclamante, máxime cuando en el caso se configura, como se explicará,

una conducta con aptitud para colocar a la actora en una situación vejatoria y vergonzante, que configura una práctica abusiva.”²³²

No basta, entonces, con que el proveedor haya incumplido con las obligaciones a su cargo, sino que es necesario también probar la concurrencia de una grave conducta suya, cuya fisonomía requiere la verificación de dos extremos: un elemento subjetivo dado por el dolo o la culpa grave y un elemento objetivo, representado por el enriquecimiento indebido del dañador”. “...no es posible convalidar conductas como la que aquí se ha verificado, debiendo tenerse en consideración que el llamado daño punitivo debe servir también para desalentar el abuso en el que puede incurrir quien, desde una posición de privilegio, advierte la debilidad del usuario y el largo, tedioso y riesgoso camino que éste habría de verse obligado a seguir para finalmente, tras la incertidumbre propia de todo juicio, lograr el reconocimiento de su derecho”.²³³

2. El daño punitivo como desincentivo de dañar a los pobres:

Si bien en el derecho de daños se postula que en ciertas ocasiones hay un incentivo para dañar a los más pobres, la teoría por mí postulada en el presente es que la institución del daño punitivo que ut supra definí tanto según el texto legal como en relación a la interpretación que de la ley hacen los tribunales en la Argentina, es un desincentivo que actúa para evitar que las personas humanas o jurídicas más poderosas dañen a los más débiles en una determina relación de consumo. Tomando como análisis la situación que ocurre en Argentina respecto a las actividades que desempeñan las empresas que mas vulneran los derechos de los más débiles en la relación obligacional que se define en los contratos de consumo son empresas con gran capital y poder tanto económico como político como son las empresas telefónicas, de tarjetas de crédito y bancos.

Dichas empresas al plantear un negocio lo hacen buscando siempre la rentabilidad pero manejando las reglas de los grandes números, por lo cual si ante el lanzamiento de un producto o servicio se detecta que pueden tener una falla o producir una situación disvaliosa para el cliente o usuario estiman el costo del eventual del reclamo asociado a la probabilidad de que se accione contra la empresa proveedora del bien o servicio, y en muchos casos la rentabilidad la protegen continuando con la producción del bien en cuestion o la prestación del servicio haciendo caso omiso del eventual perjuicio hacia la parte más débil de dicha relación obligacional (el consumidor que sería el pobre en mi teoría). La ratio legis del daño punitivo ataca dicha regla de los grandes números de empresas poderosas contra débiles en la relación obligacional, dado la razón por la que se regulan normativamente y se aplican en sede judicial es la de prevenir futuros daños

²³² Expte. N° 15.710-2012 - “Fernández, Graciela Virginia c/Cordial Compañía Financiera S.A. y otros s/daños y perjuicios” – CNCIV – SALA M – 28/02/2018

²³³ 36769/2013 - “Denis Jorge Raúl c/Provincia Seguros S.A.” – CNCOM – SALA C – 15/06/2017

similares provocados por inconductas graves y socialmente intolerables, siendo una sanción accesoria, que no obstante determina la naturaleza punitiva de la institución y en particular desensitivadora del daño al pobre con el alcance que le di de modo precedente.

3. Daño moral:

Realizo esta breve referencia respecto al daño moral dado que en el próximo punto de la presente propondré para el debate alternativas, en base de jurisprudencia sobre la materia y en base a la propia experiencia, de cómo podemos calcular de un modo lo más objetivo posible tanto el daño punitivo cuanto el daño moral, dado que la norma jurídica vigente en nuestro país no determina ese modo de cálculo. La indemnización por daño moral se sustenta en sus orígenes en el artículo 1078 del Código Civil, y podemos aproximar una definición cual es la de toda modificación disvaliosa del espíritu generadora de profundas preocupaciones o estados de aguda irritación que afectan el equilibrio anímico de la persona, en ningún caso (como muchas veces ocurre) tiene por finalidad engrosar la indemnización de los daños materiales , dado que tiene por finalidad mitigar el dolor o la herida a los derechos personalísimos que se vinculan a la dignidad de la persona humana y a la plenitud del ser humano.²³⁴ Teniendo por ende una finalidad de reparación buscando compensar la lesión de bienes extra patrimoniales tales como el derecho al bienestar o a vivir en plenitud en todos los ámbitos de la persona humana. Si analizamos la jurisprudencia que trata respecto al referido tópico, vemos que es uno de los rubros indemnizatorios más complejos en cuanto a cuantificación del mismo se refiere, en el presente me propongo poner a debate alternativas para simplificar dicho calculo y a la vez objetivizar el mismo.

“Los contratos de afiliación a empresas de medicina prepaga, regulados por la ley 24.240, son contratos de adhesión y consumo, siéndoles aplicables, por ende, las disposiciones de aquella normativa y las pautas jurisprudenciales generadas sobre ella” (esta sala, 4/7/2005, “D. de R., S.E. c/ Medicus S.A., ED, 215-23).....No puede dejar de mencionarse que, a raíz de los hechos aquí ventilados, la tranquilidad espiritual de las mentadas coactoras debió verse alterada. Sin embargo, el art. 1078 del Código Civil sólo otorga derecho a obtener indemnización por daño moral a la víctima, salvo que del hecho hubiere resultado su muerte, extremo que afortunadamente no se configuró en el caso. No cabe duda que el damnificado directo del incumplimiento contractual fue el Sr. M. R. B. N “²³⁵

²³⁴ Castelli Maria Cecilia c/Banco de Galicia y Buenos Aires SA s/nulidad de acto jurídico . Expte nro. 141.404 Cámara Primera de apelación en lo civil y comercial departamental de Bahía Blanca.28.08.2014.

²³⁵ Expte. N° 101.514-2013 - “B. N., A. S. y Otros c/ Hospital Británico s/ daños y perjuicios” – CNCIV – SALA A – 13/07/2018

“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... 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.”²³⁶

"El agravio moral es todo sufrimiento o dolor que se padece, independientemente de cualquier repercusión de orden patrimonial (Orgaz, "El daño resarcible", Ed. Depalma, Buenos Aires 1967, pág. 184), es así que a fin de justipreciarlo se contemplan las afectaciones al espíritu, sentimientos de dolor, angustia y padecimientos sufridos por quien los reclama. Sin lugar a dudas, las circunstancias provocadas por el evento dañoso, sus secuelas luctuosas, sorpresivas e imprevisibles lo convierten en absolutamente procedente."²³⁷

4. Propuestas para abrir el debate respecto al cálculo del daño moral y del daño punitivo:

a. Respecto a la propuesta para debatir respecto al cálculo del daño moral propongo recurrir a lo que al respecto manifestaba el Dr Carlos Ghersi, al expresar que a su criterio lo más adecuado es utilizar un modelo donde aparezca una fuerte que permita cambiar el sufrimiento por alegría o placer y producir la armonización perdida en la persona humana, en sus palabras encontrar un sucedáneo al estado negativo del sujeto

²³⁶ Expte n° 43.241/12 - “S., S. V. y Otros c/ Cencosud S.A y Otros s/ daños y perjuicios” – CNCIV – SALA L – 01/08/2018

²³⁷ 98592/2010 - "BARBOZA MARIA SOLEDAD Y OTRO c/ SERGIO NATALIA JORGELINA s/DAÑOS Y PERJUICIOS" - CNCIV - SALA B - 07/02/2014

que prevalezca y se vuelva estable en situación de dominación respecto de la estructura en que interactúa.²³⁸ Vinculada con dicha idea podemos incluir la manifestada por el Dr Hector Iribarne en que el manifestó que debemos hallar causas externas que produzcan placeres y alegrías que logren compensar los padecimientos sufridos... siendo razonable bucear a tal fin entre distintos placeres posibles a saber: el descanso, las distracciones, las diversiones, los juegos, escuchar música, etc.²³⁹ Por lo cual de ello podemos concluir que un modo que se puede acercar a la objetivización del cálculo del daño punitivo es cuantificar esos “placeres” específicos del dañado que por el evento dañoso que produjo el daño moral se vio impedido de gozar plenamente (vgr: realizar un viaje; practicar un deporte; cenar junto a su núcleo familiar o de amigos, etc.), y dado que por el daño moral no pudo gozarlo que lo determinemos en base a la cuantificación del referido “placer” del que se vio privado .

b. Otro rubro integrante del reclamo en demandas de consumo es el daño punitivo, siendo también crítico llegar a una objetivización (o al menos a una no subjetivización extrema de su cálculo). Al respecto para proponer el necesario debate acercare una fórmula que partiendo de la formula de Irigoyen Testa modificando algunos ítems de la misma facilitemos el cálculo del daño punitivo al juzgador. Previamente al respecto citare lo manifestado en el 3 er Congreso Euroamericano de Protección Jurídica de los Consumidor: “el quid de la cuantificación del daño punitivo radica en una cantidad encuadrable en el concepto de sanción con función estrictamente preventiva que no sea inferior ni superior a la suma necesaria para generar incentivos económicos suficientes en el infractor como para disuadirlo de incurrir en conductas análogas.”²⁴⁰

La formula creada por el académico Matias Irigoyen Testa, merecedora de premios internacionales es una mejora de la fórmula tradicional propuesta en los Estados Unidos de Norteamérica para calcular daños punitivos siendo su autor Robert D. Cotter.²⁴¹

La fórmula del académico argentino es la siguiente : $D=C*[(1-Pc)/(Pc*Pd)]$, siendo los componentes de la referida fórmula:

D: Daño punitivo a determinar.

C: Cuantía de la indemnización compensatoria por daños provocados.

²³⁸ Ghersi, Carlos Alberto. Daño moral y psicológico, 2 da edición , Buenos Aires, Astrea , 2002, pag.179/181.

²³⁹ Iribarne Hector Pedro: La cuantificación del daño moral en Revista de Derecho de Daños nro. 6: Daño Moral , Santa Fe, Rubinzal- Culzoni, 1999, pag. 185 y siguientes.

²⁴⁰ Postura votada en el Tercer Congreso Euroamericano de Protección Jurídica de los Consumidores.

²⁴¹ Cooter, Robert D. “Punitive Damages for Deterrence: When and how much?”, 40 Ala. L. rev. 1143 1988-1989

Pc: probabilidad de ser condenado por la indemnización compensatoria de daños provocados.

Pd: probabilidad de ser sentenciado por daños punitivos, condicionada a la existencia de una condena por resarcimiento compensatorio.

En dicha fórmula lo complejo es llegar a una objetivización de las probabilidades Pc y Pd, para ello propongo utilizar la base estadística de la jurisdicción donde tramite el litigio sumado a las estadísticas de los organismos de protección del consumidor de la zona, de ese modo, si bien no sería absolutamente exacta la probabilidad, si se disminuiría de modo notorio la subjetivización extrema en que podemos caer. Por lo expuesto, ante el vacío normativo en la materia, propongo utilizar las fórmulas propuestas, teniendo presente al respecto que como lo manifestó el Dr. Guibourg "... es preciso dejar en claro que, si se pretende llevar a cabo un razonamiento cuyo resultado sea un número (por ejemplo, una cantidad de dinero en concepto de resarcimiento monetario), no hay modo alguno de llegar a ese resultado si no es por medio de un cálculo matemático.²⁴² La mujeres y hombres de Derecho en la defensa de los derechos del consumidor debemos buscar el mayor grado de certeza en la determinación de las indemnizaciones, eliminar toda posibilidad de que por carencia de una norma específica que regule la materia se opte o bien por estimar que el daño punitivo y el daño moral son un porcentaje determinado del daño materia, o una cifra que estima el organismo jurisdiccional más por intuición que por una base objetiva o en el peor de los casos se descarte indemnizar rubros tales como el daño moral y el daño punitivo.

²⁴² Voto del Dr Guibourg en el caso "Mendez" (C. Nac. Trab. Sala 3, sentencia nro. 89.654 del 28/04/2008 en la causa nro. 27593/04 "Mendez Alejandro Daniel c/MyIba SA y otros accidente -acción civil).

EL CONSUMIDOR FINANCIERO Y LA RESPONSABILIDAD DE LA ENTIDAD BANCARIA ANTE ESTAFAS ELECTRÓNICAS

TORINO, Lourdes María

SUMARIO: Con el creciente uso de medios tecnológicos, y tras el paso de una pandemia que obligó a adaptarse a ellos, se generó, a su vez, un nuevo instrumento para la comisión de delitos, valiéndose de los diferentes medios electrónicos e informáticos existentes. En la comisión de esos delitos informáticos, los ciberdelincuentes utilizan diversas técnicas para estafar a sus víctimas, con el objetivo de robar su dinero o acceder a información que almacenan en sus dispositivos; y con el problema añadido de que la víctima va a encontrar notables dificultades para perseguir al delincuente, y a la hora de reclamar a su banco, este no se hace responsable. Cuando esto sucede, es importante saber cuáles son los deberes de seguridad a los que está obligado nuestro banco, para saber cómo reclamar el resarcimiento de los daños sufridos.

INTRODUCCIÓN

Tras la pandemia, las restricciones para concurrir presencialmente a los bancos, han multiplicado el manejo por cajero automático o por internet de los clientes/consumidores con aquellos.

Esta situación ha multiplicado hechos ilícitos en los cuales el cliente/consumidor bancario es víctima de maniobras fraudulentas, por la cual engañado suministra las claves de su cuenta bancaria y así extraen de la misma no solo las sumas allí depositadas, sino también un préstamo electrónico circunstancia esta última, que, en algunos casos, conocen posteriormente.

El presente trabajo versa entonces sobre la responsabilidad de la entidad bancaria en estos casos. La respuesta de los bancos, ante el reclamo de la víctima, su cliente, generalmente, es que entienden que han cumplido con sus obligaciones ya que no intervienen en movimiento alguno, y que, en definitiva, el consumidor es el culpable por haber brindado las claves de la cuenta. Sin embargo, la jurisprudencia ya se ha pronunciado sobre la responsabilidad de los bancos, aun en casos donde fue el cliente quien facilitó las contraseñas.

LA RESPONSABILIDAD BANCARIA

La Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Pergamino, con fecha 27/9/22 en autos “PICCARDO María Albertina c/ Banco Santander Rio SA s/ Nulidad de Acto” Expediente nro. 64.318, dictó sentencia revocando la sentencia de grado que

había rechazado la demanda de nulidad de un préstamo personal que se había generado mediante un procedimiento fraudulento.

En lo esencial, la Cámara sostuvo “..., es dable señalar que las relaciones jurídicas entre las entidades bancarias y sus clientes que tienen lugar a través de canales electrónicos resultan alcanzadas por el Código Civil y Comercial y si, por caso, el usuario que utiliza el servicio bancario lo hace con destino final deviene aplicable concomitantemente la ley de defensa del consumidor (art. 1 y 2 de la ley 24.240). Todo ello sin perjuicio de la profusa normativa administrativa dictada por el Banco Central y las demás entidades financieras que rige este tipo de actividad²⁴³”. Fallos como estos son cada vez más frecuentes.

A la luz de la regulación iusprivatista general, las plataformas digitales son susceptibles de calificarse como una cosa riesgosa en los términos establecidos en el art. 1757 del Código Civil y Comercial de la Nación. Cabe recordar que la disposición precitada, adhiriendo a la interpretación expansiva de “cosa riesgosa” prevalece en doctrina y jurisprudencia previa a la última codificación, englobó no sólo a aquellas cosas que en sí mismas sean riesgosas, sino también a aquellas cosas e incluso actividades que, aunque por su naturaleza no comporten un riesgo específico, adquieran dicho carácter en virtud de los medios empleados o las circunstancias de su realización

Desde tal óptica, se advierte que las plataformas digitales generan nuevas formas o maneras de vulnerar la seguridad de los usuarios que eran impensadas en la modalidad de la gestión presencial. A ello cabe agregar que tales riesgos han sido introducidos por el proveedor en forma unilateral, más allá de la eventual adhesión de los usuarios bancarios al sistema de referencia. Es aquí la razón que justifica que el riesgo generado por las herramientas digitales quede a cargo de las entidades bancarias²⁴⁴.

Con la evolución del Derecho, no es novedoso -ni se trata de un concepto debatido- señalar que la responsabilidad de los bancos y entidades financieras se define con un grado sustancialmente mayor a la del común de las personas -e incluso a la del común de las personas jurídicas-, como una responsabilidad agravada por los mentados requerimientos normativos y los requisitos que ellos imponen. De ello resultan implicancias jurídicas de notoria significación, particularmente en lo que se refiere a la valoración de su comportamiento y a la determinación de las consecuencias de sus actos.

La responsabilidad de las entidades financieras no se funda en la autoría

²⁴³ Cf. Arias Carlina Isabel, Gerscovich Carlos G. Responsabilidad Bancaria en entornos digitales, publicado en RCCyC 2021

²⁴⁴ Stiglitz G., Hernández C, Barocelli S, La Protección del Consumidor de Servicios Financieros y Bursátiles, La Ley AR/DOC/2991/2015.

material de la acción delictiva denunciada en los hechos y en sede penal, sino en el deficiente control ejercido por las mismas para impedir la efectivización de la maniobra fraudulenta.

MEDIDAS A ADOPTAR FRENTE AL NUEVO PARADIGMA

En los tiempos de auge de nuevas y modernas tecnologías, es imperioso que las entidades bancarias intensifiquen los recaudos para una efectiva prevención y concientización ante ataques de ciberdelincuentes que constantemente modernizan los mecanismos de búsqueda y captación de datos, claves personales y contraseñas de sus clientes. La obligación de seguridad se desprende directamente del mandato constitucional contenido en el art. 42 de la Constitución Nacional, que enumera, entre los derechos básicos de los consumidores, “la protección de su seguridad e intereses económicos”.

Las entidades financieras deben obrar con arreglo a estrictas pautas de profesionalidad y eficiencia. Tales parámetros, además, no resultan sólo de las normas y principios generales, sino también de las reglamentaciones específicas que establecen las autoridades de contralor estatales²⁴⁵.

En ese sentido, el Banco Central de la República Argentina, en su carácter de regulador del funcionamiento de los bancos comerciales, en los términos del artículo 21 de la Ley N° 21.526, emitió diversas comunicaciones mediante las cuales, entre otras cuestiones, se enumeran las obligaciones de las entidades bancarias en miras a garantizar la efectiva protección de los intereses económicos de los usuarios en operaciones de servicios financieros; lo que da cuenta del interés de esta entidad por prevenir situaciones como las que se denuncian en estos autos. Ellos son:

El 15 de noviembre de 2019, el Ente regulador dispuso un Texto Ordenado de los “Requisitos Mínimos de Gestión, Implementación y Control de los riesgos relacionados con Tecnología Informática, Sistemas de Información y recursos asociados para las entidades financieras”, en el cual destaca en su artículo 6.3.2.1, que las “las entidades deben desarrollar, planificar y ejecutar un plan de protección de sus activos, procesos, recursos técnicos y humanos relacionados con los Canales Electrónicos bajo su responsabilidad, basado en un análisis de riesgo de actualización periódica mínima anual, en su correspondencia con la Matriz de Escenarios y en los requisitos técnico operativos detallados en los puntos 6.7. y subsiguientes”, enumerando

²⁴⁵ ABAD G. A., “Responsabilidad bancaria ante estafa electrónica. Medida cautelar a favor del consumidor” 16.07.21. <http://www.saij.gov.ar>. Id SAIJ DACF 210130) Fallo comentado: Poder Judicial de la Ciudad de Buenos Aires, Secretaría n° 2 Oficina de Gestión Judicial en las Relaciones de Consumo. Juzgado n° 22 «C.R. c/Banco Macro SA si relación de consumo» 12.07.21.

seguidamente, una serie de funciones y tareas relacionadas con los procesos estratégicos de seguridad para sus Canales Electrónicos, de conformidad con lo que surge del artículo 6.3.2.2.

Ellos son, entre otros, los de “contar con un programa de concientización y capacitación de seguridad informática anual, medible y verificable, cuyos contenidos contemplen todas las necesidades internas y externas en el uso, conocimiento, prevención y denuncia de incidentes, escalamiento y responsabilidad de los Canales Electrónicos con los que cuentan (...) adquirir, desarrollar y/o adecuar los mecanismos implementados para la verificación de la identidad y privilegios de los usuarios internos y externos, estableciendo una estrategia basada en la interoperabilidad de sistema financiero, la reducción de la complejidad de uso y la maximización de la protección del usuario de servicios financieros (...) garantizar un registro y trazabilidad completa de las actividades de los Canales Electrónicos en un entorno seguro para su generación, almacenamiento, transporte, custodia y recuperación” (cfme. art. 6.3.2.2.).

En dicho contexto, la norma citada define “Concientización y Capacitación” como “aquel proceso relacionado con la adquisición y entrega de conocimiento en prácticas de seguridad, su difusión, entrenamiento y educación, para el desarrollo de tareas preventivas, detectivas y correctivas de los incidentes de seguridad en los Canales Electrónicos”; a la vez que entiende por “Control de Acceso” al “proceso relacionado con la evaluación, desarrollo e implementación de medidas de seguridad para la protección de la identidad, mecanismos de autenticación, segregación de roles y funciones y demás características del acceso a los Canales Electrónicos” (cfme. arts. 6.2.1. y 6.2.2., respectivamente).

Del mismo modo, la Comunicación citada, en su artículo 6.7.1., reza lo siguiente: “los contenidos del programa de [concientización y capacitación] deben incluir: técnicas de detección y prevención de apropiación de datos personales y de las credenciales mediante ataques de tipo ‘ingeniería social’, ‘phishing’, ‘vishing’ y otros de similares características”.

Asimismo, es menester mencionar la Comunicación “A” N° 6.878, de fecha 24 de enero de 2020, la cual, puntualmente en el artículo 3.8.5. dispone que, “las entidades deberán prestar atención al funcionamiento de las cuentas con el propósito de evitar que puedan ser utilizadas en relación con el desarrollo de actividades ilícitas”, agregando que “deberán adoptarse normas y procedimientos internos a efectos de verificar que el movimiento que se registre en las cuentas guarde razonabilidad con las actividades declaradas por los clientes”.

Por su parte, la Comunicación A N° 7.072, de fecha 16 de julio de 2020, dispone en su art. 2.2.2.11. “Política “conozca a su cliente”: recaudos especiales a tomar de manera previa a la efectivización de una transferencia, a los fines de continuar con la política de minimizar el riesgo, particularmente con respecto a las cuentas que presenten algunas de las siguientes características: • Cuentas de destino que no hayan sido previamente asociadas por el originante de la transferencia a través de cajeros

automáticos, en sede de la entidad financiera o por cualquier otro mecanismo que ella considere pertinente. • Cuentas de destino que no registren una antigüedad mayor a 180 días desde su apertura. • Cuentas que no hayan registrado depósitos o extracciones en los 180 días anteriores a la fecha en que sea ordenada la transferencia inmediata. (...) En caso de no producirse la justificación del movimiento en el término previsto, la entidad receptora deberá proceder al rechazo de la transferencia (...).”

Finalmente, mediante Comunicación A N° 7319, de fecha 1° de julio de 2021, se dispuso que “[P]ara la autorización de un crédito preaprobado la entidad debe verificar fehacientemente la identidad de la persona usuaria de servicios financieros involucrada. Esta verificación debe hacerse mediante técnicas de identificación positiva, de acuerdo con la definición prevista en el glosario y en el requisito técnico operativo específico (RCA040) de estas normas. Asimismo, se deberá constatar previamente a través del resultado del proceso de monitoreo y control, como mínimo, que los puntos de contacto indicados por el usuario de servicios financieros no hayan sido modificados recientemente. Una vez verificada la identidad de la persona usuaria, la entidad deberá comunicarle –a través de todos los puntos de contacto disponibles– que el crédito se encuentra aprobado y que, de no mediar objeciones, el monto será acreditado en su cuenta a partir de las 48 horas hábiles siguientes. El citado plazo de acreditación podrá ser reducido en el caso de recibirse la conformidad del usuario de servicios financieros de manera fehaciente.”

CONCLUSIÓN

Las entidades financieras son civilmente responsables frente a los consumidores víctimas de estafas electrónicas, por lo que deben responder por los perjuicios tanto patrimoniales como extrapatrimoniales ocasionados, de conformidad con los deberes de información y seguridad a los cuales se encuentran obligados. Este es el criterio actual que están siguiendo los tribunales, por lo que será necesario que las entidades bancarias intensifiquen, cada vez más, los recaudos para una efectiva prevención y concientización ante ataques de ciberdelincuentes en búsqueda de los datos y claves personales de sus clientes.

LA TUTELA JURÍDICA DEL CONSUMIDOR BURSÁTIL

ZUCARELLI, Fiorella Daniela

CONCLUSIONES

1. Los inversores bursátiles se encuentran tutelados por el régimen legal del Mercado de Capitales. Si a su vez, estos inversores bursátiles revisten el carácter de consumidores, también se les aplicará la protección que prevé el régimen de defensa del consumidor.

2. Para que un inversor bursátil sea considerado consumidor, revestir el carácter de destinatario final de la inversión es una condición necesaria, pero no suficiente, lo determinante son las características que definen a ese inversor.

3. Dentro del grupo de inversores bursátiles que revisten la calidad de destinatarios finales de sus inversiones, solo podrán ser considerados consumidores, los pequeños inversores no especializados, dada su condición de vulnerabilidad. Quedarán excluidos los inversores profesionales y los que reciban asesoramiento de agentes o entidades financieras.

FUNDAMENTOS

1. Planteo del tema

En el marco del proceso de transformación digital de los sistemas bancarios y financieros, cada vez existen más aplicaciones y plataformas virtuales de entidades bancarias o de *fintechs* que les permiten a los usuarios realizar distintas actividades de inversión bursátil, a través de sus celulares o computadoras.

Las referidas aplicaciones y plataformas están diseñadas para que los usuarios puedan acceder al Mercado de Capitales de manera sencilla, rápida y segura. Ello, en combinación con la inestabilidad económica de nuestro país, generó que una gran cantidad de personas —inversores minoristas y no especializados— accedan por primera vez al mundo bursátil, con el fin de resguardar sus valores contra la inflación y de obtener un rendimiento, ya sea a corto, largo o mediano plazo.

Dicha situación, requiere que nos preguntemos ¿cuál es el régimen aplicable a los inversores bursátiles para la protección de sus derechos? Por ejemplo, ante cualquier eventualidad o controversia que se origine en torno a la desinformación de una inversión ¿podrían los inversores bursátiles alegar la existencia de una relación de consumo e invocar la tutela que prevé la Ley n.º 24.240 de Defensa del Consumidor (en adelante “LDC”)?, ¿deberían limitarse a buscar protección únicamente en la normativa propia de

la Ley n.º 26.831 de Mercado de Capitales (en adelante “LMC”)²⁴⁶ o ¿podrían ser tutelados por ambos regímenes jurídicos?

Las respuestas no resultan fáciles, y a su vez, dan lugar a nuevos interrogantes ¿los inversores pueden ser considerados consumidores?, ¿todos los inversores o solo algunos de ellos?

Partiendo de estos cuestionamientos, realizaremos un breve análisis con respecto a si realmente es imperioso recurrir a la LDC para proteger al inversor bursátil, existiendo la normativa propia de la LMC. Asimismo, sobre los casos en los que un inversor bursátil podría a ser considerado consumidor e invocar la protección que prevé el régimen que los tutela.

2. La finalidad del derecho del consumidor

Como punto de partida, se debe tener en cuenta que, el derecho del consumidor nace para dar respuesta a una significativa asimetría técnica, informativa y socioeconómica, entre proveedores y demandantes de bienes y servicios, con la finalidad de lograr un equilibrio frente la situación de vulnerabilidad de estos últimos respecto de los primeros.²⁴⁷

Actualmente esta protección tiene un estándar muy alto, encontrándose incluida en los artículos 42 y 23 de la Constitución Nacional.

Cabe destacar que, no hablamos únicamente del reconocimiento de derechos como el de seguridad, protección a los intereses económicos y una información adecuada, sino también de otras protecciones que se han originado en este último tiempo como la responsabilidad solidaria y objetiva en el caso de daño al consumidor, las sanciones pecuniarias, los beneficios procesales como la justicia gratuita o el procedimiento sumarísimo, el derecho al arrepentimiento, entre muchas otros.

Frente a ello, no debe perderse de vista que, muchos sujetos livianamente invocan las normas de consumo, por los altos niveles de protección que estas proveen.

La coyuntura de nuestro país nos demuestra que detrás del lema “el consumidor siempre tiene la razón” se esconden abusos de estos supuestos consumidores que buscan beneficiarse a costa de los proveedores.

²⁴⁶ Cabe señalar que, el marco normativo en materia de mercado de capitales también se complementa con el decreto 471/2018, reglamentario de la Ley de Financiamiento Productivo n.º 27.440 y las Normas de la Comisión Nacional de Valores (N.T.2013).

²⁴⁷ cfr. RODRÍGUEZ LLANOS, M. C., “El “inversor consumidor”: ¿un oxímoron?” en ALEGRÍA, H. y MEDINA, G., “RCCyC”, edición septiembre-octubre 2022, 5, La Ley, p. 95.

Una cosa es que el derecho del consumo procure proteger a la parte más débil de la relación económica, como forma de compensar la desigualdad y otra muy distinta es que esto pueda interpretarse como una suerte de carta blanca para obtener beneficios²⁴⁸.

Es dable traer a colación la reflexión de FARINA, quien manifiesta que “la función del derecho en materia de consumo consiste en actuar como corrector de la desigualdad estructural que los consumidores padecen en el mercado, pero debe evitarse que en el caso concreto se sobrepase tal finalidad”²⁴⁹.

3. El inversor como destinatario final

Cabe señalar que, la protección a los inversores es uno de los principios rectores del Mercado de Capitales —junto con el principio de transparencia y el de reducción del riesgo sistémico— siendo de especial relevancia, ya que sin los inversores no existiría el Mercado de Capitales.

La LMC en su artículo 1.º, inc. b), establece como uno de sus objetivos el de “fortalecer los mecanismos de protección y prevención de abusos contra los inversores, en el marco de la función tuitiva del derecho del consumidor”.

Si bien la redacción original de la LMC relegaba expresamente esta condición exclusivamente al pequeño inversor, la finalidad del legislador al eliminar la palabra “pequeño” fue dejar en claro que, la LMC entre sus objetivos busca proteger a los todos los inversores.

Resulta pertinente hacer hincapié en que, si bien la protección al inversor bursátil tiene su propio marco normativo en el régimen del Mercado de Capitales, que no depende en su existencia de la disciplina del consumidor, pero tampoco necesariamente la excluye²⁵⁰.

Por lo tanto —en la medida que exista relación de consumo— consideramos que corresponde que ambos regímenes se integren a través del dialogo de fuentes normativas y se aplique un sistema protectorio general, en el que se complementen las normas de la LDC y LMC, con el fin de maximizar la tutela de los inversores bursátiles²⁵¹.

²⁴⁸ Cfr. SOHANER, M.G., “Ejercicio abusivo del derecho por parte del consumidor”, La Ley, 2018, cita online: AR/DOC/2634/2018.

²⁴⁹ Cfr. FARINA, J. M., “Defensa del consumidor y del usuario. Comentario exegético de la ley 24.240 con las reformas de la ley 26.361”, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2008, p. 23.

²⁵⁰ Cfr. PALOANTONIO, M. E., “¿El consumidor financiero es consumidor?”, La Ley, 2010, cita online: TR LALEY AR/DOC/1050/2010.

²⁵¹ Cabe señalar que, en contraposición a ello, una parte de la doctrina y de la jurisprudencia consideran que los inversores no pueden ser considerados consumidores en los términos de la LDC, razón por la cual a tales sujetos no les sería aplicable el régimen protectorio general. Ver LEONHARD, C. P., “Financiamiento al consumidor inmobiliario a través del Mercado de Capitales”, en ALTERINI, I. E. y AICEGA, M.V. “Derecho de consumo inmobiliario”, La Ley, 2021, Tomo I, p. 745 y 746.

Dicho esto, corresponde ahora, determinar los casos en que las normas de defensa de consumidor podrían ser aplicables a los inversores bursátiles, pero para ello, previamente, debemos señalar qué se entiende por consumidor.

Tanto en el artículo 1.º de la LDC como en el artículo 1092 Código Civil y Comercial de la Nación (en adelante “CCCN”), la figura del consumidor se encuentra definida como la persona física o jurídica que adquiere o utiliza, en forma gratuita u onerosa, bienes o servicios como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social. Queda equiparado al consumidor quien, sin ser parte de una relación de consumo como consecuencia o en ocasión de ella, adquiere o utiliza bienes o servicios, en forma gratuita u onerosa, como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social.

De la definición se desprende claramente que nuestra legislación adopta una postura finalista, en la que el elemento tipificante es que el consumidor debe ser el destinatario final de los bienes o servicios objeto de su relación con el proveedor.

Pero ¿qué significa que el consumidor sea destinatario final? Significa que el producto o servicio es retirado del mercado, sin que vuelva a reinsertarse en él mediante su incorporación a un nuevo proceso de elaboración o de prestación.

Entonces, conforme la letra de la ley, para determinar si en la compra de títulos en el Mercado de Capitales hay una relación de consumo, lo primero que se debe analizar es si el inversor reviste o no el carácter de destinatario final, respecto a su inversión. Es decir, si el inversor bursátil adquiere los valores negociables para revenderlos o para mantener dichos títulos permanentemente en su cartera de inversiones como ahorro, a fin de percibir los frutos de su inversión sin trasladarlos a otra actividad.

Cuando el inversor adquiere los títulos para venderlos en el mercado secundario y estos forman parte del financiamiento de su proceso comercial o productivo, entonces, no puede ser considerado consumidor final, ya que los adquirió para transferirlos a otro inversor, con ánimo de obtener una rentabilidad²⁵².

Por el contrario, si el valor se adquiere para obtener una ganancia o evitar pérdidas derivadas, por ejemplo, de la disminución del valor de la moneda, sin la idea de volcar el resultado de la inversión a actividad empresarial alguna, encuadra como destinatario final, y, por ende, como consumidor²⁵³.

²⁵² Cfr. GRIGIONE, M. G., “¿La protección del consumidor financiero en la oferta pública se garantiza exclusivamente por las normas que son propias de la oferta pública o debe recurrirse a la Ley de Defensa del Consumidor?” En CABANELLAS DE LAS CUEVAS, G. (Director), “Mercado de Capitales”, Heliasta, Buenos Aires, 2009, p. 710.

²⁵³ Cfr. CHAMATRÓPULOS, A. D., “Aptitud del criterio “destino final” para categorizar consumidores en los mercados de capitales”, en XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Bahía Blanca, 2015, Comisión 8, Consumidor: “Protección del consumidor de servicios financieros y bursátiles” extraído del sitio web:

4. Los diferentes tipos de inversores

De lo expuesto en el acápite anterior, podemos arribar a una primera conclusión: no todos los inversores bursátiles pueden ser considerados consumidores, sino únicamente aquellos que adquieran títulos negociables como destinatarios finales.

Cabe ahora cuestionarnos si cualquier tipo de inversor que revista la calidad de destinatario final queda incluido dentro de las pautas de protección y de los beneficios que prevé la LDC.

Desde nuestro punto de vista, la categoría de “inversor-consumidor” no se puede determinar solo por la existencia del “destino final” en el acto de inversión, sino que además deberá practicarse un “test de vulnerabilidad” en cada caso, ya que, de lo contrario, se podría afectar el genuino espíritu de las normas consumeriles²⁵⁴.

Es el artículo 2.º del CCCN, dispone que, en materia de interpretación de las normas, debe tenerse en cuenta su finalidad, los principios y valores jurídicos, siendo todos ellos hábiles para arribar a una resolución coherente con todo el ordenamiento jurídico .

Entonces, teniendo en cuenta la finalidad del régimen jurídico de defensa del consumidor expuesto anteriormente, la solución no será la misma si estamos frente a un inversor profesional o si el inversor recurre al asesoramiento de una entidad financiera o agente, que, si el inversor toma la decisión individualmente sin asesoramiento alguno, aunque resulten ser destinatarios finales de los títulos.

Consideramos que, para un mejor entendimiento, resulta necesario calificar a los distintos tipos de inversores que existen en el mercado bursátil, para luego analizar cada uno de los supuestos, y finalmente, determinar en qué casos nos encontramos ante la parte débil o vulnerable que el derecho del consumidor pretende proteger.

- (i) Inversor calificado: la Comisión Nacional de Valores (en adelante “CNV”)²⁵⁵ enumera taxativamente a los inversores que se les debe asignar

https://jndcbahiaablanca2015.com/wp-content/uploads/2015/09/CHAMATROPULOS_APTITUD.pdf.

²⁵⁴ Cfr. CHAMATRÓPULOS, A. D., Aptitud del criterio....

²⁵⁵ El art. 12, Sección II, capítulo VI, Título II de las Normas de la Comisión Nacional de Valores –CNV– (N.T. 2013) reza: los valores negociables emitidos bajo los regímenes de este Capítulo, a excepción de la Sección III correspondiente al RÉGIMEN PYME CNV GARANTIZADA, sólo podrán ser adquiridos por inversores calificados. Se entiende por inversor calificado a los siguientes sujetos: a) El Estado Nacional, las Provincias y Municipalidades, Entidades Autárquicas, Sociedades del Estado y Empresas del Estado. b) Organismos Internacionales y Personas Jurídicas de Derecho Público. c) Fondos Fiduciarios Públicos. d) La Administración Nacional de la Seguridad Social (ANSeS) – Fondo de Garantía de Sustentabilidad (FGS).e) Cajas Previsionales. f) Bancos y Entidades Financieras Públicas y Privadas. g) Fondos Comunes de Inversión. h) Fideicomisos Financieros con oferta pública. i) Compañías de Seguros, de Reaseguros y Aseguradoras de Riesgos de Trabajo. j) Sociedades de Garantía Recíproca. k) Personas Jurídicas registradas por la Comisión Nacional de Valores como agentes, cuando actúen por cuenta propia. l) Personas humanas que se encuentren inscriptas, con carácter definitivo, en el Registro de Idóneos a cargo de la Comisión

la condición de calificados, a los efectos de concederles solo a ellos la posibilidad de realizar determinadas operaciones. Se trata de personas jurídicas o incluso personas humanas que por su situación jurídica o económica se presumen profesionales o en una situación claramente distinta a la de otro inversor²⁵⁶.

- (ii) Inversor profesional: se trata de las personas humanas o jurídicas que no encuadran como inversores calificados, pero que poseen un grado de conocimiento o experiencia en el Mercado de Capitales, ya sea por utilizar de manera habitual contratos financieros o por su capacidad económica para poder contratar asesores²⁵⁷.
- (iii) Pequeño inversor o no profesional: se trata de las personas humanas o jurídicas con escasos conocimientos en materia financiera e incapaces de alcanzar la información necesaria para realizar inversiones por sus propios medios. Estos inversores generalmente actúan como depositantes de fondos que desconocen el destino final de estos y solo esperan su rentabilidad²⁵⁸. Es decir, generalmente este tipo de inversores, no toman dimensión ni evalúan los riesgos que asumen.

En virtud de lo expuesto, podemos afirmar que, pese a revestir el carácter de destinatario final, los inversores asiduos con *expertise* en estas operaciones, conocedores del mercado bursátil y de sus riesgos, que se encuentran preparados para tomar decisiones de inversión y llevan a cabo transacciones en el mercado con profesionalidad, no podrían considerarse consumidores bursátiles, en los términos que la legislación, la doctrina y la jurisprudencia en materia de defensa del consumidor buscan proteger²⁵⁹.

Asimismo, una persona humana o jurídica con un patrimonio que le permita encuadrar como inversor calificado, por más de que realice una inversión bursátil con finalidad de ahorro y sea el destinatario final de dicha inversión, no podrá ser considerado consumidor.

Nacional de Valores. m) Personas humanas o jurídicas, distintas de las enunciadas en los incisos anteriores, que al momento de efectuar la inversión cuenten con inversiones en valores negociables y/o depósitos en entidades financieras por un monto equivalente a UNIDADES DE VALOR ADQUISITIVO TRESCIENTAS CINCUENTA MIL (UVA 350.000). n) Personas jurídicas constituidas en el extranjero y personas humanas con domicilio real en el extranjero.

²⁵⁶ Cfr. RODRÍGUEZ LLANOS, M. C., p. 100.

²⁵⁷ Cfr. DEL ROSARIO, Cristian O., “El deber de informarse del inversor financiero”, La Ley, 2008, cita online: TR LALEY AR/DOC/3898/2008.

²⁵⁸ Cfr. NAVEIRO, M., “Los inversores institucionales y el mercado argentino de capitales”, La Ley, 2011, cita online: TR LALEY AR/DOC/1920/2011.

²⁵⁹ Cfr. GRIGIONE, M. G., p. 711.

Entendemos que, igual suerte corren los inversores que acuden a un asesor de inversiones o a un agente, reciben información especializada y luego realizan la inversión con ánimo especulativo. En ese caso, el inversor, dado su conocimiento, tendría únicamente un contrato de consumo con quién lo asesoró y no con emisor de los títulos.

Por último, corresponde señalar que, los únicos inversores bursátiles que podrían verse protegidos por las normas de derecho del consumidor —siempre y cuando revistan la calidad de destinatarios finales de la inversión— son los pequeños inversores, minoristas no calificados, dada su condición de vulnerabilidad, que como se ha dicho, es lo que motivó la creación del régimen de defensa del consumidor.

Para mayor abundamiento y en pos de reforzar esta postura, resulta pertinente hacer hincapié en que en igual sentido se expidió parte de la jurisprudencia en reiteradas ocasiones²⁶⁰.

Sin perjuicio de lo expuesto, resulta necesario que el legislador se expida expresamente con respecto a las cuestiones planteadas. Mientras tanto, hasta que ello no suceda, la calificación de inversor bursátil-consumidor, quedará a la discrecionalidad de los jueces, quienes tendrán que analizar cuidadosamente cada situación en particular para determinar qué normativa corresponde aplicar y de esta manera generar antecedentes jurisprudenciales que otorguen seguridad jurídica a los inversores, consumidores y al sistema en general.

De lo contrario, se podrían desnaturalizar tanto las transacciones en el Mercado de Capitales, ya que se estaría atentando contra la practicidad del mundo de las inversiones, como también el objetivo del régimen de defensa del consumidor, expuesto anteriormente.

²⁶⁰ CNCom. Sala C, “Consumidores Financieros Asociación Civil c. Banco Patagonia S.A. s/ ordinario”, 11.11.2014; CNCom., Sala E, “Damnificados Financieros Asociación Civil p/su defensa c. Merrill Lynch Argentina S.A. y otros”, 06.12.2007; Juzg. 1.º inst. en lo Com. n.º3, “Asociación por la Defensa de Usuarios y Consumidores –ADUC– c. Balanz Sociedad Gerente de Fondos Comunes de Inversión S.A.y otros/ Ordinario”, 05.04.2021; CNCom. Sala A., “Reich Rolando Martin C/ Bapro Mandatos Y Negocios Sa Y Otro Y Otro S/ Organismos Externos”, 16.05.2017.