



Los decretos de necesidad y urgencia y el abuso del derecho

Pablo L. Manili (*)

SUMARIO: I. Introducción.— II. La mora del Congreso en sancionar la ley reglamentaria.— III. La acumulación de distintas categorías de decretos en uno solo.— IV. Distintos proyectos de ley reglamentaria.— V. Deficiente control por el Congreso.— VI. Bloquear el *quórum* de la CBP.— VII. Reemplazar un DNU por otro igual cuando la justicia lo invalida.— VIII. Omisión del acuerdo general de ministros.— IX. Dictar decretos autónomos en vez de DNU.— X. Dictar decisiones administrativas del Jefe de Gabinete en vez de DNU.— XI. Dictar resoluciones ministeriales en vez de DNU.— XII. Los decretos “ómnibus”.— XIII. A modo de conclusión.

➔ No son las normas, no es la fría letra de la ley, sino que son los usos y su aplicación práctica los que construyen (o no) el concepto de “república”. Es la Constitución material (por oposición a la formal) la que rige en la realidad, la que nos permitirá afirmar si en un país hay “república” o si hay sólo una parodia de ella. La norma constitucional mejor redactada, por más exhaustiva y estricta que sea, fracasará si no existe un mínimo de ética por parte de los funcionarios.

llos que sostienen que la reforma de 1994 constitucionalizó algo que no existía, porque además de la Constitución *formal*, hay que tener presente la *material*, que es la que rige en la práctica, la que tiene vigencia sociológica (para los que adhieren a la visión *trialista* del derecho); y si partimos de la base de que el presidente los dictaba casi a diario y la Corte los había convalidado, hay que reconocer que eran parte de la *constitución material*, que carecían de regulación y estaban sometidos solamente a los vaivenes jurisprudenciales del máximo tribunal.

Mucho se ha discutido, en doctrina, si la regulación introducida en 1994 en el art. 99, inc. 3º, CN, fue buena o mala, eficiente o deficiente, pero no nos ocuparemos de ese tema en este trabajo. Sólo expresaremos que el constituyente hizo su tarea y es mejor que haya algún tipo de regulación —buena o mala— antes de que no haya ninguna. De esa decisión del constituyente surgen dos obligaciones: para los poderes públicos, la de respetar la manda constitucional; y para la doctrina, la de interpretar e integrar las normas constitucionales y las legales que se sancionan para complementarlas. En otras palabras, entendemos que la tarea del constituyente no puede ser analizada o criticada aisladamente, dado que su producto —la norma constitucional— marca un camino que luego debe ser seguido de buena fe por parte de los poderes del Estado. Entonces, su análisis o crítica no pueden hacerse desvinculándola de las leyes de desarrollo constitucional, de las normas a través de las cuales se ejerce la atribución que la norma constitucional confiere a un órgano y de la jurisprudencia de los tribunales. Es que, independientemente de las bondades o defectos de la norma constitucional, si su interpretación y aplicación por los poderes

públicos es abusiva, aquella siempre será insuficiente.

En este trabajo analizaremos once tipos de omisiones, falseamientos, abusos y trampas que los poderes políticos (Congreso y Ejecutivo) desarrollaron durante el cuarto de siglo que transcurrió desde la reforma constitucional, para eludir o atenuar los límites y los controles que la norma constitucional les impone. Nos referiremos a ellos en orden cronológico, es decir, a medida que fueron apareciendo en el paisaje constitucional

II. La mora del Congreso en sancionar la ley reglamentaria

La primera lesión a la norma constitucional la llevó a cabo el Congreso de la Nación, al omitir el dictado de la ley creadora de la Comisión Bicameral Permanente (en adelante “CBP”). La constitución manda que “Una ley especial sancionada con la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara regulará el trámite y los alcances de la intervención del Congreso”. Pero el Congreso demoró doce años en sancionar la ley 26.122, que creó esa Comisión y reguló el procedimiento para el control de los DNU, los *decretos delegados* en virtud del art. 76, CN (en adelante “DD”) y los *decretos de promulgación parcial de leyes* dictados en el marco del art. 80, CN (en adelante “DPP”).

Durante ese largo período se discutía si el Poder Ejecutivo (en adelante “PE”) podía o no dictar DNU. Una parte de la doctrina sostenía que hasta tanto no se dictara esa ley y se creara la CBP, no era posible dictar DNU (5). Esta postura también era sostenida por un ministro de la Corte Suprema (6). No obstante, por nuestra

parte entendíamos que si la Constitución autoriza expresamente al PE a dictar ese tipo de decretos y el Congreso no ejerce el control que la ley fundamental impone, este último está renunciando a ejercer el control, con lo cual esa actitud del Congreso debe ser interpretada como un permiso tácito para que el PE los dicte sin control posterior; aunque ello no releva en modo alguno al PE del cumplimiento de los requisitos para su dictado, ni exime a esos decretos del control por el Poder Judicial (en adelante “PJ”). Por supuesto que esa no era la situación querida por el constituyente, sino que se debería haber dictado inmediatamente la ley reglamentaria. Pero no fue así y, lamentablemente, los hechos de algún modo nos dieron la razón, dado que, sin ley reglamentaria y sin CBP, los DNU se siguieron dictando.

III. La acumulación de distintas categorías de decretos en uno solo

Otro abuso, en el que incurrieron varios presidentes, fue el de ejercer, en un solo decreto, facultades delegadas por el Congreso (es decir, los DD), facultades propias del PE (decretos autónomos del art. 99, inc. 1º y reglamentarios del inc. 2) y facultades propias del Congreso pero que el PE ejercía por entender que existía necesidad y urgencia en hacerlo (es decir, DNU).

Ya en el año 2002, en un trabajo que escribimos con el maestro Bidart Campos, sostuvimos la inconstitucionalidad de esa acumulación (7). Allí mencionamos algunos ejemplos de decretos dictados en aquella época, que combinaban los distintos incisos del art. 99: uno, dos y tres; uno y tres; uno y dos, etc., e incluso las facultades delegadas del art. 76, CN; como si se tratara de simples peones de ajedrez

I. Introducción

La reforma constitucional de 1994 reguló los decretos de necesidad y urgencia (en adelante “DNU”), los cuales hasta ese año no aparecían en el texto constitucional, pero eran una realidad casi cotidiana en esa época, dado que, con la excusa de las privatizaciones y la reforma del Estado, el presidente en ejercicio había dictado centenares de DNU en los cuatro años previos a la reforma. Incluso, esos decretos habían recibido el aval de la Corte Suprema en el fallo “Peralta” (1), así como la delegación legislativa había sido convalidada por la Corte en el caso “Cocchia” (2) de 1993 y la promulgación parcial de leyes había recibido un aval tácito en el caso “Colella” (3) de la década de 1960 (4).

Por lo tanto, no cabe duda de que era necesario regularlos. Discrepamos de aque-

DOCTRINA. Los decretos de necesidad y urgencia y el abuso del derecho

Pablo L. Manili..... 1

NOTA A FALLO

Marcas y competencia desleal en Internet

Guillermo Cabanellas y Pablo A. Palazzi..... 4

JURISPRUDENCIA

LEALTADCOMERCIAL. Infracciones marcarias. Competencia desleal. Buscadores de Internet. Utilización de marca ajena como palabra clave en enlaces patrocinados (CNFed. Civ. y Com.)..... 3

REGISTRO DE DEUDORES. Defensa del consumidor. Deber de información. Daño moral. Procedencia. Pérdida de chance. Improcedencia (CCiv. y Com., Mar del Plata)..... 7

JURISPRUDENCIA AGRUPADA

Citación de terceros

Jorge A. Diegues 11

libremente intercambiables y fungibles. Pero ello no debe ser así, ya que cuando esto ocurre, se plantean problemas que se adicionan al de la multiplicidad señalada más arriba: a) En primer lugar, se mezcla lo ordinario con lo extraordinario, con el consiguiente riesgo de que lo excepcional se torne cotidiano y lo provisorio se transforme en permanente (cosa que ocurrió muy frecuentemente en la Argentina). b) En segundo lugar, se mezclan facultades ejecutivas con atribuciones legislativas, y el tratamiento de cada una de ellas debe ser, por mandato constitucional, diferente: las disposiciones adoptadas en uso de facultades ejecutivas solamente están sujetas a control de constitucionalidad por parte del PJ; mientras que las adoptadas en uso de atribuciones legislativas que el PE asume en casos de emergencia están sujetas, además, al control posterior del Congreso, conforme al mecanismo del art. 99, inc. 3º, CN. La mezcla de disposiciones de ambos tipos en un solo decreto imposibilita (o al menos dificulta) ese control posterior. c) Por último, es necesario un enorme esfuerzo para dilucidar cuáles son las normas de ese decreto que se dictaron en uso de las facultades del inc. 1º; cuáles del inc. 2º; cuáles del inc. 3º, etc. (8).

En forma casi simultánea con la publicación de ese artículo, la Corte dictó el fallo “Provincia de San Luis” (9) en el cual dispuso (acertadamente y con un criterio similar) que cuando el Congreso delegó una atribución en el PE, éste no puede dictar un DNU sobre la misma materia. Es evidente que utilizar un DNU en vez de un DD desvirtúa el instituto de la delegación legislativa, puesto que en el DNU el PE se despoja de los límites que el Congreso le impuso al delegarle la función (las “bases de la delegación” a las que se refiere el art. 76, CN) y legisla sin ese marco normativo.

IV. Distintos proyectos de ley reglamentaria

En 2006 una senadora nacional (10) presentó un proyecto para reglamentar los DNU, DD y DPP y crear la CBP, que fue aprobado y se transformó en la ley 26.122. Ese proyecto difería en mucho de otro, que había presentado unos años antes (11).

Este dato histórico revela por sí solo que la ley en vigor no fue redactada con el propósito de ejercer un control vehemente de esos decretos, sino más bien de facilitar su convalidación por parte de la mayoría legislativa que acompañaba al oficialismo de turno. Así lo demostraremos en el siguiente punto.

V. Deficiente control por el Congreso

La ley 26.122 crea un mecanismo de control laxo y débil, dentro del cual se destaca una norma, el art. 24, que establece que el rechazo “por ambas Cámaras del Congre-

so” del decreto de que se trate, implica su derogación, quedando a salvo los derechos adquiridos durante su vigencia.

Allí es donde está la mayor “trampa” de esta ley. Nótese que, para que una ley sea sancionada, se requiere el consentimiento de ambas cámaras del Congreso y la promulgación del Ejecutivo; en cambio, de acuerdo a esta norma, para que un decreto de carácter legislativo (DNU, DL o DPP) se mantenga vigente, basta con que lo dicte el presidente y una sola de las dos Cámaras lo avale. Esa notoria asimetría entre una ley y un decreto altera el mecanismo para la sanción de los leyes establecido en los arts. 77 al 83, CN, por lo cual lesiona la forma republicana de gobierno y torna inconstitucional ese artículo de la ley.

VI. Bloquear el quórum de la CBP

Otra de las “trampas” en que se incurrió fue el bloqueo de la CBP durante los períodos en que el oficialismo de turno no tenía mayoría en las Cámaras del Congreso y en dicha comisión. Ello ocurrió especialmente entre 2009 y 2011: durante ese período, la comisión estaba integrada por una cantidad igual de legisladores del oficialismo y de la oposición y las sesiones convocadas no pudieron celebrarse por la falta de quórum, debido a la inasistencia de los Senadores y Diputados del bloque oficialista. Como resultado de ello, durante dos años prácticamente no hubo control de los DNU, ni DD, ni DPP, pese a los reclamos de la oposición (12).

VII. Reemplazar un DNU por otro igual cuando la justicia lo invalida

En el año 2009 el PE había dictado el DNU 2010, por el cual se disponía el pago de una parte de la deuda externa con fondos del Banco Central, a través del llamado “Fondo del Bicentenario”. Esa norma fue impugnada judicialmente y una juez de la Nación dispuso cautelarmente la suspensión de sus efectos, por considerarla, *prima facie*, inconstitucional. En atención a ello, la Presidente de la Nación derogó ese decreto y dictó el DNU 298, en marzo de 2010, con un contenido prácticamente igual, sorteando así la prohibición judicial. Ese decreto fue ejecutado en pocas horas y los fondos del Banco Central fueron transferidos ese mismo día al “Fondo”, para no dar tiempo al Poder Judicial a dictar alguna medida cautelar que lo impidiera.

VIII. Omisión del acuerdo general de ministros

Los DNU deben ser “decididos en acuerdo general de ministros, que deberán refrendarlos, juntamente con el jefe de gabinete de ministros”, mientras que los demás decretos son firmados por el Presidente y refrendados por el ministro del

área correspondiente (13). Ese requisito constitucional no es una mera formalidad, sino que tiene consecuencias sustantivas: a) según la última frase del primer párrafo del art. 100, CN, el refrendo ministerial cumple la función de “legalizar” los actos del presidente y constituye un requisito para su “eficacia”. b) el Jefe de Gabinete debe acudir mensualmente a cada una de las Cámaras del Congreso a dar cuenta de la marcha del gobierno y podrá ser interpelado para tratar mociones de censura o de remoción, ocasión en la que seguramente será interrogado por los decretos que refrendó. c) El art. 102, CN establece que “Cada ministro es responsable de los actos que legaliza y solidariamente de los que acuerda con sus colegas”.

Esas normas evidencian que todos los decretos son actos complejos que requieren la intervención de más de un funcionario: puede ser el presidente y un ministro (si son decretos autónomos o reglamentarios), o el presidente y todo el gabinete (si son DNU, DD y DPP). Por lo tanto, esos actos no son válidos, ni existen como tales cuando uno de esos órganos no interviene.

En esto también se han practicado algunas “trampas”:

a) En la década de 1990 se estaba por sancionar un DNU que recortaba los fondos del presupuesto nacional que el PE debía asignar a la educación. Frente a la oposición de la funcionaria que por entonces era ministro de educación, el presidente la envió al exterior en comisión, para que ésta delegara el ministerio en otro miembro del gabinete, el cual refrendó el decreto.

b) En ocasión de dictarse el dec. 298/2010, referido más arriba, no se celebró una reunión ni un “acuerdo” de ministros, sino que, una vez firmado el decreto por la Presidente, éstos pasaron, uno por uno, por la casa de gobierno a firmarlo, según informaron todos los medios en aquel momento.

IX. Dictar decretos autónomos en vez de DNU

Más recientemente se ha registrado otra violación a la Constitución, que es la de arrogarse el presidente funciones que pertenecen al Congreso, a través de decretos simples (del art. 99, inc. 1º, CN), para evitar así todo control. Incluso, para mayor escándalo jurídico, ello fue hecho en materias en que la Constitución establece *expresamente* la necesidad de que intervenga el Congreso, como es la deuda pública (art. 75, incs. 4º y 7º, CN); p. ej.:

a) En el decreto *autónomo* 29/2017 el Presidente autorizó al Ministerio de Finanzas a contraer deuda por veinte mil millones de dólares.

b) En los decretos *autónomos* 231 y 334 de 2017 se prorrogó la jurisdicción a favor de tribunales extranjeros para entender en causas suscitadas por operaciones de venta de títulos públicos.

c) Casi simultáneamente se llevaron a cabo dos decisiones en sentido similar sin siquiera dictar un DNU: (i) Se emitió un bono de deuda a cien años de plazo, también sin la intervención del Congreso y a través de normas de jerarquía inferior a un decreto; y (ii) Se celebró un acuerdo con el Fondo Monetario Internacional, contrayendo más deuda, sin la intervención del Congreso.

En todos esos casos debió haber intervenido el Congreso por el mandato expreso del art. 75, incs. 4º y 7º, dado que todo lo concerniente a la deuda externa debe ser aprobado por éste, por lo cual, entendemos, que ni siquiera a través de un DNU se podría haber contraído un empréstito con acreedores extranjeros, dado que ello compromete la responsabilidad internacional del Estado (además de que grava a las futuras generaciones); y para ello es que la Constitución previó la intervención del Congreso. Ni siquiera se utilizó, en los ejemplos mencionados, el ropaje del DNU, sino el de un decreto simple, con lo cual se eludió el tratamiento y control de esas normas por la CBP y por el Congreso.

X. Dictar decisiones administrativas del Jefe de Gabinete en vez de DNU

El art. 37 de la Ley de Administración Financiera (24.156) establece que el Jefe de Gabinete puede reasignar, por sí solo, las partidas establecidas por el Congreso en la Ley de Presupuesto (14). Ello implica una de las mayores inconstitucionalidades que se vienen practicando en la Argentina desde hace años, dado que ese funcionario puede modificar libremente la “ley de leyes” sancionada a por el Congreso, que es la de presupuesto.

Recientemente, el Jefe de Gabinete ha hecho una interpretación extensiva de esa atribución y no sólo ha reasignado partidas, sino que, p. ej., en la decisión administrativa 1468 de agosto de 2018, ha elevado el monto del presupuesto para ciertas áreas.

El hecho de que las modificaciones a dicha ley no sean hechas, como mínimo, a través de un DNU, impide y elude el control del Congreso, deja sin sentido a la CBP y todo el mecanismo creado por la ley 26.122.

XI. Dictar resoluciones ministeriales en vez de DNU

Si seguimos descendiendo de jerarquía normativa (ya que en el punto IX nos referimos a decretos autónomos, en el X a

{ NOTAS }

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(*) Doctor y Posdoctor en Derecho. Profesor de derecho constitucional en grado, posgrado y doctorado, Subdirector de la Carrera de Especialización en Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho de la UBA.

(1) Fallos 313:1513.

(2) Fallos 316:2624.

(3) Fallos 268:352.

(4) Puede verse nuestro análisis de esos tres fallos en nuestro libro “Evolución de la Jurisprudencia de la Corte Suprema”, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2017, caps. XII y VIII respectivamente.

(5) Conf. BIDART CAMPOS, Germán J., “Manual de la Constitución Reformada”, Ediar, Buenos Aires, 1997, t. III, p. 256 y SABSAY, Daniel - ONAINDIA, José, “La Constitución de los Argentinos”, Errepar,

Buenos Aires, 2ª ed. 1995, ps. 308 y ss.

(6) Ver consid. 18 del voto del Dr. Fayt en el fallo “Rodríguez Jorge”, Fallos 320:2879.

(7) BIDART CAMPOS, Germán J. - MANILI, Pablo L., “Las distintas clases de decretos del Poder Ejecutivo. A propósito de la moderna ‘decretocracia’ argentina”, LA LEY, 2003-C, 1359.

(8) Reconocíamos, no obstante, que agrupar ambos tipos de disposiciones en un solo texto normativo puede resultar útil para obtener un texto sistemático que dote de un régimen jurídico integral a una determinada materia. Pero esa circunstancia —formalista y pragmática— no puede justificar la confusión de atribuciones que originariamente están en cabeza de dos poderes distintos del Estado y que son ejercidas transitoriamente por uno solo, porque “toma prestadas” algunas de ellas del otro poder.

(9) Fallos 326:417.

(10) Dra. Cristina Fernández de Kirchner (FPV), esposa del entonces presidente de la Nación.

(11) Lo cual motivó que inmediatamente, en fina ironía, un senador de la oposición (Dr. Rodolfo Terragno - UCR) presentara, haciéndolo suyo, ese viejo proyecto de la senadora, que era mucho más estricto en cuanto al control que se ejercía respecto de esos decretos, pero lamentablemente no fue tratado porque el oficialismo que esa senadora integraba tenía mayoría en ambas cámaras del Congreso.

(12) Se omitió así, p. ej., el control de los DNU 1798/2010 (BO 24/11/2010), 2052/2010 (BO 28/12/2010) y 2054/2010 (BO 29/12/2010) que modificaban —nada menos que— el Presupuesto General de la Administración Nacional para el ejercicio 2010 en la reasignación de fondos para gastos de la Adminis-

tración Pública por más de 60 mil millones de pesos.

(13) A excepción de los que requieren refrendo del Jefe de Gabinete que son: los reglamentarios de las leyes, algunos autónomos (los que prorrogan sesiones ordinarias del Congreso, o convocan a extraordinarias o promueven iniciativas legislativas), los delegados y los de promulgación parcial de leyes (art. 100, incs. 8º, 12 y 13, CN).

(14) La ley 27.342 de fines de 2016 introdujo una pequeña limitación a esa facultad, pero que no sana su inconstitucionalidad. Establece: (i) que el monto total del presupuesto, el monto de endeudamiento y las partidas de gastos reservados quedan reservadas al Congreso; y (ii) que las reestructuraciones del JGM no pueden superar el 7,5% para 2017 y el 5% para los años siguientes; y también (iii) que esas modificaciones deben ser notificadas inmediatamente a las Co-

decisiones del Jefe de Gabinete y aquí a simples resoluciones ministeriales), encontramos otro ejemplo de falseamiento por parte del PE.

Se han dictado resoluciones ministeriales para crear o modificar normas tributarias, p. ej., la resolución 125/2008 del Ministerio de Economía, por medio de la cual se modificaban las alícuotas de las retenciones a las exportaciones, implementando un sistema de retenciones móviles que implicaba, en los hechos, la creación de un nuevo impuesto. Ello implicó la violación de numerosas normas constitucionales:

a) El principio de legalidad tributaria (*no taxation without representation*) que surge de los arts. 4º, 9º, 17 y 75, incs. 1º y 2º, CN.

b) La improcedencia de la delegación legislativa en materia tributaria. Ello así, porque las materias prohibidas por el art. 99, inc. 3º, CN, para los DNU también están vedadas para los DD (cuestiones penales, tributarias, electorales y de partidos políticos). Ya en 1995 Bidart Campos (15) señalaba que es preciso correlacionar ambas normas y la Corte Suprema finalmente aplicó este criterio en “Selcro” (16) de 2003.

c) Inconstitucionalidad de la subdelegación: el art. 755 del Cód. Aduanero contiene una delegación de atribuciones para fijar retenciones en favor del PE, la cual fue, a la vez, subdelegada en el Ministerio de Economía mediante dec. 2752/1991.

Esa subdelegación es inconstitucional, por las siguientes razones: (i) El art. 76, CN, generó la inconstitucionalidad sobrevenida de toda norma preexistente que realizara delegaciones en sujetos distintos del Presidente. Así surge del juego armónico de esa norma con el art. 87, CN, que dispone que el PE sea desempeñado por un ciudadano. (ii) Además, el art. 100, inc. 12, CN, se refiere a los “decretos” que ejercen facultades delegadas (y no a meras resoluciones). Ello implica la consagración normativa del principio *delegata potestas non potest*

delegari, proveniente del *common law* (17); (iii) La subdelegación elude el mecanismo de control de los DD, ya que, como la resolución ministerial no es un decreto, no es refrendado por el Jefe de Gabinete ni enviado a la CBP.

d) El art. 103, CN, prohíbe expresamente a los ministros dictar resoluciones de contenido normativo general

Debemos aclarar con relación a lo expresado en los puntos IX, X y XI (decretos autónomos, decisiones del Jefe de Gabinete y resoluciones ministeriales) que de ningún modo estamos afirmando que esas decisiones del PE podrían haber sido adoptadas por DNU, dado que ello requeriría un análisis para cada caso en particular, porque las materias que en ellas se regularon están prohibidas o bien no estaban dadas las circunstancias de necesidad y urgencia, etc.

Lo que estamos diciendo es que si, *al menos*, esas decisiones hubieran estado plasmadas en un DNU, la CBP las podría haber revisado y el Congreso podría haberlas anulado. Volcarlas en normas que no son DNU es una de las “trampas” que estamos analizando en este trabajo.

XII. Los decretos “ómnibus”

Otra modalidad de abuso del derecho es la sanción de DNU extensos, referidos a una gran cantidad de materias que no guardan relación entre sí, y derogan o modifican cantidad de leyes. Ese solo hecho demuestra que no había necesidad ni urgencia de dictarlos, dado que se supone que estuvieron precedidos de un profundo estudio de esa legislación, con lo cual esa tarea bien podría haberla hecho el Congreso, depositario natural de la función legislativa.

a) El primero de ese tipo fue el decreto “de desregulación” 2284 sancionado en 1991, es decir, antes de la reforma constitucional (18), que desregula el comercio interior, el comercio exterior, los entes reguladores, introduce una reforma fiscal, modifica el mercado de capitales, el sistema de seguridad social, reforma normas

sobre negociación colectiva en el trabajo, etcétera.

b) El decreto recién analizado seguramente sirvió de inspiración al DNU 27/2018, que modificó y derogó, entre muchas otras, normas de las siguientes leyes: sociedades comerciales, puertos, aviación civil, tránsito, sistema métrico, marcas, patentes e Instituto Nacional de la Propiedad Industrial, fondo de garantía de las PyME, firma digital, hidrocarburos, gas, circulación internacional de obras de arte, obras públicas, seguros, contrato de trabajo, etc. Basta con citar algunos considerandos de ese extenso decreto para descubrir la “no-necesidad” y la “no-urgencia” en dictarlo: (i) “Que, a través de diversas medidas adoptadas por el Gobierno Nacional, está teniendo lugar un proceso que promueve el funcionamiento dinámico y eficaz de la gestión pública, destinado a incentivar la inversión, la productividad, el empleo y la inclusión social”.

El presidente que sancionó ese decreto había asumido dos años y tres meses antes, con lo cual ese “proceso” al que se refiere teóricamente se había iniciado mucho tiempo antes; (ii) “Que el dec. 434 de fecha 1 de marzo de 2016 aprobó el *Plan de Modernización del Estado* como el instrumento mediante el cual se definen los ejes centrales, las prioridades y los fundamentos para promover las acciones necesarias orientadas a convertir al Estado en el principal garante de la transparencia y del bien común”. Ese decreto, en el cual se apoya éste también, había sido dictado dos años antes.

Tampoco alcanzamos a entender cuál era la necesidad y la urgencia de modificar el sistema métrico, la ley de circulación internacional de obras de arte, la ley de marcas, etcétera.

XIII. A modo de conclusión

La reforma constitucional de 1994 reguló las atribuciones legislativas que el presidente de la Nación venía ejerciendo desde hacía años y que habían sido avalladas por la Corte Suprema: DNU, DD y PPL. Esa regulación, buena o mala, fue

tergiversada, forzada y hasta eludida por presidentes y legisladores, conforme señalamos más arriba.

Hemos utilizado la frase “abuso del derecho”, oriunda del derecho civil y aplicable a aquellos casos en que el ejercicio de un derecho daña o puede dañar a terceros. *Mutatis mutandi*, en el derecho público la hemos aplicado a situaciones en las cuales un poder del Estado excede los límites que la Constitución impone a su accionar a través de estrategias tales como: forzar la interpretación de las normas que le dan competencias o atribuciones, disfrazar un tipo de norma (DNU) bajo el ropaje de otra (decreto autónomo), demorar el dictado de leyes reglamentarias de la Constitución, eludir la intervención y el debate del Congreso, etcétera.

No son las normas, no es la fría letra de la ley, sino que son los usos y su aplicación práctica los que construyen (o no) el concepto de “república”. Es la Constitución *material* (por oposición a la *formal*) la que rige en la realidad, la que nos permitirá afirmar si en un país hay “república” o si hay sólo una parodia de ella. La norma constitucional mejor redactada, por más exhaustiva y estricta que sea, fracasará si no existe un mínimo de ética por parte de los funcionarios. Y creemos que las “trampas”, “abusos” y “falseamientos” que hemos analizado en este trabajo demuestran que en la Argentina, desde 1994, estamos muy lejos de ello.

Cita on line: AR/DOC/2635/2018

MÁS INFORMACIÓN

Saravia Frías, Bernardo, “Los Decretos de Necesidad y Urgencia”, LA LEY, 2018-B, 990; AR/DOC/729/2018.

Sabsay, Daniel, “Los DNU y el marco constitucional para su dictado”, Sup. Esp. - Decreto de desburocratización y simplificación 2018 (febrero), 15; AR/DOC/368/2018.

Barra, Rodolfo - Licht, Miguel, “Los decretos de necesidad y urgencia”, LA LEY, 2016-B, 660; AR/DOC/590/2016.

{ NOTAS }

misiones de Presupuesto y Hacienda de ambas cámaras del Congreso.

(15) BIDART CAMPOS, Germán J., “Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino”, Ediar, Buenos Aires, 1995, t. VI, en la p. 342 sostenía: “no es

razonable suponer que la Constitución deja opción libre para usar la delegación legislativa o los decretos de necesidad y urgencia en las mismas situaciones ni para imaginar que son remedios alternativos”.

(16) Fallos 326:4251.

(17) Aquí aplicamos el principio a la subdelegación, en atención a que la delegación está expresamente prevista por nuestro texto constitucional.

(18) Es interesante señalar que en sus fundamentos ese decreto cita una supuesta “doctrina de los

decretos leyes”, la cual solo se usó para justificar los sancionados por gobiernos *de facto*, pero no para los DNU de gobiernos democráticamente electos.

NOTA A FALLO

Lealtad comercial

Infracciones marcarias. Competencia desleal. Buscadores de Internet. Utilización de marca ajena como palabra clave en enlaces patrocinados.

Véase en página 4, Nota a Fallo

Hechos: La Cámara consideró que la utilización de la marca de una empresa como palabra clave en el sistema de enlaces patrocinados de los buscadores de Internet por parte de una competidora constituía una práctica desleal.

La utilización por parte de la demandada de las marcas de la actora como palabra clave en el sistema de enlaces patrocinados de los distintos busca-

dores en Internet constituye una infracción marcaria en los términos de la ley 22.362 y un acto de competencia desleal, por cuanto la demandada actuó con el único fin de aprovecharse del prestigio y renombre de aquella, garantizándose el acceso a una cartera de clientes con un mínimo costo de inversión y esfuerzo comercial; máxime si la accionada presta un servicio similar al de la actora, lo cual la convierte en potencial competidora, y también se encuentra acreditado que ingresó al mercado con bastante posterioridad a ésta. [1]

CUANTIFICACIÓN DEL DAÑO

El hecho dañoso:
Infracción marcaria.

Referencias de la víctima:

Observaciones: Se eleva el monto otorgado en primera instancia.

Componentes del daño:

Daño patrimonial.
Daño emergente: \$ 3.336.468.

121.724 — CNFed. Civ. y Com., sala III, 04/05/2018. - Organización Veraz SA c. Open Discovery SA s/ cese de uso de marca.

[Cita on line: AR/JUR/16081/2018]

CONTEXTO DEL FALLO

Jurisprudencia vinculada

[1] RIZZO JURADO, Marco, “Usos de marcas ajenas en Internet. Publicidad referencial y disparadores de nuevos desafíos”, RDCO 257-665.

COSTAS

Se imponen al vencido.

INTERESES

Se aplica la tasa activa vencida que en descuentos a treinta días aplica el Banco de la Nación Argentina.

[El fallo *in extenso* puede consultarse en el Diario LA LEY del 26/07/2018, p. 5, Atención al Cliente, www.laleyonline.com.ar o en Preview]

Marcas y competencia desleal en Internet

Guillermo Cabanellas (*) y Pablo A. Palazzi (**)

SUMARIO: I. Introducción.— II. El caso y la decisión judicial.— III. Derecho de marcas y nuevas tecnologías.— IV. Uso de marcas en enlaces patrocinados.— V. Conclusiones.

I. Introducción

En esta nota comentamos la decisión de la Cámara Civil y Comercial Federal en el caso “Organización Veraz c. Open Discovery” (1), en sus aspectos más salientes. Primero, al considerar infracción marcaria el uso de una marca por un competidor para generar avisos online; segundo, al juzgar la misma conducta como un acto de competencia desleal; y tercero, al medir los daños por el uso no autorizado de marca y desvío de clientela en función de los datos generados en Internet por el competidor a través del uso de medios de pago online y herramientas de publicidad del buscador.

El fallo que anotamos es un *leading case* en materia de aplicación de derecho de marcas y competencia desleal en Internet por estos motivos. El resultado es muy positivo para la tutela de las marcas en Internet y reafirma el trabajo señero que los tribunales federales con competencia en marcas vienen desarrollando, correctamente, a nuestro juicio, respecto a estas cuestiones.

II. El caso y la decisión judicial

La actora (Veraz) y la demandada (Open Discovery) son competidores en la venta de informes comerciales y ambos ofrecen canales online de venta de dichos productos. La actora tiene más de 60 años en el mercado, mientras que la demandada se había constituido recientemente y comenzó a operar solamente en Internet. Dado que era desconocida en el mercado, la demandada comenzó a usar la marca notoria Veraz como palabra clave para poder aparecer en Internet con anuncios frente a consumidores que buscaban a la actora por su marca.

Se discutía en el caso si la utilización por parte de la demandada de la marca notoria de la actora como palabra clave o *keyword* en el sistema de enlaces patrocinados o *keyword advertising* constituye una infracción marcaria en los términos de la ley 22.362 de Marcas (LM) y un acto de competencia desleal violatorio del art. 10 bis del Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial.

El sistema de publicidad online funciona —en forma simplificada— de la siguiente manera (2): cada vez que un usuario tipea una palabra en un buscador de Internet, además de los resultados de búsqueda orgánicos suelen aparecer resultados patrocinados (avisos comerciales), que son ge-

nerados a partir de las palabras claves pagas que los anunciantes ingresan en el sistema de búsqueda. A veces esas palabras pueden ser signos marcarios registrados y el anunciante puede ser un competidor del titular marcario, que estaría usando la marca para generar publicidad comercial a su favor con la ventaja de que sólo ven esa publicidad quienes buscan el producto de su competidor en Internet.

En este caso, la actora demandó a un competidor que usaba la marca notoria de la actora para generar avisos patrocinados online, que llevaban al sitio de la demandada, donde sólo con un par de *clicks* era posible comprar un informe comercial de contenido similar al de la actora. Este desvío de clientela generó una acción por infracción marcaria y también por competencia desleal. En su demanda la actora dejó en claro que demandaba con base en ambos regímenes de protección, en forma independiente y no subsidiaria.

Ambas instancias judiciales condenaron a la demandada. En primera instancia se hizo lugar a la demanda y se condenó a indemnizar los daños por el uso no autorizado de la marca notoria Veraz (3). Ambas partes apelaron. La actora apeló por considerar bajo el monto de condena y por no haberse aplicado también las normas de competencia desleal. La demandada apeló alegando: (i) que no había uso marcario porque la marca no se veía, (ii) que la marca Veraz era genérica y (iii) que se usaban numerosas palabras claves, no sólo la marca Veraz. La Cámara confirmó la condena con extensos fundamentos, agregando la existencia de competencia desleal como un motivo separado de la infracción marcaria. Asimismo, la Alzada elevó el monto de la condena patrimonial en función de la prueba informática producida en el expediente (4).

III. Derecho de marcas y nuevas tecnologías

En las últimas décadas, Internet pasó de ser una colección de redes académicas usadas por universidades para investigación a transformarse en una red eminentemente comercial (5), siendo un verdadero motor de nuevos negocios. Nace así el concepto de comercio electrónico. Con la aparición de este comercio virtual, llegaron también los problemas legales relacionados con las marcas en el mundo online.

Internet creó un nuevo mercado donde las marcas juegan un papel cada vez más importante. Las ventas en Internet son

cada vez mayores, y la publicidad online ha desplazado a la publicidad a través de los canales tradicionales. Los actores de Internet se han transformado en verdaderos gigantes multimedios, superando en su valuación patrimonial a las empresas convencionales e incluso a varios países (6). Las empresas han dirigido su presupuesto a la pauta online, dejando de lado el aviso en formato papel. A tal punto, que la falta de inversión en publicidad tradicional ha impactado fuertemente en los ingresos de los diarios (7). Hoy en día, Internet es un verdadero motor del comercio mundial, que crea nuevas industrias y al mismo tiempo destruye otras antiguas, que no saben amoldarse a tiempo a los cambios.

Ante tal panorama, es normal que se incrementen los usos marcarios online y que también lo hagan las infracciones en dicho medio, ya que éste es el lugar donde se desarrolla la lucha por el cliente.

Cada vez con mayor frecuencia veremos que los litigios relativos al uso no autorizado de signos distintivos van a tener un aspecto relacionado con el mundo online y, en algunos casos, como el que anotamos, la infracción se habrá producido en el mundo online exclusivamente. Un aspecto importante a considerar entonces es que lo que sucede en el mundo online no ocurre en un espacio virtual alejado de la realidad, sino que tiene impacto directo en las elecciones de los consumidores y en el bolsillo de las empresas que operan en este nuevo medio. Por otra parte, la mayoría de las leyes vigentes y principios generales del derecho siguen resultando aplicables al mundo virtual.

Un claro ejemplo es el caso que anotamos, donde una empresa desconocida hasta su aparición en el mercado de informes comerciales comenzó a operar exclusivamente online y para captar clientela comenzó a usar las marcas de sus competidores (de varios de ellos; no sólo de la actora) en avisos online. Esta práctica es cada vez más frecuente y ya ha generado numerosos litigios en el derecho comparado (8).

IV. Uso de marcas en enlaces patrocinados

Respecto a la decisión del tribunal, haremos comentarios relativos a: (i) la aplicación del derecho marcario al uso de palabras claves para generar publicidad, y (ii) la aplicación de la competencia desleal a litigios marcarios.

IV.1. Enlaces patrocinados como infracción marcaria

El fallo que anotamos concluyó que el competidor demandado usaba la marca de la actora para generar publicidad online y ello constituía una infracción marcaria, conclusión que compartimos.

Se han esbozado varios argumentos para evitar la aplicación del derecho de marcas al uso de signos distintivos para generar enlaces patrocinados. Los podemos resumir en estos tres:

(i) no hay uso marcario típico o uso en el tráfico comercial, ya que se trata de un simple uso interno;

(ii) no hay confusión marcaria;

(iii) estos usos de la marca permiten más opciones al consumidor, y es propio del derecho de marcas informar al consumidor para generar más competencia.

Respecto a la *falta de uso marcario típico*, la respuesta a este argumento es que los usos marcarios atípicos también pueden ser infracciones marcarias y las *keywords* podrían entrar en esta categoría.

La doctrina (9) ha diferenciado el uso marcario en *típico* y *atípico*, también llamado *uso marcario* y *no marcario*.

El uso marcario típico es el que afecta la función esencial de la marca, que es la distintiva. Consiste en usar de alguna forma la marca en el tráfico comercial para indicar el origen de un producto. En Argentina, el uso atípico se analiza con base en conceptos generales del derecho de marcas. Así, cuestiones tales como el uso de la marca en publicidad, en papelería, anuncios y prospectos o respecto de la prestación de servicios son tratados por la doctrina argentina como supuestos de aplicación del art. 31 de la LM. Las sanciones aplicables a los ilícitos marcarios se reservan para aquellos supuestos en que una conducta vulnera las funciones esenciales y jurídicamente protegidas como tales de los signos marcarios, mientras que los casos en que la conducta no configura tal vulneración pero sí una situación de competencia desleal son tratados bajo las normas específicas relativas a este último caso.

A su vez, el uso marcario atípico puede ser legal o ilegal. Como los usos atípicos marcarios entran en una zona gris, a veces suelen ser resueltos mediante las reglas relativas a la competencia desleal (10). Un claro ejemplo de uso marcario atípico legal es la publicidad comparativa, que se considera en la mayoría de los supuestos legal desde el punto de vista marcario, pero en muchos casos encuentra sanción en la competencia desleal (11).

Así sucede también con otros supuestos tales como la imitación desleal por riesgo de confusión, con los actos susceptibles de crear confusión bajo el art. 10 bis del Convenio de París, con ciertos usos atípicos marcarios y con la publicidad comparativa de carácter desleal o denigratoria (12).

{ NOTAS }

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(*) Doctor en Derecho y Licenciado en Economía. Profesor de la Universidad de San Andrés.

(**) Abogado y agente de la propiedad industrial. Profesor de Derecho de la Universidad de San Andrés. Director del Centro de Tecnología y Sociedad de la Universidad de San Andrés.

(1) CNFed. Civ. y Com., sala III, 04/05/2018, “Organización Veraz SA c. Open Discovery s/ cese de uso de marca”.

(2) Para una explicación detallada del funcionamiento puede verse el fallo anotado, punto V, y también: CABANELLAS, Guillermo - PALAZZI, Pablo, “Derecho de Internet en Argentina”, en CABANE-

LLAS DE LAS CUEVAS (dir.), *Derecho de Internet*, Ed. Heliasta, Buenos Aires, 2004, ps. 44/45, y PALAZZI, Pablo, “El uso no autorizado de marcas en publicidad en buscadores y la inmunidad de los intermediarios de Internet”, LA LEY, 2010-E, 215.

(3) Juzg. Civ. y Com. Fed. N° 2, Sec. 3, 16/06/2017, “Organización Veraz SA c. Open Discovery s/ cese de uso de marca”, expte. 1789/2009.

(4) CNFed. Civ. y Com., sala III, 04/05/2018, “Organización Veraz SA c. Open Discovery s/ cese de uso de marca”.

(5) Ver GREENSTEIN, “How the Internet became commercial. Innovation, privatization, and the birth of a new network”, Ed. Princeton University Press, 2015.

(6) Ver “Apple, Amazon, Facebook, Alphabet, and Microsoft are collectively worth more than the entire economy of the United Kingdom”, *Associated Press*, abril/2018; SUROWIECKI, James, “Why Tesla is worth more than GM”, *MIT Technology Review*, 27/06/2017.

(7) SAPERSTEIN, “The future of print: Newspapers struggle to survive in the age of technology”, *Harvard Political Review*, 06/12/2014.

(8) PALAZZI, Pablo, “El uso de marca ajena en enlaces patrocinados en buscadores de Internet”, en *Derechos Intelectuales*, ASIPI - Legis, 2011, nro. 16, ps. 39-71.

(9) Estas dos especies no constituyen categorías jurídicas con efectos inmediatos; más bien se trata tan

sólo de instrumentos destinados a orientar la determinación de los límites de la licitud del uso de signos marcarios ajenos. Para mayor detalles ver CABANELLAS, Guillermo, “El uso atípico de la marca ajena”, en *Temas de derecho industrial y defensa de la competencia*, nro. 3, ps. 44 y ss.

(10) CABANELLAS, Guillermo, “El uso atípico de la marca ajena”, ob. cit., ps. 44 y ss., y CABANELLAS - SEREBRINSKY - SÁNCHEZ HERRERO - PALAZZI, “Derecho de la competencia desleal”, p. 445.

(11) PALAZZI, Pablo, “Evolución de la jurisprudencia argentina en materia de publicidad comparativa”, RDCO 2010-B-717.

(12) CABANELLAS y otros, “Derecho de la compe-

En síntesis, se aprecia como bastante simplista el argumento de que no hay uso de marca porque ésta no se encuentra fijada en producto o servicio alguno.

En todo caso, podría aclararse que el uso no es típico, sino atípico pero ilegal. Se podría sostener que al incluir la marca como una *keyword* para generar publicidad justo en el momento en que el consumidor busca la marca de la actora, se está haciendo un uso atípico de la marca para publicidad, por sus efectos. Es un claro uso no autorizado, que el titular tiene derecho a prohibir. Máxime si quien así la usa es un competidor que se aprovecha de la marca para una publicidad comercial donde se ofrecen productos en competencia directa. Frente al avance de las nuevas tecnologías, los criterios de infracción marcaria deben ser más flexibles y ésta es la línea que sigue el tribunal en el caso que anotamos.

Al respecto, la doctrina marcaria argentina que ha comentado este mismo caso que anotamos sostuvo: “La adopción de una marca ajena como palabra clave por parte de un competidor constituye un ilícito marcario, y como tal, un acto de competencia desleal, susceptible de generar el deber de reparar los perjuicios causados” (13). En igual sentido se pronunció la jurisprudencia norteamericana (14).

Distinto es el caso de un mercado virtual, que usa la *keyword* para informar de la presencia de ciertos productos en su plataforma online. Éste parece ser más un uso referencial que un uso competitivo (15). En principio, si el mercado virtual vende productos legítimos u originales, éste tiene derecho a informarlo al público con mención de los datos que identifican al producto, incluyendo la marca. Pero si un mercado virtual deja de tener un rol neutro y pasa a tener un rol activo en la infracción marcaria, y usa la *keyword* para llevar al consumidor a productos falsificados con conocimiento de causa, entonces no parece ser un uso lícito de la marca (16).

Por otra parte, si cuando el internauta llega al sitio a través de esa publicidad se encuentra con productos de la competencia y con ninguno de los productos que se infieren del aviso online, entonces parece ser un caso de *click and bait* o de decepción al consumidor. Éstos son casos donde se atrae al consumidor, quien espera encontrar una marca y luego encuentra otra que ofrece productos sustitutos. Cierta jurisprudencia encasilla estos casos en la doctrina de la *initial interest confusion*.

Como señalamos al comienzo, es frecuente también el argumento de la *falta de confusión en el uso de keywords*. Se argumenta que la marca aparece y se usa porque la tipea el usuario, y a raíz de esta acción del usuario de Internet (y por el hecho

de que el competidor la incluyó en la base de datos de anuncios) aparece el aviso del competidor. De esa manera, el usuario no podría confundirse.

Lo primero que se puede responder a este argumento es que la confusión debe analizarse caso por caso y no es posible afirmar en abstracto que en determinados casos no existe confusión. Por otra parte, es importante recordar los principios legales en la materia cuando se usa la misma marca para la misma clase de productos. Es que el art. 16 del ADPIC claramente identifica como infracción marcaria los casos de doble identidad, al disponer: “El titular de una marca de fábrica o de comercio registrada gozará del derecho exclusivo de impedir que cualesquiera terceros, sin su consentimiento, utilicen en el curso de operaciones comerciales signos idénticos o similares para bienes o servicios que sean idénticos o similares a aquellos para los que se ha registrado la marca, cuando ese uso dé lugar a probabilidad de confusión. En el caso de que se use un signo idéntico para bienes o servicios idénticos, se presumirá que existe probabilidad de confusión”.

Aplicando ese principio al caso que anotamos, podemos afirmar que el uso en el comercio (en el caso, en publicidad online) de una marca idéntica a la del titular marcario para los mismos bienes (informes comerciales) autoriza a presumir la confusión marcaria. De alguna forma esto tiene lógica y explica por qué se pagan y se usan tanto las *keywords* relacionadas con las marcas en los avisos online (17). De acuerdo con el art. 16 del ADPIC, debe entonces el demandado demostrar esa falta de confusión (18).

Incluso la doctrina, no ya legal sino del área de *marketing* que ha estudiado el tema, señala que la confusión dependerá también de cómo el buscador separa los resultados orgánicos de los *esponsorados* o pagos, lo cual está sujeto a posibles cambios a futuro e íntimamente unido al modelo de negocios de los buscadores. Esto podrá influir en cómo el usuario ve ambos resultados y si es capaz o no de diferenciarlos (19).

En segundo lugar, el titular de una marca tiene derecho a obtener el cese de uso no autorizado de su marca cuando es usada para generar anuncios por parte de un competidor para los mismos bienes y servicios. El titular marcario no tiene por qué esperar a que exista un caso de confusión marcaria si quien la usa es justamente un competidor y tal uso lesiona su derecho sobre la marca.

En tercer lugar, el titular marcario tiene derecho a prohibir el uso de su marca en una base de datos que va a generar avisos comerciales a favor de un competidor. La

inclusión de esta *keyword* en una base de datos no es un uso privado o interno sin efectos comerciales. El uso de la marca en esta base de datos es un uso no autorizado del signo, del mismo modo que se consideró ilegal en el pasado en otros casos similares, como ser: (i) uso pasivo de nombres de dominio y (ii) uso de *metatags* dentro del código HTML de una página *web*.

Veamos el caso del uso pasivo de nombres de dominio de Internet, esto es, del registro de un nombre de dominio por un tercero sin uso activo de aquél y sin dotar de contenido al nombre de dominio. En esos casos siempre se concluyó que el mero registro del nombre de dominio idéntico a la marca era ilegal (20). Esta situación es análoga al caso que comentamos y nunca se cuestionó su lógica.

El otro ejemplo de uso de marcas en forma ilegal cuando éstas *no son visibles* por el consumidor son los *metatags* insertos en la página *web* de un competidor (21).

El *metatagging* era una práctica empleada por los operadores de ciertas páginas *web* con el propósito de captar la atención de los usuarios de Internet mediante un sutil empleo de marcas ajenas. Esta práctica consiste, en particular, en incluir en el código HTML, esto es, en el lenguaje de redacción y formateo empleado en una página de Internet y, por lo tanto, de forma no perceptible para el ser humano, la marca, nombre u otro signo distintivo de un tercero en el apartado de palabras clave de la propia página *web* (*metatag keyword section*). La información contenida en el *metatag* es empleada por las herramientas de búsqueda usadas en Internet para clasificar las direcciones de los diversos recursos localizados en la red y, así, para identificar y ordenar la dirección en cuestión en la base de datos que los operadores de las herramientas de búsqueda ponen a disposición de sus usuarios.

De esta manera se logra crear confusión en el público, pues ciertamente invita a establecer una conexión entre el resultado de la búsqueda y la procedencia empresarial de ese resultado; no parece difícil que el público tienda a pensar que ese resultado de la búsqueda contiene información u ofertas sobre los productos o servicios distinguidos con la marca, o que ésta ha sido confeccionada por una persona relacionada o autorizada por el titular de la marca.

Cabe señalar que numerosos tribunales extranjeros han considerado ilegal esta práctica dentro de las normas de la propiedad industrial (22).

Lo cierto es que aunque la marca no se vea, en los casos de uso de marca como *metatags* se condenó dicha práctica. En el

año 1997 se comenzó a discutir la legalidad de esta conducta. El primer caso involucró nada menos que a un estudio jurídico de marcas que vio su signo distintivo y nombre comercial usado sin permiso como *metatag* en varios sitios de terceros. En el caso “Oppedahl & Larson vs. Advanced Concepts” (23), el tribunal ordenó el cese de la conducta. En el mismo año otro tribunal dictó una sentencia firme, donde concluía que el uso de la marca de un tercero como *metatag* era una infracción marcaria y que el único motivo por el cual podría usar dicha marca era para atraer ilícitamente tráfico a su *web* (24).

La tesis se sigue manteniendo, como lo demuestra este reciente caso del año 2018 en el fallo “Adidas America vs. Skechers”. En el caso, la demandada utilizó como *metatag* el término “Adidas Stan Smith” en su sitio *web*. La empresa Adidas ofrece a la venta una zapatilla *esponsorada* por el jugador de tenis Stan Smith. Un dato adicional del caso es que la tienda demandada ofrecía una zapatilla confundible con el *trade dress* de la zapatilla de la actora llamada Skechers Onix. El demandado fue condenado en primera instancia por infracción marcaria. La demandada apeló. La Cámara de Apelaciones del Noveno Circuito, en un fallo contundente, concluyó: “We agree with the District Court that the only reason ‘Adidas Stan Smith’ is a useful search term is that consumers associate the term with a distinctive and recognizable shoe made by Adidas” (25).

Es evidente entonces que cuando se usan estos términos, no se lo hace en sentido nominal o no marcario, sino con el fin de atraer clientela que busca ese término, y justamente ello implica usar la marca para generar confusión en el consumidor, aunque sea inicial.

Finalmente, respecto al *argumento competitivo y la generación de mayor información*, podemos responder que la indicación de origen de un producto, que es la función primordial de la marca, implica indicar el origen por parte del propio comerciante, pero no implica que el competidor pueda usarlo con el objeto de acercarse a los clientes de sus competidores en el momento de la búsqueda “para brindarles mayor información”.

Por otra parte, la Ley de Marcas vigente en Argentina no da valor jurídico autónomo a la función competitiva o concurrencial de las marcas (26). Es cierto que la función de las marcas no se agota en la tutela de las empresas respecto de situaciones calificables como de competencia desleal. Los signos marcarios están también destinados a facilitar la comparación entre sí de los distintos productos ofrecidos (27). Un ejemplo de ello es la publicidad comparativa, donde el uso de

{ NOTAS }

tencia desleal”, ob. cit., ps. 304-305, 425-443, 445-467 y 401-424.

(13) PAPAÑO, Javier, “Buscadores de Internet, palabras clave y uso de marca ajena”, LA LEY, 2018-D, 153.

(14) Caso “Rescuecom Corp.”, 562 F.3d 130.

(15) LUSKI, Gisela, “El uso de marcas ajenas en publicidad online”, *Revista Iberoamericana de la Propiedad Intelectual*, t. 4, 2016, p. 263.

(16) CNFed. Civ. y Com., sala I, 05/05/2015, “Nike International Ltd. c. DeRemate.com de Argentina SA s/ cese de uso de marcas y daños y perjuicios”, causa 2060/2008; CNFed. Civ. y Com., sala III, 21/05/2015, “Nike International Ltd. c. Compañía de Medios Digitales CMD SA s/ cese de uso de marcas”, causa 3239/2007, donde se concluye que ambos demandados son responsables por infracción de marcas al permitir que los usuarios de sus plataformas electrónicas vendieran productos Nike falsificados. En el caso, ambos tribunales concluyeron que tanto DeRemate como

CMD no eran meros intermediarios neutrales, sino que tuvieron un papel activo. En esa línea de ideas, y citando el *leading case* “L’Oreal vs. eBay” decidido por el Tribunal Europeo de Justicia, se sostuvo que DeRemate tuvo un papel activo ya que (i) *compró el término “Nike” como palabra clave para redirigir* a los usuarios a su sitio *web* y (ii) les brindaba a sus usuarios un método de pago que facilitaba las transacciones. La Cámara de Apelaciones también encontró que CMD tuvo un papel activo, toda vez que ayudó a promover los productos en infracción y cobró una comisión por cada operación realizada.

(17) TALBOT, “Working with trademarks in PPC”, *Medium*, 23/02/2017, disponible online en <https://medium.com/@richwtalbot/working-with-trademarks-in-ppc-da52697765a>.

(18) La doctrina está conteste en que el art. 16 del ADPIC invierte la carga de la prueba en los casos de doble identidad. Ver STOLL, Peter T. y otros, “WTO

trade-related aspects of intellectual property rights (Max Planck commentaries on world trade law)”, Ed. Martinus Nijhoff, p. 319.

(19) Ver GOODSTEIN, Ronald C. - MOSSY, Gary J. - ENGLIS, Basil G. - HOGAN, Howard S., “Using trademarks as keywords: empirical evidence of confusion”, *Trademark Reporter*, 3, mayo-junio/2015, vol. 105.

(20) PALAZZI, Pablo, “La protección internacional de los nombres de dominio”, ED 242-690, donde se desarrollan en extenso los casos resueltos bajo la UDRP que consideran infracción marcaria el uso pasivo de nombres de dominio.

(21) MASSAGUER, José, “Las marcas en Internet”, en CABANELLAS DE LAS CUEVAS (dir.), *Derecho de Internet*, ob. cit., ps. 236/240.

(22) Ver fallos citados por MASSAGUER, José, “Las marcas en Internet”, ob. cit., p. 237; ver también en CABANELLAS, Guillermo - PALAZZI, Pablo, “De-

recho de Internet en Argentina”, en CABANELLAS DE LAS CUEVAS (dir.), *Derecho de Internet*, ob. cit., ps. 44/45, donde se lo considera acto de competencia desleal.

(23) Caso “Oppedahl & Larson vs. Advanced Concepts”, Civ. No. 97-Z-1592 (DC Colo., 23/07/1997).

(24) Caso “Insituform Technologies Inc. vs. National Envirotech Group LLC”, Civ. No. 97-2064 (ED La., *final consent judgment entered 27/08/1997*). En el mismo sentido, ver “Playboy Enterprises Inc. vs. Calvin Designer Label”, Civ. No. C-97-3204 (ND Cal., 08/09/1997) (medida cautelar de cese de uso de marca emitida contra un competidor).

(25) Cámara de Apelaciones del Noveno Circuito, “Adidas America, Inc. vs. Skechers USA, Inc.”, No. 16-35204 (9th Cir., 10/05/2018).

(26) BERTONE, L. E. - CABANELLAS, G., “Derecho de marcas”, Ed. Heliasta, Buenos Aires, 2003, t. 1, p. 68.

(27) BERTONE, L. E. - CABANELLAS, G., “Dere-

la marca podrá ser legal desde el punto de vista marcario, pero ilegal desde el punto de vista de las normas de la lealtad comercial o la competencia desleal. Pero en modo alguno este caso era un caso de publicidad comparativa, pues no se comparaban ambos productos. Más bien se usaba una marca notoria para desviar clientela online.

Se advierte que, en parte como consecuencia de la propia evolución histórica del régimen de marcas y de la Internet, existen en el marco de esta última múltiples conductas que no encuadran en las categorías originalmente desarrolladas por aquél.

En el presente caso, desde el punto de vista del derecho de marcas “clásico”, existe un uso atípico de la marca, por cuanto la demandada no la utilizaba para identificar sus propios bienes o servicios. Pero sí lo hacía de un modo tal que, por una parte, estaba destinado a desviar la clientela atraída por la marca de la actora; se estaba así ante un uso parasitario del valor de atracción de clientela de esa marca. Asimismo, la demandada, con los vínculos electrónicos creados entre la marca de la actora y sus bienes y servicios, creaba la probabilidad de que el público asociara esa marca —de reconocido valor— y los mencionados bienes y servicios, nuevamente incurriendo en un comportamiento parasitario, además de engañoso. Se violaban así las premisas funcionales del sistema de marcas, utilizándose éstas para lograr resultados frontalmente opuestos a esas premisas.

IV.2. Enlaces patrocinados como competencia desleal

El fallo que anotamos también concluyó que el competidor incurre en competencia desleal cuando usa la marca de la actora para generar publicidad online y efectuar desvío de clientela.

En concreto, el voto de la Dra. Medina señala: “...la demandada ha incurrido en competencia desleal por cuanto mediante la utilización de la marca notoria de la actora ha procurado captar clientes y desviarlos en favor suyo. Insisto con remarcar que ambas compiten en el mismo mercado y que esta circunstancia es fundamental para resolver el caso.

También insisto en remarcar que el *link* de la accionada aparecía en los primeros lugares de la búsqueda (como enlace patrocinado) justo cuando los usuarios de Internet realizaban la búsqueda insertando la marca notoria de la actora”.

En materia de *AdWords*, la competencia desleal ha sido aplicada en diversos casos europeos y de otras jurisdicciones. Entendemos que esta actividad puede ser un acto de competencia desleal cuando se usa con conocimiento la palabra clave de un competidor para desviar clientela. Ello así, pues cabe dentro de la definición que da el art. 10 bis del Convenio de París, que dispone que es tal “todo acto de competencia contrario a los usos honestos en materia industrial o comercial”.

En el caso no parece honesto ni leal usar una marca notoria de un competidor, así como un nombre comercial ajeno, sin tener autorización legal del verdadero titular. No forma parte de la ética que se espera de un comerciante honesto. Más grave aún es usarlo cuando la marca pertenece a un competidor, y se trataba en el caso de una empresa líder en el rubro, y la marca se usa con el único fin de subirse “al caballo” del éxito ajeno, apropiándose de todo el valor de la inversión realizada en el nombre y la marca de la actora. Resulta un claro caso de explotación de la reputación ajena.

Recordemos que un criterio básico para determinar el carácter leal de una conducta competitiva es que la actuación y éxito en el mercado se logre mediante la calidad y precio de las propias prestaciones (28); en contraposición, es desleal la que implica posicionarse en el mercado mediante el aprovechamiento del esfuerzo ajeno, el engaño y la destrucción de la capacidad productiva de otros competidores.

En el caso aquí analizado, la parte demandada utilizaba un mecanismo mediante el cual desviaba en su provecho el prestigio y el poder de atracción de los signos distintivos de su competidor: lograba una ventaja competitiva desviando hacia sí a la potencial clientela de una marca líder, e inclusive induciendo a un posible engaño a parte de los consumidores.

En el derecho comparado encontramos numerosos casos en los cuales se cataloga como competencia desleal al uso de marcas ajenas para generar publicidad mediante *clicks* de *AdWords*.

Así, en Francia, la Corte de Apelaciones de París, en el caso “Cobrason vs. Société Home Ciné Solutions” (29), con fecha 11/05/2011, consideró que el uso del nombre comercial de la actora y el nombre de dominio como referencias online implicaba un supuesto de concurrencia desleal y publicidad ilícita.

Esta conclusión no fue alterada por el fallo “Google France”, que en la Unión Europea consideró que un intermediario de Internet no era responsable por la inmunidad que tiene como proveedor de servicios de la sociedad de la información. Pero sí lo podía ser un competidor que usara la marca como *keyword* bajo las normas de competencia desleal. Ello así, pues el Tribunal Europeo de Justicia sólo emite decisiones sobre derecho comunitario europeo, pero no se pronuncia sobre temas de competencia desleal, que todavía no es materia armonizada en la Unión Europea (30).

En este caso, la Corte de Apelaciones de París duplicó la condena de primera instancia de 50.000 euros y la elevó a 100.000 euros, teniendo en cuenta que se había verificado que 1257 internautas habían hecho *click* en el anuncio en el plazo de 6 meses. Respecto a la demandada, el tribunal concluyó: “...la Société Home Ciné Solutions, en utilisant la dénomination sociale et le nom de domaine d'un concurrent a nécessairement généré une confusion dans l'esprit de la clientèle potentielle des deux sites et provoqué de ce fait outre un détournement de

cette clientèle, une utilisation parasitaire des investissements de la société Cobrason (investissements visant tant le site Internet que l'organisation de campagnes publicitaires)”.

El tribunal hace alusión a la competencia parasitaria, que es una modalidad de aprovechamiento injusto del esfuerzo ajeno, reconocida en algunos países europeos y contenida en la cláusula general del art. 10 bis del Convenio de París (31). En Francia, la figura de la competencia parasitaria ha sido reconocida por la doctrina (32) y elaborada por numerosos casos judiciales (33).

En el mismo sentido, un tribunal de Estrasburgo, en el caso “Francia Atrya vs. Google, et al.” (34), consideró que incurre en competencia desleal —en la subespecie de actos de parasitismo— el anunciante que para atraer clientela en Internet a sus propios productos utilizaba la marca de su competidor en anuncios, dado que el parasitismo se caracteriza por obtener ganancias aprovechándose del prestigio y la notoriedad de su competidor.

Cabe recordar que en Francia no existe una ley general de competencia desleal y la jurisprudencia se basa en la obligación genérica de no dañar contenida en el Código Civil francés (35). Justamente de esto se tratan los reclamos de competencia desleal: de obtener una indemnización por los daños irrogados a la actora por los actos desleales de la demandada (36).

En Argentina, si bien no existe una ley general de competencia desleal, está vigente la Convención de París, cuyo art. 10 bis recepta la cláusula general de competencia desleal que tiene efecto directo en nuestro ordenamiento jurídico y sirve para fundar las ilegalidades en materia de aprovechamiento injusto del esfuerzo ajeno.

En Italia, la jurisprudencia también se ha inclinado por la competencia desleal (en vez de la infracción marcaria) para condenar el uso abusivo de *keywords* en numerosos precedentes (37).

Un tribunal de Milán (sentencia del 11/03/2009) concluyó que “É concorrentza sleale il comportamento della società che aggancia parassitariamente il proprio sito Internet al marchio di una società concorrente”. Un tribunal de Nápoles llegó a la misma conclusión que el tribunal francés antes citado (38).

Finalmente, en el caso chino “Beijing Orient Qingruan Science and Technology Co., Ltd. vs. Beijing Langde North Software Education Technology Co., Ltd.”, un tribunal de Beijing concluyó, en julio de 2010, que el demandado, competidor de la actora, era culpable de competencia desleal por usar la marca como *keyword* para generar publicidad online.

V. Conclusiones

El fallo dictado por la sala III de la Cámara Civil y Comercial es impecable. No tiene desperdicio en ninguno de sus párrafos. Sanciona una conducta que es desleal, realizada por un competidor mediante el uso de la tecnología como una forma de

“subirse” al prestigio de una marca notoria y lograr de esa manera la atención del público consumidor, no por las virtudes del producto, sino a través de artilugios tecnológicos.

Internet apareció en 1990 como un nuevo medio de comercialización (si bien ya funcionaba desde 1969), pero rápidamente este canal empezó a absorber a los otros canales, diluyendo la publicidad tradicional y obligando a invertir en publicidad online, creando nuevos problemas legales con los nombres de dominio, el uso de marca como *metatag* o como *keyword*, la venta de productos falsos en redes sociales, la creación de espacios de la marca en redes sociales y un largo etcétera.

Desde el primer caso resuelto sobre esta temática hace casi dos décadas —caso “Freddo.com.ar”— hasta este precedente, el fuero Civil y Comercial Federal ha demostrado una gran comprensión de las nuevas tecnologías y la posibilidad de adaptar el derecho de la propiedad intelectual para amparar nuevas situaciones infractoras.

Por ejemplo, la Cámara Federal ha dictado importantes precedentes que tutelan la venta de productos falsificados online, como ocurrió en el caso “Nike c. DeRemate” y “Nike c. CMD” (39). También supo poner límites al uso del derecho marcario en nombres de dominio, como ocurrió en el caso “quetepasaclarín.com” (40). Y ahora en este precedente vuelve a aplicar el derecho marcario (con una ley marcaria antigua pero sólida) a Internet, logrando un resultado positivo.

El fallo que anotamos resuelve el debatido caso de los *AdWords* y lo hace de una forma que permite respetar la vigencia de la marca en Internet.

La figura de la competencia desleal ha sido utilizada, en éste como en otros casos, para superar posibles dudas respecto del alcance de las infracciones marcarias propiamente dichas.

Debe observarse, sin embargo, que este desplazamiento en la calificación de conductas relativas a marcas no es carente de efectos.

No son iguales las sanciones ni el procedimiento relativo a infracciones marcarias que el propio de la competencia desleal. Cabe entonces preguntarse si no sería más razonable efectuar una interpretación más amplia de las figuras marcarias, extendiéndolas como tales a conductas relativas a marcas ajenas que —posibilitadas por las técnicas actuales— difieren del uso típico de la marca, pero que tienen un contenido esencialmente marcario, por cuanto implican aprovechar el prestigio y poder de atracción de las marcas ajenas. El texto de la ley 22.362 es suficientemente amplio para abarcar estos usos de marcas ajenas que, más que atípicos, cabría hoy calificar de novedosos.

Cita on line: AR/DOC/220/2019

{ NOTAS }

cho de marcas”, ob. cit., p. 69.

(28) Cfr. al respecto CABANELLAS y otros, “Derecho de la competencia desleal”, ob. cit., caps. I y VI.

(29) Corte de Apelaciones de París, 11/05/2011, “Cobrason vs. Société Home Ciné Solutions”.

(30) CABANELLAS y otros, “Derecho de la competencia desleal”, ob. cit., p. 110.

(31) Ver OMPI, “Protección contra la competencia desleal”, Ginebra, 1994, p. 65.

(32) MALAURIE-VIGNAL, M., “Parasitisme et

notoriété d'autrui”, JCP 1995-I-3888; REISCH, O., “Concurrence déloyale et parasitisme: Régime”, en *Encyclopédie Juridique des Biens Informatiques*, 29/06/2004.

(33) Cour d'Appel de Paris, 4ème ch., 08/09/2004, “SFR et Publicis Conseil vs. Besson et Gaumont”.

(34) Corte de Apelaciones de Estrasburgo, 20/07/2007, “Francia Atrya vs. Google, et al.”.

(35) CABANELLAS y otros, “Derecho de la competencia desleal”, ob. cit., ps. 102 y ss.

(36) CABANELLAS y otros, “Derecho de la competencia desleal”, ob. cit., p. 842.

(37) Ver Tribunale di Roma, 18/01/2001, con comentario de R. Sciaudone, en *Riv. Dir. Ind.* 2002-II-189, y de P. Sammarco, en *Dir. Inf.* I-2001; ver asimismo Trib. Milano, 08/02/2002, AIDA 2002; Trib. Napoli, 28/01/2001, *Dir. Inf.* 2002, y Tribunale delle Imprese di Venezia, caso “Obiettivo Risarcimento SRL”.

(38) Tribunale di Napoli, “Sezione specializzata in

materia d'impresa”, ordinanza 17/06/2014.

(39) CNFed. Civ. y Com., sala I, 05/05/2015, “Nike International Ltd. c. DeRemate.com de Argentina SA”, causa 2060/2008; CNFed. Civ. y Com., sala III, 21/05/2015, “Nike International Ltd. c. Compañía de Medios Digitales CMD SA s/ cese de uso de marcas”, causa 3239/2007.

(40) CNFed. Civ. y Com., sala III, 11/02/2014, “Arte Gráfico Editorial Argentino SA c. Castañeda, Matías”.

JURISPRUDENCIA

Registro de deudores

Defensa del consumidor. Deber de información. Daño moral. Procedencia. Pérdida de chance. Improcedencia.

Hechos: Una persona demandó el resarcimiento de los daños y perjuicios causados por la indebida comunicación de su situación como deudor "moroso" que derivó en su inclusión en el registro de deudores del sistema financiero del B.C.R.A. El juez rechazó la pretensión. Dicho pronunciamiento fue apelado. La Cámara lo revocó y acogió la demanda.

1. - La entidad demandada debe reparar los daños y perjuicios padecidos por una persona que fue incluida en el registro de deudores del sistema financiero del B.C.R.A., ya que el banco, a fin de cumplir con el deber de información, debió poner en conocimiento del deudor que los descuentos no estaban siendo efectivizados en tiempo oportuno y que en virtud de ello el actor resultaba moroso, dándole la posibilidad de hacer uso de la opción de pago en efectivo en el domicilio del banco previsto por la cláusula adicional del mutuo.
2. - La indemnización del daño moral padecido por una persona que fue incluida en un registro de deudores es procedente, pues la indebida inclusión en tales registros, con las consecuencias disvaliosas para la vida de relación, la posibilidad de crédito y giro comercial del cliente, necesariamente provoca de ordinario una perturbación de la tranquilidad y la paz de espíritu que debe ser indemnizada.
3. - La reparación de la pérdida de chance de una persona que figuraba en los registros de deudores debe rechazarse, ya que la prueba no aportó con intensidad o verosimilitud suficiente como para erigirse en probabilidad cierta que la inclusión del actor en el registro de deudores haya tenido una repercusión de contenido patrimonial.

① CUANTIFICACIÓN DEL DAÑO

El hecho dañoso:

Incorporación indebida en registro de deudores.

Referencias de la víctima:

Sexo: Masculino.

Componentes del daño:

Daño extrapatrimonial
Daño moral genérico: \$80.000

121.725 — CCiv. y Com., Mar del Plata, sala III, 18/12/2018. - Mármol, Carlos Eduardo c. Banco de la Pcia. de Buenos Aires s/ Daños y Perj. Incumplimiento contractual (Sin resp. Estado).

[Cita on line: AR/JUR/79273/2018]

① COSTAS

Se imponen a la demandada vencida.

① INTERESES

Se fijan al 6% desde la mora hasta el dictado de la presente sentencia y, a partir de allí, a la tasa

pasiva más alta fijada por el Banco de la Provincia de Bs. As. en sus depósitos a treinta días.

2ª Instancia. — Mar del Plata, diciembre 18 de 2018.

1ª ¿Es justa la sentencia de fs. 662/668?
2ª ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

1ª cuestión. — La doctora Zampini dijo:

I. Dicta sentencia el Sr. Juez de Primera Instancia, resolviendo rechazar la demanda de daños y perjuicios y la pretensión de eliminación de la base de deudores deducida por el Sr. Carlos Eduardo Mármol contra el Banco de la Provincia de Buenos Aires y la tercera citada Administración Nacional de la Seguridad Social (ANSeS), con costas a la actora vencida, debiendo afrontar las devengadas por la intervención del tercero su citante Banco de la Provincia de Buenos Aires.

II. Dicho pronunciamiento es apelado a fs. 675 por el Dr. J. S. D. B., invocando el art. 48 del CPC por la parte actora, fundando su recurso en fecha 16/10/2018 con argumentos que merecieron respuesta de la demandada en fecha 25/10/2018.

A fs. 685 apela la sentencia el Dr. N. M. S., letrado apoderado de la parte demandada, fundando su recurso con fecha 16/10/2018 con argumentos que no merecieron respuesta de la contraria.

III. Agravios de la parte actora

Agravia a la accionante que, en la sentencia recurrida, el *a quo* decida rechazar la demanda que pretendía la eliminación de los erróneos registros de la base de datos del Banco Central de la República Argentina, por considerar que no se ha verificado en autos un obrar antijurídico por parte de la entidad demandada.

Expone que de los escritos de contestación de demanda surge que la operatoria ofrecida por el banco era de cumplimiento imposible, sabiendo o debiendo saber la entidad bancaria que la liquidación por parte de ANSeS del dinero retenido a los beneficiarios de pensiones no iba a poder cumplir las fechas y plazos establecidos y así evitar que fueran incluidos en la central de deudores del sistema financiero en el Banco Central de la República Argentina.

Sostiene que, tratándose de una relación de consumo, el banco demandado viola su deber de seguridad, constituyendo ello un obrar antijurídico suficiente como presupuesto de la responsabilidad civil.

En segundo lugar, se agravia de la falta de tratamiento del reclamo referido al daño moral, incurriendo —además— en absurdo en la apreciación de la prueba rendida en autos.

Entiende que la sola errónea incorporación de su parte en el registro de deudores implica lesionar sus sentimientos, afecciones y tranquilidad anímica, constituyendo un daño surge *in re ipsa* cuya existencia debe presumirse.

Concluye solicitando la modificación de la sentencia dictada, haciendo lugar a la demanda interpuesta con expresa imposición de costas a la demandada.

IV. Agravios del Banco de la Provincia de Buenos Aires

Se agravia la demandada de la imposición de costas por la intervención de ANSeS en autos.

Señala que dicha citación era necesaria a fin de determinar si dio cumplimiento con lo oportunamente acordado con su parte.

Considera que la imposición de costas a su parte resulta absurda y arbitraria, por cuanto era importante tener en el proceso a quien en definitiva intervenía en todo el circuito de cobro de las cuotas, máxime cuando lo que se discute es la demora en la percepción de las mismas.

Alega que existe "razón fundada para litigar", sobre todo cuando el informe pericial presentado en autos da cuenta de atrasos en las percepciones de las cuotas con motivo del depósito tardío por parte de ANSeS. Cita jurisprudencia.

V. Antes de pasar a analizar los agravios planteados, analizaré los Antecedentes de la causa:

A fs. 11/19 vta. se presenta el Sr. Carlos Eduardo Mármol, con patrocinio letrado del Dr. J. S. D. B., y promueve demanda de daños y perjuicios contra el Banco de la Provincia de Buenos Aires por la suma de \$19.000, o lo que en más o en menos resulte de la prueba, con más intereses, gastos, costos y costas del proceso, solicitando su eliminación como deudor de la base de datos del B.C.R.A. y de la Organización Ve-raz SA.

Relata que con fecha 20/02/1998 obtuvo un préstamo del Banco de la Provincia de Buenos Aires por la suma de \$10.000.

Sostiene que dicho crédito fue otorgado en su condición de ex combatiente de Malvinas, abonándose las cuotas mediante descuentos en su pensión de conformidad con el convenio suscripto con la Comisión Nacional de Pensiones Asistenciales.

Expone que a mediados de 2004 y con motivo de intentar adquirir un automóvil a crédito, se anotició que figuraba como deudor del sistema financiero, viéndose impedido de realizar dicha operación.

Funda la responsabilidad que imputa a la accionada en los arts. 1º, 5º y ccdtes. de la ley 24.240 por incumplimiento del deber de seguridad, en concordancia con el art. 902 del Cód. Civil en cuanto al deber de prudencia del banco demandado por ejercer su actividad financiera en forma profesional.

Reclaman las sumas de \$7.000 en concepto de pérdida de chance, y \$12.000 por daño moral.

Ofrece prueba, funda en derecho y requiere se haga lugar a la demanda.

A fs. 119/135 se presentan los Dres. D. A. d. M. y R. E. P. d. D., letrado apoderados del Banco de la Provincia de Buenos Aires, y contestan la demanda, efectuando una negativa general y particular de los hechos narrados por el actor, y solicitando la citación como tercera de ANSeS.

Alegan que el 04/12/1997 el banco suscribió un acuerdo con la Comisión Nacional de Pensiones Asistenciales dependiente de la Secretaría de Desarrollo Social de la Nación a los fines de instrumentar una línea especial de créditos destinada a los ex combatientes de Malvinas, obligándose a deducir de las pensiones otorgadas los importes correspondientes a los servicios de capital e intereses.

Detallan que en numerosos meses el actor incurrió en mora, habiéndose compro-

metido a que en caso de incumplimiento efectivizaría los pagos en el domicilio del banco demandado sito en 12 de Octubre N° 3545 de Mar del Plata.

A fs. 176 el primer juzgador resuelve decretar la nulidad de la notificación dirigida a ANSeS (fs. 146), que corre traslado de la citación del tercero solicitada por la parte demandada.

A fs. 192/195 vta. se presenta la Dra. C. M. F., letrada apoderada de la tercera citada ANSeS, efectúa una negativa general y particular de los hechos relatados en la demanda, y solicita se rechace la citación atento no haber suscripto convenio alguno con el banco demandado.

A fs. 226 bis vta. se abre la causa a la prueba.

A fs. 604/605 vta. se certifica el término probatorio.

A fs. 662/668 dicta sentencia el Sr. Juez de Primera Instancia en los términos expuestos en el acápite I.

VI. Pasaré a analizar los agravios planteados.

A) Responsabilidad del Banco de la Provincia de Buenos Aires.

En el caso de autos, el Sr. Carlos Eduardo Mármol demanda el resarcimiento de los daños y perjuicios causados por la indebida comunicación de su situación como deudor "moroso" que derivó en su inclusión en el registro de deudores del sistema financiero del B.C.R.A.

El Sr. Juez de primera instancia rechazó la demanda por no advertir irregularidad alguna en la conducta de la entidad financiera, considerando que informó correctamente la situación y comportamiento crediticio del actor, atento haber cancelado las cuotas del mutuo celebrado oportunamente en forma extemporánea. Es decir, consideró que no existía obrar antijurídico.

Entonces, el eje de la controversia se centra precisamente en la calificación que cabe otorgar a la información que, con relación al cumplimiento de las obligaciones crediticias del actor, el Banco de la Provincia de Buenos Aires reconoce haber remitido al B.C.R.A., puesto que el accionante alega que mensualmente se efectuaba el descuento en sus haberes destinado a la cancelación del crédito, configurando un obrar antijurídico de la entidad financiera su inclusión en el registro de deudores.

La accionada afirma que la misma fue exacta implicando ello que su parte carece de responsabilidad, postura defensiva que tuvo una favorable recepción en la sentencia recurrida.

Ahora bien, la mecánica establecida en el contrato de mutuo celebrado por las partes es la siguiente: el Banco de la Provincia de Buenos Aires entregó al Sr. Carlos Eduardo Mármol en calidad de préstamo la suma de \$10.000, pactándose su devolución en 120 cuotas mensuales y consecutivas deducidas mensualmente de la pensión que éste percibe en su condición de ex combatiente de Malvinas, para ser acreditadas en el Banco de acuerdo a los términos del convenio suscripto en fecha 04/12/1997 con la Secretaría de Desarrollo Social de la Nación (v. fs. 623).

Siguiendo con el contrato, se deja constancia que "el deudor presta expresa

conformidad con la operativa descripta, autorizando los débitos indicados y obligándose, en hipotético supuesto que, por cualquier causa, los mismos no pudieran efectivizarse, a abonarlos en efectivo, en tiempo oportuno y en el domicilio del Banco: 12 de octubre 3545 de la ciudad de Mar del Plata, sin necesidad de interpelación alguna” (v. Cláusula Adicional; fs. 623).

De la documentación que tengo a la vista surge que se trata de un contrato de consumo suscripto entre un proveedor de servicios financieros (banco) y un cliente (pensionado), y por ende, nos encontramos ante un régimen de responsabilidad objetiva que nace como consecuencia del incumplimiento del deber de seguridad entendida como garantía de la protección de la persona del cocontratante (arg. jurisprud. Cám. Nac. Civ. y Com. Fed., Sala II, del 19/02/2008, cit. por Juan M. Farina, “Defensa del consumidor y del usuario”, Ed. Astrea, Cdad. de Bs. As., 2008, p. 481; Cám. Apel. Civ. y Com., Quilmes, Sala II, causa N° 16.312 del 16/04/2015; doct. Revista de Derecho de Daños, 2017-1, Ed. Rubinzal-Culzoni; Aída Kemelmajer de Carlucci, “Responsabilidad civil”, Ed. Rubinzal-Culzoni, Cdad. de Bs. As., 2007, p. 162).

En igual sentido se ha expedido la Corte Suprema de la Nación al sostener que la responsabilidad por violación al deber de seguridad en el marco de una relación de consumo es objetiva, alcanzando la indemnidad del consumidor a los hechos jurídicos, actos unilaterales y actos bilaterales. (CSJN, *in re*, “Mosca, Hugo A. c. Buenos Aires, Provincia de [Policía Bonaerense] y otros s/ daños y perjuicios”, sent. del 06/03/2007).

Esta normativa tiene su basamento en el artículo 42 de la Constitución Nacional, siendo de cumplimiento obligatorio y comparando los derechos del usuario-consumidor. No debemos olvidar que el espíritu del legislador fue concebir una legislación para prevenir situaciones ultrajantes en desmedro de los consumidores, realidad que a diario se percibe (arg. arts. 42, 75 inc. 22 y ccdtes. de la Constitución Nacional, 38 de la Constitución de la Pcia. de Bs. As., 29 y ccdtes. del Pacto de San José de Costa Rica; jurisprud. CSJN, *in re*, “Montoya, Mauricio J. c. Transportes Metropolitanos General San Martín SA y otros s/ daños y perjuicios”, sent. del 26/03/2013; doct. Eduardo Molina Quiroga, “Los Bancos de datos crediticios y la defensa del consumidor”; Picasso, Vázquez-Ferreira, “Ley de defensa del consumidor anotada y comentada”, T. II, LA LEY, p. 416; Carlos Gerscovich, “Consumidores Bancarios - Derechos económicos de los bancos y sus clientes”; Eduardo Antonio Barbató, “Contratación bancaria”, Edit. Astrea, p. 303 y sgtes., Edit. Abeledo Perrot, p. 282; CNCom., Sala C, 26/03/2002 “Halabi, Ernesto c. Citibank N.A.”, eldial AAE44).

Si bien se ha discutido que en el nuevo Cód. Civil y Comercial algunos autores señalan que se ha suprimido el deber de seguridad, participo de la corriente doctrinaria que se encuentra vigente con el principio de buena fe, debiendo el banco tomar las medidas necesarias para evitar el daño (arts. 1°, 2°, 7°, 3° párrafo, 9°, 10, 11 y ccdtes. del Cód. Civil y Comercial).

Téngase en cuenta que el derecho del consumidor es un microsistema que establece la ley en protección del usuario y que tiene raigambre constitucional en el art. 42 de la Constitución Nacional.

Este artículo adopta la expresión de “relación de consumo” para evitar circunscribirse a lo contractual y referirse con una visión más amplia a todas las circunstan-

cias encaminadas a satisfacer la demanda de bienes y servicios para destino final de consumidores y usuarios (arg. jurisprud. esta Sala, causa N° 160.311, RSD 104/16 del 24/05/2016).

Una vez establecido el encuadre jurídico, analizaré la prueba producida de conformidad con la legislación protectora del consumidor, debiendo estarse a los principios de carga e interpretación de la prueba previstos en la normativa consumeril, a saber, cargas probatorias dinámicas e “*in dubio pro consumidor*” (arg. arts. 1°, 2°, 3°, 5°, 6°, 37, 40, 53 y ccdtes. de la ley 24.240 —ref. por ley 26.361—, 42 de la Constitución Nacional, jurisprud. esta Sala en la causa N° 160.311 “Amelotti, Alma E. s/ sucesión c. Los Gallegos Martínez Navarro y Cía. SA s/ daños y perjuicios”, sent. del 24/05/2016; doct. Shina, Fernando E., “Daños al consumidor”, Ed. Astrea, Bs. As., 2014, p. 152).

A fs. 263 se agrega prueba informativa del Banco Central de la República Argentina en que se deja constancia que se han localizado en cuatro fojas los registros históricos en el régimen informativo de Deudores del Sistema Financiero para la clave perteneciente al Sr. Carlos Eduardo Mármol, precisando que “en el período septiembre de 2001 hasta septiembre de 2003, las situaciones 1 (normal) y 2 (con riesgo potencial —con seguimiento especial o de cumplimiento inadecuado—) fueron difundidas con la leyenda ‘STD’ —Standard—”.

De la absolución de posiciones del actor Sr. Carlos Eduardo Mármol surge que los daños y perjuicios derivados de la indebida inclusión en el registro de deudores no fueron originados por ANSeS, al sostener que concurrió en reiteradas oportunidades al Banco de la Provincia de Buenos Aires en que se le informó que no tenía deuda (v. fs. 285/vta.).

Sin embargo, el actor señala que se le explicó en organización “Veraz” que el retardo en el pago de las cuotas del mutuo pactado fue informado por dicha entidad bancaria (v. pos. 10; fs. 285/vta.).

A fs. 425/428 vta. se presenta dictamen pericial contable en que el C.P.N. Omar Alcides Ponce de León da cuenta de un contrato de mutuo por la suma de \$10.000 suscripto entre el Banco de la Provincia de Buenos Aires y el Sr. Carlos Eduardo Mármol, a devolverse en 120 cuotas mensuales y consecutivas, calculadas por medio del sistema de amortización francés, venciendo el primer servicio el 30/04/1998 y los restantes el mismo día de los meses subsiguientes.

En el dictamen se detalla que “del 1° al 15 de cada mes y una vez debitadas las cuotas de las pensiones, la Secretaría (Comisión Nacional de Pensiones Asistenciales) depositará el importe total recaudado en la cuenta corriente N° ... N° CUIT 33-...-9 a nombre de Sección Crédito Hipotecario, radicada en Casa Matriz La Plata”.

Sigue explicando el experto que el actor Sr. Carlos Eduardo Mármol es registrado en las bases de datos de la Organización Veraz SA y del Banco Central de la República Argentina con el código 2 correspondiente a ‘Atraso’ en los meses de sept/03, oct/03, nov/03, dic./03, ene/04, marzo/04, jun/04, jul/04, ago/04 y nov/04, con el código 1 correspondiente a ‘Normal’ en los meses de feb/04, abril/04, sept/04 y ene/05, y con el símbolo ‘-’ correspondiente a ‘Sin información’ en los meses de ago/03, may/04, oct/04, dic. 04 y desde feb/05 en adelante”.

A fs. 505/506 se produce dictamen pericial contable en el Banco de la Provincia

de Buenos Aires - Casa Matriz La Plata en que se indica que “existieron atrasos en los pagos efectuados por ANSeS al Banco de la Provincia de Buenos Aires”, encontrándose el crédito cancelado por haberse abonado la totalidad de las cuotas (v. ptos. 1 y 6).

Agrega que “en la medida que el ANSeS efectuaba los depósitos en la cuenta habilitada a esos efectos el Banco procedía a la imputación de esas partidas para cancelar las cuotas de los clientes de la línea ‘ex combatientes’ por lo que se cumplió con toda la normativa emanada del BCRA”.

Del análisis de la prueba producida surge que la operatoria consistía en la autorización (mandato) que el accionante confería a la Secretaría de Desarrollo Social de la Nación para descontar de la pensión otorgada al Sr. Carlos Eduardo Mármol el importe de la cuota adeudada, y efectuara la transferencia de este importe al Banco de la Provincia de Buenos Aires (v. dictamen pericial de fs. 425/428 vta.).

Con el resultado de tal operatoria se han registrado atrasos en los pagos efectuados al Banco de la Provincia de Buenos Aires (fs. 505/506), y éste informó la situación del deudor de conformidad con las Circulares “A” 2729, 2930, 3241 y ccdtes. del B.C.R.A. (cfr. doct. Osvaldo Alfredo Gozañi, “La defensa de la intimidad y de los datos personales a través del *habeas data*”, Ed. Ediar, Cdad. de Bs. As., 2001, p. 350 y ss.).

Entonces, la institución bancaria debió informar al usuario del servicio financiero que se presentaron circunstancias que tornaron operativa la opción prevista en la cláusula adicional del mutuo suscripto por las partes: “...en hipotético supuesto que, por cualquier causa, los mismos no pudieran efectivizarse, a abonarlos en efectivo, en tiempo oportuno y en el domicilio del Banco: 12 de octubre 3545 de la ciudad de Mar del Plata, sin necesidad de interpelación alguna” (v. Cláusula Adicional; fs. 623).

Cabe preguntarse cuál es la actividad de los bancos en estos casos.

Tienen el deber de no ocasionar un daño que pesa indeterminada y genéricamente sobre todos, y sobre ellos recae una obligación que les impone la carga de realizar todas las acciones que exija la naturaleza del contrato tendientes a evitar perjuicios a sus clientes (doct. arts. 1198 del Cód. Civil; 7°, 3° párrafo, 9°, 10, 11, 12 y ccdtes. del nuevo Cód. Civil y Comercial).

Debemos tener en cuenta que hay una desigualdad jurídica, dada la posición dominante del sistema bancario, y una desigualdad en conocimiento por parte de los usuarios del sistema, de ahí nace con claridad el deber de informar de raigambre constitucional.

Con el correr del tiempo se ha generado en torno a los bancos un plexo de actividades complejas, muchas veces sofisticadas y de riesgos cruzados. Ello sitúa el rol de la entidad bancaria demandada en una función especializada que se despliega profesionalmente como garante de las actividades económicas que se realizan por su intermedio, en cuyo cumplimiento debe extremar los cuidados requeridos por los intereses que le han sido confiados (arg. doct. Picasso-Vázquez Ferreira, T° II Editorial LA LEY, p. 327).

En su calidad de intermediarios financieros, ejercen objetivamente una actividad privada, pero que reviste un intenso interés público y trascendente función social. El desempeño de su acti-

vidad requiere ineludiblemente de profesionalidad, idoneidad y experiencia en la gestión y administración de los servicios bancarios. Así, las entidades financieras deben observar las reglas elementales de prudencia y buena organización para prevenir de todo perjuicio a su cliente (arg. jurisprud. esta Sala, causa N° 150.783, RSD 22/13 del 21/02/2013).

La responsabilidad del banquero es consecuencia de la actuación profesional propia de esa empresa, que presume una especial pericia para el desempeño de su actividad, y que obliga a juzgar sus deberes con mayor severidad, conforme las pautas que prescribe el art. 902 del Cód. Civil, en cuanto dispone “cuanto mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor será la obligación que resulte de las consecuencias posibles de los hechos” (arg. esta Cámara, Sala II, causa N° 114.234, RSD 434/0 del 26/10/2000; Villegas, “Compendio jurídico, técnico y práctico de la actividad bancaria”, Ed. Depalma, p. 462 y ss.).

Es por ello que al analizar el comportamiento del banco tengo presente que es un ente financiero al que debe atribuirse un alto grado de especialidad con obvia superioridad técnica sobre el actor (arg. jurisprud. Cám. Apel. Civ. y Com., San Martín, causa N° 67.517, RSD 53/14 del 15/05/2014).

Consecuentemente, aprecio la conducta del Sr. Carlos Eduardo Mármol en su condición de persona humana usuaria del servicio financiero (arts. 1073, 1074 y ccdtes. del Cód. Civil y Com. de la Nación), mientras que la actividad del banco, reitero, debe ajustarse al standard de responsabilidad agravada (arg. art. 512, 902 y 909 del Cód. Civil; doct. “Contratación bancaria”, Ed. Astrea, 2da. edición actualizada y ampliada, Bs. As., 2002, T. I, p. 597).

Con mayor razón si tenemos en cuenta que la modalidad de pago de débito de las cuotas adeudadas por planilla de descuento de los haberes a percibirse en concepto de pensión la estipulan en general los bancos a los fines de asegurarse la percepción de los créditos tratando de disminuir al máximo una posible morosidad del deudor.

En este esquema, los bancos diseñan el sistema de préstamo, mientras que sus clientes —en este caso, el pensionado— sólo pueden adherir al esquema planteado a fin de obtener el crédito.

Conforme las pautas analizadas resalto que el control del ingreso efectivo del importe de la cuota en el banco se encontraba fuera de las posibilidades del actor.

En efecto, del contrato de mutuo suscripto por el accionante no emana obligación alguna en cabeza de éste respecto a controlar el efectivo ingreso de la cuota a su destinatario final, es decir al banco demandado, limitándose la opción de abonar las cuotas mediante el descuento de haberes o pagar las mismas en el domicilio de la entidad bancaria (v. fs. 623).

Por lo tanto, cualquier deficiencia en el funcionamiento de estas estructuras no puede causarle un perjuicio al usuario del servicio —*vgr.* pasando a encontrarse en un registro de deudores de carácter público—, pues éste sólo se limita a cumplir su compromiso a través del sistema de retención de sus haberes. Todo lo expuesto se traduce en la obligación del banco de mantener incólumes sus derechos, actuando de buena fe y brindando siempre una adecuada información (arts. 3°, 4° y 37 de la LDC).

Sentado lo anterior, y analizados los hechos y pruebas descriptas en los presentes

actuados, atento las constancias obrantes en autos, tengo por acreditada la conducta antijurídica del banco por violación del deber de seguridad que se hace efectivo en este supuesto a través del estricto cumplimiento del deber de informar.

Ello por cuanto la finalidad del ejercicio del deber de información, se encuentra orientada a brindar datos útiles para llegar a tomar por el consumidor, en caso de necesidad, una decisión fundada en un conocimiento adecuado y veraz.

Vale recordar que el fundamento del instituto (deber de información) radica en la buena fe, la lealtad que debe presidir la relación contractual. Es innecesario aclarar que la noción de buena fe, excede con holgura la simple “obligación de informar”, pues comprende otros muchos deberes que se deben uno y otro contratante: así computamos entre otros, los deberes de colaboración recíproca, de veracidad y franqueza; en fin el deber de abstenerse de realizar actos antifuncionales que pudiesen deteriorar la relación o dificultar el cumplimiento armónico de las prestaciones debidas (conf. Brebbia, Roberto H., “Responsabilidad precontractual”, cit. Pas. 93/93; Llobet Aguado, Joseph, “El deber de información de los contratos”, Marcial Pons, Madrid, p. 1996, p. 37; Carlos G. Gerscovich, “Consumidores Bancarios-Derechos económicos de los bancos y sus clientes”, Edit. Abeledo Perrot, 2011, p. 283).

El banco a fin de cumplir con el deber de información exigido por la normativa, debió poner en conocimiento del deudor que los descuentos no estaban siendo efectivizados en tiempo oportuno y que en virtud de ello el Sr. Carlos Eduardo Mármol resultaba moroso, dándole la posibilidad de hacer uso de la opción de pago en efectivo en el domicilio del banco previsto por la cláusula adicional del mutuo de fs. 623.

En autos no surge acreditado que el demandado Banco de la Provincia de Buenos Aires haya informado al actor Sr. Carlos Eduardo Mármol que resultaba deudor del banco, a cuanto ascendía la deuda y qué períodos correspondía (arts. 375, 384 y ccdtes. del CPC, 3°, 37, 53 y ccdtes. de la ley 24.240 —ref. por ley 26.361—).

De ello se infiere una actitud omisiva del banco en cuanto al cumplimiento de su deber de informar violatoria del deber de indemnidad y obligación de seguridad que acarrea responsabilidad (arg. arts. 1198 del Cód. Civil, 961, 1061 y ccdtes. del nuevo Cód. Civil y Comercial; jurisprud. SCBA C. 89.688 del 14/10/2009, esta Sala, causa N° 150.783, RSD 22/13 del 21/02/2013).

Por lo tanto, concluyo que le asiste razón a la parte actora, al haber infringido la demandada el deber de seguridad, incumpliendo con los deberes de buena fe que prima en materia contractual, cooperación y diligencias debidas según la naturaleza de la obligación contratada (arts. 4°, 37 y ccdtes. LDC, 1071 del Cód. Civil). En definitiva, encontrándose acreditada la antijuridicidad de tal conducta —violación al deber de seguridad—, teniendo en consideración la profesionalidad del banquero, entiendo que la injustificada inclusión en un registro de deudores es según el curso normal y ordinario de las cosas idónea como fuente generadora de daños y siendo que como se expondrá al ingresar en el tratamiento de los rubros indemnizatorios existen daños resarcibles causados por la conducta de la demandada, corresponde hacer lugar a la demanda planteada por el Sr. Carlos Eduardo Mármol contra el Banco de la Provincia de Buenos Aires con los alcances que se darán al ingresar en la consideración del resarcimiento

de daños invocados (art. 42 de la Constitución Nacional; arg. jurisprud. esta Sala, en las causas N° 153.582, “Pastore, Mabel R. c. Banco Columbia SA”, sent. del 10/07/2018; N° 149.597, “Pichón, Luis A. c. Banco Columbia SA s/ daños y perjuicios”, sent. del 08/03/2012; esta Cámara, Sala II, en las causas N° 161.531, “Santos, Ángel G. c. Banco de Galicia y Bs. As. s/ daños y perjuicios”, sent. del 08/11/2016; N° 142.169, “Santiago, Facundo c. Banco de Galicia y Bs. As. s/ daños y perjuicios”, sent. del 09/03/2010).

B) Rubros indemnizatorios

- Daño moral

Reclama el apelante por este rubro la suma de \$12.000 o lo que en más o en menos resulte de la prueba producida, a cuyo fin expone que como víctima de la conducta desplegada por la demandada se ha visto atacado en su honor, siendo su solvencia pública seriamente vulnerada, y debió soportar un padecimiento como consecuencia de no poder licitar el vehículo que venía abonando con mucho esfuerzo, debiendo concurrir en reiteradas oportunidades a la Sucursal Mar del Plata del Banco de la Provincia de Buenos Aires en busca de una adecuada respuesta o una retractación de la entidad ante el arbitrio proceder (v. fs. 16/vta.). Liminariamente cabe recordar que debe considerarse al daño moral como la lesión a derechos que afectan el honor, la tranquilidad, la seguridad personal, el equilibrio psíquico, las afecciones legítimas en los sentimientos o goce de bienes, así como los padecimientos físicos o espirituales que los originen, relacionados causalmente con el hecho ilícito (arg. jurisprud. SCBA C. 101.573 del 17/08/2011).

Sin perjuicio de lo anterior, participo del criterio jurisprudencial que admite para casos como el traído el daño moral por el sólo hecho de la acción antijurídica —daño *in re ipsa*— consistente en incluir o mantener indebidamente a alguien en una base de datos de consulta pública o registro de deudores, trasladando al que procedió de esa manera la carga de la prueba de los hechos exculpativos por aplicación del principio de la distribución dinámica probatoria (arg. jurisprud. SCBA C. 101.573 del 17/08/2011; esta Sala, causa: “Valenti, Carlos A. c. BBVA Banco Francés SA s/ daños y perjuicios”, RSD 96/9 del 28/12/2009; Cám. Civ. y Com., La Matanza, Sala I, causa: “Bressan, Walter D. c. Banco de Galicia y Bs. As. s/ Daños y perjuicios”, RSD 1/1 del 05/07/2001; Cám. Civ. y Com. II, La Plata, Sala II, causa: 103.205, RSD 320/4 del 16/09/2004, “Rey, Viviana A. c. Finvercon SA Cía. Financiera s/ Daños y perjuicios”; Cám. Nac. Com., Sala C, causa: “Rueda, Elena Luján c. Citibank N.A. del 04/04/2003, Cám. Nac. Com., Sala B, causa N° 30.247/2000 del 12/09/2002, el-dial.com - AA1334).

Ello pues, la indebida inclusión en los registros de deudores con las consecuencias disvaliosas para la vida de relación, la posibilidad de crédito y giro comercial del cliente, necesariamente provoca de ordinario una perturbación de la tranquilidad y la paz de espíritu que debe ser indemnizada (arg. jurisprud. esta Cámara y Sala en las causas N° 154.916, “Amaya, María A. c. BBVA Consolidar Seguros SA s/ daños y perjuicios”, sent. del 03/12/2013; 153.582, “Pastore, Mabel R. c. Banco Columbia SA”, sent. del 10/07/2018; 149.597, “Pichón, Luis A. c. Banco Columbia SA s/ daños y perjuicios”, sent. del 08/03/2012). A ello cabe agregar que en el caso particular de autos nos encontramos frente al reclamo efectuado por un consumidor quien por su particular condición de parte débil, que no sólo se evidencia al momen-

to de contratar sino también cuando debe efectuar un reclamo por deficiencias del producto o servicio prestado por el proveedor, se encuentra ante un panorama de mayores angustias al saberse en inferioridad de condiciones ya sea patrimoniales o informativas para lograr obtener la reparación del perjuicio sufrido (arg. doct. Cám. de Apel. en lo Civ. y Com. de Azul, Sala II, en causa N° 57.494, “Rossi, Laura V. c. Whirlpool Arg. SA s/ daños y perjuicios”, sent. del 11/06/2013; Cám. de Apel. en lo Civ. y Com. de Azul en la causa N° 214, “Boragno, Cristian c. Dragoun, Jorge y otros s/ daños y perjuicios”, sent. del 09/09/2004).

Sentado ello, analizaré la prueba producida tendiente a acreditar la existencia del daño reclamado.

A fs. 286 presta declaración testimonial la Sra. M. M. S., quien indica que —como consecuencia de su inscripción en el registro de deudores— el actor “estaba deprimido y desesperado. Es una persona que nunca tuvo problemas, que estaba al día”.

A fs. 287 declara el testigo Sr. O. H. P. que el actor estaba mal en razón de encontrarse en el Veraz, y no haber podido acceder a un crédito para abonar un auto, debiendo terminar de abonar todo el plan para que éste sea entregado.

A fs. 288 obra declaración testimonial del Sr. H. C. M., quien sostiene que el actor estaba muy preocupado y deprimido ya que nunca había figurado como deudor.

A fs. 289 presta declaración testimonial el Sr. C. N. P., indicando que el actor “estaba muy deprimido” como consecuencia de su inscripción en el Veraz.

A fs. 290/vta. declara el testigo S. V. que —como consecuencia de la situación denunciada— el actor “se encontraba desconocido, lo veíamos mal pero no sabíamos porque”.

En base a todo ello, arribo al convencimiento de que se ha configurado daño moral en el accionante Sr. Carlos Eduardo Mármol a consecuencia del actuar del demandado Banco de la Provincia de Buenos Aires, que debe ser resarcido, no encontrándose su reconocimiento y cuantía sujeto a reglas fijas sino al prudente arbitrio judicial (arg. jurisprud. SCBA C. 101.573 del 17/08/2011; art. 11 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, arts. 18, 28, 33, y 75 inc. 22 de la Constitución Nacional; Cámara Nacional Comercial, Sala C, sent. del 27/04/2010, “Morón Concesiones SRL contra Compañía Cervecería Brahma Argentina SA”; Sent. del 06/06/1994, “Guimasol SA c. Lever y Asociados SA”, LA LEY, 1995-B, 170 y La Ley Online: AR/JUR/636/1994). Así pues, teniendo en cuenta las pruebas descriptas, valoradas a la luz de las reglas de la sana crítica, el principio de reparación integral, lo dispuesto por el art. 165, “*in fine*” del CPC y considerando a su vez que la cuantificación del daño ha quedado supeditada a lo que en más o menos determine el juzgador, estimo que este parcial debe admitirse a valores actuales por la suma de pesos ochenta mil (\$80.000), con más los intereses que se detallarán *ut infra* (arts. 499, 505, 522 del Cód. Civil y arts. 7°, 1740, 1741 y ccdtes. del Cód. Civ. y Com. de la Nación, 375, 384, 456, 474 y ccdtes. del CPC).

- Daño patrimonial - Pérdida de chance

El segundo parcial peticionado se refiere a la procedencia del daño material.

Es verdad que tratándose de daños indemnizados como “pérdida de oportunidad o chance” existe cierto grado de incer-

tidumbre, puesto que no es posible saber si el afectado por el comportamiento antijurídico que ha interferido en el curso de los acontecimientos, habría o no obtenido cierta ventaja o evitado cierta pérdida.

En tal sentido ha dicho la Suprema Corte de la Provincia que con la expresión pérdida de una chance se indican todos los casos en los cuales el sujeto afectado podría realizar un provecho, obtener una ganancia o beneficio, o evitar una pérdida, lo que fue impedido por el hecho antijurídico de un tercero, generando de tal modo la incertidumbre de saber si el efecto beneficioso se habría o no producido, pero que, evidentemente, ha cercenado una expectativa, una probabilidad de una ventaja. (SCBA, Ac 91.262, S 23/05/2007).

Pero por obvio que resulte aclararlo la incertidumbre que tolera el rubro sólo puede recaer sobre “el beneficio esperado” o “la pérdida sorteada”, mas no sobre los hechos que determinan que la probabilidad exista.

En otras palabras, para la reparación por pérdida o frustración de la chance deben coexistir un elemento de certeza y otro de incertidumbre. Certeza de que, de no mediar el evento dañoso, el damnificado habría mantenido la esperanza de obtener una ganancia o evitar una pérdida patrimonial. Y la incertidumbre de que manteniéndose la situación de hecho o de derecho que era el presupuesto de la chance, la ganancia se habría en realidad obtenido o la pérdida se habría evitado (conf. jurisprud. esta Sala, causa N° 148.655, RSD 30/13 del 07/03/2013; Sala 2, causa N° 141.561, RSD 774/9 del 08/09/2009).

Veamos la prueba obrante en autos.

A fs. 310 luce obrante prueba informativa emanada de “Francisco Osvaldo Díaz SA” de la que surge que “el señor Carlos Eduardo Mármol no figura en los registros de esta firma como comprador de unidad alguna”.

A fs. 397/400 se agrega prueba informativa emanada de “Círculo de Inversores SA” en que se deja constancia que se adjudicó una unidad con inscripción de contrato prendario, siendo retirada la misma por el actor en fecha 19/01/2008.

A fs. 286/vta. presta declaración testimonial la Sra. M. M. S., quien indica que al actor le fue denegado un préstamo para comprar un auto debido a su inclusión en el Veraz, teniendo que abonarlo en efectivo para poder retirarlo.

A fs. 287/vta. declara el testigo Sr. O. H. P. que “cuando fue a pagar el auto, no lo pudo hacer porque estaba en el Veraz”.

A fs. 288 obra declaración testimonial del Sr. H. C. M., quien sostiene que en 2004 el actor quiso sacar un vehículo de la concesionaria “Díaz” y no pudo hacerlo por figurar en el Veraz, mientras que en 2005 tuvo que “salir a buscar plata” a raíz de haber sido sorteado para adjudicar un vehículo marca *Peugeot*.

A fs. 289 presta declaración testimonial el Sr. C. N. P., indicando que el actor “quiso comprar un auto y no lo pudo hacer porque estaba en el Veraz, creo que fue en el 2004, la concesionaria a la que fue a comprar fue Díaz Sur y era un Palio y en el 2005 quiso comprar un Peugeot, por licitación y tampoco pudo comprarlo por aparecer en el Veraz”.

A fs. 290/vta. declara el testigo S. V. que al actor no le financiaban la compra de un vehículo porque se encontraba incluido en el Veraz.

Sin embargo, estos testimonios confrontados con la prueba informativa obrante a fs. 310, no logran aportar un contexto objetivo idóneo o favorable que permita suponer, con una intensidad o verosimilitud suficiente como para erigirse en probabilidad cierta, que la inclusión del actor en el registro de deudores haya tenido una repercusión de contenido patrimonial (conf. jurisprudencia esta Sala, causa N° 148.655, RSD 30/13 del 07/03/2013; Sala 2, causa N° 141.561, RSD 774/9 del 08/09/2009).

En efecto, pese a tratarse de una posibilidad y de encontrarse en una zona gris entre lo cierto y lo incierto, la “chance” debe consistir en una razonable aspiración de obtener un beneficio económico que debe ser demostrado con prueba concreta, admisible y conducente (Piedecabras, Miguel A., “La pérdida de chance en la CSJN, Revista de Derecho de Daños”, 2008-I, p. 173 y ss.).

La actora, para demostrar la chance truncada debió explicitar y acreditar indefectiblemente y con sólidos elementos, las repercusiones económicas que tuvo la incorporación del actor en el registro de deudores, extremo que no ha acaecido en autos (cfr. esta Cámara, Sala II, causa N° 152.458, RSD 116/13 del 28/05/2013).

Por ello, considero que resulta improcedente el reconocimiento del presente rubro indemnizatorio, correspondiendo su desestimación.

C) Intereses: En primer lugar, corresponde determinar la fecha a partir de la cual deben computarse los intereses moratorios del rubro indemnizatorio admitido.

En esta labor, advierto que el punto de inicio del cómputo de los intereses debe fijarse en la fecha en que se ha notificado la demanda —27/04/2006— (conf. fs. 77/vta.), atento la falta de acreditación de intimación previa (art. 509 del Cód. Civil). Dicho esto, cabe determinar cómo deben ser liquidados tales accesorios.

Así destaco que de conformidad con lo dispuesto por la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires en los autos: “Vera, Juan Carlos” (C. 120.536, sentencia del 18 de abril de 2018) y “Nidera SA” (C. 121.134, sentencia del 03 de mayo de 2018), el rubro daño moral debe ser fijado “a valores actuales”. Dígase al respecto que el Máximo Tribunal Provincial varió a partir de dichos precedentes la posición que supo sostener en los fallos “Cabrera” (Ac. 119.176, del 15/06/2016) y “Padin” (C. 116.930, sent. del 10/08/2016) con relación a los intereses moratorios liquidados sobre créditos calculados a valores actuales, en tanto en estos nuevos precedentes resolvió que en aquellos supuestos en los que sea pertinente el ajuste por índices o bien cuando se fije un *quantum* a valor actual, los intereses moratorios sobre el crédito indemnizatorio deben liquidarse aplicando una tasa pura del 6% anual que se devenga desde que se hayan producido los perjuicios y hasta el momento tenido en cuenta para la evaluación de la deuda (arts. 772 y 1748, Cód. Civ. y Com.), aplicando de allí en más aplicable la tasa pasiva más alta fijada por el Banco de la Provincia de Buenos Aires en sus depósitos a treinta días.

Llevando tales premisas al caso de autos resulta que los intereses moratorios a calcularse sobre el rubro daño moral deberán fijarse al 6% desde la mora hasta el dictado de la presente sentencia y, a partir de allí, a la tasa pasiva más alta fijada por el Banco de la Provincia de Bs. As. en sus depósitos a treinta días (arg.

jurisp. esta Sala, causa N° 153.582, RSD 118/18 del 10/07/2018).

D) Pretensión de eliminación de todo registro de la base de datos del B.C.R.A. Como objeto de su demanda, además de los daños y perjuicios reclamados, pretende la accionante que se ordene al Banco de la Provincia de Buenos Aires “que proceda a la eliminación del suscripto como deudor del sistema financiero de la base de datos del Banco Central de la República Argentina y de la base de toda otra que corresponda, imponiéndose sanciones conminatorias para caso de incumplimiento” (v. fs. 11 vta.).

Entiendo que tal pretensión ha caído en abstracto. Siendo que la información suministrada lo ha sido desde el año 2003 hasta el año 2004 (fs. 425/428 vta.) y teniendo en consideración que según lo dispuesto por el inc. 4° del art. 26 de la ley 25.326 “...Solo se podrán archivar, registrar o ceder los datos personales que sean significativos para evaluar la solvencia económico-financiera de los afectados durante los últimos cinco años...”, a la fecha ya ningún perjuicio podrá ocasionar a la actora aquello que fuera informado por Banco de la Provincia de Buenos Aires, careciendo de actualidad por tanto lo pretendido en la demanda sobre tal cuestión.

E) Citación del tercero - Costas

Cabe señalar que la citación de terceros no es una obligación sino una facultad de aquel que considere que la controversia le resulta común, pudiendo solicitar la misma en resguardo de su propio interés (arts. 68, 94 y ccdtes. del CPC; argt. jurisprudencia. Cám. Apel. Civ. y Com., San Martín, causa N° 60.101, RSD 65/8 del 18/03/2008).

En el particular, el recurso deducido a fs. 675 se limita a cuestionar la violación del deber de seguridad de la entidad bancaria demandada, habiéndose declarado nula la intervención de ANSeS (fs. 146), quedando incólume la inexistencia de responsabilidad por parte de la citada resuelta en la instancia de origen (v. presentación del 16/10/2018, y fs. 176).

En consecuencia, resultando el tercero citado eximido de responsabilidad y deviniendo estéril su intervención por resultar la demandada responsable por violación del deber de seguridad enmarcada en la Ley de Defensa del Consumidor, las costas correspondientes a la citación deben imponerse a la vencida en la disputa y, por ende, debe confirmarse la sentencia de primera instancia sobre tal cuestión (art. 68 del C.P.C.; arg. jurisprudencia. Cám. Apel. Civ. y Com., San Martín, causa N° 60.101, RSD 65/8 del 18/03/2008; Cám. Apel. Morón, causa N° 32.984, RSD 72/95 del 23/03/1995; Cám. Apel. Civ. y Com. II, La Plata, Sala I, causa N° 81.822, RSD 74/96 del 28/03/1996).

F) Mandato preventivo:

Al margen de la solución que para el caso puntual bajo examen expuse en los apartados anteriores, también propongo en este Acuerdo una resolución adicional dirigida a la entidad bancaria demandada.

Concretamente, haciendo aplicación de lo dispuesto por los arts. 1710/1712 del Cód. Civ. y Com. de la Nación, y más específicamente de su art. 1713, considero propicio incluir —paralelamente a la condena requerida por el Sr. Mármol— un “mandato preventivo” dirigido al Banco de la Provincia de Buenos Aires, asumiendo el rol que me corresponde como magistrada en torno a procurar evitar daños, también llamada “función preventiva de daños” (v. nota de Peyrano “El perfil deseable del

juez del siglo XXI”, pub en J.A. año 2001-IV-1125; Roberto Loutayf Ranea y Ernesto Solá, “Naturaleza jurídica de la prevención de daños e ilícitos que realizan los jueces”, en Jorge W. Peyrano, “La acción preventiva en el Código Civil y Comercial de la Nación”, Ed. Rubinzal-Culzoni, Cdad. de Santa Fe, 2016, ps. 417/8, jurisprudencia. Cám. Apel. Civ. y Com., Azul, Sala II, *in re*, “Biordo, Miguel A. c. Rutas al Sur Concesionario s/ daños y perjuicios”, sent. del 11/11/2015).

En el caso particular que aquí nos toca resolver advierto una circunstancia que no puedo pasar por alto: el cliente que pidió el préstamo al Banco es una persona que recibe una pensión en su condición de ex-combatiente de Malvinas y no surgiendo de autos que el Sr. Mármol se dedique a alguna actividad empresarial o remunerativa, me permite inferir que la pensión es su principal fuente de ingresos.

Ello, en mi opinión, expone al cliente a cierto estado de vulnerabilidad, más aún cuando su participación en la contratación no es mucho más que la de un espectador que suscribe aquellos documentos o formularios que le ponen ante sí como condición para contar con el dinero que requirió en préstamo. O, peor aún, debe operar “electrónicamente” para realizar algunas gestiones propias de la contratación (arg. jurisprudencia. Juzgado de Control, Niñez, Juventud, Penal Juvenil, Violencia Familiar y Faltas de Marcos Juárez, *in re*, “Cantoni, Néstor J. c. Banco de la Provincia de Córdoba (BANCOR) s/ amparo” [SAC 6.807.370], sent. del 03/04/2018).

En mi experiencia, a partir de la oferta masiva por medios televisivos o radiales, los contratos como el que aquí nos convoca, resultan, para personas de bajos recursos, un medio de acceso rápido al crédito para la adquisición de bienes o servicios, por lo que es en estos supuestos en los que las entidades bancarias deben extremar los cuidados que, por su profesionalidad, están claramente a su alcance, de modo que no puedan reeditarse situaciones como la que tuvo que atravesar el Sr. Mármol.

En concreto, propongo un “mandato preventivo” mediante el cual se haga saber al Banco de la Provincia de Buenos Aires que, aun cuando en el texto de los contratos de préstamo (específicamente aquellos en los que la modalidad de percepción de la cuota sea retención directa de los haberes jubilatorios o pensiones) se encuentre inserta una cláusula que disponga, ante la imposibilidad de percibir la cuota del préstamo, la asunción del depósito o pago inmediato por el mutuuario, no se lo considere en situación de “mora” (lo que implicaría, de modo inmediato, la comunicación al BCRA), hasta tanto se lo notifique fehacientemente de la imposibilidad de efectuar la retención en los sucesivos “barridos” que se hayan intentado, y por consiguiente, que deberá proceder a abonar por ventanilla (arts. 1710, 1711, 1712, 1713 y ccdtes. del nuevo Cód. Civil y Comercial).

Así lo voto.

El doctor Gérez votó en igual sentido y por los mismos fundamentos.

2ª cuestión. — La doctora *Zampini* dijo:

Corresponde:

I. Hacer lugar al recurso de fs. 675, y, en consecuencia, revocar la sentencia de fs. 662/668 condenando al Banco de la Provincia de Buenos Aires a abonar al actor la suma de pesos ochenta mil (\$80.000), con más los intereses a calcularse al 6% des-

de la mora —27/04/2006— hasta el dictado de la presente sentencia y, a partir de allí, a la tasa pasiva más alta fijada por el Banco de la Provincia de Bs. As. en sus depósitos a treinta días (arg. jurisprudencia. esta Sala, causa N° 153.582, RSD 118/18 del 10/07/2018), cayendo en abstracto la pretensión que se elimine todo dato suministrado al B.C.R.A. respecto del actor, con costas a la demandada vencida (art. 68 del CPC);

II. Como mandato “preventivo”, hacer saber al Banco de la Provincia de Buenos Aires que, aun cuando en el texto de los contratos de préstamo (específicamente aquellos en los que la modalidad de percepción de la cuota sea retención directa de los haberes jubilatorios o pensiones) se encuentre inserta una cláusula que disponga, ante la imposibilidad de percibir la cuota del préstamo, la asunción del depósito o pago inmediato por el mutuuario, no se lo considere en situación de “mora” (lo que implicaría, de modo inmediato, la comunicación al BCRA), hasta tanto se lo notifique fehacientemente de la imposibilidad de efectuar la retención en los sucesivos “barridos” que se hayan intentado, y por consiguiente, que deberá proceder a abonar por ventanilla (arts. 1710, 1711, 1712, 1713 y ccdtes. del nuevo Cód. Civil y Comercial);

III. Rechazar el recurso deducido a fs. 685, con costas a la demandada (art. 68 del CPC);

IV. Diferir la regulación de honorarios para su oportunidad (art. 31 de la ley 14.967).

Así lo voto.

El doctor Gérez votó en igual sentido y por los mismos fundamentos.

En consecuencia, se dicta la siguiente sentencia: Por los fundamentos expuestos en el precedente acuerdo: I. Se hace lugar al recurso de fs. 675, y en consecuencia, se revoca la sentencia de fs. 662/668 condenando al Banco de la Provincia de Buenos Aires a abonar al actor la suma de pesos ochenta mil (\$80.000), con más los intereses a calcularse al 6% desde la mora —27/04/2006— hasta el dictado de la presente sentencia y, a partir de allí, a la tasa pasiva más alta fijada por el Banco de la Provincia de Bs. As. en sus depósitos a treinta días (arg. jurisprudencia. esta Sala, causa N° 153.582, RSD 118/18 del 10/07/2018), cayendo en abstracto la pretensión que se elimine todo dato suministrado al B.C.R.A. respecto del actor, con costas a la demandada vencida (art. 68 del CPC); II. Como mandato “preventivo”, se hace saber al Banco de la Provincia de Buenos Aires que, aun cuando en el texto de los contratos de préstamo (específicamente aquellos en los que la modalidad de percepción de la cuota sea retención directa de los haberes jubilatorios o pensiones) se encuentre inserta una cláusula que disponga, ante la imposibilidad de percibir la cuota del préstamo, la asunción del depósito o pago inmediato por el mutuuario, no se lo considere en situación de “mora” (lo que implicaría, de modo inmediato, la comunicación al BCRA), hasta tanto se lo notifique fehacientemente de la imposibilidad de efectuar la retención en los sucesivos “barridos” que se hayan intentado, y por consiguiente, que deberá proceder a abonar por ventanilla (arts. 1710, 1711, 1712, 1713 y ccdtes. del nuevo Cód. Civil y Comercial); III. Se rechaza el recurso deducido a fs. 685, con costas a la demandada (art. 68 del CPC); IV. Se difiere la regulación de honorarios para su oportunidad (art. 31 de la ley 14.967). Notifíquese personalmente o por cédula (art. 135 del CPC). Devuélvase. — *Nélida I. Zampini*. — *Ruben D. Gérez*.



JURISPRUDENCIA AGRUPADA

CON LEGISLACIÓN Y DOCTRINA

Citación de terceros (*)

I. Legislación aplicable

1. Cód. Proc. Civ. y Com., arts. 90 a 96.

II. Jurisprudencia

II.1. Principios generales

1. La citación de tercero se trata de un instituto cuya aplicación es de excepción.

CNCiv., sala J, 05/06/2014, "B., A. V. c. S., C. M. y otro s/ art. 250 - incidente civil", AR/JUR/31316/2014.

2. La citación de terceros debe admitirse cuando la situación jurídica que da lugar al conflicto se encuentra conexas con una relación jurídica existente entre el tercero y alguno de los litigantes, y en el plano objetivo de los planteos se aprecia que la parte accionada se hallaría habilitada para promover una acción de regreso contra quien se intenta citar.

CNCiv., sala H, 06/11/2013, "Díaz, Ivo Sebastián c. Asociación del Fútbol Argentino y otro s/ art. 250 C.P.C.-incidente civil", Sup. Doctrina Judicial Procesal 2014 (mayo), 27; AR/JUR/82534/2013.

3. La citación de un tercero solicitada por la demandada solo es admisible frente a circunstancias especiales en las que exista un interés jurídico que corresponda proteger y no un mero interés del citante, pues aunque la ley no exige que demuestre cuál es la relación jurídica que los une, esta debe revestir seriedad suficiente para justificar la excepcional alteración que habrá de producirse en la composición originaria del pleito, máxime si la actora no lo demandó ni prestó conformidad a la citación.

CNCiv., sala E, 20/12/2012, "Prebble, Martín Eduardo y otro c. Medicus SA de Asistencia Médica y Científica y otros s/ daños y perjuicios", RCyS 2013-V, 237; AR/JUR/73018/2012.

II.2. Condiciones de procedencia

II.2.a. Comunidad de controversia

4. Para que resulte procedente la citación en calidad de tercero debe existir además del interés del citante el requisito de comunidad de controversia, ya que la expresión "controversia común" se refiere a los supuestos que tienden a evitar nuevos juicios, especialmente cuando una de las partes de resultar vencida se pueda considerar habilitada para intentar una pretensión de regreso contra el tercero.

CNTrab., sala I, 26/10/2016, "Ramírez, Alejandro Gregorio c. Federación Patronal Seguros SA y otro s/ accidente - ley especial", AR/JUR/82350/2016.

5. Corresponde desestimar el pedido de citación de terceros efectuada toda vez que la demandada negó que la actora se hubiera desempeñado a sus órdenes, lo cual impide considerar que la controversia

sea común, ya que si la emplazada nada tuviera que ver con el reclamo de la demandante, no existiría comunidad de controversia entre ella y la persona cuya citación se pretende.

CNTrab., sala X, 29/11/2017, "Irala Brítez, Rubén Darío c. Alemarsa SA s/ ley 22.250", AR/JUR/99631/2017.

6. La circunstancia de que el síndico anterior no hubiere actuado en el momento en que se sucedieron los hechos que motiva la *litis* actual impide admitir el pedido de su citación como tercero, ello con fundamento en la inexistencia de una controversia común.

CNCom., sala B, 12/03/2013, "Ortega, Lilianna Rosa c. Deipenbrock, María Gabriela s/ ordinario s/ incidente art. 250, Cód. Proc.", AR/JUR/12936/2013.

II.2.b. Ausencia de cosa juzgada

7. La decisión de la Corte provincial de rechazar el recurso extraordinario local interpuesto contra la sentencia que permitió en una acción de amparo la intervención de dos terceros y ordenó al juez de la instancia anterior tratar las cuestiones por estos articuladas es arbitraria y viola la garantía del debido proceso, pues al decidir así no trató los agravios referidos al carácter de cosa juzgada de un acuerdo homologado, que ellos pretenden impugnar, y de la imposibilidad, por preclusión procesal, de tomar una nueva decisión sobre el punto.

CS, 28/06/2016, "Asociación Hoja de Tilo c. Municipalidad de La Plata s/ acción de amparo", LA LEY, 2016-D, 518; DJ del 14/09/2016, p. 31; AR/JUR/42013/2016.

II.3. Efectos

8. La redacción del art. 96 del Cód. Proc. Civ. y Com., conforme la reforma de la ley 25.488, no puede conducir al *a quo*, sin petición expresa de parte, a condenar al tercero citado, pues en modo alguno puede violar el principio de congruencia (arts. 34, inc. 4º, y 163, inc. 6º, Cód. cit.) y la garantía de defensa en juicio (art. 18, CN), tomando una decisión más allá de lo que las partes han peticionado, lo que dio sustento al proceso y a la *litis*.

CNTrab., sala V, 26/02/2015, "Montenegro, Sergio Rodolfo y otro c. Mapfre Argentina ART SA s/ accidente - acción civil", DJ del 15/07/2015, p. 55; AR/JUR/2890/2015.

9. Por aplicación del art. 96 del Cód. Proc. Civ. y Com. resulta inapelable la resolución que hizo lugar a la citación de terceros peticionada por la demandada.

CNTrab., sala VII, 31/05/2013, "Miranda, Pablo Enrique c. Pérez, Carlos Gerardo s/ despido", AR/JUR/35627/2013.

10. Ante la incomparecencia del tercero, la pretendida declaración de rebeldía re-

sulta improcedente, pues la citación tiene por finalidad ponerlo en conocimiento del proceso iniciado, sin que por ello adquiera la calidad de parte demandada en la controversia de que se trata, sino que su intervención en el proceso lo es como parte autónoma.

CNCom., sala D, 21/09/2012, "C.E.M.I.C. c. Los Cipreses SA s/ ordinario", AR/JUR/56862/2012.

II.4. Casuística

II.4.a. Accidentes de trabajo

11. En un proceso en el que se reclama una indemnización por incapacidad laboral debe disponerse la citación como tercero de la ART que el empleador contrató con anterioridad al período de cobertura de la demandada, toda vez que el trabajador reclamó las prestaciones dinerarias de la ley 24.557 por las enfermedades profesionales contraídas a lo largo de toda la relación laboral, y existiendo un período cubierto por la citada, se advierte la existencia de controversia común a la que alude el art. 94 del Cód. Proc. Civ. y Com.

CNTrab., sala VI, 30/10/2017, "Lobo, Marcelo L. c. Asociart ART SA s/ accidente - ley especial", DT 2018 (marzo), 692; AR/JUR/87208/2017.

12. El pedido de citación de terceros efectuado en el marco de una acción por accidente por la ART demandada respecto de la empresa prestadora de servicios eventuales y el supermercado usuario es improcedente, toda vez que el actor pretende la indemnización fundada en la LRT y además la accionada no fundó adecuadamente, en los términos del reclamo y el derecho vigente, la solicitud de tales citaciones, ya que no alegó en su contestación haber tenido el rol activo estipulado por la LCT en materia de tercerización —arts. 26, 29, 29 bis, 30 y 136—, extremo que podría justificar traer al proceso una parte que no fue elegida por el actor para demandar, de modo que no se advierte la necesidad de ampliar el sujeto.

CNTrab., sala III, 29/09/2017, "Caseiro, Ricardo Claudio c. Federación Patronal Seguros SA s/ accidente - ley especial", AR/JUR/74482/2017.

II.4.b. Buscadores de Internet

13. En una acción promovida con el objeto de obtener la eliminación de cierta información publicada en sitios *web*, debe rechazarse el pedido de citación de los titulares de dichas páginas, pues siendo que no se ha enderezado un reclamo patrimonial, es claro que una eventual acción de regreso resulta inadmisibles a la vez que no se explicó cuál sería el vínculo jurídico entre los buscadores de Internet accionados y las personas a quienes se pretende citar.

CNFed. Civ. y Com., sala II, 08/04/2014, "Cavaliere, Anselmo Emilio c. Google Inc. y otro s/ proceso de conocimiento", RCyS 2014-VII, 211; Sup. Doctrina Judicial Procesal 2014 (agosto), 28, con nota de María Fabiana Meglioli; LA LEY, 2014-D, 578, con nota de Ezequiel María Zabale; AR/JUR/16615/2014.

II.4.c. Cesionario

14. La intervención del cesionario del derecho objeto del litigio en los términos del art. 44 del Cód. Procesal debe rechazarse, en tanto la cesión fue posterior a la trami-

tación del proceso y la demandada se opuso a la sustitución pretendida, con lo cual sólo podrá ingresar al proceso en calidad de tercero, mientras que el cedente pasa a ser un sustituto procesal, actuando en defensa del interés de aquel.

CNCom., sala F, 21/02/2017, "Steinman, Eduardo c. De Sandoval, Barona Varinka s/ ejecutivo", LA LEY, 2017-C, 327; AR/JUR/145/2017.

II.4.d. Citación por un tercero

15. Un tercero citado carece de legitimación para efectuar la citación de otro tercero, pues ellos no son parte en el proceso, a lo que se suma el hecho de que admitir ello importaría no solo la imposición al accionante de litigar contra quien no demandó, sino el riesgo de admitir sucesivas e interminables citaciones no previstas por el ordenamiento ritual.

CNCom., sala B, 28/09/2016, "Roces, Sergio Daniel c. Morali SA y otro s/ ordinario", AR/JUR/71204/2016.

16. El tercero citado no puede pedir la intervención coactiva de otro tercero, pues sus facultades procesales no se extienden más allá de los límites a que dio lugar su intervención, máxime cuando una solución contraria podría derivar en una cadena de terceros con igual pretensión, vulnerando el principio de economía procesal y ocasionando un perjuicio grave a los litigantes principales.

CNCiv., sala H, 07/07/2016, "López, Ricardo Néstor c. Cresta, Hugo Carlos s/ art. 250 C.P.C. - incidente civil", AR/JUR/47248/2016.

II.4.e. Daños y perjuicios

17. La citación del Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos como tercero interesado resulta procedente, pues teniendo en cuenta que el contrato de concesión del servicio ferroviario que la empresa demandada firmó con el Estado Nacional previó una garantía de cumplimiento, lo que implicó la celebración de un contrato de seguro que contempla reclamos como el deducido por el actor, cabe concluir que la relación jurídica que se intenta hacer valer es común con dicha entidad, verificándose así la comunidad de controversia exigida por el art. 94 del Cód. Proc. Civ. y Com.

CNCiv., sala I, 11/05/2017, "Relis, Pamela Estefanía c. Ferrovías SA s/ art. 250 C.P.C. - incidente civil", AR/JUR/20552/2017.

18. En un proceso de daños promovido a fin de reclamar un resarcimiento por el hurto de un automóvil de un garaje, debe rechazarse la citación como terceros de quienes son titulares del inmueble donde este último funciona, pues no han sido sindicados como partícipes de la relación jurídica que vinculó a las partes y cuya elucidación constituya tópico imprescindible para examinar la adecuación a derecho del reclamo.

CNCom., sala F, 10/11/2016, "Sosa, Silvia Amalia c. Urquiza Terminal SRL s/ ordinario s/ incidente art. 250", RCyS 2017-IV, 234; AR/JUR/71085/2016.

19. Dado que el objeto de la acción consiste en obtener el resarcimiento de los daños derivados del incumplimiento contractual de una agencia de viajes con relación al servicio aéreo contratado dentro de un pa-

{ NOTAS }

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)
(*) El presente trabajo constituye la actualización del anterior "Citación de terceros", publicado en el diario LA LEY del 18 de junio de 2011, p. 6, y AR/DOC/4180/2011

y contiene una síntesis de la jurisprudencia recaída, en general, con posterioridad al año 2012. El autor dedica este trabajo a la memoria de mi maestro y amigo Jorge Horacio Alterini.

quete, y toda vez que tal servicio habría sido adquirido a través de otra empresa, resulta procedente la citación de esta como tercero, ya que se advierte configurada la existencia de una controversia común y la relación comercial habida entre ambas habilitaría, eventualmente, una intervención regresiva.

CNCom., sala D, 03/12/2015, "Laurito, Rodrigo Gastón c. ASATEJ SRL s/ sumarísimo", RCyS 2016-IV, 211; DJ del 27/04/2016, p. 95; AR/JUR/65242/2015.

20. La citación del Estado Nacional en los términos del art. 94 del Cód. Procesal en una acción de daños deducida por quien se cayó

a las vías de un ferrocarril luego de ser víctima de un robo dentro de una formación que avanzaba con las puertas abiertas debe rechazarse, pues el poder de policía de seguridad de aquel es insuficiente para involucrarlo en las consecuencias dañosas producidas por hechos extraños a su intervención directa.

CNCiv., sala I, 19/05/2015, "P. A., C. M. c. U.G.O.F.E. SA Línea Gral. Roca s/ daños y perjuicios", Sup. Doctrina Judicial Procesal 2015 (septiembre), 37; DJ del 23/12/2015, p. 67; AR/JUR/19389/2015.

21. En una acción en la que se reclama por los daños derivados de la incorrecta

registración en una base de deudores incobrables, es procedente la citación como tercero de la entidad bancaria que habría originado la deuda que luego fue cedida al aquí demandado, pues la actora ya litigó contra aquella, la controversia les es común y eventualmente podría afectarle sus derechos.

CNCiv., sala E, 21/08/2014, "G., C. E. c. C. Fiduciario Financiero SA (Fideicomiso Financiero) s/ daños y perjuicios", DJ del 07/01/2015, p. 61; AR/JUR/44785/2014.

22. Las personas que han sido imputadas en una causa penal y condenadas como autoras o coautoras de los daños, cuyo resarcimiento se reclama, deben ser citadas en este como terceros interesados.

CNFed. Cont. Adm., sala IV, 03/02/2014, "P., M. C. c. G.C.B.A. y otros s/ daños y perjuicios", DJ del 23/07/2014, p. 71; AR/JUR/2102/2014.

II.4.f. Procedimiento laboral

23. La facultad de citar a un tercero en los términos del art. 94 del Cód. Proc. Civ. y Com. en un proceso laboral compete únicamente a la parte actora o a la demandada, y no al tercero citado, pues cabe considerar con criterio restringido la posibilidad de quien es incorporado al proceso en tal calidad pueda, a su vez, convocar a otro sujeto con idéntica calidad, lo cual importaría una deformación de la *litis* originaria.

CNTrab., sala VI, 14/06/2018, "Quiroga, Raúl Salvador c. Administradora de Recursos Humanos Ferroviarios SACPEM s/ Despido", AR/JUR/22937/2018.

24. La intervención de terceros solicitada por la parte demandada en un proceso de despido debe rechazarse, dado que esta ha negado la relación laboral pero no explícita de manera concreta cuál sería la eventual acción regresiva que se podría intentar respecto del pretenso tercero, a quien se atribuye la calidad de empleador, ya que en definitiva si resulta probado que la demandada fue parte de la relación jurídica sustancial, será condenada como empleador y, en el caso contrario, la demanda será rechazada.

CNTrab., sala VIII, 21/05/2018, "Silva, Antonio Omar c. Buenos Aires Group SA s/ Despido", AR/JUR/19467/2018.

25. La citación de terceros no es viable —en los términos del art. 94 del Cód. Proc. Civ. y Com.— cuando el demandado niega su legitimación pasiva y se la endilga a un extraño al proceso, quien no ha sido traído a juicio por el accionante, pues queda descartada la acción de regreso desde el punto de vista de cómo se ha contestado la demanda, pero fundamentalmente teniendo en cuenta la forma en que ha sido planteada la cuestión.

CNTrab., sala I, 21/02/2018, "Buono, Mario Rafael c. Zinguería Congreso SA s/ despido", LA LEY, 2018-B, 467; AR/JUR/44/2018.

26. La citación de tercero efectuada por el demandado en el marco de un reclamo por despido debe ser rechazada, toda vez

que aquel negó categóricamente la existencia del vínculo laboral con el actor, de modo que resultaría innecesaria la citación de un tercero a quien se atribuye la calidad de empleador, por cuanto, de probarse lo alegado por el aquí accionado, todos los rubros solicitados en la demanda con base en ese período, en definitiva, serán desestimados.

CNTrab., sala VI, 26/09/2017, "Varela, Alejandro Marcelo c. Toyota Argentina SA s/ despido", AR/JUR/70122/2017.

27. Es procedente la citación de terceros solicitada por el demandado respecto de quien sería el que explotaba el establecimiento, ello teniendo en cuenta los términos en que quedó trabada la situación jurídico-procesal y que la relación jurídica sobre la que versa el litigio tiene vinculación con la situación jurídica que pueda existir entre una de las partes originarias y el tercero.

CNTrab., sala VII, 31/07/2017, "Romeo, Gonzalo Eduardo c. Leguizamón, Jorge Hugo y otros s/ despido", LA LEY, 2017-E, 527; AR/JUR/50477/2017.

28. La citación de terceros solicitada por el trabajador despedido debe ser admitida, ya que de las constancias de la causa surge que la tercera citada es la administradora y representante legal del consorcio y también es quien figura en los recibos de sueldo como firmante, máxime que la nueva administración acreditó su nombramiento con posterioridad a los hechos controvertidos.

CNTrab., sala VI, 10/12/2014, "Charqueiro Cejas, Hugo E. c. Consorcio de propietarios del edificio Ecuador 1460 s/ despido", Sup. Doctrina Judicial Procesal 2015 (marzo), 43; AR/JUR/73447/2014.

III. Doctrina

1. ETALA (h.), Juan José, "Citación como tercero a la ART", DT 2018 (febrero), 453; AR/DOC/155/2018.

2. MEGLIOLI, María Fabiana, "Citación obligada de terceros", Sup. Doctrina Judicial Procesal 2014 (agosto), 28; AR/DOC/2365/2014.

3. DESCALZI, José Pablo, "Intervención obligada de terceros en el proceso", LA LEY, 2014-C, 277; AR/DOC/1590/2014.

4. BERTERO, María Teresa del Luján - VÁZQUEZ, Francisco L., "Intervención de terceros", RCyS 2012-X, 183; AR/DOC/4718/2012.

5. GABET, Emiliano A., "Citación de terceros en el marco de un reclamo en los términos del art. 30, LCT", DT 2012 (julio), 1779; AR/DOC/3360/2012.

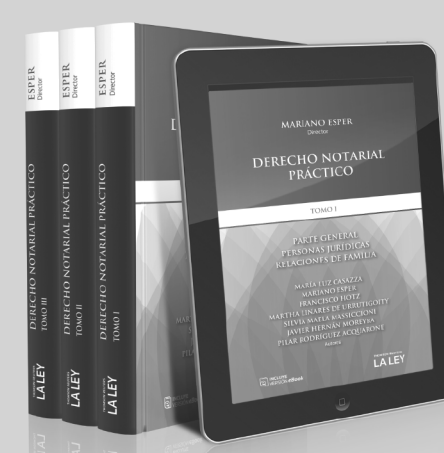
6. GOZAÍNI, Osvaldo A., "Los terceros en el proceso", LA LEY, 2012-B, 10; AR/DOC/761/2012.

Jorge A. Diegues

Cita on line: AR/DOC/205/2019

THOMSON REUTERS
LA LEY

Información confiable
que avala sus argumentos.



DERECHO NOTARIAL PRÁCTICO

Director y coordinador:
Mariano Esper

3 tomos + eBook

Autores: María Luz Casazza (Escribana titular de CABA) • Francisco Hotz (Escribano titular de Santa Rosa, La Pampa) • Martha Linares de Urrutigoity (Escribana titular de Mendoza) • Silvia Maela Massiccioni (Escribana titular de Rosario, Santa Fe) • Javier Hernán Moreyra (Escribano titular de Lanús, Provincia de Buenos Aires) • Pilar Rodríguez Acquarone (Escribana titular de CABA).


Esta obra, única en su tipo, contiene modelos en versión completa de diversos instrumentos jurídicos. Entre ellos: escrituras públicas, actas notariales, contratos celebrados por instrumento privado, cláusulas contractuales específicas, cartas documento, recibos e instrumentos emitidos de forma unilateral (poderes, reservas, etc.)

Incluye todos los temas de interés, actualidad y uso notarial.




Beneficio ProView™ Accedé a los modelos en versión editable.

Adquirí la obra llamando al **0810-222-5253** o ingresando en **www.TiendaTR.com.ar**

La inteligencia, la tecnología y la experiencia profesional necesarias para obtener respuestas confiables.



the answer company™
THOMSON REUTERS®

Seguinos en:  ThomsonReutersLaLey •  @TRLaLey  ThomsonReutersLatam