

A C U E R D O

En la ciudad de La Plata, a 29 de noviembre de 2017, habiéndose establecido, de conformidad con lo dispuesto en el Acuerdo 2078, que deberá observarse el siguiente orden de votación: doctores **Soria, Kogan, Pettigiani, de Lazzari, Negri, Kohan, Carral**, se reúnen los señores Jueces de la suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario para pronunciar sentencia definitiva en la causa C. 119.253, "Camderros, Lidia Marta y otros contra Francés Administradora de Inversiones S.A. y otros. Daños y perjuicios".

A N T E C E D E N T E S

La Sala II de la Cámara Primera de Apelación en lo Civil y Comercial de La Plata confirmó la sentencia de primera instancia que, a su turno, había rechazado la demanda de daños y perjuicios promovida por Lidia Marta Camderros y Nora Graciela Bacceaga contra "Francés Administradora de Inversiones S.A." y "BBVA Banco Francés S.A." (v. fs. 1317/1332 vta.).

Se interpuso, por la parte actora, recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley (v. fs. 1337/1359 vta.).

En virtud de la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial se corrió traslado a las partes (v. fs. 1424) el que fue contestado por la parte actora y por la

codemandada BBVA. Banco Francés S.A. (v. fs. 1431/1436 vta. y 1437/1441).

Oído el señor Subprocurador General, dictada la providencia de autos y encontrándose la causa en estado de pronunciar sentencia, la Suprema Corte resolvió plantear y votar la siguiente

C U E S T I Ó N

¿Es fundado el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley?

V O T A C I Ó N

A la cuestión planteada, el señor Juez doctor Soria dijo:

I. Se inician las presentes actuaciones con la demanda promovida por Lidia Marta Camderros y Nora Graciela Baccega contra "Francés Administradora de Inversiones S.A." y "BBVA Banco Francés S.A.", en reclamo de indemnización por los daños y perjuicios que alegan haber sufrido con motivo del incumplimiento contractual de las demandadas por administración negligente o dolosa de los depósitos de las accionantes en Fondos Comunes de Inversión (FCI).

Relataron que ambas accionantes aceptaron la oferta -dirigida al público y particularmente a los clientes- realizada por el BBVA Banco Francés para invertir en el fondo común de inversión (FCI) del Banco, suscribiendo -en consecuencia- sendas solicitudes por las

sumas de U\$S 32.000 la señora Baccega y de U\$S 40.000 la señora Camderros, que fueron debitadas de las cuentas con las que ellas operaban en la entidad bancaria mencionada. Aclararon que en oportunidad de efectuar las respectivas suscripciones, optaron por una inversión "conservadora" de bajo riesgo y baja rentabilidad.

Señalaron que las suscripciones se efectuaron mediante formularios de adhesión que el adherente sólo debía firmar, dejando espacios en blanco para ser completados por la entidad financiera.

Apuntaron que a partir de la fecha de suscripción continuaron depositando fondos en la cuenta del FCI, manteniendo la decisión de invertir con el mínimo riesgo ofrecido por la demandada.

Luego de efectuar una detallada reseña de las disposiciones dictadas tanto por el Poder Ejecutivo Nacional como por la Comisión Nacional de Valores (entidad encargada de la fiscalización y el registro de las sociedades gerentes y depositarias de los Fondos Comunes de Inversión) vinculadas con la actividad de inversión de los tenedores de Títulos Públicos, puntualizaron que la Sociedad Gerente, al optar por canjear los bonos originales por CCF -certificados de crédito fiscal-, realizó una conducta prohibida como es la de invertir en instrumentos sin oferta pública al momento de materializar dicha

decisión.

Afirmaron que -a pesar de que el objeto o estrategia de inversión del fondo le permitía al FCI destinar el patrimonio que administra a colocaciones que, según sus conocimientos, tienen un pronóstico de evolución negativa- la entidad debe abstenerse de concretar operaciones con un riesgo de tal magnitud, actuando en defensa de los intereses de sus inversores.

En definitiva, atribuyeron responsabilidad contractual a la sociedad gerente por administración negligente o dolosa, señalando que no ha cumplido con las obligaciones asumidas en el contrato de inversión.

II. El Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial n° 5 de La Plata desestimó la demanda (v. fs. 1226/1259).

III. A su turno, la Cámara de Apelación departamental confirmó el pronunciamiento de grado (v. fs. 1317/1332 vta.).

Contra dicho fallo las actoras interponen recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley, en el que denuncian la inobservancia de las normas de protección del consumidor. Asimismo, alegan infracción de doctrina legal y absurdo en la valoración de la prueba (v. fs. 1337/1359 vta.).

Sostienen que la Cámara ha infringido el

principio de preclusión dado que, con anterioridad, en la misma causa resolvió desestimar la excepción de incompetencia deducida por las entidades codemandadas, decretando la ineficacia de la cláusula de pacto de jurisdicción en los términos del art. 37 inc. "b" de la ley 24.240 (v. fs. 1344/1346 vta.).

Exponen que la sentencia en crisis resulta consecuencia de un procedimiento irrazonable de valoración de la prueba, en el cual se omitió el tratamiento de algunas (documental y pericial) y se sobredimensionaron otras constancias probatorias (v. fs. 1340/1357).

En este sentido, apuntan que el apartamiento de la letra de los documentos agregados por los propios demandados para agravar la posición del ahorrista implica una grave transgresión de los fundamentos del proceso (v. fs. 1351).

Argumentan que se omitió considerar la falta de cumplimiento por parte de las entidades demandadas de lo dispuesto por el art. 4 de la Ley de Defensa del Consumidor, como asimismo, respecto de las consecuencias derivadas de la pérdida de documentación (v. fs. 1353/1355).

De otro lado, arguyen que la sentencia en crisis se aparta de la doctrina legal referida a las obligaciones de información para este tipo de contrataciones, resultando

llamativo que se tenga por cumplido ese deber que pesa sobre la entidad con la exhibición de un folleto grande que se desprendería de los dichos de un testigo (v. fs. 1357 vta./1358).

IV. De conformidad con lo propiciado por el señor subprocurador General, estimo que el recurso no puede prosperar (art 279, CPCC).

IV.1.a. En el *sub lite*, para arribar a la solución atacada, el Tribunal de Alzada comenzó por considerar que la pretensión de las actoras de encuadrar su situación dentro del marco normativo implementado por la legislación de defensa al consumidor (ley 24.240, texto según ley 26.631) no puede tener andamiaje (v. fs. 1324).

Precisó que las reclamantes "...acercan su perfil comercial más al de inversionistas que al de consumidores...". Remarcó que "En la inversión de riesgo hay especulación: se espera un mejor rendimiento en base, justamente a la pérdida probable. Tanto por la moneda empleada en la operación, la calidad de los sujetos jurídicos vinculados en operaciones a la demandada, como por el contrato que a la postre deriva de la puesta en riesgo de su dinero, no se alienta la colocación dentro del grupo de consumidores..." (v. fs. 1324 vta.).

Bajo esa línea argumental, expuso que "...la categoría de consumidor no le confiere automáticamente sólo

por ser consumidor un 'estatus' de objetividad que lo libere absolutamente de toda carga contractual, sobre todo cuando, se trata de inversionistas en una crecida cantidad de dólares estadounidenses..." (v. fs. 1325 vta.)

Sobre tal base concluyó que no compartía la afirmación de las recurrentes referida a que la inversión que realizaran "era una inversión totalmente conservadora con el mínimo riesgo", adunando que "...el principio de confianza no releva al contratante de la necesaria colaboración ni le exime, naturalmente, de las pérdidas de la operación a la que ingresan" (v. fs. 1327 vta.).

IV.1.b. Con respecto al incumplimiento del deber de información que las recurrentes le achacan a las entidades demandadas juzgó, ponderando el testimonio de la señora Monteporzy, así como el carácter de clientes frecuentes de las demandantes, que estas ingresaron al sistema con pleno conocimiento del riesgo que asumían (v. fs. 1326 vta./1327 vta.).

Asimismo, remarcó que la pericia efectuada en autos "...quedó tributaria de la comprobación de que la de autos efectivamente se trataba de una operación efectuada en daño de las actoras por violación de deberes intracontractuales y previos a la concertación de la inversión, para recién después calibrar los guarismos recién incluidos entrado el trámite a la litis a fs. 632,

con carácter de estimación (fs. 1329 vta./1330)".

IV.2. Frente a tal base y desarrollo argumentales, las quejas traídas por las recurrentes no alcanzan a fin de descalificar el pronunciamiento atacado (conf. doctr. art. 279, CPCC).

Esquemáticamente podría desbrozarse el recurso de la parte actora los siguientes agravios:

IV.2.a. En primer término denuncian contradicción entre las sentencia de fondo y la sentencia dictada a fs. 93 en virtud de la cual se desestimó la excepción de incompetencia articulada por la accionada. Indica que por aplicación del principio de preclusión procesal no se puede válidamente volver sobre cuestiones ya decididas. Tal argumento es planteado a partir de fs. 1343.

IV.2.b. Como corolario del acápite anterior, explican citando jurisprudencia de Tribunales Internacionales y de la Comisión Nacional de Valores, que la operación realizada ante el fondo común que gerencia la entidad financiera accionada, contrariamente a lo sostenido por el Tribunal, no les da un perfil de inversionistas calificadas, sino que se trata de simples consumidoras, merced a lo cual el vínculo debe ser analizado aplicando la Ley de Defensa del Consumidor (v. fs. 1347).

IV.2.c. Como último agravio plantean el absurdo en la valoración de la prueba. En este aspecto, especifican

absurdo en cuanto a la consideración que hace la Cámara respecto del tipo de inversión efectuada, a lo que añaden una errónea valoración en la apreciación de la prueba pericial y la testimonial. Ésta última probanza en particular referencia la violación al deber de información (v. a partir de fs. 134 "acápites b) Absurdo en la valoración de la prueba").

Lo señalado sucintamente constituye en resumidas cuentas la base argumental de la impugnación traída a esta instancia casatoria.

De lo anterior, surge de un modo prístino la insuficiencia de la protesta ensayada.

El *a quo*, más allá de su acierto o error, y de otras consideraciones expuestas en la sentencia, ha evaluado, y así lo ha resuelto, que el recurso de apelación de la actora contra la sentencia de origen ha sido insuficiente en los términos del art. 260 del Código Procesal Civil y Comercial. Ha señalado, en particular, que dicha pieza está lejos de cumplir con la "técnica de los agravios". En la parcela vinculada al cariz de "consumidores financieros" (apdo. III de fs. 1322) sostuvo que "lo que se dice como agravios son afirmaciones dogmáticas que tienen una longitud muy general, pero que poco se asientan: -por lo menos en este tramo- en los antecedentes que rodean el presente caso y sus

consecuencias naturales".

Agrega a estas consideraciones que la cita de doctrina y jurisprudencia por sí sola, sin la debida incardinación con la cuestión controvertida, no constituye agravios susceptibles de análisis, siendo un mero "transporte textual" que no logra por sí demostrar falencia en el fallo atacado.

Éste es el argumento utilizado por la Cámara para desestimar el recurso de apelación deducido oportunamente por la actora. Así, y más allá de otras consideraciones que efectuara el tribunal, por más profusas que éstas resultaren, lo cierto es el eje central de la sentencia, que es la insuficiencia en los términos del citado art. 260 del Código Procesal Civil y Comercial, llega a esta instancia casatoria sin ser debidamente controvertido.

Siendo ello así, resulta aplicable al caso la reiterada doctrina de esta Suprema Corte que entiende que si el Tribunal de Alzada, en ejercicio de facultades que le son propias, hizo una valoración de la expresión de agravios llegando a la conclusión de que no reunía los requisitos del art. 260 del Código Procesal Civil y Comercial, resulta ineficaz el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley que no denuncia como transgredida aquella norma, ni demuestra, en punto a esa particular parcela, que la conclusión del tribunal resulta absurda

(Ac. 53.367, "Méndez", sent. de 6-II-1996; Ac. 78.086, "Cruells", sent. de 31-III-2004; C. 104.769, "Fisco Nacional", sent. de 29-VI-2011; C. 109.047, "Primucci", sent. de 11-III-2013; C. 116.866, "Martino", sent. de 6-XI-2013, entre muchas otras).

Tal cuestión que, a no dudarlo, resulta el basamento medular de la sentencia del *a quo*, ha sido perdida totalmente de vista por la parte actora. Una cabal muestra de ello es que al momento de reseñar la sentencia atacada la quejosa ni siquiera hace una mención al art. 260 y a las ponderaciones que en torno a esta norma realizara la Cámara (v. fs. 1341 vta. "la sentencia recurrida").

Por las consideraciones antes expuestas, en virtud de las cuales se patentiza sin cortapisas la insuficiencia técnica de los argumentos ensayados por la quejosa, estimo que corresponde desestimar la protesta traída ante esta instancia.

V. Por lo expuesto, corresponde rechazar el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley articulado por la accionada, con costas a la recurrente vencida (arts. 68 y 289 del CPCC).

Voto, en consecuencia, por la **negativa**.

La señora Jueza doctora **Kogan**, por los mismos fundamentos del señor Juez doctor Soria, votó la cuestión planteada también por la **negativa**.

El señor Juez doctor **Pettigiani**, por los mismos fundamentos del señor Juez doctor Soria, votó la cuestión planteada también por la **negativa**.

A la cuestión planteada, el señor Juez doctor de Lázzari dijo:

I. Reiteradamente he censurado la frecuente práctica que se verifica en la segunda instancia, consistente en constatar el incumplimiento de la carga del art. 260 del Código procesal -cuya declinación depara la consecuencia estatuida en el art. 261 del ordenamiento citado- pero, a un mismo tiempo, explayarse concretamente sobre los agravios, incursionando en su esencia, para concluir en la desestimación del recurso. He señalado, a este respecto, que se exhibe como contradictorio un razonar que, al tiempo que atribuye insuficiencia al recurso, también lo trata. Si es correcto lo primero, el único camino posible es la deserción. Si, contrariamente, a pesar del señalamiento de defectos en la formulación de la crítica a la sentencia, los agravios fueron atendidos, no puede volverse al estadio precedente. En esta segunda hipótesis -tal como aquí acontece- quedan desplazadas las manifestaciones vinculadas con la factura técnica de la expresión de agravios, imponiéndose el examen de procedibilidad (conf. mis votos en las causas Ac. 67.958, "Arijo", sent. de 10-V-2000; Ac. 58.714, "Gorostiaga",

sent. de 7-III-2001; Ac. 79.759, "Expreso Caraza", sent. de 4-VI-2003; C. 85.939, "Marzol", sent. de 26-IX-2007).

II. Sentado lo anterior, cabe adelantar que la impugnación ha de prosperar con el alcance que propongo.

Entiendo que el agravio relativo a que el *a quo* no aplicó, cuando debía hacerlo, las normas que rigen la protección del consumidor al momento de dar solución al caso es procedente.

Para arribar a esta conclusión he de ocuparme, en primer término, del agravio vinculado con la contradicción existente entre sucesivos pronunciamientos de la Cámara en torno al marco legal que rige la cuestión: de un lado lo que se dispusiera a fs. 679/684, al tiempo de definirse la excepción de incompetencia que dedujera la parte demandada. Del otro, la propia sentencia de Cámara aquí recurrida (v. fs. 1317/1332). En concreto, en el recurso extraordinario se denuncia absurdo por mediar "una grave y ostensible desinterpretación de la realidad jurídico-económica de la vinculación contractual interpartes, a partir de premisas contradictorias...", lo que conduciría a "una conclusión incoherente en el orden lógico formal" (fs. 1343). A partir de fs. 1343 vta. se desarrolla este punto, incursionando asimismo en la doctrina de los propios actos y el principio de preclusión.

Veamos lo que sostuvo la Cámara en cada una de

esas secuencias, transcribiendo textualmente sus conceptos para mayor claridad expositiva.

II.1. En la primera de las oportunidades, esto es, al tiempo de definir la cuestión de competencia, se dijo:

"Como cuestión liminar es menester determinar si la relación contractual que vinculara a ambas partes del proceso, documentada a través de los instrumentos agregados a fs. 3 y 51 -cuya autenticidad no ha sido cuestionada-, puede ser analizada a la luz de las previsiones contenidas en la ley de defensa del consumidor.

En esa tarea se advierte sin ningún margen de duda que los contratos celebrados entre las partes ya referenciados, individualizados bajo el N°09525 y N°76667, representan la concreción de una relación contractual compleja que ha de entenderse incluida dentro de los parámetros previstos por el art. 1° inc. b) de la Ley 24.240.

Por cierto, se trata de un acuerdo que comprende la prestación profesional de servicios bancarios y/o financieros al consumidor ahorrista, en dónde las características propias del instrumento reflejan un contrato celebrado en formulario 'tipo', cuyo texto se encuentra preimpreso y en el que las partes se limitan a completar los blancos dejados a propósito para

individualizar al cliente (en este caso las actoras) y ciertos datos particulares, empleando tamaños tipográficos minúsculos de difícil lectura. De tal manera, resulta fácil concluir que estamos frente un contrato de adhesión, con cláusulas predispuestas y que como tal debe ser interpretado al amparo de los principios rectores de la legislación mencionada; esto es, en el sentido más favorable al consumidor (conf. art. 3 de la Ley 24.240; Cám. Civ. Com. II de La Plata, Sala II, causa 100.347, RSD-58-03, del 1-4-2003), receptando de esta manera el principio del 'favor debilis'.

Ello resulta así, toda vez que dicha clase de 'convenios' pone en evidencia la existencia de un contratante con manifiesta superioridad frente a otro en clara desventaja, siendo aquél quién impone las condiciones generales de contratación, redactadas en formularios uniformes, confeccionados unilateralmente por el proveedor de los bienes o servicios, dirigidas al público en general y no para un contrato particular, sustraídas por ende a la libre discusión de su contenido por la contraparte (Juan Fariña, 'Defensa del consumidor y el usuario', Ed. Astrea, 1995, p.309), en las que no existe una manifestación deliberada de la voluntad en los términos del art. 1144 del C. Civil, pues el solicitante o usuario se limita a aceptar las condiciones impuestas por el predisponente (conf. Cám.

Civ. y Com. Apel. I Sala II, Mar del Plata, noviembre 20 de 1997, publicado en La Ley Bs. As., 1998-510 y ss.).

Por consiguiente, se coincidirá que no parece apropiado recurrir a la invocación de principios y normas atinentes a contratos celebrados entre particulares en base a un criterio de igualdad y en dónde, previo a suscribir el convenio, las partes tienen amplias posibilidades de negociación, tal como la que fuera formulada en la instancia de origen, al establecer como marco regulatorio de la cuestión debatida al principio de autonomía de la voluntad con cita del art. 1197 del C. Civil.

Precisamente constituyen los supuestos como el de autos, los que legitiman un severo control jurisdiccional de las cláusulas predispuestas, en protección de aquél que se halla en la contratación en una posición desfavorable, a fin de morigerar o descartar su aplicación -según fuera el caso- cuando las mismas conducen a un resultado antifuncional (arts. 1137, 1198 Código Civil; arts. 1 y 3 de la Ley 24.240; conf. Cám. Civ. Y Com. II de La Plata, Sala II, causa cit.), haciendo así efectiva una de las denominadas 'nuevas garantías', establecidas por nuestra Constitución Nacional en el capítulo segundo de su primera parte (art. 42; Roberto A. Vázquez Ferreyra, 'Las cláusulas de prórroga de la competencia frente a la ley de defensa del consumidor', en E.D., T°174, p. 494 y ss.)".

II.2. Ya en la sentencia, esa óptica e instalación en el específico marco del régimen de derecho del consumidor gira en ciento ochenta grados. Luego de varios desarrollos vinculados con el régimen de la ley 24.240 (T.O.) y la protección constitucional que merecen los consumidores, los que lucen a partir de fs. 1322 hasta fs. 1324, todos ellos expuestos con alcance general, se arriba a la definición de fs. 1324 y siguientes: "Pero esta no es la situación de autos. Es que las actoras acercan su perfil comercial más al de inversionistas que al de consumidores [...] Hay un tránsito asiduo por los carriles de la inversión y el rendimiento que desalientan la consideración en aquel tipo legal [...] los rasgos que se dimanan del presente caso [...] chocan con la tipología del consumidor" (v. fs. 1324 vta.). Sobre este punto de partida, sigue a continuación el tratamiento del caso en función de normativa común ajena al derecho de los consumidores.

II.3. De las transcripciones precedentes queda en claro que para la Cámara la relación que vincula a las partes se encuadra en los parámetros previstos por la ley 24.240, pero no está regida por las previsiones de la Ley de Defensa del Consumidor. Tenemos a la vista estrepitosa quiebra de los principios lógicos de identidad y de no contradicción. El primero de ellos enuncia afirmativamente

que "lo que es, es", o "todo aquello que es, es igual a sí mismo". El segundo constituye reflejo especular del anterior, porque "una misma cosa no puede ser y no ser a la vez y bajo el mismo respecto". Entonces, si primero se sostuvo una cosa, para luego desmentirse de esa premisa y adscribirse a la contraria, se ha incurrido en inequívoco absurdo lógico.

Y no se diga que en la primera oportunidad la precisión tuvo que ver con la adjudicación de competencia y no con el fondo del litigio. El marco legal que rige la controversia es uno e inescindible, resultando impensable que se opte por un determinado régimen para una parcela del vínculo, y otro distinto para el resto.

Queda claro, en consecuencia, que la Cámara se apartó del vértice que había prefijado, cambiando sobre la marcha las reglas del juego. En otras palabras, se puso en contradicción con los propios actos anteriores, jurídicamente relevantes y plenamente eficaces. La doctrina que impide volver contra los propios actos constituye un principio basado en la buena fe y su fundamento radica en que la conducta anterior ha generado, según el sentido objetivo que de ella se desprende, confianza en que quien la ha emitido, permanecerá en ella. Adviértase que a partir de la instalación del caso en el sistema de protección al consumidor se generaron expectativas claramente diversas de

las que podrían emerger de otro marco legal, en orden a presunciones, cargas probatorias, deberes de información y un sinnúmero de alternativas desde la perspectiva procesal que quedaron incorporadas definitivamente. La ruptura intempestiva importó, en consecuencia, clara afectación del derecho de defensa garantizado constitucionalmente.

Ya en el año 1987 Isidoro Eisner se ocupó del *venire contra factum proprium* y sostuvo que **su aplicación no se limita a las partes sino que también es exigible al órgano jurisdiccional**. Nos decía que el sustento de esta doctrina reside en la buena fe objetiva, la confianza suscitada, la coherencia del comportamiento y el repudio de la sorpresa y la emboscada. En particular, del resguardo de la seguridad jurídica, que es una de las bases principales de nuestro ordenamiento jurídico. Agregaba, además, que descansaba en el principio lógico y ontológico de no contradicción, en virtud del cual una cosa no puede ser ella y a la vez su contraria ni es posible afirmar su realidad y su inexistencia en forma simultánea. Y llega a la conclusión de que esta construcción jurídica es también invocable en los supuestos en que es el propio juez o tribunal quien incurre en la contradicción o incongruencia. En este sentido, señala que los sujetos del proceso no son sólo dos -las partes- sino que también y en grado superlativo, lo es el magistrado. Si el proceso es relación

jurídica, en cuanto varios sujetos, investidos de poderes determinados por la ley, actúan en vista de la obtención de un fin, los sujetos son el actor, el demandado y el juez. Sus poderes son las facultades que la ley confiere para la realización del proceso. Su esfera de actuación es la jurisdicción. El fin es la solución del conflicto de intereses. En esa relación siempre el juez está en el vértice principal y hacia él y desde él se moviliza la energía jurisdiccional. A igual resultado se arriba desde la visión del proceso como situación jurídica, en cuanto esta teoría destaca la cambiante suerte del derecho sustancial sometido a pleito, según se desenvuelvan los comportamientos de las partes y del propio juez, de los que se van perfilando las cargas, expectativas, riesgos, chances y posibilidades ("Doctrina de los propios actos", ponencia presentada por Isidoro Eisner en las 1as. Jornadas Chaqueñas de Derecho Procesal Civil, Resistencia, 1987, JA, t. 1987-II-p.694 y sigs.).

Con lo dicho alcanza para verificar la existencia de absurdo en la sentencia recurrida.

III. Sin perjuicio de lo anterior, incorporo otras consideraciones que apuntalan la vigencia en el caso del régimen consumerista.

El recurso con cita de variada y relevante doctrina, con la que coincido, cuestiona el apartamiento de

la Cámara del encuadre bajo la ley de defensa del consumidor 24.240. Debe diferenciarse, por razones de contexto y circunstancias, al inversor minorista de los inversores institucionales, que resultan profesionales de la inversión. Pretender que las actoras, personas de la tercera edad, vecinas de La Plata y Berisso, clientas del Banco Francés que invirtieran parte de sus ahorros (USD 32.000 y USD 40.000 una y otra) se identifiquen con los inversores profesionales, asiduos e institucionales, cuanto menos resulta excesivo (v. fs. 1325 *in fine* y 1325 vta.).

Se verifica un robustecimiento del concepto de consumidor desde la reforma constitucional de 1994 y su art. 42, siguiendo por el decreto 677/01, pasando por la reforma de la ley 24.240 por ley 26.361 y llegando a la ley 26.831 que regula el mercado de capitales. Esta última, en su art. 1 inc. "B" refiere a "Fortalecer los mecanismos de protección y prevención de abusos contra los pequeños inversores, en el marco de la función tuitiva del derecho del consumidor", configurando un entramado normativo que claramente tiene a la ampliación del concepto de consumidor y a su mayor protección como télesis.

Se impone pues una interpretación sistemática del material normativo y un necesario "dialogo de fuentes" al momento de decidir por parte de los tribunales. Dentro de las distintas técnicas y argumentos interpretativos

heterogéneos que pueden calificarse como interpretación sistemática, uno de los modos típicos consiste en hacer referencia a la situación de la disposición normativa (el argumento de la *sedes materiae*); junto a éste estimo de primordial importancia el argumento de la coherencia, la idea de que los sistemas jurídicos a pesar de que no resulten coherentes en el sentido de tener absoluta ausencia de inconsistencias normativas deben tender hacia la coherencia.

Y finalmente junto a los mencionados criterios, (el situacional de la norma y el argumento de la coherencia) agrego un tercer factor: el concepto amplio de inconsistencia, antinomia o incompatibilidad, que no se limita ya a la incompatibilidad entre dos o más normas - contradicciones lógicas en términos generales- sino a una noción de antinomia como sinónimo de perturbación de la unidad del sistema jurídico (v. Velluzzi Vito, trad. de Amaya Amalia; "Interpretación sistemática: ¿Un concepto realmente útil?", con citas de Alchouron, E.; Bulygin, E.; Alexy, R. y Peczenick A., e. o.: www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras23582844322570740087891/cuaderno21/vol.I/Doxa21_05.pdf).

Lo dicho denota que se pretende en la legislación argentina proteger al consumidor inversor que canaliza sus ahorros mediante operaciones bursátiles alejadas de las

tradicionales operaciones bancarias pasivas (ver Barocelli, S.; "El concepto del consumidor de Servicios financieros y bursátiles y el rol del Estado": http://jndcbahiablanca2015.com/wp-content/uploads/2015/09/Barocelli_EL-CONCEPTO.pdf), las cuales en los casos de fondos comunes de inversión lejos de ser una actividad meramente especulativa como pareciera conceptualizarse en la sentencia de autos (v. fs. 1324) constituye una diversificación más de las posibilidades de inversión con que cuentan los ciudadanos a través de una entidad bancaria en la que confían.

Por otra parte, autores como Paolantonio sostienen que la ausencia de definición normativa sobre el "consumidor financiero" ha generado posiciones diferentes de la doctrina en torno a la aplicación de la ley 24.240 en el ámbito del mercado de capitales. Es necesario un "diálogo de fuentes" para conciliar la ley 24.240, la ley 17.811 y el decreto 677/2001, considerando que, en instancia final, la tutela del consumidor es un mandato de la Constitución nacional (v. Paolantonio, Martín E. ¿El consumidor financiero es consumidor? LL 22-III-2010, 1). Concordante con ello, el propio autor recuerda una pauta fundamental en la cuestión y esta es que "El principio de protección del ahorrista es quizá la clave interpretativa más importante, condición *sine qua non* de la propia

existencia del mercado, en el que se negocian activos intangibles (valores negociables), los que no encontrarían demandantes si no existiera confianza en la presencia de garantías legales explícitas que tutelen su adquisición" (Paolantonio, Martín; op. cit.).

Lo cierto es que tal como lo expresara el recurrente la Cámara asumió dicho esquema protectorio de las actoras considerándolas consumidoras financieras para nulificar la cláusula inserta en el contrato de adhesión que establecía la jurisdicción arbitral. Y dicho marco protectorio de la Ley de Defensa del Consumidor debería haber sido la plataforma legal a partir de la cual evaluar el caso y mensurar el plexo probatorio con las específicas pautas interpretativas que el derecho del consumidor impone a dicha tarea (art. 42 de la Const. nacional; ley 24.240).

IV. Siendo ello así, corresponde revocar la sentencia en crisis debiendo remitirse a la instancia ordinaria a efectos de que se dicte nuevo pronunciamiento, incluyendo como base normativa para la resolución del caso la de la ley del consumidor 24.240 (T.O.) de conformidad con las pautas aquí expresadas. Con costas al vencido (arts. 68 y 289 del CPCC). Con dicho alcance, voto por la **afirmativa.**

A la cuestión planteada, el señor Juez doctor Negri dijo:

I. Coincido con el colega que me precede en el orden de votación en la respuesta dada a la deserción del recurso dispuesta.

Asimismo comparto aunque parcialmente los argumentos expresados por él en cuanto al agravio denunciado acerca de la contradicción en la que incurriera la Cámara al tiempo de resolver la cuestión de competencia.

I.1. En lo referido a la apreciación desfavorable al cumplimiento de la carga del art. 260 del Código procesal, que derivó en lo establecido en el art. 261 del mismo ordenamiento, advierto que la barrera de la admisibilidad ha sido superada por el propio tribunal a quo al tratar y dar respuesta concreta a cada agravio expresado por el apelante en el recurso. En consecuencia, debe imponerse la procedencia del remedio (C. 106.836, "Macera", sent. de 30-XI-2011).

I.2. Con respecto al absurdo denunciado por el recurrente acerca de la contradicción en la que incurriera la Cámara al resolver la excepción de incompetencia a fs. 679/684 y lo resuelto a fs. 1317/1332, advierto que le asiste razón.

La Cámara, oportunamente, evaluando material probatorio y la contratación celebrada entre los litigantes, determinó que no existía margen de duda en que la relación jurídica existente quedaba incluida dentro de

los parámetros previstos del art. 10 inc. "b" de la ley 24.240. A lo que agregó que se trataba de un contrato de adhesión con cláusulas predispuestas, con manifiesta existencia de superioridad del contratante, frente al otro en desventaja; circunstancias que debían contemplarse bajo los principios rectores de la legislación mencionada (v. fs. 680/ vta.).

Con posterioridad, ya en la sentencia, resolviendo la apelación de las accionantes -fs. 1268/1287- y considerando los mismos elementos fácticos y de prueba, concluyó en la imposibilidad de subsumir en una relación de "consumo" a la existente entre las partes, atento a que el perfil comercial de las actoras se aproximaba más al de inversionistas que al de consumidores pues se estaba frente a una inversión de riesgo en donde existía una clara especulación financiera.

I.3. Resulta así ostensible un quebrantamiento en el razonamiento jurídico empleado oportunamente y el encuadre posterior otorgado por el Tribunal de Alzada que indudablemente quebranta la lógica y principios procesales constitucionalmente garantizados (L. 117.818, "Agüero", sent. de 31-X-2016; art. 18, Const. nac.) poniendo en evidencia el absurdo denunciado -fs. 1343- (conf. C. 94.325, "Romero", sent. de 13-XI-2008; C. 106.293, "Cesyt", sent. de 22-X-2014, entre otras).

II. De acuerdo con lo expresado hasta aquí y conforme con las circunstancias señaladas, corresponde hacer lugar al recurso interpuesto, revocando la sentencia impugnada y ordenando remitir las actuaciones a la instancia ordinaria a fin de que conforme las disposiciones de la ley 24.240 (T.O.) dicte nuevo pronunciamiento.

Voto por la **afirmativa**.

El señor Juez doctor **Kohan**, por los mismos fundamentos del señor juez doctor de Lázzari, votó también por la **afirmativa**.

El señor Juez doctor **Carral**, por los mismos fundamentos del señor Juez doctor de Lázzari, votó la cuestión planteada también por la **afirmativa**.

Con lo que terminó el acuerdo, dictándose la siguiente

S E N T E N C I A

Por lo expuesto en el acuerdo que antecede, oído el señor Subprocurador General y por mayoría, se hace lugar al recurso extraordinario interpuesto y se revoca la sentencia impugnada. La causa se remitirá a la instancia ordinaria a efectos de que se dicte nuevo pronunciamiento, incluyendo como base normativa para la resolución del caso la de la ley del consumidor 24.240 (T.O.) de conformidad con las pautas expresadas en el voto mayoritario. Las costas se imponen a la demandada vencida (arts. 68 y 289,

CPCC).

Notifíquese y devuélvase.

HILDA KOGAN

EDUARDO JULIO PETTIGIANI HECTOR NEGRI

EDUARDO NESTOR DE LAZZARI

DANIEL FERNANDO SORIA

MARIO E. KOHAN

DANIEL ALFREDO CARRAL

CARLOS CAMPS

Secretario