

La Resolución 836 de la Comisión Nacional de Valores y el pequeño inversionista como consumidor

Tamara Kovaszny de Kovaszna¹

Sumario

1. Introducción — 2. Resoluciones 835 y 836 de la Comisión Nacional de Valores. Limitaciones a la tenencia de moneda extranjera e inversiones — 3. Ronald Dworkin y los principios — 4. La asimilación de inversores de FCI como consumidores — 5. Conclusiones.

Resumen

Se analiza la importancia de la protección del principio de igualdad como base, frente a los objetivos socioeconómicos utilitarios en perjuicio de los derechos individuales de los consumidores. Luego se menciona la Resolución de la Comisión Nacional de Valores N.º 836/2020 sobre pesificación de inversiones y se destacan las conclusiones del fallo “Camderros, Lidia Marta y otros contra Francés Administradora de Inversiones S.A. y otros. Daños y perjuicios” – SCBA – 29/11/2017, sobre el inversionista como consumidor financiero, fruto de las características del contrato. Se cierra reafirmando el rol del inversionista del Fondo Común de Inversión (FCI) como consumidor y su derecho a el mantenimiento de sus fondos en la moneda pactada, citando a Rubén Stiglitz y su conceptualización del consumidor.

Palabras clave

Resolución N.º 836/2020 – consumidor financiero – Fondo Común de Inversión – principios

Abstract

It is analyzed the importance of protection of the principles and the equality, against the utilitarian socioeconomic objectives to the detriment of the individual rights of consumers. Next, it is mentioned the Resolution of the National Securities Commission N.º 836/2020 about pesified investment, and the conclusions of the ruling “Camderros c/ Francés Administradora de Inversión” are highlighted. To conclude, it closes with the assimilation of the FCI investor as a consumer and

¹ Abogada por la Universidad de la Cuenca del Plata (*Cum Laude*). Cursando el Doctorado en Derecho en la Universidad Nacional del Nordeste (UNNE). Adscripta de las asignaturas de Derecho Civil II y Daños en la Universidad de la Cuenca del Plata (UCP). Realizando un trabajo de investigación en la UNNE y en la UCP, ambos a cargo del Dr. Ricardo Sebastián Danuzzo. Correo electrónico: tamarakovaszny@gmail.com.

his right to keep his funds in the agreed currency, citing Rubén Stiglitz and his conceptualization of the consumer.

Key words

Resolution N.º 836/2020 — financial consumer — Common Investment Fund — principles

1. Introducción

Argentina es un país cuyo contexto socioeconómico se ha caracterizado en las últimas décadas por *defaults* e inflaciones crónicas². Este contexto trajo aparejado la situación de inseguridad jurídica y el correlativo dictado de medidas urgentes y temporales, muchas veces en perjuicio del consumidor. Se analiza la Resolución N.º 836/2020 de la Comisión Nacional de Valores, pesificando parte del patrimonio de los Fondos Comunes de Inversión (FCI) Abiertos en moneda nacional y/o moneda extranjera con cuota parte en pesos, partiendo de la consideración del pequeño inversor como consumidor que vislumbra un novedoso fallo de la justicia bonaerense.

El artículo tiene dos objetivos generales: denotar que dicha resolución afecta inequitativamente el derecho de los consumidores inversores en su derecho a la propiedad y libertad de contratación consagrado constitucionalmente, y la correlativa tutela de los fondos depositados en moneda extranjera al ser parte débil en la relación jurídica; y comprobar que efectivamente el pequeño inversor es consumidor. Se parte de la hipótesis de la igualdad como base del sistema jurídico y para el mantenimiento de las instituciones democráticas y de la primacía de los principios sostenida por Ronald Dworkin sobre los fines utilitarios socioeconómicos del Estado.

A tal efecto, se aplica un análisis documental sobre la Resolución N.º 836/2020 en lo pertinente a la inversión en un 75% del patrimonio en moneda de curso legal de la Comisión Nacional de Valores y la Resolución N.º 835/2020 referente a la pesificación del 75% del patrimonio. Asimismo, un análisis de casos sobre el fallo de la Corte Suprema de Justicia de Buenos Aires “Camderros, Lidia M. y Otros c/Francés Administradora de Inversión SA y Otros s/Daños y Perjuicios”, en correspondencia con el deber del Banco Central de la República Argentina (BCRA) a mantener los saldos de los ahorristas.

² El Índice de Precios al Consumidor (IPC) en comparación con el índice de Remuneración imponible promedio de los trabajadores estables (RIOTE) delimita una inflación del 44% frente a una variación salarial del 37%, conforme datos oficiales. Para mayor información en referencia a la metodología de cálculo y gráficos utilizados acceder a: https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/inf-ripte_202001.pdf y <https://www.indec.gob.ar/indec/web/Nivel4-Tema-3-5-31>

2. Resoluciones N.º 835 y N.º 836 de la Comisión Nacional de Valores. Limitaciones a la tenencia de moneda extranjera e inversiones

2.1. Resolución N.º 836

En el marco de una situación de crisis global producto de la enfermedad covid-19, con una parálisis de la producción y cese de muchos puestos de trabajo³, sumado a la situación de *default* del país (nuevamente), se hizo necesario la emisión monetaria en exceso, incompatible con el nivel de reservas en moneda extranjera. En este sentido el gobierno de turno —específicamente la autoridad de la Comisión Nacional de Valores— ha dictado la Resolución N.º 836/2020 en fecha 24 de abril del año 2020. Por medio de esta normativa de la autoridad de contralor de los Fondos Comunes de Inversión se dispone la pesificación de las inversiones en un 75% del patrimonio de este, si este se constituye en moneda nacional o tiene cuotaparte en pesos⁴.

En sus considerandos dispone la facultad otorgada por el art. 32 de la Ley N.º 24.083 para reglamentar y complementar las disposiciones de la Ley de Fondos Comunes de Inversión y resolver casos no previstos. Asimismo, para fundamentar la obligatoriedad de las inversiones en un 75% en empresas locales, remite al artículo 1º de la Ley de Mercado de Capitales N.º 26.831, que establece entre sus objetivos y principios fundamentales: “Promover la participación en el mercado de capitales de los pequeños inversores, asociaciones sindicales, asociaciones y cámaras empresariales, organizaciones profesionales y de todas las instituciones de ahorro público, favoreciendo especialmente los mecanismos que fomenten el ahorro nacional y su canalización hacia el desarrollo productivo [...]”.

Asimismo, para fundamentar la medida, alude al contexto económico imperante y a las consecuencias derivadas de la declaración de pandemia emitida por la Organización Mundial de la Salud (OMS) en relación con el covid-19. Manifiesta (que): “resulta necesaria la revisión del tratamiento que corresponde dispensar a las inversiones en cartera de los Fondos Comunes de Inversión, a fin de que las mismas sean canalizadas al desarrollo productivo en el territorio nacional”. En virtud de ello, obligan a los fondos a la inversión en un 75% como mínimo en instrumentos financieros y valores negociables emitidos en el país exclusivamente en la moneda de curso legal. No obstante, no

³ Cabe denotar aquí el cierre de grandes empresas como Falabella y LatAm, en cuyo perjuicio hubo un fomento de la desocupación del último trimestre del 2019 del 8,9 a un valor de 10,4 en el primer trimestre del 2020. Para mayor información remitir al índice EPH del INDEC:

https://www.indec.gob.ar/uploads/informesdeprensa/mercado_trabajo_eph_1trim20AF03C1677F.pdf

⁴ Artículo 1: “El fondo cuya moneda sea la moneda de curso legal, deberá invertir, al menos, el setenta y cinco por ciento (75%) del patrimonio del mismo en instrumentos financieros y valores negociables emitidos en el país exclusivamente en la moneda de curso legal”.

fundamenta la exclusión en cuanto a los Fondos en moneda que no sea de curso legal, radicados en el país, y, por ende, aplicable nuestra legislación de Mercado de Capitales.

2.2. Resolución N.º 835

Esta resolución viene a dar base a lo dictaminado por la Comisión Nacional de Valores anteriormente expuesto. Dispone que los Fondos Comunes de Inversión en pesos (o en moneda extranjera, pero con cuotaparte en moneda de curso legal), deben reducir un 75% el patrimonio neto a la moneda de curso legal. Su contenido modifica el inciso a) del artículo 4º de la Sección II del Capítulo II del Título V de las Normas (N.T. 2013) en el punto a.2) párrafo segundo, el cual dispone expresamente:

En el caso que la moneda del Fondo sea una moneda distinta a la moneda de curso legal y el Fondo emita al menos una clase de cuotaparte denominada y suscripta en la moneda de curso legal, hasta el VEINTICINCO POR CIENTO (25%) del patrimonio neto del mismo podrá estar depositado en la moneda del Fondo en cuentas a la vista radicadas en el país en entidades financieras autorizadas por el BANCO CENTRAL DE LA REPUBLICA ARGENTINA y/o en entidades financieras del exterior que no pertenezcan a países no cooperantes a los fines de la transparencia fiscal en los términos del artículo 24 del Decreto N° 862/2019.

Cabe denotar que, independientemente de no aclarar la Ley 24.083 en su sexto articulado una diferencia de tratamiento entre los fondos de inversión abiertos, el anteúltimo párrafo del artículo 1 de la resolución, la resolución exime de la restricción a los fondos cuya moneda sea distinta a la moneda de curso legal y el fondo no emita (a diferencia del caso anterior), cuotapartes denominadas y suscriptas en la moneda de curso legal. En este caso el 100% del patrimonio puede estar depositado en la moneda del Fondo en cuentas a la vista radicadas en el país y/o en el exterior con los recaudos señalados en el párrafo precedente.

En los considerandos recuerda el art. 17 de la Ley 24.083, que dispone que los fondos no invertidos deben depositarse en entidades financieras autorizadas por el BCRA distintas de la sociedad depositaria del FCI y/o en entidades financieras internacionales⁵. Acto posterior, manifiesta el articulado cuarto que dispone que el 100% de los Fondos Comunes de Inversión Abiertos pueden depositarse en cuentas a la vista radicadas en el país en entidades financieras autorizadas por el BCRA.

⁵ “Las sumas en moneda nacional y extranjera no invertidas, pertenecientes al Fondo deben depositarse en entidades financieras autorizadas por el Banco Central de la República Argentina, distintas de la sociedad depositaria del Fondo Común de Inversión en cuestión y/o en entidades financieras internacionales que reúnan las condiciones que determine la reglamentación de la Comisión Nacional de Valores [...]”.

En lo relevante a la cuestión tratada, diferencia el tratamiento a los depósitos en moneda extranjera, considerando los fondos en moneda nacional y los que se encuentran en moneda extranjera. En cuanto a los primeros, advierte que incurren en una estrategia de inversión consistente en adquirir divisas con el ánimo de especular con la depreciación de la moneda local, alternativa válida según las normas correspondientes. Luego, recuerda el art. 6 de la Ley 24.083 que dispone la inversión de los FCI Abiertos en un 75% como mínimo en activos emitidos y negociados en el país, excluyendo a los Cedears y operaciones llamadas Contado con Liquidación y demás activos subyacentes considerados extranjeros.

En contracara, en caso de los FCI en moneda extranjera que no emitan cuotas denominadas y suscriptas en moneda nacional, no corresponde establecer un tope máximo de disponibilidades en la moneda del Fondo. Finalmente, suspende las operaciones de suscripción de cuotas de FCI en monedas distintas a la moneda del fondo.

A pesar de no compartir el criterio utilitarista de objetivos por sobre el derecho de propiedad y libertad de contratación de los consumidores, no se fundamenta una correcta distinción y sustento en principios clave para una ordenada organización democrática, por el que las personas y entidades que manejan grandes montos de capital puedan depositar e invertir sin restricciones. A contracara, quienes poseen un menor nivel de negociación, información y acceden a los fondos como modo de mantener el valor de la moneda —el cual, como se plasma en documentos oficiales, es depreciado constantemente en comparación con el sueldo recibido— tengan más restricciones.

2.3. Comunicación A7030 del BCRA

A efectos de hacer una suerte de analogía con lo anteriormente señalado, esta comunicación —con vigencia a partir del 29 de mayo— restringe a los consumidores la compra de dólares MEP y con liquidación. De esta manera, señala que se requiere una declaración jurada del cliente para acceder al mercado de cambios en la que deje constancia:

[...] [Que] en el día en que solicita el acceso al mercado y en los 90 días corridos anteriores no ha concertado en el país ventas de títulos valores con liquidación en moneda extranjera o transferencias de los mismos a entidades depositarias del exterior.

»se compromete a no concertar en el país ventas de títulos valores con liquidación en moneda extranjera o transferencias de los mismos a entidades depositarias del exterior a partir del momento en que requiere el acceso y por los 90 días corridos subsiguientes.

Asimismo, realiza una diferencia en cuanto a la limitación a los 200 dólares mensuales en el punto 2.2.

Días más tarde frente al reclamo de los empresarios, se elevó de USD 250.000 a USD 1 millón el acceso directo al mercado libre y único de cambios para la realización de pagos anticipados de importaciones. “Esta medida tiene un claro sentido de facilitar las importaciones a pymes”, explicaron desde el BCRA, y destacaron: “se simplifica la operatoria comercial de la compra de mercaderías al exterior, orientada a las pymes”.

En conclusión, se puede observar que existe una infundada diferencia de criterio en relación a las cargas y beneficios del sector consumeril y pequeños inversores, en relación a los grandes inversores con fondos para realizar operatorias en moneda extranjera quienes, además, presentan una situación de mayor equidad en debate y negociación que los predecesores. Se remite a la situación social imperante de conflicto social y a la finalidad de los consumidores de especular con la moneda local, pero no se advierte de qué modo los grandes capitales no realizan estas acciones con mayor peso y perjuicio en el nivel de reservas. Cabe destacar aquí la concepción de Rawls (2006) de bienestar social y de razonabilidad, quien afirma: “El bienestar de todos depende de un esquema de cooperación sin el cual ninguno podría ser tal que suscite la cooperación voluntaria de todos los que toman parte en ella, incluyendo a aquellos peor situados. Pero esto sólo puede esperarse si se proponen unas condiciones razonables” (p.27).

Para cerrar, también es importante señalar los principios de justicia social de Rawls, quien manifiesta su utilidad como modo de asignar derechos y deberes en las instituciones básicas de la sociedad y definen la distribución apropiada de los beneficios y las cargas de la cooperación social.

3. Ronald Dworkin y los principios

Conforme estas tres medidas adoptadas por la autoridad de la Comisión Nacional de Valores y por el Banco Central de la República Argentina, se puede observar una desigual distribución de las cargas y beneficios en referencia a los consumidores frente a la situación imperante en nuestro país que imprime la necesidad de una cooperación social. Congruente con dicha perspectiva, se observaron infundadas diferencias de tratamiento legal.

De este modo concluimos que a los sectores más vulnerables, quienes quieren realizar operaciones sin grandes riesgos para mantener en valor de la moneda en un contexto inflacionario y optan por un FCI al que pueden acceder con los fondos que poseen (muchas veces fruto de ahorros de toda su vida en dólares, como el fallo a analizar, y/o en pesos al no poseer moneda extranjera), se les impo-

nen restricciones en su derecho de propiedad y en sus intereses económicos, desiguales y desprovistas de regulación normativa expresa. Estos sectores se ven relegados a ser obligados a verse perjudicados por la marea inflacionaria, mientras que se flexibilizan las cuestiones en caso de fondos comunes sin cuotas partes en pesos, para aquellos quienes negocian con dólares y pueden invertir exclusivamente en dicha moneda o para empresarios, mientras que el consumidor no ve otra alternativa que acceder al mercado ilegal, violando así el principio de legalidad en un sistema democrático, estructuras bases por sobre las disposiciones normativas conforme el paradigma imperante desde la reforma de 1994; y el principio de igualdad, conforme la teoría de la justicia de Rawls a la cual adherimos.

Dworkin (1989) señala al hablar de lo fundamental que es el derecho a igual consideración y respeto que es: “la fuente de autoridad general de los fines colectivos, como de las limitaciones especiales a tal autoridad que se justifican en virtud de derechos más particulares”. Con la concepción de igual consideración, Dworkin manifiesta que se justifica también la exención, en forma de derechos económicos, para aquellos que más padecen a causa de tales componendas. Y cierra alegando:

Se necesita aquí alguna concepción de los niveles de necesidad, de manera que se pueda demostrar que, en tanto que la igual consideración justifica tales arreglos dentro de necesidades de un nivel de urgencia dado, no permite el sacrificio de necesidades de un nivel más urgente ni siquiera en aras de la satisfacción más plena de un mayor número de necesidades que son menos urgentes (p.42).

Es decir, por la urgencia de la necesidad de evitar el impulso inminente y fugaz del valor de la moneda nacional, fruto de medidas sociales de tutela y de la urgencia por la paralización de actividades, no se vea perjudicado el derecho de tutela constitucional en los intereses económicos de un sector desfavorecido. Y, además, con una desigual consideración frente a otros sectores que, al tener mayor poder de negociación y poder proveer más moneda extranjera al sistema (siendo que normalmente lo que ocurre son fuga de capitales, situación objeto de otra investigación), no son objeto de las medidas de urgencia.

En lo atinente a los considerandos que aluden a fundamentación positivista para el dictado de las medidas de urgencia, cabe remitir a la Constitución, base del Estado, la cual tutela en el art. 42 los derechos de los consumidores. Asimismo, compartiendo el criterio de Dworkin, la Constitución tiene disposiciones vagas por lo que las leyes regulatorias *per se* son carentes para fundamentar las disposiciones de medidas gubernamentales. Es por ello que resulta imprescindible remitir al peso de los principios⁶.

⁶ En este sentido también es necesario destacar la teoría de la argumentación de Perelman, quien agrega mayores supuestos de análisis que los clásicos denotados por Ihering de conflictos lingüísticos.

Dworkin además critica el fundamento de la democracia sustentado por el positivismo, del que se afirma en relación a la equidad: “los parlamentos y otras instituciones democráticas tiene títulos especiales para tomar decisiones constitucionales, aparte de su capacidad de tomar mejores decisiones”. Frente a ello señala:

La naturaleza de tales títulos es obvia, porque siempre es más equitativo dejar que un problema lo decida una mayoría que una minoría. Pero ésta es una posición que pasa por alto el hecho de que las decisiones referentes a derechos en contra de la mayoría no son problemas que equitativamente deban quedar librados a la mayoría. (Dworkin, 1989:223).

Así, alegar que la mayoría se verá beneficiada con una contención de la inflación con la mayor cantidad de pesos en el sistema, perjudicando a los consumidores y pequeños inversores en sus intereses económicos, alegando la autoridad encomendada legislativamente y la elección democrática, no resulta suficiente fundamento para alegar una medida inequitativa, que perjudica al sector consumidor quien tiene menor poder de negociación que los sectores empresarios y muchas veces, como veremos en los siguientes fallos, su actividad y participación, se ve compelida al simple depósito.

4. La asimilación de inversores de FCI como consumidores

4.1.Aspectos preliminares

Antes de mencionar un fallo paradigmático en materia del consumidor, es necesario señalar una explicación de Dworkin desarrollada en el libro *Los derechos en serio*, capítulo cuarto, donde habla sobre los casos difíciles y la importancia de la jurisprudencia en cuanto a los derechos políticos de las personas. Manifiesta que los derechos políticos son creaciones de la historia y de la moralidad: en la sociedad civil, los derechos de un individuo dependen, a la vez, de la práctica y de la justicia de sus instituciones políticas. Asimismo, manifiesta que, cuando un juez escoge entre la norma establecida en el precedente y una norma nueva que se considera más justa, no está eligiendo entre la historia y la justicia; más bien formula un juicio que le exige cierto compromiso entre consideraciones que ordinariamente, en cualquier cálculo de derechos políticos se combinan, pero que aquí entran en competencia. Siguiendo a Rawls, Dworkin también manifiesta que la doctrina exige que cuando se trata de principios la doctrina insiste en que de un caso al otro la distribución sea coherente (Dworkin, 1989: p.153). De esta manera, la situación de ampliar judicialmente un criterio con un nuevo precedente ofrece un reconocimiento de lo que sucede en la historia, donde los ahorristas para buscar nuevas alternativas contra la inflación estructural aceptan los ofrecimientos de las entidades financieras. En general, mediante contratos de adhesión y con las garantías ofrecidas. Es así

que, conforme una correcta interpretación de la normativa consumeril, se puede adherir a la consignación de este tribunal como un importante precedente en el avance de los derechos de los consumidores ante las nuevas perspectivas.

También es importante señalar la relevancia de las disposiciones judiciales en los casos difíciles para definir los derechos legales. Es pertinente señalar a Dworkin cuando afirma que los principios contenidos en las normas positivas sirven de puente entre la justificación política de la doctrina de que los casos semejantes deben ser decididos de manera semejante y aquellos casos difíciles en los que no está claro qué exige esa doctrina general (Dworkin, 1989:176).

En igual sentido, Ione Ferranti (1996), autora de la obra *L'interpretazione costituzionale della norma civile*⁷ afirma que: "La tarea del juez termina sólo cuando el resultado del proceso interpretativo aparece en sintonía con los principios del Derecho Constitucional". Y Eduardo García de Enterría (1997), en consonancia con lo comentado sobre la importancia de los principios y su peso, informa⁸:

La Constitución siempre incorpora determinadas opciones políticas y sociales profundas. La aplicabilidad directa de la Constitución, con todo su sistema de principios y de valores, lleva a que la interpretación y el proceso aplicativo del Derecho, lejos de poder entenderse como una operación mecánica pase a ser algo necesaria y rigurosamente axiológico (p.47).

4.2. Fallo Camderros, Lidia M. y Otros c/Francés Administradora de Inversión SA y Otros s/Daños y Perjuicios

En autos «Camderros, Lidia M. y Otros c/Francés Administradora de Inversión SA y Otros s/Daños y Perjuicios», dictaminado por la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, de fecha 29/11/17, se dictamina que correspondía aplicar las disposiciones de la Ley de Defensa del Consumidor. Éste criterio se funda en que el inversionista puede ser considerado un consumidor financiero, basándose en que lo suscripto por las partes es un contrato de adhesión, con cláusulas predispuestas, y caracteres tipográficos mínimos, de difícil lectura. A consecuencia, se diferencia del contrato reglado por los arts.1197 y 1198 del Código Civil, donde rige plenamente la autonomía de la voluntad.

⁷ Apartado incluido en el artículo de Aída Kemelmajer de Carlucci. Kelmelmajer de Carlucci, A. (2005), "Responsabilidad de los bancos por errónea información, ¿Puede un inversor ser un consumidor?", Revista de Derecho Privado y Comunitario, N.º 3, p.81. Recuperado de <https://www.rubinzalonline.com.ar/index.php/doctrina/articulos/ver/414290/>

⁸ Apartado incluido en el artículo de Aída Kemelmajer de Carlucci.

El caso trata de dos personas de la tercera edad, que invirtieron sus ahorros en un fondo común de inversión del Banco Francés, banco donde corrientemente realizaban sus operatorias. Ambas suscribieron las sumas de U\$S 32.000 la Sra. B. y de 40.000 dólares (U\$S), y demandaron la indemnización por los daños y perjuicios sufrido con motivo del incumplimiento contractual de las demandas por administración negligente o dolosa de los depósitos en el FCI. Dicha negligencia consistía en canjear los bonos originales por certificados de crédito fiscal, afirmando: “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 los inversores”.

En primera instancia, y en la Alzada, se rechaza la demanda considerando que las actoras acercan su perfil negociar más al de inversionistas que al de consumidores. Se remarca:

En la inversión de riesgo hay especulación: se espera un mejor rendimiento en base, justamente a la pérdida probable. Tanto por la moneda utilizada en la operación, la *calidad* de 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 (fs. 1324 vta.).

»El principio de confianza no releva al contratante de la colaboración ni le exime de las pérdidas de la operación a la que ingresan y que ingresaron al sistema con pleno conocimiento del riesgo que asumían (fs.1327 vta.)

De este modo, analizando si estas mujeres constituyen o no consumidores, tienen en cuenta la especulación y el riesgo para afirmar la negativa.

Al recurrir la medida, la Suprema Corte de Buenos Aires hace lugar al recurso interpuesto y se revoca la sentencia impugnada. En los considerandos manifiesta que:

- Se trata de un acuerdo que comprende la prestación profesional de servicios bancarios y/o financieros al consumidor ahorrista, celebrado en un formulario tipo, cuyo texto se encuentra pre impreso y en el que las partes se limitan a completar los blancos dejados a propósito para individualizar al cliente y ciertos datos particulares, empleando tamaños tipográficos minúsculos de difícil lectura.
- Estamos frente a 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 (art.3º Ley 24.240), receptando de esta manera, el principio del ‘favor debilis’.

- 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 servicio dirigidas al público en general, y no para un contrato particular, sustraídas de la libre discusión de su contenido por la contraparte.
- En dichos contratos, no existe una manifestación deliberada de la voluntad en los términos del art.1444 del Cód. Civil, pues el usuario se limita a aceptar las condiciones impuestas por el predisponente.
- Debe diferenciarse por cuestiones de contexto y circunstancias, al inversor minorista de los inversores institucionales, que son profesionales de la inversión. Se verifica un robustecimiento del concepto de `consumidor´ desde la reforma constitucional de 1994, y su art.42, siguiendo por el Decreto N° 677/2001, pasando por la reforma de la Ley 24.240 por la Ley N° 26.361 y llegando a la Ley N° 26.831 que regula el mercado de capitales. Esta última, en su art.1°, inc.) 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.
- No parece apropiado recurrir a la invocación de normas atinentes a contratos celebrados entre particulares en base a un criterio de igualdad, en donde las partes tienen amplias posibilidades de negociación, y que es un supuesto donde se legitima un severo control jurisdiccional de las cláusulas predispuestas en protección de aquél que se halla en una contratación en una posición desfavorable, a fin de morigerar o descartar su aplicación, según sea el caso, cuando las mismas conducen a un resultado anti funcional. (arts. 1 y 3 de la Ley 24.240, arts.1137 y 1198 del Código Civil).

Es así que la Alzada, para delimitar si las señoras son o no consumidoras, tienen en cuenta la autonomía de la voluntad de la contratación para afirmar que, siendo contratos de adhesión y no habiendo un criterio de igualdad, se incluyen dentro del concepto de consumidor.

Cabe sumar a lo establecido en el fallo, la consideración del derecho a la información en relación a la situación del inversor, de la cual José Garreta Duch (2002) afirma:

Para la recomposición del equilibrio que la competencia imperfecta altera, los operadores económicos precisan información, cuanto mayor, mejor, pues cuanto más imperfecta sea esta información, más imperfecto será el mercado y al revés. Es que la información económica o la economía de la información se ha convertido en una parte de la teoría económica cuyo objetivo es, precisamente, estudiar las consecuencias de la asimetría de la información entre los diferentes agentes económicos para tratar de analizar sus consecuencias mediante modelos económicos. Por eso, en la actualidad, los recursos dedicados al conocimiento y a la información en las sociedades desarrolladas aumenta en forma exponencial, máxime tras la aparición de siste-

mas informáticos de procesamiento y análisis de tales informaciones. Conocer dónde invertir, cómo y en qué forma, es un proceso que sólo puede considerarse razonable si en la toma de decisión ha existido una completa información sobre la realidad subyacente. La previsión y la planificación, el conocimiento y asunción del riesgo forman la base de la decisión (P.27).

Desde otra perspectiva, es fundamental también el derecho al ahorro. En este sentido, el artículo 47 de la Constitución italiana indica:

La República incentiva y tutela el ahorro en todas sus formas, disciplina, coordina y controla el ejercicio del crédito; favorece el acceso del ahorro popular a la propiedad de la vivienda, a la propiedad que se cultiva directamente, y a la inversión financiera directa o indirecta en los grandes complejos productivos del país.

Para cerrar, se cita el concepto de derecho del consumidor de Stiglitz, Rubén: “[...] es un sistema global de normas, principios, instituciones e instrumentos de implementación, sangrados por el ordenamiento jurídico en favor del consumidor, para garantizarle en el mercado una posición de equilibrio en sus relaciones con los empresarios” (Stiglitz, 1993:871).

5. Conclusión

En síntesis, se destaca el nuevo criterio en la inclusión y ampliación en el concepto de consumidor al pequeño inversor, fruto del cambio de paradigma, donde los principios (principalmente la igualdad) tienen primacía frente a lo rígidamente escrito. Es así que, siguiendo un criterio análogo en materia pública, también debiera propender a tutelar dichos intereses en forma equitativa y propendiendo a sustentar los principios por sobre objetivos. Dicha equidad, sustentada por autores de envergadura como Ronald Dworkin y John Rawls, reflejada en razón a las personas que pueden invertir en Fondos dolarizados sin obligación de reducir su patrimonio a moneda nacional, y sin obligación de fomentar la industria nacional, en forma desproporcionada con respecto a otros sectores. El objetivo es proveer a una coordinación social ecuánime, no obstante, los fines utilitarios gubernamentales y el bienestar general. Se aclara la falta de intencionalidad de incursionar en cuestiones económicas exentas del análisis jurídico propio del trabajo, sino, como se afirmó, denotar la desprotección en la tutela de los consumidores en sus intereses económicos, un aprovechamiento de su situación de parte débil en el ámbito negocial y un desigual criterio desproporcionado entre los sectores.