



COLUMNA DE OPINIÓN

La reforma judicial en el fuero penal federal de la Ciudad de Buenos Aires

POR UNA INMEDIATA APLICACIÓN DEL SISTEMA ACUSATORIO Y EL JUICIO POR JURADOS

Marcelo H. Caremi (*)

I. Cambio de modelo procesal

1.1. Instaurar sin demora el sistema acusatorio

La imperiosa necesidad de modificar el sistema de enjuiciamiento penal federal, al menos en el ámbito capitalino, cobra irrefutable elocuencia al sopesar la realidad de dicho espacio, en tanto las distintas causas penales avanzan, se estancan o retroceden según el gobernante de turno.

Este desafío al Estado de Derecho, que se advierte con claridad y es por todos conocida, sin embargo, no ha merecido pronunciamiento alguno por parte de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, pero, además, e igual de grave, tampoco ha conmovido debidamente a la ciudadanía.

Así se evidencia la crisis del Poder Judicial, y también de quienes formamos parte del sistema como abogados litigantes, en tanto no hemos logrado que sea vigente la indispensable independencia e imparciali-

CONTINÚA EN PÁGINA 6

La publicidad y el marketing digital a través de influencers: a propósito de un reciente y novedoso proyecto de ley

Marcos F. L. Nazar Anchorena (*)

SUMARIO: I. Introducción. — II. Algunas consideraciones generales sobre el régimen legal aplicable a la publicidad y sobre la publicidad encubierta. — III. Análisis crítico (a modo de aporte) sobre el proyecto de ley 1358/2020 y sus principales disposiciones. — IV. Experiencia internacional y un caso de autorregulación reciente. — V. Valoración del proyecto de ley y conclusiones.

→ El Proyecto de Régimen Legal para *Influencers* en Servicios Publicitarios Digitales y Redes Sociales intenta resolver uno de los tantos desafíos que imponen las plataformas digitales en el derecho, y ese esfuerzo merece reconocimiento. Plantea un problema de total actualidad, que es el uso indebido de las redes sociales para realizar anuncios publicitarios y competir en el mercado, y dispone medios razonables para lograrlo, como la inclusión de leyendas en los anuncios.

I. Introducción

El 30 de junio de este año ingresó en el Senado de la Nación, bajo el número de expediente 1358/20, un proyecto de ley (1) que tiene por objeto establecer un régimen legal para la actividad de aquellas personas que poseen cierta exposición en redes sociales y promueven marcas, conocidas como *influenciadores* o *influencers* (2). El proyecto es una iniciativa de la senadora por la provincia de San Juan, Lic. Cristina del Carmen López Valverde, y consiste, en este momento, en una versión preliminar y sujeta a correcciones. En cualquier caso, con correcciones o sin ellas, de ser aprobada por el Congreso de la Nación se convertirá en la primera ley especial sancionada en nuestro país en re-

gular un aspecto de la actividad publicitaria en plataformas digitales (3).

Conforme surge de los fundamentos del proyecto, la iniciativa responde a la necesidad de regular un aspecto de la publicidad comercial, la publicidad digital, y con ella la actividad de estos "nuevos protagonistas" —como llama el proyecto a los *influencers*— que han irrumpido en escena con la aparición de las nuevas tecnologías para ejercer, si se me permite la redundancia, su influencia en las redes sociales. Su crecimiento en número, el ingreso que generan con su actividad, el volumen de recursos que las compañías mueven alrededor de ellos, etc., son todas notas que justificarían, siempre de acuerdo con los fundamentos expuestos en el mencionado proyecto de ley, el dictado de una regulación específica en tal sentido.

Además de sus fundamentos, no puedo dejar de señalar el particular contexto en el que se trata el proyecto. En efecto, el pasado 21 de mayo se conoció la imputación realizada por la Secretaría de Comercio Interior del Ministerio de Desarrollo Productivo a Nu Skin Argentina Inc. - Sucursal Argentina (4), una sociedad constituida en el exterior e inscrita en nuestro país bajo el art. 118, LGS, por infringir algunas normas de la ley 24.240 de Defensa del Consumidor. El caso es relevante pues la sociedad no solo habría sido imputada por incumplir con su obligación de información respecto de las características y los beneficios del producto comercializado, *i.e.*, máquinas para el cuidado de la piel, así como también por incluir condiciones de compra abusivas en sus contratos, como ser la aplicación de la jurisdicción ex-

tranjera para la resolución de conflictos —ambas cuestiones que no despiertan mayor interés, dado que no son casos novedosos y existe jurisprudencia dictada en tal sentido—, sino porque habría inducido a confusión y no garantizado condiciones de atención y trato digno y equitativo a los consumidores por el modelo de negocio utilizado para comercializar sus productos —piramidal o multinivel—, que involucra directamente la actividad de *influencers* en la promoción y venta de los productos en redes sociales.

Como vemos, variadas son las cuestiones que se plantearon en el caso "Nu Skin": utilización de información falsa o engañosa; inclusión de cláusulas abusivas en contratos; e información confusa y falta de trato digno y equitativo a los consumidores por el modelo de venta utilizado. No me detendré a analizar cada una de estas cuestiones aquí; menciono el caso, porque todo indicaría que el proyecto viene a dar respuesta a este último tipo de problemáticas, es decir, aquellas derivadas de la actividad publicitaria de estos agentes en las redes sociales.

Más allá del contexto señalado, y en una primera aproximación al tema, corresponde preguntarnos si resulta necesaria una ley especial para regular la actividad de los *influencers* en la publicidad digital. Para adelantar mis conclusiones, soy de la opinión de que si el problema que plantea la actividad de los *influencers* en las publicidades digitales es una cuestión exclusi-

CONTINÚA EN PÁGINA 2

COLUMNA DE OPINIÓN

La reforma judicial en el fuero penal federal de la Ciudad de Buenos Aires
Por una inmediata aplicación del sistema acusatorio y el juicio por jurados

Marcelo H. Caremi 1

DOCTRINA

La publicidad y el marketing digital a través de *influencers*: a propósito de un reciente y novedoso proyecto de ley

Marcos F. L. Nazar Anchorena 1

NOTA A FALLO

Los servicios públicos y la debida participación constitucional ciudadana

Oswaldo H. Bassano y Francisco López Simpson 8

JURISPRUDENCIA

AUMENTOS TARIFARIOS. Servicio de agua potable y cloacas en la Provincia de Buenos Aires. Participación ciudadana. Nulidad del dec. 245/2012. Inadmisibilidad del recurso extraordinario. Disidencia (CS) 8

La publicidad y el marketing digital a través de influencers: a propósito de un reciente y novedoso proyecto de ley

VIENE DE TAPA

vamente vinculada con la publicidad encubierta —como el proyecto de ley así parece enfocar el asunto, a la luz de su art. 8º—, entiendo que no. Existen normas específicas dentro del dec. 274/2019 de Lealtad Comercial, como son sus arts. 9º y 10, incs. a) y b), que podrían resultar aplicables toda vez que algunos de los actos que se les reprochan a estos sujetos, como ser la falta de indicación de que las sugerencias que realizan en sus contenidos publicados en redes sociales consisten en una publicidad paga, bajo ciertas condiciones podrían ser reputados como actos de competencia desleal.

Por lo demás, la ley 24.240 posee normas que podrían ser aplicables a situaciones como las que vimos al mencionar el caso “Nu Skin”, pero su enfoque es parcial, ya que la problemática que presenta la publicidad digital no se agota en la afectación de un sujeto, el consumidor, en una relación de consumo. Los problemas que plantea la publicidad en redes sociales incluyen cuestiones que afectan también derechos de competidores y el correcto funcionamiento de los mercados, todos bienes jurídicos tutelados por el dec. 274/2019 de Lealtad Comercial.

Con todo, el proyecto es muy interesante, por lo novedoso, y resulta valorable la iniciativa de nuestros legisladores de proponer una norma de estas características en la medida en que intenta resolver uno de los tantos desafíos que plantean las plataformas digita-

les en el derecho, en este caso en materia de publicidad digital.

En este artículo me referiré muy brevemente a algunas cuestiones generales sobre la publicidad comercial y lo haré para indicar cuál es su principal función en un mercado, así como también los principios que la orientan. Aclaro que haré estas referencias aun a riesgo de tornar demasiado académico el asunto, porque entiendo que son absolutamente necesarias para entender cuáles son las normas aplicables a la publicidad digital o porque explican por qué se debería prohibir un tipo de publicidad como la publicidad encubierta. Así, sostendré que, en ciertos casos en que esta modalidad es utilizada, el problema que enfrentan los consumidores, los competidores y el mercado es la violación del principio de identidad publicitaria y, por lo tanto, un engaño, entendido este en un sentido específico, distinto al aplicable a la publicidad engañosa. En el intento por analizar esta figura, la caracterizaré brevemente con el objetivo de distinguirla de la publicidad engañosa del art. 11 del dec. 274/2019, para concluir que los actos reprochables en esta materia no consisten en otra cosa que en actos de competencia desleal, en general, pudiendo ser aplicables varias normas. Todos los temas abordados tienen directamente aplicación en el análisis del proyecto de ley que incluyo sobre las normas principales con el objetivo de aportar algunas ideas a la discusión legislativa —incluidas también algunas orientaciones recientes dadas por los reconocidos organismos de autorregulación—. Por último, concluiré con algunas propuestas específicas para el proyecto de ley.

II. Algunas consideraciones generales sobre el régimen legal aplicable a la publicidad y sobre la publicidad encubierta

La publicidad es una forma de comunicación a través de la cual una persona da a conocer al público un producto o servicio para inducir su contratación. Como señala la doctrina, en la publicidad “hay un fuerte contenido comunicacional orientado a un fin específico, el cual es conseguir que el receptor del aviso publicitario adquiera bienes o servicios de una empresa determinada” (5). Pérez de la Cruz Blanco señala que para que la actividad de divulgación pueda considerarse publicidad mercantil es imprescindible que

se haga con el concreto fin de incidir en la colocación en el mercado del objeto sobre el que versa (6). Por supuesto, su función no se limita exclusivamente a la económica; la publicidad tiene la función de informar (7) y de proveer un mensaje socializador, pero —sin dudas— la primera función mencionada, la económica, tiene un rol preponderante. Esta idea es, además, consistente con las principales definiciones en la materia que podemos encontrar en el derecho comparado (8) y es coherente con nuestra legislación.

En nuestro país no contamos con una ley general sobre publicidad, sino que existen numerosas normas —leyes, decretos, resoluciones y disposiciones— dispersas a lo largo de todo el ordenamiento que regulan aspectos parciales de aquella (9), muchas de ellas aplicables a la publicidad digital. La regulación está lejos de ser ordenada, armónica y coherente; más bien todo lo contrario: es confusa, desordenada y muchas veces hasta incluso contradictoria. Lo más cercano a una definición sobre publicidad —y que expresamente reconoce la finalidad económica que mencioné más arriba— la podemos encontrar en el art. 4º de la ley 26.522 (10), pero, hay que decirlo, es una definición limitada, porque se circunscribe exclusivamente a la publicidad realizada a través de servicios de comunicación audiovisual (radiodifusión televisiva, radial o satelital).

Como señalaba, publicitar algo tiene ínsita una finalidad económica y, por lo tanto, nunca es indiferente para quien lo hace: busca persuadir a alguien para que adquiera su producto o servicio, aun cuando lo haga simplemente como estrategia de posicionamiento de una marca o buscando incrementar su reputación social. La forma o el “cómo” se publicitan los productos o servicios es donde se encuentran prácticamente todos los desafíos legales, además del de establecer qué normas son aplicables a la publicidad en cuestión dentro del complejo entramado normativo vigente, y el de determinar cuál es la autoridad competente encargada de aplicarlas, algo que nunca se debe subestimar a la luz de una reciente jurisprudencia de la Corte (11).

Además de su finalidad económica, informativa y socializadora, la doctrina afirma la existencia de ciertos principios que regulan la actividad publicitaria, cualquiera sea el

medio de difusión utilizado y sin perjuicio de aquellas normas positivas que resulten aplicables. El primero de ellos es el *principio de veracidad*: la publicidad debe basarse en la verdad para ser lícita, pues con base en ella el destinatario forma su decisión de consumo. El segundo es el *principio de identificación publicitaria*: toda publicidad debe revelarse como tal ante sus receptores; estos deben saber que se encuentran frente a una publicidad cuando reciben un anuncio y, por lo tanto, conocer que ese anuncio o la opinión que se hace en él no es imparcial, aun cuando lo que se brinde sea información objetiva y veraz. El tercero, por último, es el *principio de sociabilidad* del mensaje publicitario, por el que se establece que el contenido del anuncio no debe promover o alentar conductas antisociales o contrarias a los valores fundamentales de una sociedad, tales como el odio racial, la discriminación religiosa, la violencia, etc. Estos principios limitan, de alguna forma, el derecho a la libre expresión que se le reconoce al anunciante y orientan la actividad publicitaria a los fines que le son propios.

Estas muy resumidas conceptualizaciones sobre la publicidad comercial, sus funciones y sus principios son aplicables a la publicidad digital o la realizada a través de redes sociales, que son simplemente un medio a través del cual una comunicación es difundida o divulgada, que puede, como no, involucrar un *influencer*. El anuncio de un *influencer* a través de una red social tiene idéntico propósito al de quien realiza un anuncio a través de cualquier otro medio de comunicación (persuadir a alguien de que directa o indirectamente compre algo), solo que en este caso aparece un sujeto adicional: una persona que no es el anunciante, que dice algo bueno sobre un producto o servicio o la marca, refrendándolo o apoyándolo.

Este recurso, sin embargo, no es nada novedoso. En el pasado, algunos anunciantes recurrían a celebridades, por ejemplo, del mundo del deporte o del espectáculo, para promocionar sus productos o servicios, y realizaban sus anuncios en medios gráficos, radiales o televisivos. Hoy, recurren a personas que por ciertas características personales tienen la aptitud de marcar tendencias de consumo, pero que carecen, la mayoría de las veces, de la notoriedad de las celebridades. La van construyendo con el tiempo. Las hay de muy diferentes ámbitos, como el de la

{ NOTAS }

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(*) Abogado, Universidad de Buenos Aires. Diploma de Honor. Máster en Derecho y Economía (Universidad Torcuato Di Tella; Chicago-Kent College of Law, Illinois Institute of Technology, Chicago, Estados Unidos de Norteamérica). Especialista en Derecho Empresarial, Económico y de la Competencia. Exdirector de la Dirección de Lealtad Comercial de la Secretaría de Comercio Interior del Ministerio de Desarrollo Productivo (2017-2020).

(1) Disponible en www.senado.gob.ar/parlamentario/comisiones/verExp/1358.20/S/PL.

(2) El proyecto utiliza los términos *influenciador* o *influencer* indistintamente. La palabra *influencer* no parece ser la más apropiada para referirse a estas personas, porque es un término anglosajón; sin embargo, la utilizaré aquí porque entre nosotros la mayoría de las personas que usan redes sociales identifican correctamente a quien dicho término refiere. En cuanto a *influenciador*, de acuerdo con el “Diccionario de la Lengua Española” de la Real Academia Española, no hay diferencias entre *influir* e *influir*, con lo cual *influenciador* o *influidor* podrían resultar adecuados. También “líder de opinión”, como a veces se utiliza en España. Pero ninguna de estas expresiones refleja, a mi modo de ver, lo que un *influencer* es (además de lo que hace, que no necesariamente es lo mismo).

(3) Existe un antecedente reciente en la materia: el proyecto de ley presentado en el Senado por Adolfo Rodríguez Saa durante 2018, el cual tramitó bajo el expte. 746/18. Dicho proyecto pretendía regular la publicidad en redes sociales con el confeso objetivo de eliminar la publicidad encubierta (cfr. art. 1º del proyecto 746/18).

(4) Noticia oficial publicada en www.argentina.gob.ar/noticias/imputan-la-empresa-nu-skin-argentina-por-difundir-informacion-falsa-y-enganosa.

(5) CAPUCCI, Sebastián, “Publicidad comercial”, Ed. Nova Tesis, 2009, p. 25.

(6) PÉREZ DE LA CRUZ BLANCO, Antonio, “Derecho de la propiedad industrial, intelectual y de la competencia”, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2008, p. 184.

(7) Sin perjuicio de ello, aclaro que, en mi opinión, la publicidad comercial no resulta el medio adecuado para cumplir con la totalidad del deber de información previsto por el art. 4º de la ley 24.240, con excepción de aquellas publicidades cuyas leyendas y/o advertencias se encuentran establecidas como obligatorias por leyes nacionales, v.g., las leyes 24.788 y 26.687, así como también por sus reglamentaciones, y las publicidades comerciales que incluyen precios. Esta información podría ser provista por otros medios.

(8) La Directiva 2006/114/CE del Parlamento Europeo y del Consejo del 12/12/2006 la define como toda forma de comunicación realizada en el marco de una actividad comercial, industrial, artesanal o liberal con el fin de promover el suministro de bienes o la prestación de servicios, incluidos los bienes inmuebles, los derechos y las obligaciones. En igual sentido, el art. 2º de la ley 34/1988 de Publicidad de España la define como toda forma de comunicación realizada por una persona física o jurídica, pública o privada, en el ejercicio de una actividad comercial, industrial, artesanal o profesional, con el fin de promover de forma directa o indirecta la contratación de bienes muebles o inmuebles, servicios, derechos y obligaciones. El art. 21.1 del dec. leg. 1044 de Perú reconoce expresamente que la publicidad es un instrumen-

to para promover en el destinatario la contratación o el consumo de bienes o servicios.

(9) Entre las principales se destacan la ley 18.284 y el dec. 2126/1971 y sus actualizaciones, que establecen disposiciones higiénico-sanitarias, bromatológicas y de identificación comercial del Reglamento Alimentario aprobado por dec. 141/1953; la res. 20/2005 del ex Ministerio de Salud y Ambiente, que regula la publicidad o propaganda dirigida al público de especialidades medicinales de venta libre y suplementos dietarios, productos odontológicos, reactivos de diagnóstico, productos cosméticos, dispositivos de tecnología médica, productos domisanitarios y ciertos productos alimenticios; el art. 11 del dec. 274/2019 de Lealtad Comercial, que prohíbe la publicidad engañosa; la res. 915/2017 de la Secretaría de Comercio, reglamentaria del art. 9º de la ley 22.802 (actual art. 11 del dec. 274/2019) y del art. 4º de la ley 24.240; el art. 3º del dec. 961/2017, reglamentario del art. 10 de la ley 22.802 (actual art. 14 del dec. 274/2019), que regula la publicidad de concursos, certámenes, sorteos o mecanismos similares; la ley 23.592, que reprime con prisión a quienes realizaren propaganda basados en ideas o teorías de superioridad de una raza o de un grupo de personas de determinada religión, origen étnico o color, que tengan por objeto la justificación o promoción de la discriminación racial o religiosa; el art. 8º de la ley 24.240, que establece que las precisiones formuladas en la publicidad o en anuncios, prospectos, circulares u otros medios de difusión se tienen por incluidas en el contrato con el consumidor y obligan al oferente; la ley 24.788, que regula la publicidad de bebidas alcohólicas; la ley 25.926, que establece que los servicios de radiodifusión que expongan temas relacionados con la salud deben informar

el nombre, apellido y número de matrícula del profesional o especialista convocado; la ley 26.522, que regula los servicios de comunicación audiovisual en todo el ámbito territorial de la República Argentina, que la regula en sus arts. 68, 71, 81, 82 y 83; la ley 26.485, que en su art. 6.f) establece como un modo de violencia contra las mujeres aquella publicación o difusión de mensajes e imágenes estereotipados a través de cualquier medio masivo de comunicación, que de manera directa o indirecta promueva la explotación de mujeres o sus imágenes, injuria, difame, discrimine, deshonre, humille o atente contra la dignidad de las mujeres, como así también la utilización de mujeres, adolescentes y niñas en mensajes e imágenes pornográficas, legitimando la desigualdad de trato, o que construya patrones socioculturales reproductores de la desigualdad o generadores de violencia contra las mujeres; la ley 26.687, que regula la publicidad, promoción y el consumo de los productos elaborados con tabaco; los arts. 1101, 1379 y 1385 del Cód. Civ. y Com., que regulan la publicidad engañosa, abusiva y discriminatoria, y la publicidad de productos bancarios.

(10) Dicho artículo la define como toda forma de mensaje que se emite en un servicio de comunicación audiovisual a cambio de una remuneración o contraprestación similar, o bien con fines de autopromoción, por parte de una empresa pública o privada o de una persona física en relación con una actividad comercial industrial, artesanal o profesional con objeto de promocionar, a cambio de una remuneración, el suministro de bienes o prestación de servicios, incluidos bienes, inmuebles, derechos y obligaciones.

(11) CS, 06/11/2018, “Goodtimes Group SA c. DNCI s/ lealtad comercial - ley 22.802 - art. 22”, AR/JUR/56332/2018.

alimentación, la música, el turismo, la tecnología, la moda, etc., pero todas ellas comparten un mismo atributo: a diferencia de lo que sucede con las celebridades, estas personas tienen muchas cosas en común con los consumidores y, por lo tanto, sus anuncios son más creíbles. A diferencia de otros recursos publicitarios, sus anuncios se insertan en medio de sus propios contenidos (que no necesariamente en todo momento son publicitarios), haciéndolos cotidianos o corrientes. Y actúan a través de un medio mucho más democratizado, que se adapta mejor a las nuevas generaciones que nacieron bajo el paradigma digital y en donde los usuarios tienen un rol activo antes que pasivo, opinando, siendo escuchados, etc.: las plataformas digitales.

Muchas compañías recurren a estas personas para promocionar sus productos, no porque sean expertos en estrategias de marketing, sino porque son de alguna manera “expertos” en la creación de contenidos, dicen cosas que son interesantes para alguien —no importa qué, sino para quién—, y porque a través de su cercanía e influencia administran o gestionan sus audiencias con eficacia. Humanizan las marcas —sin dudas en eso reside su atractivo—, y lo hacen de manera tal que en cuestión de segundos una historia subida en una red social promocionando un producto puede significar un éxito rotundo en las ventas, o que un nuevo producto sea conocido en el mercado. También ofrecen la posibilidad de fidelizar a sus seguidores con la marca y que en algún momento estos copien sus patrones de consumo. Estas acciones se apalancan en un activo de enorme valor para la industria publicitaria: la confianza que estas personas transmiten a sus audiencias y que tiene la potencialidad de incidir en su decisión de consumo.

Con todo, y dejando de lado este interesantísimo cambio de paradigma en el marketing y en la publicidad, la finalidad de los anuncios es la misma que la de cualquier publicidad y, por lo tanto, se les aplican las mismas reglas, los mismos principios. También enfrentan, en algunos casos, desafíos similares y, en otros casos, nuevos, propios del medio digital. En este aspecto, me referiré a uno de ellos, que es el que —entendiendo— el proyecto de ley viene a resolver. Directamente vinculada a la violación del principio de identificación publicitaria se encuentra la publicidad encubierta, lo que constituye el principal riesgo que presenta la publicidad digital (12). Esta modalidad publicitaria existe, cualquiera sea el medio utilizado, siempre que sus destinatarios no perciben su contenido publicitario porque es ocultado por el anunciante. Es aquella, como define la doctrina española, que no es identificable como tal por el público destinatario (13). Por medio de ella se busca que alguien se refiera a las virtudes o los atributos de una marca o de sus productos

o servicios bajo la apariencia de hacerlo de manera imparcial y objetiva y, por lo tanto, de forma más creíble por los consumidores. En efecto, el destinatario percibe el anuncio como información confiable por parte de un tercero, antes que como un anuncio publicitario, de forma tal que es mejor persuadido por aquella (14) o se le da un valor superior al que tendría si conociese su propósito publicitario (15).

En nuestro medio, para algunos autores la publicidad encubierta es una modalidad de publicidad engañosa (16); para otros, una forma de publicidad abusiva (17). Hay quienes sostienen, en cambio, que no existe propiamente engaño (18), o incluso que no está regulada. En mi opinión, esta modalidad publicitaria está alcanzada por el dec. 274/2019 en la medida en que existe un acto de engaño o de confusión, pero entendido este en un sentido diferente al que se verifica en la publicidad engañosa. La publicidad encubierta se encuentra en franca contradicción con el principio de identificación publicitaria ya mencionado, que requiere que el destinatario de la publicidad tenga conocimiento de que está frente a una acción publicitaria y por lo tanto promocional, de modo tal que sabe que se está intentando influir sobre su conducta de consumo. El destinatario del anuncio, como bien señala Capucci, cree que recibe información (o, agregaría yo, cualquier otra cosa) cuando en realidad lo que recibe es una manifestación tendiente a convencerlo de adquirir un producto o servicio determinado (19). No existe, en principio, inducción a error, engaño o confusión, al menos no en el sentido que tradicionalmente se le atribuye en la publicidad engañosa; el anunciante no pretendería generar una representación falsa o equivocada de la realidad, sino que lo que afirma, el contenido de su anuncio, puede ser verdadero, solo que oculta la naturaleza de la comunicación y aparenta cierta objetividad en la transmisión del mensaje, lo que torna el mensaje más creíble y, por lo tanto, mucho más efectivo (de aquí el interés de los anunciantes en utilizarla). Como señala la doctrina española, al público se lo engaña en cuanto al modo de presentar la comunicación publicitaria, a pesar de que ella es veraz (20). En palabras de García-Cruces González, “que la publicidad encubierta induzca a error a los consumidores no significa que se trate de un supuesto de publicidad engañosa, ya que no se induce a error a los consumidores con relación a los bienes y servicios ofrecidos en la publicidad” (21).

Nuestra doctrina afirma que para que se configure la ilicitud se deben satisfacer cuatro recaudos, a saber: a) que la práctica o mensaje persiga un propósito publicitario; b) que sea apta para inducir al consumidor a error en torno a su naturaleza publicitaria; c) la ausencia de elementos de identificación que informen el propósito comercial; y d) que

la práctica sea apta para incidir en el comportamiento de los consumidores (22). Si bien estos requisitos son de alguna manera consistentes con aquellos que se suelen requerir para la publicidad encubierta en el derecho español (23), es oportuno recordar aquí que se deben aplicar también los requisitos generales para que configuren un acto de competencia desleal bajo el dec. 274/2019 (en principio, como acto de engaño o confusión en la naturaleza de las condiciones de comercialización, aunque nada impediría la aplicación de la cláusula general prevista en el art. 9º).

Por último, en algunas jurisdicciones se ha requerido la prueba de la existencia del acuerdo entre las partes. En nuestro medio, como lo afirma la doctrina, la prueba deviene innecesaria porque una prueba como esa sería algo prácticamente imposible de lograr, siendo suficiente su demostración mediante prueba directa (testimonial) o indirecta (indicios) (24).

III. Análisis crítico (a modo de aporte) sobre el proyecto de ley 1358/2020 y sus principales disposiciones

La estructura del proyecto de ley es simple, lo que siempre es una virtud: propone una regulación sobre la actividad de los *influencers* en plataformas digitales y lo hace, primero, definiendo lo que se entiende por *influencer*, así como también la actividad específicamente alcanzada por el proyecto, *i.e.*, los servicios de publicidad digital, para luego establecer obligaciones en cabeza de los *influencers* y de los anunciantes, y las sanciones por incumplimiento, que serían aplicables por una autoridad administrativa a ser designada por el Poder Ejecutivo Nacional.

En particular, el proyecto trae numerosas cuestiones interesantes para analizar.

La primera de ellas es que, para el proyecto de ley, la actividad del *influencer* es un *servicio* (cfr. arts. 1º a 4º del proyecto). Por su parte, el art. 8.a) del proyecto reconoce, además, que la provisión de ese servicio por parte del *influencer* se enmarcaría dentro de un contrato. De este modo, el proyecto adoptaría una postura concreta respecto de la publicidad comercial, esto es, que la naturaleza de la relación jurídica entre el anunciante y el *influencer* es la de un contrato de locación de servicios. No parece desacertado en cuanto a que el contrato de publicidad es un contrato de locación; sí, quizá, pueda ser discutible la calificación de este como locación de servicios. La doctrina y la jurisprudencia mayoritarias tradicionalmente consideraron a este contrato como una locación de obra o, al menos, una figura afín a ella (25).

La locación de servicios y la de obra poseen elementos comunes, pero, en ciertos casos,

generan efectos jurídicos diferentes; de ahí la relevancia de su calificación. Pero, sin entrar en el análisis de sus diferencias desde el derecho de los contratos, destaco los elementos comunes a ambas, que surgen del art. 1251, Cód. Civ. y Com. Este artículo define la locación de obra o servicios como aquella según la cual una persona, actuando independientemente, se obliga a favor de otra, llamada comitente, a realizar una obra material o intelectual o a proveer un servicio mediante una retribución. Sin perjuicio de que, insisto, podría ser discutible la calificación del contrato como de servicio en el proyecto (pienso que la de obra sería la correcta), la norma del Código Civil y Comercial establece dos notas fundamentales y por las que podríamos decir que la figura de la locación, en general, caracteriza bien al vínculo entre el anunciante y el *influencer*: el carácter de *independiente* de este y la existencia de una *retribución* por la prestación del servicio o ejecución de la obra.

Lo hasta aquí dicho, que no es otra cosa que la determinación de la naturaleza jurídica del contrato de publicidad comercial (incluido el de publicidad digital), es elemental, pues determina también las normas aplicables del Código Civil y Comercial al contrato, además de las que establecerá el proyecto (cfr. art. 963, Cód. Civ. y Com.) y que tienen una incidencia directa en las relaciones entre el anunciante y el *influencer*. Pero, además, la determinación de la relación jurídica es un aspecto central (y totalmente legítimo) en el proyecto, dado que, como se expresa en sus fundamentos, “existe ambigüedad en las formas de trabajo que la actividad de los influenciadores supone” y “no existe legislación que determine si los *influencers* realizan trabajo dependiente o no”. Enmarcar la relación en un contrato de locación de servicios claramente da la pauta de que no existe, en principio, relación de dependencia entre el anunciante y el *influencer*, algo que resulta, sin dudas, acertado.

En segundo lugar, el objeto de la regulación es la actividad del *influencer* realizada a través de “redes de telecomunicaciones por vía electrónica” (26). Si lo que se buscó era un concepto amplio para abarcar cualquier plataforma digital, entiendo que el objetivo está cumplido. De acuerdo con el art. 7.e) de la ley 27.078 (Ley Argentina Digital), una red de telecomunicaciones es un sistema de transmisión que permite el transporte de señales mediante cables, ondas hertzianas, medios ópticos u otros medios electromagnéticos, con inclusión de las redes de satélites, redes terrestres fijas (de conmutación de circuitos y de paquetes u otros) y móviles, sistemas de tendido eléctrico, en la medida en que se utilicen para la transmisión de señales, redes utilizadas para la radiodifusión sonora y televisiva y redes de televisión por cable. La expresión, aun acotada a aquellas realiza-

{ NOTAS }

(12) También podría configurar un supuesto de publicidad testimonial, pero —aclaro— no me detendré a analizar esta figura aquí. Por otra parte, la publicidad encubierta está tratada en la disp. ANMAT 4980/2005, que la define —a mi modo de ver— de forma defectuosa, por diversos motivos, como aquella que oculta el carácter publicitario de una información, presentándola como parte de la redacción del medio, de manera tal que el público tome la información como objetiva e imparcial. La res. AFSCA 499/2010, reglamentaria del art. 81, incs. k) y p), de la ley 26.522, y del art. 82, inc. f), del anexo I del dec. 1225/2010, establece que, respecto de los programas dedicados exclusivamente a la promoción o venta de productos, denominados “Televenda” e “Infomerciales”, se entenderá por: “...Infomercial: es una forma de comunicación comercial que adopta el formato de programa o microprograma de al menos quince [15] minutos de duración, que presenta las características, aplicaciones y utilidades de uno o varios productos, bienes, marcas y/o servicios. Incluye la modalidad de ‘publirreportaje’, que, bajo la apariencia de géneros periodísticos como la entrevista o la crónica, promocionan productos, bienes,

marcas y/o servicios”, y obliga a “exhibir en la parte superior de la pantalla un sobreimpreso claramente legible que indique que se trata de un ‘Programa de Televenda’ o de un ‘Programa Infomercial’, durante toda su duración”.

(13) TATO PLAZA, Anxo, “Aspectos jurídicos de la publicidad a través de líderes de opinión en redes sociales (*influencers*)”, *Revista de Derecho Mercantil*, nro. 311, enero-marzo/2019, Ed. Civitas - Thomson Reuters, p. 52.

(14) En el derecho comparado existen normas específicas sobre el tema. El art. 26 de la Ley de Competencia Desleal de España prevé como práctica comercial encubierta, y por lo tanto desleal, la inclusión, como información en los medios de comunicación, de comunicaciones para promocionar un bien o servicio, pagando el empresario o profesional por dicha promoción sin que quede claramente especificado en el contenido o mediante imágenes y sonidos claramente identificables para el consumidor o usuario que se trata de un contenido publicitario.

(15) TATO PLAZA, Anxo, “Aspectos jurídicos de la publicidad...”, ob. cit., p. 53.

(16) SAHIÁN, José H., “Novedosa regulación de la competencia desleal en el decreto 274/2019 de Lealtad Comercial”, *LA LEY*, 2019-C, 746.

(17) CHAMATROPULOS, Demetrio A., “La publicidad engañosa en el nuevo régimen de lealtad comercial”, en *Competencia desleal. Análisis del decreto 274/2019*, Ed. La Ley, p. 314.

(18) CAPUCCI, Sebastián, “Publicidad comercial”, ob. cit., p. 177.

(19) CAPUCCI, Sebastián, “Publicidad comercial”, ob. cit., p. 179.

(20) LEMA DEVESA, Carlos, “La publicidad engañosa en el moderno derecho español”, Ed. La Ley, España, 1995, p. 873, citado por CAPUCCI, Sebastián, “Publicidad comercial”, ob. cit., p. 181.

(21) GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, José A., “La armonización del régimen jurídico aplicable a la publicidad engañosa en la CEE”, *Rev. Instituciones Europeas*, 1988, p. 467, citado por CAPUCCI, Sebastián, “Publicidad comercial”, ob. cit., p. 181.

(22) SAHIÁN, José H., “Novedosa regulación...”, ob. cit., p. 21.

(23) TATO PLAZA señala que el mensaje debe perseguir una finalidad publicitaria, que tal finalidad no debe ser claramente reconocible por los destinatarios y que no debe incluir advertencias que informen explícitamente al público de que se trata de una comunicación publicitaria (cfr. TATO PLAZA, Anxo, “Aspectos jurídicos de la publicidad...”, ob. cit., p. 53).

(24) Cfr. CAPUCCI, Sebastián, “Publicidad comercial”, ob. cit., p. 185.

(25) BORDA, Guillermo, “Manual de contratos”, 8ª ed., Ed. Perrot, p. 590; y SPOTA, Alberto, “Instituciones de derecho civil. Contratos”, Ed. Depalma, 1984, Bs. As., vol. VI, p. 389. En el mismo sentido, CCiv., Com. y Minería San Juan, sala III, 10/05/2010, “Toledano, Gustavo D. c. Bacil, Hugo y Ozono Discoteque s/ daños y perjuicios”; CNCom., sala D, 13/11/1987, “Giella, Juan c. Estímulo SA s/ ordinario”; CNCom., sala E, 28/08/2007, “Albrech y Asociados SRL c. Investigaciones y Noticias SA y otro s/ ordinario”.

(26) Cfr. art. 1º del proyecto 1358/2020.

das por vía electrónica, pareciera ser lo suficientemente amplia para alcanzar cualquier plataforma digital. Sin embargo, el proyecto llamativamente no la utiliza más que en su art. 1º, aludiendo a lo largo del articulado a la expresión “redes sociales” (que no define), lo que podría generar alguna confusión en cuanto a su alcance.

Asimismo, la normativa sería aplicable a cualquier persona, humana o jurídica, que “realice la actividad de influenciador o *influencer* en las redes sociales ejecutando servicios de publicidad digital, con domicilio legal o con residencia continúa de al menos 2 años en territorio nacional” (27). Como señaló, el ámbito de aplicación parece mucho más específico que el objeto de la regulación previsto en el art. 1º del proyecto, ya que habla expresamente de “redes sociales” y, por consiguiente, se limitaría a los servicios publicitarios digitales prestados a través de ellas.

El art. 3º establece que están alcanzados los *influencers* que realicen servicios de publicidad digital que residan o se domicilien en otro Estado, cuando lo hagan mediante un “establecimiento situado en Argentina” (28). Si el *influencer* foráneo está organizado bajo la figura de una sociedad —algo que parecería poco frecuente, ya que en la mayoría de los casos son personas humanas, aunque igualmente están alcanzadas en el proyecto, sean nacionales o extranjeras—, quizá resulte mejor la utilización de las figuras de la sucursal o filial previstas en los arts. 118 y 123, LGS, que son las formas previstas por la LGS para la actuación en el país de las sociedades constituidas en el exterior, y aclarar si rige el plazo de 2 años previsto en el art. 2º. Y dejo aquí planteada la problemática, improbable pero posible, que el acto aislado podría plantear en casos como estos.

En cuarto lugar, el proyecto define *influencers* como aquellas personas que “poseen un número importante de seguidores o suscriptores y son sujetos verificados por la red social, y a través de su cuenta utilizan su alto grado de exposición, su imagen reconocida en las redes sociales y su capacidad de convencimiento para promocionar un determinado objeto, producto o servicio con el objeto de influir en las decisiones de consumo de sus seguidores y de este modo obtener algún rédito económico en su beneficio” (29). Como cualquier definición, plantea algunos interrogantes, que posiblemente la reglamentación se encargará de aclarar: la cantidad de seguidores que son necesarios para que alguien sea considerado un *influencer*; qué debe considerarse una “cuenta”; en función de qué se determinaría que un *influencer* es capaz de convencer a alguien para adquirir un determinado producto o contratar un servicio; en qué consiste la influencia en la decisión de consumo; qué sucede en los casos en que una red social no “verifique” a los sujetos (o más bien sus cuentas), entre las principales. Adicionalmente, la norma no incluye uno de los elementos que se suelen requerir para considerar a alguien como un *influencer* (además de la contraprestación, que sí la menciona): el control del contenido por parte del anunciante.

Siguiendo con la definición de *influencer* propuesta en el proyecto, no se explica —quizá sea este su aspecto más criticable— que la condición de tal se fundamente exclusivamente en un criterio cuantitativo y no cualitativo. Lo que caracteriza a la figura del *influencer* es precisamente su capacidad de generar tendencias de consumo en una au-

diencia, esté conformada por pocas o muchas personas. Obviamente, es natural asumir que una persona “influyente” posee muchos seguidores, pero no necesariamente siempre es así. Lo que el proyecto intentaría resolver, a mi juicio, aunque reconozco que no lo menciona expresamente, como sí lo hizo el proyecto 746/2018, es la publicidad encubierta. Este tipo de publicidad es reprochable por violar una pauta básica que rige la publicidad comercial y la competencia leal y honesta: la identificación de que una comunicación o anuncio es una publicidad, sea cual sea la cantidad de seguidores que un *influencer* tenga. Siempre hablamos, claro, en un marco relativamente estrecho: redes sociales que cuenten con seguidores (*followers*).

La doctrina extranjera formuló algunas definiciones al respecto y que tienen la virtud de ser algo más generales y menos condicionantes. Así, se ha definido al *influencer* como aquel tercero independiente que “moldea” las actitudes de sus audiencias a través de *blogs*, publicaciones, *tweets* y el uso de otras redes sociales (30). No se refiere a cantidades de seguidores, sino a una cualidad particular por parte de quien realiza el anuncio (que expresamente reconoce el proyecto), la aptitud de influir en sus audiencias a través de diferentes medios.

Continuando con su articulado, el proyecto define la publicidad digital como “aquella que se caracteriza por promocionar y difundir un producto o servicio en plataformas digitales, entre las que se incluyen aquellas que se encuentran desplegadas por medio de internet, en aplicaciones para celulares y programas en la televisión digital”. Esto resulta acertado, ya que el objetivo de la publicidad digital a través de *influencers* no es otro que el de incidir en la compra de un producto o en la contratación de un servicio, como vimos. Sin embargo, la definición es un tanto amplia, pues no distingue quién es el sujeto que emite la publicidad o, en definitiva, la controla (lo que trae la interesante cuestión en materia de responsabilidad que plantea el hecho de compartir contenidos por parte de los usuarios, pero que no trataré aquí). Y de nuevo insisto en la cuestión terminológica: la publicidad alcanzada por la definición se limita a aquella llevada a cabo por *influencers*, no ya en “redes sociales”, sino ahora en “plataformas digitales” (que tampoco define), lo que nuevamente despierta dudas sobre su alcance.

No obstante ello, la definición de publicidad digital se concretiza con la lectura del art. 5º del proyecto, en el que se detallan las prácticas alcanzadas y que son las siguientes: (i) *unboxings*: el proceso de desempaquetar y/o revelar productos, servicios y/o experiencias que ofrezca la marca/anunciante; (ii) sorteos o *giveaways* entre los seguidores que involucren los productos, servicios o marcas de anunciantes; (iii) fotos subidas a las redes sociales por los influenciadores donde se etiquete una marca; (iv) videos subidos a las redes sociales en los que se exalte la presencia de una marca o se la etiquete; y (v) toda otra forma de anuncio o promoción viabilizada a través de redes sociales que en el futuro pueda crearse, siempre que haya una contraprestación para el influenciador.

El desafío que plantea esta modalidad publicitaria es el de establecer cuándo la actividad de un *influencer* es una actividad publicitaria y cuándo es una simple opinión personal. El proyecto no resuelve este punto ni provee criterios para diferenciarlo, lo cual

sería deseable, aun cuando sean criterios generales.

El proyecto se encarga de aclarar, tanto en la definición de *influencer* ya analizada como en la definición de servicio de publicidad digital, que el servicio provisto por el *influencer* persigue un beneficio o rédito económico “no necesariamente pactada con antelación con el anunciante o beneficiario”. Esto resulta acertado, pues la contraprestación, sea esta dinero o cualquier otra cosa, es un requisito elemental para hablar de una publicidad comercial. El criterio que debiera imperar es el amplio, dadas las diversas formas de compensación que existen en el mercado (además del pago en dinero, el pago en especie, descuentos, etc.). Sin embargo, hay que tener presente que muchas veces es difícil la prueba de la existencia de la contraprestación, lo que no significa que el anuncio no persiga una finalidad publicitaria, algo que puede probarse por otros medios.

El art. 6º trae una serie de principios que deberá observar la publicidad digital, entre los que se encuentran el respeto a la dignidad de la persona y al principio de no discriminación por motivos de raza, género, religión, opinión, nacionalidad, discapacidad o cualquier otra circunstancia personal o social [inc. a)], así como también la protección de la juventud y de la infancia [inc. b)]. Ambas previsiones —entendiéndolas— serían una aplicación o derivación lógica del principio de sociabilidad que me referí en el apart. II anterior. La necesidad de incluir los principios del art. 6º es relativa, habida cuenta de las diferentes leyes vigentes aplicables en tal sentido. Asimismo, el proyecto establece como principios la salvaguarda de los derechos de propiedad intelectual [inc. c)] y todo otro derecho protegido por las leyes nacionales en la materia [inc. d)], algo que tampoco parecería ser necesario incluir, pues los derechos de propiedad intelectual o cualquier otro protegido por leyes nacionales merecen ser respetados por imperio de las propias leyes que los consagran, y no por una ley especial que regula la actividad publicitaria. En este aspecto, sería deseable que el proyecto reconozca expresamente la vigencia del principio de identificación publicitaria, que es lo que sostiene a través de las exigencias de su art. 7º.

El art. 7º del proyecto regula la publicidad digital y prevé así el remedio central contra la publicidad encubierta, que es la obligación, en cabeza del *influencer*, de revelar la naturaleza publicitaria del anuncio. Así, establece que para que un *influencer* pueda realizar una publicidad de productos o servicios a través de las redes sociales debe cumplir con tres requisitos:

i) Si obtiene rédito económico por esa publicidad, debe comunicar de manera clara y visible que se trata de una publicidad digital y debe incluir una etiqueta que especifique esa situación con la siguiente leyenda: *#PublicacionPaga*. La norma distingue, por un lado, una comunicación consistente en decir que se trata de una publicidad digital y, por el otro, la obligación de incluir una etiqueta en ella. Entiendo que el hecho de incluir una etiqueta como la requerida es una forma de comunicar “de manera clara y visible” que se trata de una publicidad digital, pero sería conveniente que se aclare esta circunstancia a fin de evitar la inclusión de información redundante en la publicidad digital. Por otra parte, la norma no aclara el momento en el cual debe ser incluida la etiqueta ni el lugar.

Tampoco permitiría utilizar una leyenda similar, lo que sería deseable (aunque reconozco los riesgos que ello conlleva). Debería ser efectuada al momento de lanzamiento del anuncio, nunca después, y, asimismo, la etiqueta debería ser fácilmente identificable y distinguible para el receptor del anuncio dentro de él (y no a través de *links* que lleven a otras páginas). Ahora bien, no en todos los casos parece necesario hacerlo incluir una leyenda (aunque la norma no lo refiere): si por la naturaleza o contexto del anuncio resulta obvio para el público que se está en presencia de un anuncio publicitario, no debería ser obligatorio incluirla.

ii) El segundo requisito previsto es que debe mencionar claramente la persona física o jurídica anunciante o beneficiario de la publicidad digital. En principio, no parecería ser necesario revelar la persona del anunciante o beneficiario de la publicidad, ya que esa información en general es irrelevante y, además, es provista a los consumidores a través de otros medios (etiquetas, envoltorios, términos y condiciones en las páginas web, etc.). En este sentido, la doctrina española sostuvo que “no es preciso que aquella indicación identifique el tipo de relación existente entre el líder de opinión y el anunciante; basta, creemos, con que desvele de forma suficiente el propósito del mensaje publicitario” (31). En todo caso, lo importante es que se pueda probar que la difusión del anuncio ha sido solicitada por el anunciante.

iii) Identificar de manera clara todas las comunicaciones publicitarias digitales de productos que sean inconvenientes para niños, niñas y adolescentes. Este requisito importa, y mucho, pero considero que debería aclararse qué se debería entender por un “inconveniente” para niños, niñas y adolescentes, o cuál sería la obligación concreta en cabeza del anunciante (la inclusión de una *disclaimer*, una aceptación previa, una etiqueta, etc.). Por lo general, las leyes que protegen a sujetos como niños, niñas y adolescentes directamente prohíben ciertas publicidades cuando su contenido es obsceno, violento, etc. No hay razones para que la publicidad digital tenga un tratamiento distinto en este sentido.

Asimismo, el art. 8º incluye una serie de obligaciones en cabeza del anunciante (no del *influencer*) que debe adoptar de manera previa a la difusión de la publicidad digital. Entre ellas, se destaca la obligación de contar con los medios de prueba que acrediten la veracidad de las afirmaciones objetivas respecto de su producto o servicio. Esta norma, además de respetar el principio de veracidad, se encuentra alineada con el art. 4º de la res. GMC 45/2006, que establece que cada Estado parte puede exigir que el proveedor de productos y servicios mantenga en su poder, para la información de los legítimos interesados, los datos fácticos, técnicos y científicos que den sustento al mensaje publicitario. Por tanto, si bien es indiscutible que un anunciante debe estar en condiciones de probar la veracidad de lo que afirma en una publicidad y hacerlo cuando se lo requiera, el requisito de cumplimentarlo de manera previa a su difusión podría considerarse reñido con el derecho a la libertad de expresión consagrado por el art. 14 de la CN y con el art. 12 del dec. 274/2019, que establece que la autoridad de aplicación de ese decreto no puede requerir autorización o supervisión previa a la difusión de la publicidad y que la fiscalización se efectuará únicamente sobre la publicidad que haya sido difundida en el mercado.

Por otra parte, el citado art. 8º establece la obligación de “especificar con claridad en los contratos la naturaleza publicitaria del contenido que publican”. También resulta indiscutible la vinculación legal que existe entre los anunciantes y los *influencers*, pero la disposición despierta algunas dudas, habida cuenta de que (i) muchas veces las partes

{ NOTAS }

(27) Cfr. art. 2º del proyecto 1358/2020.

(28) Se sobreentiende que el sujeto puede ser una persona humana o jurídica (cfr. art. 2º), aunque de su definición (cfr. art. 4º) no surge esta distinción, ya que solo menciona “personas”.

(29) Cfr. art. 4º del proyecto 1358/2020.

(30) FREBERG, Karen - GRAHAM, Kristin - McGAUGHEY, Karen - FREBERG, Laura A., “Who are the social media influencers? A study of public perceptions of personality”, *Public Relations Review*, vol.

37, nro. 1, 2011, ps. 90-92.

(31) TATO PLAZA, Anxo, “Aspectos jurídicos de la publicidad...”, ob. cit., p. 60.

en estos contratos no recurren a la forma escrita; de hecho, de acuerdo con una encuesta que se habría realizado a *influencers* en España, la mayoría (61,4%) no firmaría contratos con las marcas cuando llevan a cabo estas campañas publicitarias (32); y (ii) aun cuando se recurra a la forma escrita, la previsión podría considerarse contraria a la libertad de contratación prevista en el art. 958, Cód. Civ. y Com. Por otra parte, como mencioné en el apart. II, la prueba de esta relación no depende enteramente de la existencia de un contrato escrito, sino que puede recurrirse a otro tipo de pruebas, de modo tal que esta exigencia no tendría efectos prácticos concretos.

El art. 9º aclara las obligaciones tributarias de los *influencers* cuando reciben una remuneración por sus servicios, algo que resulta redundante, ya que estas obligaciones surgen de otras normas.

El art. 10 tacha de ilícita la publicidad digital realizada por *influencers*, cuando asume la modalidad abusiva y engañosa, definiendo a la primera como aquella que ofende, favoreciendo la discriminación por género, racial, social, política e induce a actividades antisociales, criminales o ilegales, incita a la violencia y atenta contra la dignidad de las personas; y a la segunda como aquella a través de la cual se induce al error sobre el producto, en los precios, características y/o cualidades, situación que se alcanza por vía de acción o de omisión. La ilicitud consagrada en este artículo parecería quedarse a mitad de camino, al quedar limitada al engaño o al abuso. Me explico: la publicidad encubierta es ilícita, no porque sea engañosa o abusiva, sino porque impide al receptor identificar el mensaje publicitario como tal, otorgándole así una credibilidad que de otra manera no tendría. No significa que necesariamente el contenido de ese mensaje sea engañoso o abusivo; puede serlo tanto como no; la inducción a error y, en consecuencia, el engaño son algo contingente. Por otra parte, la publicidad engañosa, como tal, ya se encuentra regulada por el art. 11 del dec. 274/2019, el cual, como está redactado, podría alcanzar a la publicidad digital realizada por *influencers* en la medida en que induzca a error, engaño o confusión a través de “cualquier clase de presentación, de publicidad o propaganda”. La norma no indica el medio a través del cual la publicidad debe ser realizada, con lo cual no hay razones para excluir la publicidad digital. Si igualmente existieran dudas al respecto, el art. 1º del dec. 274/2019 se refiere expresamente a canales físicos o digitales al establecer la finalidad de la normativa de lealtad comercial. El art. 1101 del Cód. Civ. y Com., en tanto, también regula la publicidad prohibida, entre las que incluye la engañosa, la abusiva y la discriminatoria (con algunas limitaciones, que no viene al caso mencionar), consagrando la acción de cese, la publicación de anuncios rectificatorios y, en su caso, de la sentencia condenatoria. Estas disposiciones son también aplicables a la publicidad digital.

El art. 11 del proyecto trae una suerte de recordatorio —cuya inclusión, aunque pueda parecer sobreabundante, no pareciera mal, en atención a la cantidad de normas que regulan la publicidad comercial en nuestro país— de que la publicidad digital realizada por *influencers* debe cumplir con la normativa que corresponda de acuerdo con el tipo de producto de que se trate. La norma menciona bebidas alcohólicas, productos de alimentación saludable, tabaco y productos médicos.

El listado, aunque la norma no lo dice, debiera tomarse como ejemplificativo, habida cuenta de la existencia de otras normas vigentes que alcanzan otros productos, como, por ejemplo, los alcanzados por la res. 20/2005 del Ministerio de Salud, los productos bancarios regulados por el art. 1385 del Cód. Civ. y Com. y las comunicaciones dictadas por el Banco Central de la República Argentina en la materia, y normas que no regulan la publicidad en función de un producto en particular sino en función de otros parámetros u objetivos, como, por ejemplo, las leyes 23.592, 25.280 y 26.485, entre otras.

En cuanto a las sanciones, el proyecto prevé el apercibimiento, el retiro con orden judicial del anuncio de la red social o cualquier otro medio digital de que se trate, la rectificación de las informaciones engañosas, incorrectas o falsas, y multas por un valor equivalente a entre 10 y 1000 salarios mínimos vital y móvil (33). En este aspecto conviene tener en cuenta, como la doctrina lo apuntó hace tiempo, que muchas veces una sanción como la de retiro de una publicidad o incluso la multa no resulta suficiente para compensar los efectos nocivos que tiene en el mercado una publicidad ilícita. Por ello, y sin perjuicio de que el proyecto no lo menciona, es útil recordar, como bien lo hace Chamatropulos en un reciente trabajo sobre la materia (34), que, de acuerdo con el art. 1713, Cód. Civ. y Com., la sentencia del juez interviniente en una acción preventiva debe disponer, a pedido de parte o de oficio, en forma definitiva o provisoria, obligaciones de dar, hacer o no hacer, según corresponda, debiendo ponderar los criterios de menor restricción posible y de medio más idóneo para asegurar la eficacia en la obtención de la finalidad. Por ejemplo, siguiendo a este autor, un juez podría obligar a la compañía que realizó una publicidad prohibida en el marco del Código Civil y Comercial a llevar a cabo una campaña que contrarreste los efectos que generó. Así, el mecanismo de tutela preventiva del Código Civil y Comercial podría, en ciertos casos, ser aplicable a una publicidad encubierta realizada por *influencers*.

Asimismo, el proyecto no aclara quién es el destinatario de la sanción, lo que resultaría aconsejable incluir, y en todo caso prever casos específicos de responsabilidad del anunciante o del *influencer*, o de ambos en forma solidaria. Cabe aquí preguntarnos si el *influencer* es responsable por la publicidad realizada en infracción al proyecto y, de serlo, en qué extensión. En mi opinión, si el control de la publicidad está en cabeza del anunciante y el *influencer* cumple con todas las obligaciones a su cargo, no parecería razonable que sea el *influencer* el responsable por el contenido de dicho anuncio, aun cuando perciba una contraprestación por su servicio. Sin embargo, esto está muy lejos de ser concluyente, al menos no en materia de derecho del consumo, dada la extensión de la responsabilidad solidaria prevista en el artículo de la ley 24.240.

Por último, el art. 13 indica que el Poder Ejecutivo Nacional establecerá la autoridad de aplicación, la que deberá velar por los derechos a la intimidad personal, la protección de los datos personales, la libertad de expresión y a la libre de información. En este aspecto, surge el interrogante de quién y cómo aplicará la ley. En primer lugar, el proyecto de ley no prevé una delegación de facultades o facultades concurrentes entre quien será la autoridad de aplicación del proyecto y los gobiernos provinciales y de la

Ciudad Autónoma de Buenos Aires, de modo que se entendería que su aplicación será “centralizada” (es decir, aplicada solo por la autoridad de aplicación nacional) y, por lo tanto, las jurisdicciones locales no tendrían competencia para fiscalizar y sancionar las infracciones.

Por otra parte, y en segundo lugar, es importante tener en cuenta que si la autoridad de aplicación designada por el Poder Ejecutivo Nacional no será la autoridad de aplicación del dec. 274/2019, esta no resultaría en principio competente para juzgar las infracciones a la normativa prevista en el proyecto de ley (cfr. art. 13 del dec. 274/2019), algo que despierta algunas dudas, considerando la competencia funcional de ese organismo. Cualquiera sea el caso, no parece desacertado que el control de estas publicidades esté a cargo de una autoridad administrativa.

IV. Experiencia internacional y un caso de autorregulación reciente

Existe una tendencia internacional que busca transparentar la comunicación y las acciones de marketing digital realizadas a través de *influencers* y que son llevadas adelante por organismos de autorregulación publicitaria. Entre sus acciones concretas se encuentra la emisión de guías y recomendaciones, que resultan útiles para el análisis de la propuesta. Destacaré a continuación, muy brevemente, algunas de ellas.

La primera de ellas son las recomendaciones de la European Advertising Standards Alliance (“EASA”), una organización sin fines de lucro creada en 1992 y basada en Bruselas que coordina los organismos de autorregulación publicitaria en Europa, a través de la publicación de recomendaciones sobre principios comunes y buenas prácticas. En diciembre de 2018, EASA emitió una recomendación de mejores prácticas (*Best Practice Recommendation* o “BPR”) para marketing a través de *influencers* (35), que si bien no constituye un código ni es vinculante, se trata de orientaciones especializadas, en las que destacan los siguientes conceptos:

i) La importancia de definir la publicidad o marketing del *influencer* basado en criterios que permitan decidir cuándo su actividad en redes sociales es una publicidad en oposición al contenido editorial puro.

ii) La compensación o remuneración del *influencer* y el control editorial del contenido del mensaje por parte del anunciante son dos condiciones necesarias para que el mensaje transmitido por un *influencer* sea considerado como una publicidad comercial.

iii) El reconocimiento de la publicidad es la piedra angular de la publicidad responsable y se debe asegurar que la audiencia reconozca el mensaje como publicidad y no como contenido editorial puro.

iv) La divulgación de la intencionalidad publicitaria del mensaje del *influencer* podría hacerse de diferentes maneras, pero lo más importante es que debe aparecer al instante.

v) La responsabilidad sobre el cumplimiento de estas obligaciones corresponde tanto al propio *influencer* como al anunciante.

Por su parte, la International Consumer Protection and Enforcement Network (“ICPEN”), una red que engloba a las autorida-

des de protección del consumidor del mundo y cuyo objeto consiste en la resolución de disputas y en fomentar la cooperación entre agencias, publicó, en junio de 2016, las *Guidelines for Digital Influencers* (36) para brindar ayuda a los *influencers* digitales (*bloggers*, *vloggers*, *tweeters* y personas que contribuyen en publicaciones *online*) para actuar en forma apropiada cuando reciben pagos o se encuentran inducidos a hablar o comentar sobre productos o servicios. Sus recomendaciones sugieren, concretamente:

i) Revelar claramente si el contenido fue pagado.

ii) Revelar otras relaciones comerciales que puedan ser relevantes para el contenido.

iii) Dar una visión genuina sobre los mercados, negocios, bienes y servicios.

Por su parte, en los Estados Unidos, la Federal Trade Commission (FTC) publicó las *Endorsement Guides & FAQ for Sponsored Social Media*, que especifican las reglas que los anunciantes, *influencers* y agencias deberían observar en la materia.

Por último, el organismo de autorregulación publicitaria inglés (Advertising Standards Authority o “ASA”) también publicó, junto con la Competition and Markets Authority (CMA) y el Committee of Advertising Practice (CAP), una guía especializada en marketing de *influencers* (*An Influencer's Guide To Making Clear That Ads Are Ads*) (37), en la cual sugiere, entre otras cosas, que la creación de contenido publicable en canales propios del *influencer* calificaría como una publicidad bajo la normativa aplicable (*CAP Code*) si: (i) involucra de alguna manera un pago; y (ii) la marca posee alguna forma de control sobre el contenido, incluida su aprobación final.

En España, el Jurado de Autocontrol, el organismo independiente de autorregulación de la industria publicitaria de ese país, emitió, el 28/11/2019, su primer dictamen en la materia (38), recomendando retirar un *post* sobre la marca de auriculares sueca Urbanista® publicado en Instagram por la *influencer* sueca Paulina Eriksson, por no identificarlo como publicidad en violación del art. 13 del Código de Conducta Publicitaria de Autocontrol (39). Se trata de un dictamen no vinculante y, por lo tanto, no obligó a retirar la publicidad, pero es un buen caso para tener en cuenta en el análisis de estos temas, pues trata muchas cuestiones de especial relevancia, como ser la determinación de cuándo un anuncio constituye una publicidad y no una opinión personal del *influencer* y cómo se debe identificar un mensaje de esa naturaleza. Algo particularmente interesante del dictamen (40) es que relativiza la ausencia de remuneración para configurar la intención publicitaria o, mejor dicho, no requiere la prueba del pago.

V. Valoración del proyecto de ley y conclusiones

Sin perjuicio de que entiendo que la publicidad encubierta consiste en un acto de competencia desleal y, como tal, prohibido y sancionable bajo el dec. 247/2019 como acto de engaño o confusión, o incluso bajo la cláusula general —con lo cual no sería necesaria una ley especial que sancione estas conductas, si es que lo que se persigue es exclusivamente sancionar este tipo de publicidad—, la valoración del proyecto de ley es completamente positiva. Como mencioné al inicio de este ar-

{ NOTAS }

(32) Cfr. ALBANESE, Ana Carolina, “Legal Marketing y ‘Nu Skin’”, LA LEY del 13/07/2020.

(33) Actualmente, de \$ 168.750 a \$ 16.875.000.

(34) CHAMATROPULOS, Demetrio A., “La publicidad engañosa...”, ob. cit., p. 313.

(35) Véase [https://www.easa-alliance.org/sites/default-](https://www.easa-alliance.org/sites/default/files/2017-06/ICPEN-ORE-Guidelines%20for%20Digital%20Influencers-JUN2016.pdf)

[files/2017-06/ICPEN-ORE-Guidelines%20for%20Digital%20Influencers-JUN2016.pdf](https://www.easa-alliance.org/sites/default/files/2017-06/ICPEN-ORE-Guidelines%20for%20Digital%20Influencers-JUN2016.pdf).

(36) Véase [https://icpen.org/sites/default-](https://icpen.org/sites/default/files/2017-06/ICPEN-ORE-Guidelines%20for%20Digital%20Influencers-JUN2016.pdf)

<https://www.asa.org.uk/uploads/assets/uploaded/3af39c72-76e1-4a59-b2b47e81a034cd1d.pdf>.

(38) “Particular (Transfronteriza ASA) vs. Paulina Eriksson. ‘Auriculares sin etiquetar *influencer*. RRSS”.

(39) Véase https://www.eldiario.es/tecnologia/primera-amonestacion-influencer-publicidad-instagram_1_1059801.html.

[gram_1_1059801.html](https://www.eldiario.es/tecnologia/primera-amonestacion-influencer-publicidad-instagram_1_1059801.html).

(40) Disponible en https://www.autocontrol.es/wp-content/uploads/2020/01/dictamen_rev-jurado_influencer-2534.pdf.

título, el proyecto intenta resolver uno de los tantos desafíos que imponen las plataformas digitales en el derecho, y ese esfuerzo merece reconocimiento. En el intento, plantea un problema de total actualidad, que es el uso indebido de las redes sociales para realizar anuncios publicitarios y competir en el mercado, y dispone medios razonables para lograrlo, como la inclusión de leyendas en los anuncios.

A modo de conclusión, detallo a continuación un breve resumen de algunas de las ideas aquí planteadas:

1. La conceptualización del contrato de publicidad como contrato de locación de servicios podría ser discutible, habida cuenta de que, por el resultado comprometido por el agente en la publicidad, podría ser considerado como una locación de obra. En cualquier caso, entiendo que esta figura aclara suficientemente bien que no estaríamos frente a un contrato regulado por la Ley de Contrato de Trabajo.

2. Sería conveniente adoptar una sola definición sobre el medio digital alcanzado por el

proyecto, esto es, las redes de telecomunicaciones por vía electrónica, en lugar de redes sociales o de plataformas digitales.

3. La definición de *influencer* incluye condiciones que, en la práctica, y aun cuando la reglamentación las aclare, pueden llegar a dificultar la aplicación de la ley. En especial, por la rapidez en que la tecnología avanza y se modifica. También sería oportuno incluir el requisito de control de contenido por parte del anunciante.

4. Aunque no es una condición necesaria para su aplicación, sería conveniente que el proyecto reconozca el principio de identificación publicitaria, no siendo en principio necesario que incluya otros ya previstos en otras leyes.

5. No parecería necesario identificar al anunciante en la publicidad digital como requisito para la validez del anuncio por parte del *influencer*.

6. Por su importancia e impacto, el proyecto debería regular qué son los “inconvenientes” para niños, niñas y adolescentes en la

publicidad digital. Y, si estos fueran graves, podría considerarse directamente prohibir la publicidad en cuestión.

7. El cumplimiento de requisitos u obligaciones con carácter previo a la difusión de la publicidad digital podría considerarse reñido con el derecho a la libre expresión, siendo el anunciante responsable *ex post facto*.

8. En cuanto a las sanciones, si bien no es estrictamente necesario, se podría aclarar la facultad de los jueces de disponer, en forma definitiva o provisoria, obligaciones de dar, hacer o no hacer bajo el Código Civil y Comercial y, asimismo, quién es el destinatario de la sanción y el régimen de responsabilidad.

9. Sería deseable aclarar cuál será el rol de las autoridades de aplicación locales, si se espera que tengan alguno.

10. Por último, si bien excede ampliamente el marco del proyecto de ley, no puedo dejar de plantear, para el futuro, que resulta imprescindible que nuestra legislación en materia publicitaria sea revisada, ordenada y actualizada a través de una ley general que

regule la publicidad comercial, en la que se unifiquen los diversos criterios imperantes en la actualidad, se establezca con precisión el alcance de sus normas, así como también los sujetos obligados y las facultades regulatorias y de sanción de las autoridades encargadas de aplicarlas.

Cita on line: AR/DOC/2675/2020

MÁS INFORMACIÓN

García Austt, Diego - Rodríguez, Gonzalo M., “Aspectos civiles y penales de los mercados multinivel. A propósito del caso ‘Nu Skin’”, LALEY del 13/07/2020, 4; AR/DOC/1930/2020

Albanese, Ana Carolina, “Legal marketing y ‘Nu Skin’”, LALEY del 13/07/2020, 2; AR/DOC/2342/2020

Marhaba, Débora - Barocelli, Sergio S., “Los *influencers* como nueva forma de publicidad y la protección de los consumidores”, LALEY del 13/07/2020, 10; AR/DOC/1926/2020

Álvarez, Shirdi S., “Transmisión de cuentas de redes sociales”, SJA del 11/03/2020, 101; JA 2020-I; AR/DOC/410/2020

COLUMNA DE OPINIÓN

La reforma judicial en el fuero penal federal de la Ciudad de Buenos Aires

VIENE DE TAPA

dad que debe imperar para impartir justicia, a pesar de tratarse de uno de los pilares básicos de toda sociedad civilizada.

Tan así es que el derecho a ser oído por un tribunal competente, independientemente e imparcial ha sido consagrado en el art. 10 de la DUDH y en el art. 14 del PIDCyP, así como en tratados y convenciones regionales como, por ejemplo, en el art. 6º del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, en el art. 8º de la CADH y en el art. 7º de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos.

El derecho internacional americano en materia de derechos humanos también ha reflejado la importancia de la independencia y la imparcialidad judicial como garantías primarias de la persona humana. El art. XXVI de la DADDH garantiza el derecho de toda persona a ser oída “en forma imparcial y pública”. Y el art. 8º de la CADH señala la independencia judicial como una de las garantías esenciales de toda persona en el ejercicio de su derecho a ser oída por un juez o tribunal.

La aludida normativa ha sido vulnerada a lo largo del tiempo, hasta llegar a la crítica situación actual, por lo que, sin hesitación alguna, un cambio urgente debe imponerse.

Ahora bien, sabido es que en el aspecto no hay soluciones mágicas ni normativa que pueda permitir dar un giro inmediato, ya que las bondades de un sistema no se hacen realidad sino a través de sus operadores.

Es que la independencia y la imparcialidad judicial no se logran con solo modificar la ley, sino que dependen, a más de ello y en mayor medida, de la calidad de los magistrados.

Así, cualquier juez corrupto podrá seguir operando según sus reglas y hacer fracasar

con su accionar la mejor normativa, por lo que, en definitiva, solo un cambio educativo y de valores podrá brindar una verdadera solución al problema.

En dicha senda cobra vital importancia el mecanismo de selección de los magistrados, y sería deseable que quienes habrán de llevar adelante las funciones de juez, fiscal y defensa, más allá de contar con las condiciones técnicas necesarias, como títulos académicos, posgrados, cursos, congresos, conferencias, artículos de doctrina, libros, etc., sean seleccionados fundamentalmente por haber demostrado en acto un profundo compromiso a favor del Estado de derecho y los derechos humanos.

Es de toda obviedad que se necesitan personas con sensibilidad social y compromiso, como única forma de desterrar las ligaduras con cualquier tipo de poder, aun las que pudieran existir dentro del mismo Poder Judicial.

No escapa, sino que resulta evidente, que dicho objetivo, lejos de ser instantáneo, conlleva un esfuerzo añoso para su logro.

De todas maneras, y aun ante la emergencia, entiendo que la solución elegida en el proyecto de ley no es la adecuada, por lo que sería muchísimo más conveniente la inmediata aplicación del modelo acusatorio contemplado en el Código Procesal Penal Federal (ley 27.063).

La idea de ampliación de juzgados, propuesta en el proyecto presentado al Congreso Nacional por el Poder Ejecutivo para la modificación de la Organización y Competencia de la Justicia Federal en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y en las provincias, no solo va en contra del modelo acusatorio, sino que a su vez implica una demora perjudicial para que nada cambie.

Asimismo, tampoco me parece válido el argumento que se desprende del proyecto, aunque comparto la necesidad de acudir a licuar el poder de los jueces que han demostrado no tener compromiso con los principios de un Estado de derecho (p. ej., disponiendo prisiones preventivas injustificadas).

Dicho disenso radica, al menos fundamentalmente, en dos cuestiones:

a) No soluciona el problema de fondo.

Tan solo, y con mucha suerte, lo demora hasta que el poder político de turno, o el poder real permanente, logren volver las cosas al estado actual.

b) No resulta más eficaz que el modelo acusatorio, ya que, si de licuar el poder de los jueces se trata, con el modelo acusatorio desaparecen las facultades del juez para decidir tanto las investigaciones, como las intromisiones en el ámbito de privacidad o de libertad personal de los ciudadanos, las cuales pasarían a estar en manos exclusivas de la fiscalía, pero con control del juez y la defensa.

De tal modo, en dicho marco normativo el juez pierde su poder dispositivo, ocupando un rol decisor imparcial —o al menos más imparcial—, ya que solo resuelve a pedido de alguna de las partes, pero siempre sin facultades de actuar “oficiosamente”, es decir, desaparecen las atribuciones casi incontrolables —o tardíamente controlables— que tiene el actual juez de instrucción.

Es que resulta inadmisibles mantener un juez de primera instancia —como desgraciadamente viene sucediendo— que tenga facultades para disponer una prisión preventiva de la noche a la mañana, solo controlable, en el mejor de los casos, mediante un recurso de apelación y después de transcurridos quince o más días de encierro.

Esto se da, pues, si bien en el actual modelo inquisitivo se requiere el impulso inicial del fiscal, una vez que ello ocurre —y ocurre en la gran mayoría de los casos—, a partir de allí se esfuman las posibilidades adecuadas de controlar a este juez instructor, que pasa a ser omnipotente, con lo cual es evidente que el sistema acusatorio ofrece sin duda alguna una mayor protección a favor del ciudadano y contra el poder punitivo del Estado.

Por esto no advierto posible pensar en que las cosas puedan cambiar con la normativa vigente, y más aún, cuando la mayoría de los cargos serán ocupados por otros magistrados funcionales al vigente sistema inquisitivo.

Así las cosas, aparece incomprensible la creación de estos nuevos juzgados y sus respectivos operadores, para que trabajen con la misma normativa inquisitiva que nos ha llevado a la situación actual que se pretende evitar y, al menos, cuestionable, si contamos con la posibilidad de implementar de manera inmediata el Código Procesal Penal Federal.

El proyecto en cuestión se da de bruceos claramente con la idea de avanzar hacia un sistema acusatorio, para lo cual, en lugar de crear más juzgados, habría que fortalecer el Ministerio Público Fiscal y de la Defensa, rezagados con los términos del envío legislativo.

Resulta ciertamente discutible pregonar un sistema acusatorio y generar más cargos de jueces que de fiscales y defensores, pues la lógica de dicho sistema indica que la mayor carga de tareas reposará en estos últimos.

A su vez agrava la cuestión el prolongado tiempo, nada menos que de dos años, previsto para la puesta en marcha del sistema acusatorio (Código Procesal Penal Federal), ya que en nada favorece las posibilidades de cambio, sino que, por el contrario, los nuevos operadores podrían sufrir la previsible influencia del sistema inquisitivo vigente, lo que dificultaría aún más la futura implementación del primer modelo.

Es de necesidad que la función de los tribunales federales sites en Comodoro Py fuera objeto de revisión, pero duplicar los juzgados, lejos de ello, generaría que en breve tiempo —aun antes de los dos años— el mismo resultado que se quiere evitar aparezca muy probablemente duplicado.

Y es que así ha sucedido de manera recurrente a lo largo de los años, donde los distintos poderes económico-político-mediático, en definitiva, terminan por volver las cosas al estado que debemos erradicar definitivamente.

Con lo cual, no veo con base a qué circunstancia esto dejará de suceder ahora de igual modo por el solo hecho de crear más juzgados.

Es de total acuerdo que resulta imperioso un cambio y de manera urgente, pero este debe ser sustancial, lo que no se logra con lo mismo en mayor cantidad, lo cual que ya ha demostrado su rotundo fracaso.

Es que si bien la justicia de Comodoro Py —aun con excepciones— hace años que se mueve de acuerdo con el color político de turno, resulta imperioso terminar con esta situación, pues en dicho ámbito se deciden los asuntos que causan un mayor impacto social.

La responsabilidad de lograr una justicia distinta nos compete a todos, pero el mayor peso debe corresponder a quienes elegimos

la profesión de abogados, al contar con un caudal de información que debe ser puesto a conocimiento de toda la ciudadanía, en procura de obtener las mejores herramientas para que nunca más un poder ajeno al judicial maneje la administración de justicia.

En las condiciones dadas, al menos por ahora, la solución más apropiada pasa por la pronta implementación del sistema acusatorio, más fiscales, más defensores, más audiencias orales, y no tantos jueces bajo el modelo inquisitivo como se pretende.

I.2. Implementación del juicio por jurados

También es hora de hacer operativos los arts. 24, 75, inc. 12, y 118 de nuestra CN y poner en acto el juicio por jurados, tal como viene sucediendo en muchas otras partes del mundo, como Estados Unidos, Inglaterra, Alemania, Canadá, Australia, España, Puerto Rico, Bélgica, Bolivia, Brasil, Francia, Italia, Suecia, Dinamarca, Noruega, Suiza, Grecia, México y Portugal, entre otros, y de igual modo en algunas de nuestras provincias, como Córdoba, Neuquén, Buenos Aires, Chaco, Río Negro, Mendoza y San Juan, con resultados altamente satisfactorios.

En dicha senda, el art. 282 del Cód. Proc. Penal Fed. contempla la realización del juicio por jurados; si bien remite para su implementación a la creación de la legislación respectiva, los modelos vigentes en las provincias permitirían su pronta puesta en marcha, en caso de existir real voluntad al efecto.

Ello sería muy saludable, pues está comprobado que, con el sistema actual, pese a la publicidad de los juicios orales, es muy raro encontrar ciudadanos interesados en observar e involucrarse en el accionar de la justicia.

A fin de explicar dicho desinterés, se esgrime como parte del fundamento que la modalidad y el lenguaje utilizado en los debates orales escapa al entendimiento de quien no está acostumbrado al sistema.

Pues bien, el establecimiento del juicio por jurados servirá para que el lenguaje a utilizar sea más llano, pues habrá que convencer a personas que no tienen preparación jurídica, y también para que la gente se comprometa verdaderamente con el servicio de justicia, ya que, lejos de ser un observador inerte, pasará a formar parte de la decisión y con ello deberá involucrarse seriamente y tomará debida consideración acerca de la importancia de la cuestión.

A su vez, de manera conteste la aplicación del jurado ha sido avalada en fecha reciente por la Corte Suprema de Justicia de la Nación⁽¹⁾, al confirmar una sentencia como consecuencia del veredicto de un jurado en la Provincia del Neuquén, ratificando así la viabilidad de su total implementación. Solo destaco como una cuestión negativa a mejorar que en el caso se legitimó la posibilidad de condenar sin necesidad de unanimidad de los miembros del jurado, lo que a mi ver vulnera el *in dubio pro reo* y el principio de inocencia.

Y si bien —como todo modelo— es perfectible, el juicio por jurados, al ser protagonizado por ciudadanos comunes, con todas sus diversidades y riquezas, terminará imponiéndose

“por legitimación histórica pese a la fuerte tradición que ha expropiado al pueblo la solución de los conflictos sociales más graves”⁽²⁾.

Decía el profesor Carlos Bigalli que los mayores crímenes se cometen con una lapicera detrás de un escritorio; son los delitos que más nos perjudican a todos y generalmente son llevados a cabo bajo el amparo del poder.

Estos son en gran medida los delitos que deben pasar por la Justicia federal, por lo que, para dotarla de la mayor garantía de independencia e imparcialidad, del menor manto de sospecha posible, es apropiado que sean juzgados por los mismos ciudadanos comunes, ya que, estos no están comprometidos con seguir en el cargo, ni deben su puesta en funciones a poder alguno.

II. Cambio de criterios

Al mismo tiempo, toda vez que la normativa sola no alcanza para modificar la realidad, de la mano del cambio de modelo se necesita también un cambio de criterio al menos en aspectos esenciales, como por ejemplo:

1. la excepcionalidad de la prisión preventiva,
2. la aplicación de medidas alternativas al juicio y a la pena.

II.1. La excepcionalidad de la prisión preventiva

Buscando el lado positivo, que siempre existe, los tribunales federales (de Comodoro Py) con el conocido dictado de prisiones preventivas ha puesto en el marco de debate la necesidad de que se garantice la libertad ambulatoria conforme lo manda el principio de inocencia, al menos hasta que una sentencia condenatoria firme establezca lo contrario.

Desde siempre ha existido un exceso de prisiones preventivas, claro está. De todos modos, siempre es bienvenida la consideración acerca de la libertad durante el proceso.

Es que realmente debe ser efectivo el principio de inocencia consagrado en la Constitución Nacional y los tratados internacionales, de modo tal que el encierro cautelar se aplique únicamente como excepción y de manera extraordinaria, pues como dijera el profesor de la Universidad de Florida, Leroy Pernell: “Si la presunción de inocencia no protege la libertad o la propiedad, antes de un pronunciamiento condenatorio, entonces, ¿cuándo y qué protege?”⁽³⁾.

Desgraciadamente poco se abreva en el daño irreparable que se causa a las personas, ni en el gasto económico que debe afrontar la sociedad en su conjunto por el dictado de prisiones preventivas totalmente innecesarias.

No se toma verdadera conciencia de la gravedad que implica esta situación, más aún cuando el encierro se aplica sobre jóvenes que tienen su primer conflicto con los poderes punitivos del Estado y ya a tan corta edad padecen vivencias intramuros que marcan de manera irreparable sus futuros.

Hace ya años —y hoy desgraciadamente es vigente—, mi querido amigo y maestro, Elías

Neuman señalaba al respecto que “Una norma fundamental en los países occidentales señala concreta y terminantemente que nadie es culpable de delito sin una ley anterior al hecho del proceso, y otra, no menos importante, que nadie puede ser declarado autor de un delito y, por ende, devenir delincuente, sin la existencia de un juicio previo. La interpretación y aplicación procesal que ya se ha hecho carne en la Argentina —y así seguirá ocurriendo mientras no se efectúen estructurales, honestas y serias investigaciones—, son violatorias de esta última norma. Las cárceles, múltiples comisaría —sobre todo en la Provincia de Buenos Aires—, se encuentran superpobladas por detenidos en carácter preventivo.

“Hay un dispendio de medidas asegurativas o cautelares, sin que exista posibilidad de excarcelación. Una inversión de la regla según la cual la excarcelación debe ser siempre la norma y la excepción su contrario. Es absolutamente común denegar la libertad por mandato legal o porque el fiscal o el juez instructor, que es quien en definitiva resuelve, entiendan, a poco andar, a veces con muy pocas fojas en el expediente, que la mera carátula de este obsta e inhibe al procesado a lograr su liberación por la posibilidad futura de que en definitiva recaiga sobre él pena de cumplimiento efectivo y no en suspenso. Por lo tanto, se le aplica la no excarcelabilidad.

“Se han conocido casos de sujetos que se encuentran así en prisión preventiva cinco o seis o más años y que resultan penados con una sentencia considerablemente menor y aún absueltos”⁽⁴⁾.

Una verdadera reforma de la Justicia debe tener en cuenta dicho aspecto, acudir a la prisión preventiva solo como *ultima ratio*, pues así lo establece la Constitución Nacional y los tratados internacionales.

Este es el criterio sustentado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en su informe de septiembre de 2017, en donde se expresó que “El uso excesivo de la prisión preventiva constituye un problema estructural inaceptable en una sociedad democrática que respeta el derecho de toda persona a la presunción de inocencia y representa una práctica contraria a la esencia misma del estado de derecho y a los valores que inspiran a una sociedad democrática”, en palabras del relator sobre los Derechos de las Personas Privadas de Libertad, comisionado James Cavallaro.

Y en mismo sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de manera reiterada ha señalado que la prisión preventiva “debe tener carácter excepcional, limitado por los principios de legalidad, presunción de inocencia, necesidad y proporcionalidad, de acuerdo con lo que es estrictamente necesario en una sociedad democrática”⁽⁵⁾.

También deberían tener real y mayor aplicación las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad —Reglas de Tokio—, adoptadas por la asamblea general en su res. 45/110, del 14/12/1990.

Allí se establece la regla 6, titulada “La prisión preventiva como último recurso”, y en el punto 6.1 indica que “En el procedimiento penal solo se recurrirá a la prisión preventiva

como último recurso, teniendo debidamente en cuenta la investigación del supuesto delito y la protección de la sociedad y de la víctima”. Y de seguido, punto 6.2, “Las medidas sustitutivas de la prisión preventiva se aplicarán lo antes posible. La prisión preventiva no deberá durar más del tiempo que sea necesario para el logro de los objetivos indicados en la regla 6.1 y deberá ser aplicada con humanidad y respeto por la dignidad del ser humano”.

Como se expresó líneas arriba, para mejorar las cosas se necesita antes que nada formar buen material humano, con sensibilidad social y misericordia, esto es lo primordial, pues conforme se demuestra con elocuencia en materia de libertad durante el proceso, los instrumentos normativos muchas veces están, solo hacen falta operadores que los utilicen correctamente.

En tal sentido, es tiempo más que suficiente para que, “Así como alguna vez se dijo ino! a la pena de muerte!, hoy vale el mismo ino! para la prisión”. Lo que “Implica el criterio de flexibilización con respecto a las detenciones preventivas mediante la mayor cantidad de exenciones y excarcelaciones posibles”⁽⁶⁾.

De una vez y para siempre, debemos hacer realidad que no se pueda encerrar a las personas para investigarlas penalmente y que ello solo sea admisible tras la conclusión definitiva del juicio previo.

II.2. Medidas alternativas al juicio y a la pena

La mayor aplicación de métodos alternativos de resolución de conflictos, aun en el ámbito penal, resulta sumamente beneficiosa a poco que se repare en que con ello se preservan los siempre escasos recursos personales y materiales del Estado, para dedicarlos a los asuntos que causan mayor daño social.

No se desatienden los otros casos, ya que se brindan alternativas (mediación, conciliación, reparación, suspensión a prueba), para destinar así los mayores esfuerzos a investigar los delitos más perjudiciales y evitar que, como sucede habitualmente, terminen en la impunidad.

Necesitamos adoptar un cambio de mirada respecto de la cuestión criminal, en tanto al resultar evidente que no se puede atender debidamente la totalidad de los delitos que ingresan al sistema, corresponde priorizar destinando la instancia de juicio oral y la pena a los hechos más importantes.

En dicha senda, el art. 5º de las Reglas Mínimas de Naciones Unidas sobre Medidas no privativas de la libertad —Reglas de Tokio— establece “II. Fase anterior al juicio 5. Disposiciones previas al juicio. 5.1. Cuando así proceda y sea compatible con el ordenamiento jurídico, la policía, la fiscalía u otros organismos que se ocupen de casos penales deberán estar facultados para retirar los cargos contra el delincuente si consideran que la protección de la sociedad, la prevención del delito o la promoción del respeto a la ley y los derechos de las víctimas no exigen llevar adelante el caso. A efectos de decidir si corresponde el retiro de los cargos o la institución de actuaciones, en cada ordenamiento jurídico se formulará una serie de criterios bien definidos. En casos de poca importancia el fiscal podrá

{ NOTAS }

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(*) Abogado; profesor de la Facultad de Derecho de la UBA; exprofesor de la especialización en Derecho Penal de la Facultad de Derecho de la UBA; exprofesor de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de José C. Paz.

(1) CS, 02/05/2019, “Canales, Mariano E. y otro s/ homicidio agravado - impugnación extraordinaria”, 461/2016/RH1, AR/JUR/7772/2019.

(2) SANDRO, Jorge A., “La Corte Suprema alzó la voz a favor del juicio por jurados”, LA LEY, 2019-C, 468, AR/DOC/1630/2019.

(3) LEROY, Pernell, “The Reign of the Queen of Hearts: The Declining Significance of the Presumption of Innocence. A Brief Commentary”, *Cleveland State University Law Review*, vol. 37, 1989.

(4) NEUMAN, Elías, “Los derechos humanos en el ‘otro país’”, Ed. Punto Sur, Buenos Aires, 1987, ps. 187-188.

(5) Corte IDH, 17/11/2009, “Barreto Leiva vs. Venezuela. Fondo, reparaciones y costas”, serie C, nro. 206, párr. 121; id., 30/10/2008, “Bayarri vs. Argentina. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas”, serie C, nro. 187, párr. 69; id., 06/05/2008, “Yvon Neptune vs. Haití. Fondo, reparaciones y costas”, serie C, nro. 180, párr. 107; id., 21/09/2006, “Servellón García y otros vs. Honduras”, serie C, nro. 152, párr. 88; id., 01/02/2006, “López Álvarez vs. Honduras”, serie C, nro. 141, párr.

67; id., 25/11/2005, “García Asto y Ramírez Rojas vs. Perú”, serie C, nro. 137, párr. 106; id., 24/06/2005, “Acosta Calderón vs. Ecuador”, serie C, nro. 129, párr. 74; id., 07/09/2004, “Tibi vs. Ecuador”, serie C, nro. 114, párr. 106, entre otros.

(6) NEUMAN, Elías, “La mediación penal y la justicia restaurativa”, Ed. Porrúa, México, 2005, ps. 80-81.

imponer las medidas adecuadas no privativas de la libertad, según corresponda”.

Asimismo, Claus Roxin ha señalado que “razones convincentes hablan en favor de una incorporación amplia de la reparación del daño en el derecho penal. Pues de este modo, los intereses de la víctima se ven mejor atendidos que con una pena privativa de libertad o una multa, que justamente, con frecuencia, hace fracasar la reparación del daño. También investigaciones empíricas han demostrado que el lesionado, al igual que la generalidad, le otorgan escaso o ningún valor a una punición adicional del autor frente a la reparación del daño en forma de un acuerdo entre autor y víctima, en casos de criminalidad leve o media. Por ello, se podría prescindir de la pena en casos que hoy son castigados con penas de multa leves, frente a una reparación total del daño; en los casos de delitos graves, la reparación del daño podría, con todo, tener como consecuencia la ejecución condicional de la pena o una atenuación obligatoria” (7).

A fin de demostrar la conveniencia de las medidas alternativas, así como los costos improductivos de la pena de prisión, en su libro “Crimen y sus víctimas”, Daniel W. Van Ness (ex-

director de Justice Fellowship, organización filantrópica sin fines de lucro con sede en Washington, que se dedica a perfeccionar la justicia criminal y proponer estudios de reformas de leyes), se hace la siguiente pregunta: “¿Quién es victimizado por el crimen? Y la respuesta es dada a continuación: Tú, como víctima, porque puedes perder la vida, la salud, la propiedad o la paz de espíritu. Tú, como ofensor, porque puedes recibir una sentencia injusta que te conduzca a una cárcel superpoblada. Tú, como pagador de impuestos, porque pagas más y más, a cada año, por un sistema (penitenciario) que no está cumpliendo con su función” (8).

En el sistema penal federal también se abordan cuestiones de entidad tal que no ameritan distraer los recursos propios de un juicio, los que tendrían que dedicarse a los casos de mayor lesividad.

En consecuencia, “El derecho penal moderno debería estar presidido por las ideas del minimalismo penal que recurre a él como última ratio”, aunque ello “En verdad resulta una ilusión porque, día a día, se criminalizan más conductas y las penalidades severísimas que se sancionan contradicen todas las posibilidades de humanización penal” (9).

Seguiremos con la ilusión a cuestas, brengando por un derecho penal mínimo y por condiciones más humanitarias en el ámbito de la justicia penal, ya que, como enseñaba Don Quijote de La Mancha, la peor derrota es el desaliento.

III. Conclusiones de modesta sugerencia

1. Todo sistema depende de la calidad humana que lo implemente, por eso, la principal tarea es formar personas que persigan rentas morales antes que materiales.

Siempre es oportuno recordar al efecto las palabras de Nils Christie cuando, en ocasión de visitar nuestra Facultad de Derecho de la UBA para presentar su libro “Una sensata cantidad de delito”, nos decía: “Soy un hombre feliz y básicamente optimista, y creo que esta idea idiotizante de ganar dinero y desarrollar instituciones económicas tendrá un punto final. Llegará el momento en que nos hartemos de la idea de que el dinero y las cosas materiales sea el criterio dominante de las cosas. Tengo la secreta esperanza, al menos en mi país, de que no solo nos hartaremos del dinero, sino que nos avergonzaremos de ser ricos. Mi abuela y mi madre estaban con-

vencidas de que la gente muy rica no podía ser amable, al menos, usando toda esa riqueza para sí misma” (10).

2. El modelo actual de enjuiciamiento penal no admite más vigencia, ni aun con modificaciones, y mucho menos cuando contamos con una normativa procesal superadora que amerita su inmediata puesta en marcha.

3. Con base en el modelo acusatorio del Código Procesal Penal Federal, antes que crear más juzgados se necesita fortalecer el ministerio público fiscal y de la defensa.

4. Hacer que efectivamente la prisión preventiva sea excepcional.

5. Aplicar con mayor amplitud los criterios de resolución alternativa de los conflictos penales, para lograr que los esfuerzos y recursos del estado se destinen a los hechos que causan la mayor dañosidad social.

6. Que estos casos sean juzgados por el pueblo mediante el juicio por jurados, como forma de dotar la mayor garantía de independencia e imparcialidad.

7. Asumir que los abogados tenemos la obligación de denunciar que existen alternativas para mejorar la justicia y, en consecuencia, propiciar su efectiva implementación.

{ NOTAS }

(7) ROXIN, Claus, “Fin y Justificación de la pena y de las medidas de seguridad”, en *Determinación Judicial de la Pena*, prólogo Julio B. J. MAIER, Ed. del Puerto, Buenos Aires, 1993, p. 48.

(8) BAROS LEAL, César, “Prisión. Crepúsculo de una era”, Ed. Porrúa, México, 2000, p. 71.

(9) NEUMAN, Elías, “La mediación...”, ob. cit., p. 19.

(10) *Revista del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal*, agosto-sept. 2004.

Cita online: AR/DOC/3027/2020

NOTA A FALLO

Aumentos tarifarios

Servicio de agua potable y cloacas en la Provincia de Buenos Aires. Participación ciudadana. Nulidad del dec. 245/2012. Inadmisibilidad del recurso extraordinario. Disidencia.

1.- El dec. 245/2012 impugnado, que dispuso un aumento en el valor del metro cúbico sobre el cual se calcula la tarifa del servicio público de provisión de agua potable y

desagües cloacales en el ámbito de la Provincia de Buenos Aires, se dictó cuando la realización de la audiencia pública no estaba contemplada como requisito previo al ajuste tarifario, pues la ley 11.820 había sido derogada y sustituida por el decreto 878/2003, ratificado por el artículo 33 de ley 13.154; por consiguiente, resulta arbitraria la sentencia apelada en tanto integró el marco regulatorio vigente al momento del dictado del cuadro tarifario cuestionado en autos con una norma que se encontraba derogada (del voto en dis-

dencia de los Dres. Rosenkrantz y Highton de Nolasco. La Corte, por mayoría, aplicó el art. 280 del Cód. Proc. Civ. y Com.).

2.- La sentencia que declaró nulo el dec. 245/2012 por el cual se dispuso el aumento en un 180% de la tarifa del servicio de agua potable y desagües cloacales es arbitraria. Los jueces se limitaron a afirmar que las medidas llevadas a cabo con motivo del aumento tarifario no bastaban para tener por cumplido el derecho constitucional de los usuarios a contar con

información veraz y adecuada, pero no ofrecieron razón alguna que justificara dicha afirmación, omisión especialmente invalidante de lo decidido, dado que surge la participación previa del Organismo de Control del Agua de Buenos Aires (OCABA) tal como ella estaba prevista en el marco regulatorio vigente, en cuyo directorio estaban representados los usuarios del servicio. El análisis sobre este punto resultaba conducente, pues habría permitido determinar si en el caso se produjo una violación a los derechos consa-

Los servicios públicos y la debida participación constitucional ciudadana

Oswaldo H. Bassano () y Francisco López Simpson (**)*

SUMARIO: I. Introducción.— II. El fallo en la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires.— III. El tratamiento de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.— IV. Audiencia pública como mandato constitucional.— V. Servicio público de agua como derecho humano fundamental.— VI. Conclusiones.

I. Introducción

En oportunidad del cuarto aniversario del fallo “CEPIS” (1), donde la Corte Nacional realizó un acabado tratamiento del tema —al cual volveremos en el presente trabajo como sus-

tento de nuestro comentario— y al hacerlo terminó un freno a un aumento de la tarifa de gas sin realización previa de audiencia pública, nuestro máximo tribunal nacional ha convalidado recientemente el fallo del año 2015 de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos

Aires (2), en donde —en lo sustancial— invalida el dec. 245/2012 (por el cual se realizó el aumento de la tarifa del servicio público de agua en territorio bonaerense) por haber obviado el requisito de la audiencia pública y previa, con la debida publicidad que asegure la correspondiente participación ciudadana.

Para hacerlo, lamentablemente se limitó a rechazar el recurso extraordinario intentado por la empresa ABSA y la Fiscalía de Estado Provincial, por conducto del art. 280, Cód. Proc. Civ. y Com., y decimos lamentablemente, porque entendemos que perdió una buena oportunidad de profundizar lo dicho en CEPIS al tiempo de dejar aclarado

que el requisito de audiencia previa es un requisito constitucional, pues es el más idóneo para garantizar la manda del art. 42 de nuestra Carta Magna. No es el único, es cierto, pero sí el más probado y por ahora más eficiente en cuanto a forma de desarrollo, economía de recursos, publicidad y alcance.

II. El fallo en la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires

El juez Genoud, que fue seguido por la mayoría, comenzó diciendo que: “... El juez de primera instancia acogió la demanda de amparo, declarando la nulidad del dec. 245/2012, mediante el cual se dispusiera un aumento

{ NOTAS }

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(*) Abogado. Profesor titular de la Cátedra de Defensa del Consumidor (Facultad de Derecho de la UdE), y de la Clínica de Derecho del Consumidor de la Universidad Nacional de Lomas de Zamora. Director del Instituto de derecho del Consumidor del Colegio de

Abogados de Lomas de Zamora y de la FACA. Presidente de ADDUC. Mediador, Conciliador, Árbitro de Consumo.

(**) Abogado (UNLP), máster en derecho administrativo (U. Austral). Profesor Adjunto de Derecho Administrativo I y Defensa del Consumidor e Investi-

gador en Universidad del Este (La Plata). Exasesor de la Cámara de Senadores del Congreso de la Provincia de Buenos Aires en Derecho del Consumidor. Exabogado de la Sec. Legal y Técnica de la Municipalidad de La Plata.

(1) “Centro de Estudios para la Promoción de la Igual-

dad y la Solidaridad y otros c. Ministerio de Energía y Minería s/ amparo colectivo”, 18/08/2016.

(2) Causa A. 72.408, “Negrelli, Oscar R. y ots. C. Poder Ejecutivo y ots. Amparo. Recurso extraordinario de inconstitucionalidad e inaplicabilidad de ley”, AR/JUR/61903/2014.

grados en los arts. 38 de la Constitución local y 42 CN (del voto en disidencia de los Dres. Rosenkrantz y Highton de Nolasco. La Corte, por mayoría, aplicó el art. 280 del CPCCN).

CS, 13/08/2020. - Negrelli, Oscar Rodolfo c. Poder Ejecutivo Provincial y otros s/ Amparo.

[Cita on line: AR/JUR/33400/2020]

Buenos Aires, agosto 13 de 2020.

Considerando:

Que los recursos extraordinarios, cuya denegación originan las presentes quejas, son inadmisibles (art. 280 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación).

Que el juez *Lorenzetti* suscribe la presente en la localidad de Rafaela, Provincia de Santa Fe, y el juez *Rosatti* lo hace en la localidad de Santa Fe, provincia homónima, en virtud de las medidas de aislamiento social preventivas dispuestas por las autoridades nacionales.

Por ello, y oído el señor Procurador Fiscal, se desestiman las quejas. Declárense perdidos los respectivos depósitos de fs. 110 y 173/175.

Notifíquese y, previa devolución de los autos principales, archívense las quejas. — *Carlos F. Rosenkrantz* (en disidencia). — *Ricardo L. Lorenzetti*. — *Elena I. Highton de Nolasco* (en disidencia). — *Juan C. Maqueda*. — *Horacio Rosatti*.

Disidencia del doctor *Rosenkrantz* y de la doctora *Highton de Nolasco*

Considerando: 1º) En lo que aquí interesa, a fs. 1316/1334 la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires hizo lugar al recurso de inaplicabilidad planteado por tres asociaciones de usuarios, declaró la nulidad del decreto 245/2012 que había ordenado un aumento en la tarifa del servicio público de provisión de agua potable a cargo de Aguas Bonaerenses SA —ABSA— y dispuso que las sumas abonadas en virtud de la norma mencionada debían imputarse a futuras facturaciones del servicio. Tal decisión se adoptó por una mayoría conformada por los votos individuales de los jueces Genoud, de Lázari, Kogan y Negri, quienes arribaron a dicha conclusión con fundamento en que este acto había sido dictado sin que se hubiese garantizado un mecanismo de información y participación de los usuarios previo a la toma de la decisión impugnada.

El juez Genoud, que votó en primer término, evitó explícitamente pronunciarse sobre

la vigencia del requisito de audiencia pública en el marco regulatorio aprobado mediante el decreto provincial 878/2003. Sostuvo que en el caso no se había dado a los usuarios ninguna información ni participación previa a la aprobación de las nuevas tarifas, lo cual resultaba violatorio del artículo 42 de la Constitución Nacional y del artículo 38 de la Constitución provincial. Si bien aclaró que la participación de los usuarios no requería necesariamente la celebración de una audiencia pública, consideró insuficientes las medidas que sí fueron adoptadas en el caso, como ser la intervención previa a la sanción del cuadro tarifario del organismo de control o la posterior publicidad.

Los jueces de Lázari, Kogan y Negri —este último según sus propios fundamentos— además entendieron que el marco regulatorio del servicio instrumentado por la ley 11.820 preveía el régimen de audiencias públicas frente a cambios tarifarios (Anexo II, art. 30) y que esa exigencia no fue derogada por el decreto 878/2003 que fijó un nuevo marco regulatorio, razón por la cual estaba vigente al tiempo en que fue establecido el aumento de tarifa por el decreto 245/2012.

2º) La Fiscalía de Estado provincial y ABSA cuestionaron la sentencia mediante recursos extraordinarios, cuya denegatoria

dio lugar a la presentación de las quejas bajo examen.

Los agravios de la Fiscalía de Estado pueden sintetizarse de la siguiente forma: a) la sentencia no tiene mayoría de fundamentos en la decisión, pues tres jueces sostuvieron que el requisito de la audiencia pública previsto en la ley 11.820 estaba vigente pese al cambio del marco regulatorio y el cuarto juez sostuvo, en cambio, que no se cumplió con el deber de información previsto en la Constitución Nacional y en la Constitución local; y, b) la sentencia carece de la debida fundamentación, pues prescindió de las constancias del expediente administrativo, del cual surge que antes del dictado del decreto impugnado se cumplieron las instancias de participación previstas en el marco regulatorio vigente al momento del aumento de la tarifa en tanto medió participación del Organismo de Control de Aguas de Buenos Aires —OCABA—, que contaba entre sus integrantes con un representante de los usuarios y, además, luego de dictado el decreto 245/2002, se publicaron los aumentos en diarios de gran circulación.

Por su lado, ABSA sostiene que: a) el nuevo marco regulatorio aprobado por el decreto 878/2003 implicó un cambio de paradigma que tornó innecesario el requisito de la audiencia pública, dado que el prestador pasó

en la tarifa por el servicio de agua potable y desagües cloacales. Asimismo dispuso la restitución de los importes percibidos con motivo de la aplicación del mentado decreto, con intereses y costas. Para así decidir, consideró —básicamente— que la falta de audiencia pública tornaba manifiestamente ilegítimo el decreto de modificación de la tarifa.

Según explicó, la obligatoriedad de su celebración se encuentra prevista en el art. 30 *in fine* anexo II, de la ley 11.820 —antiguo marco regulatorio del servicio de agua potable—, el que, pese a la sustitución por el nuevo régimen establecido en el dec. 878/2005 —ratif. por la ley 13.154—, igualmente se mantuvo vigente, en tanto solo se derogaron las normas que se opusieran a la nueva normativa (conf. art. 2º, dec. 878/2003).

Sostiene en este sentido que la audiencia pública constituye un instrumento esencial para permitir el acceso de los usuarios a la información, tal como disponen las constituciones, nacional, provincial, los tratados internacionales suscriptos y las leyes de protección al consumidor.

Concluye en consecuencia, que la omisión por parte de la demandada en convocar a una audiencia pública con carácter previo al establecimiento de un nuevo cuadro tarifario configura una conducta manifiestamente ilegítima en los términos del art. 20, inc. 2º, de la Constitución provincial.

Luego repasa la intervención de la Cámara, que desbarata el fallo de grado, diciendo —en lo que aquí interesa— *que la circunstancia de que el nuevo régimen normativo no prevea de forma expresa —como sí hacía el anterior sistema— la celebración de una audiencia pública demuestra la clara intención del legislador de no contemplar tal exigencia como requisito de validez, seguido a lo cual exhorta a la empresa y a las codemandadas a implementar en lo sucesivo mecanismos de gestión transparentes para garantizar a los usuarios el preaviso de la medida con una razonable antelación, la debida información previa, la ponderación de la tarifa en los sectores desprotegidos, como así también el escalonamiento y segmentación progresivo del aumento.*

Entrado al análisis del caso el magistrado entiende fundamental dejar aclarado que sin perjuicio de la discusión de si se encuentra vigente la norma del marco regulatorio anterior (que expresamente disponía la celebración de una audiencia pública), *no es posible, sin inobservar la Constitución Nacional, convalidar un decreto que dispone un aumento de tarifa del 180% sin que se haya previsto ni garantizado, de algún modo previo y eficaz, la información y consecuentemente participación de los usuarios en la toma de decisión.*

En ese sentido sostuvo que “... En efecto, el art. 42 de la Constitución Nacional y su par provincial (art. 38) garantizan el derecho a los usuarios y consumidores a una información adecuada y veraz como así también la protección de sus derechos económicos, garantías y derechos que se replican en las leyes tuitivas de la relación de consumo (art. 4º, ley 24.241 y cap. V, ley 13.133) como así también en las propias del marco regulatorio actual del servicio de agua potable (conf. arts. 35, 50 y 88, dec. 878/2003)...”.

Y poniendo el énfasis en este requerimiento que catalogó como *constitucional* “... La circunstancia de que no se encuentre prevista en el nuevo marco regulatorio la celebración de una audiencia pública, no puede ser argumento para no garantizar ningún mecanismo de información y participación de los usuarios en la toma de decisión, pues esta obligación no es ya legal, sino que deriva de las propias normas constitucionales...”.

Está claro, conforme lo explicitó entonces, la Corte Provincial, que es una obligación constitucional informar previamente al consumidor de los términos y razones por las cuales se pretende un aumento en la tarifa del servicio público, además, de que debe ser oído —participación ciudadana— y evacuadas por alguien sus consideraciones respecto de la información que recibió. Esta es la única forma de “nivelar” a este débil jurídico que es el usuario-consumidor en la relación asimétrica de poder con el proveedor de servicios.

Hasta aquí ya era suficiente para tener por concedido el recurso, pero a esto se adicionó un interesante punto de vista traído por el ministro De Lazzari, relativo a la estricta vigencia de la norma anterior siempre que no sea contraria a la ley posterior y para ello

señaló lo siguiente: “... de este breve repaso de las normas más relevantes —a nuestros fines— del Marco Regulatorio, se desprenden dos observaciones, fácilmente advertibles: La primera, que no hay norma en el dec. 878/2003 (ni en las consideraciones previas que lo fundamentan) que se refiera a la audiencia pública como exigencia de la actualización de las tarifas por el servicio; la segunda, que no hay norma que expresamente derogue a la ley 11.820 ni —por supuesto— al art. 30 de su Anexo II...”, y esto fue la plataforma desde la cual abonó su argumentación respecto a la validez de la norma anterior.

En un pasaje que entendemos clave de su lucido voto aseveró que “... Atendiendo exclusivamente a la cronología del dictado de las normas en conflicto, pareciera no haber dudas al respecto: el decreto del año 2003 ha de prevalecer sobre la ley de 1996 (por el principio *lex posterior derogat prior*). Sin embargo, esta tan clara regla para la solución de ciertos conflictos normativos está sujeta a una condición fundamental (cuya consideración parece omitida en la sentencia que se recurre), anunciada precisamente en el art. 2º: *que haya conflicto, oposición, incompatibilidad o inconsistencia entre las normas en cuestión*. Es esto lo que, en mi parecer, debe ser aclarado, puesto que no veo que exista la contradicción normativa a la que implícitamente se alude, ni considero que —de existir tal antinomia— deba resolverse aplicando el principio de temporalidad...”.

Penosamente, como adelantáramos en la introducción, la Corte nacional no se pronunció sobre el particular, desperdiciando a nuestro entender una valiosa oportunidad de desentrañar un axioma conocido por todos los operadores del derecho, pero que merece ser pensado —evidentemente— con mayor detenimiento.

III. El tratamiento de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (3)

El máximo tribunal se limitó rechazar los recursos interpuestos por ABSA y Fiscalía de Estado de la Provincia de Buenos Aires utilizando la vía del 280, Cód. Proc. Civ. y Com. Es decir, nada dijo sobre el fondo de la cuestión, por eso señalamos anteriormente que desde nuestra visión se perdió una valiosa oportunidad para seguir trabajando el requisito constitucional de la participación ciudadana previa al aumento de tarifas, que

al día de la fecha y si bien es cierto que existen otras alternativas, la audiencia pública sigue siendo la mejor alternativa.

Las normas se establecen para regular la convivencia de las personas, la tinta que cubra los anaqueles de las bibliotecas o los academicismos que las que la integran no valen por sí mismos. Cuando se fundamenta evitando el destinatario de la norma, la razonabilidad que con los ríos de tinta se construyó se diluye y desaparece.

A través de años de ejercicio, podemos concluir que las sentencias más “académicamente” fundadas no son las que demuestran una hermosa fundamentación y hermenéutica, sino a quien benefician y que fin tuvieron.

Cuando el fin evita a la sociedad toda y se entronca en el beneficio de unos pocos, comienza la pregunta, hay justicia, ¿es justo?

La disidencia de los magistrados de la Corte, Highton de Nolasco y Rosenkrantz, muestran un beneficio a la interpretación de restricción de derechos de los consumidores.

Su voto consideró que la creación del órgano de control del agua (OCABA —hoy desarticulado por una *Autoridad del Agua*—), el cual cuenta en su Directorio con un integrante representante de los consumidores, alcanzaba para justificar cualquier modificación tarifaria en la prestación del servicio público que presta ABSA. Asimismo justificó que la actividad administrativa “del príncipe” vale por sí misma, si cumple con los pasos burocráticos que corresponden. Por ello, dejó establecido que los jueces de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires no fundamentaron razonadamente su fallo que deja sin efecto el aumento tarifario de más del 180% a los usuarios del servicio de público de agua.

Sugerimos la lectura del acartonado y forzado voto de estos dos jueces en el fallo en examen, para observar el ingreso de posiciones anti-derechos de los consumidores. Que a pesar de recordar el fallo “CEPIS” (contra el aumento desequilibrado del gas en el 2016) ni se preocupó por integrar los derechos del consumidor.

Por fin, la demora de tratar el cobro de un aumento notablemente ilegítimo desde el

{ NOTAS }

(3) AR/JUR/33400/2020

a ser una empresa estatal que no tiene fin de lucro y el nuevo ente regulador se integró con un representante de los usuarios; b) existe cuestión federal referida a la interpretación del artículo 42 de la Constitución Nacional, pues esa norma deja librado al legislador la determinación de cómo se hará el control en favor de los usuarios, lo cual no implica que la audiencia pública sea el único medio admisible y en el caso tampoco había al momento de sancionarse el decreto cuestionado norma alguna que impusiera la obligación de convocarla con carácter previo a la revisión tarifaria del servicio sanitario; c) el decreto 245/2012 de la Provincia de Buenos Aires no violó el mencionado derecho constitucional de los usuarios, pues se llevaron a cabo diversas medidas informativas respecto de la modificación tarifaria —por ejemplo, la intervención previa del OCABA, la celebración de audiencias en la Defensoría del Pueblo provincial, publicaciones en los principales periódicos de la provincia, entre otras—; y d) la sentencia es arbitraria, pues se expidió sobre cuestiones que no habían sido planteadas en la demanda, dado que la pretensión inicial se centraba en la falta de audiencia

pública y recién al presentarse los recursos ante la Suprema Corte se alegó la ausencia de mecanismos de participación adecuada de los usuarios.

Los dos recurrentes denuncian, además, la existencia de gravedad institucional teniendo en cuenta el importe que habría que devolver vía facturación —más de mil seiscientos millones de pesos— y el impacto que dicha devolución tendría sobre la prestación del servicio.

3º) El cuestionamiento planteado por la Fiscalía de Estado provincial referido a la falta de mayoría de fundamentos en la sentencia recurrida debe ser desestimado en tanto —tal como se señala en el dictamen del señor Procurador Fiscal— los jueces que la conformaron decretaron la nulidad del decreto cuestionado con fundamento en que dicho acto había sido dictado sin que se hubiese garantizado un mecanismo de información y participación de los usuarios previo a la toma de la decisión impugnada.

4º) En cambio, si bien los restantes agravios formulados por los recurrentes remiten

a cuestiones regidas primordialmente por el derecho público local, regularmente ajenas a la instancia extraordinaria, cabe hacer excepción a ese principio, dado que la decisión recurrida no se ajusta al principio que exige que las sentencias sean fundadas y, por ende, no constituye una derivación razonada del derecho vigente con aplicación a las circunstancias comprobadas de la causa (Fallos: 321:2131, entre muchos otros). En especial, esta Corte ha resuelto que resultan arbitrarias las sentencias que omiten el tratamiento de cuestiones conducentes para la decisión de la litis (conf. Fallos: 312:1150; 315:1247, entre otros) o bien que aplican normas jurídicas derogadas (conf. Fallos: 303:954, entre otros).

Como se verá, las dos causales concurren en el caso concreto y descalifican la sentencia recurrida por las demandadas.

5º) En esta causa, tramitada como acción colectiva, se discute la validez del decreto 245/2012 de la Provincia de Buenos Aires que dispuso un aumento del valor del metro cúbico sobre el cual se calcula la tarifa del

servicio público de provisión de agua potable y desagües cloacales prestado por ABSA. La controversia se ha centrado en dos cuestiones: a) si el marco regulatorio vigente al momento del dictado de ese decreto imponía la celebración de audiencias públicas en forma previa a la modificación de las tarifas; b) si en el caso concreto se respetó el derecho constitucional de los usuarios a contar con información adecuada y veraz con relación a dicho cambio tarifario.

6º) Es importante destacar que ABSA es una empresa de capital mayoritariamente estatal creada mediante el decreto provincial 517/2002, luego de la rescisión del contrato de concesión del servicio de provisión de agua otorgado a Azurix Buenos Aires SA —Azurix—. Dicha concesión estaba regida por la ley 11.820 de 1996, que preveía explícita y obligatoriamente la celebración de audiencias públicas antes de llevar a cabo una revisión tarifaria (conf. Anexo II, artículo 30).

El decreto 878/2003, dictado tras la creación de ABSA y convalidado por el artícu-

2012, y resolverlo en el año 2020, nos obliga a pensar detenidamente qué debemos hacer para que la justicia actúe en defensa de las personas, de la sociedad, con más eficacia y rapidez y sin los vericuetos burocráticos que se transponen.

Es de tomar nota que las personas que debieron abonar el agua debieron ver menguado su patrimonio, para pagar un servicio vital por la decisión de caja del príncipe que, al ser ilegítimo e injusto, se le va a devolver en el tiempo cuando el daño ya se ha producido.

Por ello, la disidencia de los magistrados, en este fallo, toma un camino que mucho daño le ha ocasionado a la sociedad, a la justicia y por fin a la democracia misma.

Podemos fundamentar estas palabras sobre la pirámide normativa, los artículos de la Constitución Nacional, Provincial, las normas de Derecho del Consumidor (*que no es un microsistema sino un sistema jurídico de protección integral del débil jurídico en la relación de consumo*), pero lo que no podemos ignorar en el siglo XXI es que en una democracia no puede haber perjuicio a los consumidores y menos por el mero trámite administrativo y burocrático.

A la zaga de estas pinceladas, es que este trabajo solo intenta alertar sobre qué justicia debemos esperar y a quién continuaremos beneficiando, tratando de integrar a la población, mejorar su convivencia y existencia y fortaleciendo, además, una democracia que contenga a toda la población y no solo a intereses corporativos.

Por fin lo que ocultó el voto en disidencia, y no consideró es que en el OCABA tenía vencido su cargo el integrante delegado de los consumidores, el mismo organismo evitaba designar nuevo y, además, no autorizó la discusión tarifaria cuando se lo requirieron en toda la provincia las asociaciones de consumidores, por las graves irregularidades que tenía ABSA tanto en los nitratos del agua como en los servicios sanitarios. Esto se recalca, dado que los votos toman parcialmente las pruebas arrojadas al expediente y solo juegan la aritmética jurídica impersonal y vacía para justificar la expro-

piación a los usuarios del sistema sanitario que presta ABSA.

IV. Audiencia pública como mandato constitucional

A estas alturas, y como bien lo ha señalado la Corte bonaerense, la audiencia pública es una garantía constitucional, puesto que es la única forma de tornar operativos los derechos que consagra a favor del usuario y consumidor. Que sea informado en forma fehaciente y veraz, pero también suficiente y sobre todo previa, fue la intención del constituyente al redactar el art. 42. La participación ciudadana es una herramienta imprescindible en la lucha por equilibrar la enorme asimetría de fuerzas que existe entre los usuarios y consumidores, por una parte, y los proveedores de bienes y servicios, por el otro. Máxime en este caso en que estamos hablando de un servicio público esencial para la vida, como es el agua potable, que, además, es prestado de manera monopólica, lo cual lleva al máximo el grado de vulnerabilidad de la parte débil de la relación, esto es, al usuario.

Así lo entiende Gordillo(4), cuando sostiene que la modificación de la tarifa requiere de una audiencia pública, para la defensa de los usuarios, y del Defensor del Pueblo. Este requisito, afirma, exigido expresamente por la ley en materia de gas y energía eléctrica, es en verdad *de naturaleza constitucional* y corresponde ser aplicado en todos los servicios privatizados, haya o no norma legal que la requiera en el caso del servicio específico de que se trate.

En esta línea se enrola lo resuelto por la Corte provincial cuando, acertadamente en nuestro entender, resuelve que: 1) sin perjuicio de que no haya obligación normativa vigente, la audiencia pública debe llevarse a cabo como garantía constitucional; y 2) que el régimen nuevo del agua no derogó expresamente al anterior (en lo relativo al desarrollo necesario de la audiencia pública previa al incremento de tarifa) y tampoco entra en contradicción alguna; por ende, no se debe aplicar el principio de que “ley posterior deroga ley anterior” sobre el punto en análisis.

“La garantía de oír al interesado (con acceso al expediente, debate y prueba, control de la producción de la prueba, alegato y decisión fundada sobre los hechos alegados y

probados), antes de dictar una decisión que pueda afectar sus derechos o intereses, es un principio clásico del derecho constitucional y administrativo... Dicho acceso y participación pública es, al igual que en la garantía individual de defensa, para que pueda ser oído con debate y prueba, con conocimiento pleno y directo del expediente y del proyecto oficial con los detalles de su instrumentación, con la posibilidad de hacer un alegato y el derecho a obtener una decisión fundada sobre sus peticiones. Esta es una segunda aplicación del *principio del debido proceso* que, aunque implícita en nuestro tradicional sistema constitucional, recién viene a adoptarse en forma expresa con carácter legislativo en las primeras leyes que hacen al control de los servicios privatizados, sin perjuicio de algunos antecedentes de interés, incluso anteriores a la Constitución de 1994: en esta el juego de los arts. 18 y 41, 42 y 43 la hacen ya inequívoca... La audiencia pública deviene el único modo de aplicar al supuesto del art. 43 la garantía del art. 18, a fin de que pueda darse lo que la Corte Suprema de Justicia de la Nación denominó la efectiva participación útil de los interesados, en el sentido de que sean admitidos los que tienen derecho o interés legítimo y también los titulares de derechos de incidencia colectiva... Cabe también puntualizar que la garantía de oír a los usuarios, administrados, consumidores e interesados en general, constituye también un criterio de sabiduría política, como ha sido desde siempre explicado por los autores que han tratado el tema. ‘Ninguna clase de gente se beneficia más a la larga de una justa administración que los administradores mismos, porque el Estado está consustanciado (*permeated*) desde la cúspide hasta el fondo con la verdad de que el gobierno depende de la aprobación de los gobernados. El *fair play* en la administración enlazará las simpatías del ciudadano y reducirá enormemente la fricción con que funciona la maquinaria del gobierno’. Además, a) es una garantía objetiva de razonabilidad para el administrado en cuanto percepción de que el Estado actúa con sustento fáctico, proporcionalidad, etc.; b) es un mecanismo idóneo de formación de consenso de la opinión pública respecto de la juridicidad y conveniencia del obrar estatal, de testear la reacción pública posible antes de comprometerse formalmente a un curso de acción; c) es una garantía objetiva de transparencia de los procedimientos estatales respecto de los permisionarios y concesionarios, de modo tal que el público perciba esa relación como transparente y límpida. Esa transparencia, conviene no olvidarlo, viene también exigida por la Convención Interamericana contra la Corrupción. Y como tiene dicho Brandeis, la

luz del sol es el mejor desinfectante y el mejor policía. d) Es un elemento de democratización del poder. Conforme al ya clásico principio de que ya la democracia es no solo un modo de designación del poder, sino también un modo de ejercicio del poder, como lo explica Rive-ro. e) Es también un modo de participación ciudadana en el poder público, exigido por principios políticos, constitucionales y supra-nacionales. Dicho de otra manera, el fundamento práctico del requisito de la audiencia pública o privada dentro de la garantía del debido proceso es múltiple. Sirve a) al interés público de que no se produzcan actos ilegítimos; b) al interés de los particulares de poder influir con sus argumentos y pruebas antes de la toma de una decisión determinada y sirve también, empíricamente; c) a las autoridades públicas para disminuir posibles errores de hecho o de derecho en sus decisiones para mayor eficacia y consenso de sus acciones en la comunidad, y para evitar reacciones imprevistas de la comunidad en contra de una determinada acción administrativa; d) al sistema democrático para impedir la concentración excesiva del poder en una autoridad hegemónica como hemos visto tantas veces en nuestra historia” (5).

El desgaste de transcribir grandes párrafos puede conspirar con un trabajo, pero utilizando la defensa en juicio y el elemento tuitivo del debido proceso, no podemos dejar de recordar que en los últimos años estos derechos constitucionales fueron olímpicamente olvidados y coartados para de alguna manera justificar una descomunal transferencia de ingresos de los consumidores a corporaciones de servicios públicos, generando descomunales negocios que evitaron la protección del débil jurídico de la relación de consumo.

Queda la necesidad de una regulación acorde a los consumidores; primero, porque acceder a un servicio de luz, gas, comunicaciones, o como en el caso el agua, son derechos humanos de existencia vital y no pueden ser suplantados por meros trámites administrativos y por la avaricia financiera de ocasión.

La protección de los derechos de los consumidores amerita un ejercicio democrático de protección, prevención y prestación del servicio.

Así, las regulaciones modernas deben priorizar la prestación del servicio a bajo costo al alcance del consumidor según sus ingresos y por fin prevenir el conflicto innecesario que termine por complicar los patrimonios de los consumidores. Reiteramos: para no complicar el patrimonio de los consumidores.

{ NOTAS }

(4) GORDILLO, Agustín, “Tratado de Derecho Administrativo”, F.D.A., Buenos Aires, 2009, t. II, cap. XI Procedimiento de Audiencia Pública.

(5) GORDILLO, Agustín, “Tratado de Derecho Admi-

nistrativo”, F.D.A., Buenos Aires, 2009, t. II, cap. XI Procedimiento de Audiencia Pública.

lo 33 de la ley provincial 13.154, aprobó un nuevo marco regulatorio para la prestación del servicio público en cuestión y derogó toda norma que se le oponga (conf. artículos 1º y 2º). Además, creó un ente autárquico de contralor —OCABA—, cuyo directorio se encuentra formado por cinco integrantes, uno de los cuales es designado a propuesta de las asociaciones de usuarios más representativas (conf. artículo 81 del Anexo). Entre las atribuciones de OCABA está la de verificar la procedencia de revisiones o ajustes a los valores tarifarios (conf. artículo 88, inciso v). En lo que respecta puntualmente a las audiencias públicas, el decreto 878/2003 otorgó a OCABA la facultad, aunque no le impuso la obligación, de “organizar y aplicar un régimen de Audiencias Públicas a fin de proteger los derechos de los Usuarios” (artículo 88, inciso d, del Anexo, texto vigente al momento de la sanción decreto 245/2012 impugnado en autos, modificado en el año 2015 por la ley 14.745).

7º) El decreto 245/2012 impugnado en autos, que dispuso un aumento en el valor metro cúbico sobre el cual se calcula la tarifa del

servicio público de provisión de agua potable y desagües cloacales prestado por ABSA en el ámbito de la Provincia de Buenos Aires, se dictó cuando la realización de la audiencia pública no estaba contemplada como requisito previo al ajuste tarifario, pues la ley 11.820 había sido derogada y sustituida por el decreto 878/2003, ratificado por el artículo 33 de la ley 13.154.

Es de destacar, y surge de los considerandos del mencionado decreto, que los cambios regulatorios se hicieron con motivo del traspaso de la prestación del servicio de provisión de agua potable a manos del Estado provincial a través de ABSA y tuvieron por finalidad establecer nuevas formas de prestación a efectos de garantizar los derechos de los usuarios. Esta circunstancia explica que la tarifa del servicio haya dejado de incluir dentro de los elementos que la componen una remuneración para el prestador (artículo 56 del Anexo del decreto 878/2003).

La modificación en la forma de calcular la tarifa del servicio en cuestión fue acompañada con la introducción de diferentes formas

de participación de los usuarios. El decreto 878/2003 trajo como innovación respecto del régimen anterior la inclusión de un representante de las asociaciones de consumidores en el directorio del órgano de control que debía intervenir en forma previa a cualquier cambio tarifario. El nuevo marco regulatorio no impuso en modo alguno la celebración de audiencias públicas como condición previa de un cambio tarifario, como sí lo hacía la ley 11.820. La audiencia pública recién devino exigible como requisito procedimental para la modificación de la tarifa de ABSA luego de que el cuadro aquí cuestionado perdiera vigencia al ser sustituido por el decreto 1066/2014 (ver artículo 9 de la ley 14.745, sancionada en el año 2015, que modificó el texto del 88 del decreto 878/2003 estableciendo que “[e]n los casos de aumento de tarifa de servicios de agua potable y desagües cloacales, será obligatoria la convocatoria a Audiencia Pública”). La inclusión explícita de la necesidad de audiencia pública a partir de la vigencia de la ley 14.745 resulta reveladora de que hasta su dictado no era un requisito procedimental previsto por el derecho vigente para la modificación del cuadro tarifario de ABSA.

Por consiguiente, resulta arbitraria la sentencia apelada en tanto integró el marco regulatorio vigente al momento del dictado del cuadro tarifario cuestionado en autos con una norma que se encontraba derogada.

8º) Descartada la existencia de una disposición legal que al tiempo de la sanción del decreto cuestionado en autos obligara a la provincia a realizar una audiencia pública, corresponde examinar el argumento de la sentencia recurrida según el cual el procedimiento previo al dictado del decreto cuestionado en la causa violó el derecho constitucional de los usuarios del servicio que presta ABSA a que se les provea información adecuada y veraz. Cabe adelantar que esa conclusión resulta cuestionable desde la óptica de la doctrina de la arbitrariedad, pues omite considerar aspectos conducentes para la decisión del pleito.

En este sentido, en el precedente “Centro de Estudios para la Promoción de la Igualdad y la Solidaridad y otros” “CEPIS” (Fallos: 339:1077) esta Corte ha destacado

Por ello, la democratización del sistema con un control del servicio público, dando lugar a empresas sanas que estén al servicio del consumidor y no de prácticas financieras de acumulación. Asimismo, el control debe tener institutos como la *audiencia pública* que vincule la resolución a cualquier movimiento de la tarifa o su prestación que signifique el perjuicio del consumidor.

La audiencia pública vinculante que, de resolver en favor del consumidor, no sea soslayada por decisiones que terminen por contradecir justamente esos intereses a proteger.

Por ello, la necesidad de la audiencia pública, como hemos reiterado en variados escritos, es de vital importancia para el control de los servicios públicos y, además, necesaria para concluir con los espurios negociados que se fueron realizando a costa, repetimos, del patrimonio de los consumidores.

La información clara y veraz juntamente con la audiencia pública son los elementos “razonables” que se necesitan para un mejor desempeño de las empresas de servicios públicos, su control y necesaria prestación del servicio, con tarifas acordes a los ingresos de los consumidores.

V. Servicio público de agua como derecho humano fundamental

“El aumento de la productividad y del nivel de vida está asociado a mejores servicios de agua, saneamiento y electricidad. En épocas más recientes, la función catalizadora que la infraestructura cumple en la reducción de la pobreza ha sido objeto de un renovado reconocimiento. La importancia de la infraestructura se ha resumido en los *Objetivos de Desarrollo del Milenio*, los cuales han señalado expresamente el acceso al abastecimiento del agua y a los servicios de saneamiento como metas explícitas que se debían alcanzar para el 2015. Si bien otros servicios de infraestructura, como la electricidad, el transporte y las comunicaciones, no quedaron explícitos como objetivos de la Asamblea General en la

declaración del Milenio (Proyecto de la ONU para el Milenio 2015)” (6).

En el mismo informe se establece la necesidad del subsidio de las tarifas y la necesidad de las obras de infraestructura como un beneficio necesario para la humanidad en los albores del siglo XXI.

El 28/07/2010, a través de la resolución 64/292, la Asamblea General de las Naciones Unidas reconoció explícitamente el derecho humano al agua y al saneamiento, reafirmando que un agua potable limpia y el saneamiento son esenciales para la realización de todos los derechos humanos. La resolución exhorta a los Estados y organizaciones internacionales a proporcionar recursos financieros, a propiciar la capacitación y la transferencia de tecnología para ayudar a los países, en particular a los países en vías de desarrollo, a proporcionar un suministro de agua potable y saneamiento saludable, limpio, accesible y asequible para todos (7).

En noviembre de 2002 el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales adoptó la Observación General N° 15 *Sobre el Derecho al Agua*. El art. 1.1 establece que “El derecho humano al agua es indispensable para una vida humana digna”. La Observación N° 15 también define el derecho al agua como el derecho de cada uno a disponer de agua suficiente, saludable, aceptable, físicamente accesible y asequible para su uso personal y doméstico (8).

Reconocer formalmente un derecho humano al agua y expresar la voluntad de dar contenido y hacer efectivo dicho derecho puede ser una manera de estimular a la comunidad internacional y a los gobiernos para que redoblen sus esfuerzos en satisfacer las necesidades humanas básicas y para la consecución de los Objetivos de Desarrollo del Milenio (9).

Pero, asimismo, las Naciones Unidas nos han dado parámetros que se deben cumplir en el *Informe de Desarrollo Humano* a tener en cuenta (10):

— *Suficiente*. El abastecimiento de agua por persona debe ser suficiente y continuo para el uso personal y doméstico. Estos usos incluyen de forma general el agua de beber, el saneamiento personal, el agua para realizar la colada, la preparación de alimentos, la limpieza del hogar y la higiene personal. De acuerdo con la Organización Mundial de la Salud (OMS), son necesarios entre 50 y 100 litros de agua por persona y día para garantizar que se cubran las necesidades más básicas y en materia de salud.

— *Saludable*. El agua necesaria, tanto para el uso personal como doméstico, debe ser saludable; es decir, libre de microorganismos, sustancias químicas y peligros radiológicos que constituyan una amenaza para la salud humana. Las medidas de seguridad del agua potable vienen normalmente definidas por estándares nacionales y/o locales de calidad del agua de boca. Las *Guías para la Calidad del Agua Potable de la Organización Mundial de la Salud* (OMS) proporcionan las bases para el desarrollo de estándares nacionales que, implementadas adecuadamente, garantizarán la salubridad del agua potable.

— *Aceptable*. El agua ha de presentar un color, olor y sabor aceptables para ambos usos, personal y doméstico. [...] Todas las instalaciones y servicios de agua deben ser *culturalmente* apropiados y sensibles al género, al ciclo de la vida y a las exigencias de privacidad.

— *Físicamente accesible*. Todo el mundo tiene derecho a unos servicios de agua y saneamiento accesibles físicamente dentro o situados en la inmediata cercanía del hogar, de las instituciones académicas, en el lugar de trabajo o las instituciones de salud. De acuerdo con la OMS, la fuente de agua debe encontrarse a menos de 1000 metros del hogar y el tiempo de desplazamiento para proveerse no debería superar los 30 minutos.

— *Asequible*. El agua y los servicios e instalaciones de acceso al agua deben ser asequibles para todos. El *Programa de las Naciones*

Unidas para el Desarrollo (PNUD) sugiere que el costo del agua no debería superar el 3% de los ingresos del hogar (11).

Estos temas se reiteran ante situaciones extremas que obligan a alcanzar mejores metas que incluyan y mejoren a las personas.

Así ocurrió entre los ‘70, ‘80 y ‘90 del siglo pasado, cuando la crisis energética se extendió; y para preservar la ganancia de grandes corporaciones, se perjudicó a los usuarios y consumidores sin solución de continuidad.

Esto obligó a crear nuevas disposiciones a los más débiles de la relación de consumo contra la voracidad que la guerra del petróleo había desatado en la humanidad, pero que descargaba sobre los usuarios el costo que no asumían las grandes corporaciones energéticas.

Así apareció el concepto de *pobreza energética*, para atender el extremo de que un ciudadano británico, p. ej., tuviera que optar entre pagar los servicios o la comida en su mesa.

Este fue un término acuñado por la británica Brenda Boardman, que pone de manifiesto una realidad que “empeora seguramente” la existencia de personas incapaces de mantener en su casa una temperatura adecuada u otros servicios que necesitan energía.

La definición que acuña esta investigadora reactualiza el tema de la pobreza en el Reino Unido al punto de padecerla uno de cada cuatro hogares, arribando a la ecuación necesaria donde la afectación de los ingresos de los hogares no podría ser superior al 10% del ingreso del consumidor.

Por otra parte, la CEPAL nos señala que: “El reconocimiento del papel que desempeñan los servicios de energía limpios y asequibles para mejorar la calidad de vida y reducir la pobreza de la población parte del hecho de que la energía está relacionada con prácticamente todas las actividades de la vida cotidiana de las personas” (12).

{ NOTAS }

(6) BANCO MUNDIAL, “Agua, Electricidad y pobreza”, edición del Banco Mundial, p. 2.

(7) Resolución A/RES/64/292. Asamblea General de las Naciones Unidas, julio de 2010. Observación General N° 15. https://www.un.org/spanish/waterforlifedecade/human_right_to_water.shtml#:~:text=El%20art%C3%A9culo%201.,su%20uso%20personal%20y%20

dom%C3%A9stico.

(8) “El derecho al agua. Comité de Naciones Unidas de Derechos Económicos, Sociales y Culturales”. Noviembre de 2002. https://www.un.org/spanish/waterforlifedecade/human_right_to_water.shtml#:~:text=El%20art%C3%A9culo%201.,su%20uso%20personal%20y%20 dom%C3%A9stico.

(9) “Decenio Internacional para la acción ‘El agua es fuente de vida’”, 2005/2015, ONU (un.org).

(10) “Informe sobre Desarrollo Humano 2006. Más allá de la escasez: Poder, pobreza y la crisis mundial del agua”. PNUD, 2006. “El derecho al agua: folleto informativo nro. 35”. Naciones Unidas, ACNUDH, ONU-Hábitat, OMS, 2010.

(11) “Informe sobre Desarrollo Humano 2006. Más allá de la escasez: Poder, pobreza y la crisis mundial del agua”. PNUD, 2006. “El derecho al agua: folleto informativo nro. 35”. Naciones Unidas, ACNUDH, ONU-Hábitat, OMS, 2010.

(12) GARCÍA OCHOA, Rigoberto, “Pobreza Energética en América Latina”, Naciones Unidas CEPAL (Informe), marzo 2014, p. 7.

que el artículo 42 de la Constitución Nacional no impone necesariamente el procedimiento de audiencias públicas, sino que ha dejado en manos del legislador la determinación de cuál es el mecanismo que mejor asegure dicha participación (considerando 18 del voto de los jueces Lorenzetti y Highton de Nolasco; considerando 14 del juez Maqueda). Esta consideración resulta especialmente aplicable al ámbito de la Provincia de Buenos Aires teniendo en cuenta que la redacción del artículo 38 de la Constitución local es similar al de la Norma Nacional.

En el caso no se encuentra discutido que la fijación del cuadro tarifario contó con la intervención previa de OCABA, organismo que, como se vio más arriba, se encuentra integrado por un representante de los usuarios y tiene por atribución, justamen-

te, verificar la procedencia de las revisiones tarifarias (artículos 81 y 88, inciso v, del Anexo del decreto 878/2003). Tampoco se discute que los cambios tarifarios fueron informados con posterioridad a través de una audiencia informativa convocada por el Defensor del Pueblo de la Provincia de Buenos Aires y de la publicación en diarios de circulación provincial (ver fs. 1027/1042).

Sin embargo, los jueces del tribunal *a quo* que trataron puntualmente el tema se limitaron a afirmar dogmáticamente que las mencionadas medidas llevadas a cabo con motivo del aumento tarifario no bastaban para tener por cumplido el derecho constitucional de los usuarios a contar con información veraz y adecuada (voto del juez Genoud seguido en este aspecto por los jueces de Lazzari y Kogan; el juez Negri se limitó a citar las normas

constitucionales mencionadas). Los jueces en cuestión no ofrecieron razón alguna que justificara dicha afirmación, omisión especialmente invalidante de lo decidido, dado que de autos surge la participación previa del OCABA tal como ella estaba prevista en el marco regulatorio vigente, en cuyo directorio, como se dijo, estaban representados los usuarios del servicio.

El análisis sobre este punto resultaba conducente para la decisión de la controversia, pues habría permitido determinar si en el caso se produjo una violación a los derechos consagrados en los artículos 38 de la Constitución local y 42 de la Constitución Nacional. Sobre todo, cuando esta última norma ha previsto explícitamente la participación de las asociaciones de usuarios en los organismos de control de los servicios públicos de competencia nacional.

9º) En tales condiciones, cabe concluir en que media relación directa e inmediata entre lo resuelto y las garantías constitucionales que se invocan como vulneradas (artículo 15 de la ley 48), razón por la cual corresponde descalificar el pronunciamiento impugnado con arreglo a la doctrina de esta Corte sobre arbitrariedad de sentencias.

Por ello, oído el señor Procurador Fiscal, se resuelve hacer lugar a las quejas, declarar procedentes los recursos extraordinarios y dejar sin efecto la sentencia apelada. Con costas. Vuelvan los autos al tribunal de origen, para que por quien corresponda, se dicte nuevo pronunciamiento con arreglo al presente. Notifíquese, reintégrese los depósitos efectuados, agréguese las quejas al principal y, oportunamente, devuélvase. — Carlos F. Rosenkrantz. — Elena I. Highton de Nolasco.

Esto nos obliga a entender cómo los principales organismos del mundo tienen declaraciones sobre la necesidad de asequibilidad de los servicios públicos transformándolos en esenciales a la vida misma; indispensables en este milenio, como bien lo han establecido las Naciones Unidas.

El agua, parte vital de la existencia misma del hombre, como se ha visto, tiene un rol fundante en ese derecho a la existencia vital del hombre transformándolo en un derecho humano de protección por todos los Estados y que se encuentran, además, en el sustrato de los pactos internacionales que tienen jerarquía constitucional como lo establece el art. 75, inc. 22 de nuestra Carta Magna.

Por fin, el alcance en un porcentaje que no puede exceder el 3% del ingreso de un consumidor; y que sumado al resto de los servicios públicos nos obliga a evaluar claramente que el monto del servicio no puede afectar excesivamente los ingresos de los consumidores.

Así visto, sobre el fundamento de que las normas son para el bienestar, la paz social, y una mejor convivencia, un incremento de tarifas que no contenga y evalúe los principios fundamentales de los derechos humanos del acceso al consumo no puede ser evaluado por un mero trámite burocrático, como en todo el expediente que se trata de evaluar ocurriera.

Es, además, una lección sobre la necesidad de respuesta que los poderes de un Estado democrático le deben dar a su población, en el presente y futuro, para evitar que se altere la paz social, se desatiendan los derechos humanos de los consumidores y se destruya la verdadera convivencia que una sociedad moderna merece. De no llegar a estos estándares, estaremos violentando ya no solo la letra de la Constitución y sus leyes regulatorias, sino esa *norma fundamental en su conjunto* que como pilar sostiene e integra a la sociedad para su evolución y que, al dañarla, genera conflictos persistentes que perjudican a la misma sociedad y solo benefician a oscuros intereses que no son precisamente los que persiguen la paz social y la armoniosa convivencia de una sociedad.

Términos que deben integrar las normas; siendo ello obligación de los tres poderes del Estado, del que no queda excluido el Poder Judicial.

VI. Conclusiones

Los primeros años del siglo XXI han sido muy ricos en cambios, fuertes y profundos, que hacen ver distinto al presente y el futuro. Pero eso no quita que, a pesar de importantes esfuerzos, las desigualdades han aumentado y en directa proporción a algunos sistemas, que solo han colaborado en profundizar más estas asimetrías, en contra del que menos tienen.

El mundo en la crisis del 2008 nos mostró una cara que se trata de ocultar, *la codicia*, que representa una mayor ganancia y cada vez más sin importar ni el cómo, ni cuándo, ni a costa de quién.

Para ello se utilizó nuevos sistemas de acumulación de capital, como la *financiarización*, que es un término que describe un sistema o proceso económico que intenta reducir todo el valor intercambiado (tanto tangible como intangible, tanto, promesas futuras como presentes, etc.) a un instrumento financiero o a un instrumento financiero derivado. El propósito original de la financiarización es lograr reducir cualquier producto del trabajo o servicio en un instrumentos financieros intercambiables, como una divisa, y así hacer que sea más sencillo para las personas comercializarlos⁽¹³⁾.

La *financiarización* es un término utilizado en ocasiones en discusiones sobre el capitalismo financiero que se ha desarrollado durante las últimas décadas, en el cual el apalancamiento ha tendido a sobrepasar el capital y los mercados financieros han tendido a dominar sobre la economía industrial y agrícola tradicionales. Es decir, a mayor apalancamiento, menor inversión en capital propio y mayor rentabilidad.

Y este es el error al tomar a las tarifas de los servicios públicos como estructuras financieras perjudicando a la misma prestación del servicio y beneficiando nichos de corporaciones o intereses ajenos al consumidor o al mismo Estado.

Como señaláramos al comienzo, a cuatro años del fallo “CEPIS”, contra los aumentos del gas, que ocasionaron una gran movilización de la sociedad en todo el país, tenemos que tener muy en cuenta varios de sus pasajes que nos ubican en la defensa de los derechos de los consumidores, donde algunos nos muestran el camino que luego de la sanción de la ley 24.240 en 1993, abrió la Constitución de 1994 y su art. 42.

“... La apertura de esta instancia extraordinaria y federal hace pie, por último, en la trascendencia institucional que exhibe el conflicto a que han dado lugar las resoluciones mencionadas, generando una litigación de características excepcionales que compromete principios básicos del debido proceso constitucional en la tutela de los derechos de los usuarios y del Estado Nacional. Estas circunstancias exigen del tribunal una rápida decisión que deje en claro —ante la sociedad, ante las diversas autoridades de la Nación y ante el resto de los tribunales— las reglas constitucionales que constituyen las vigas maestras para la resolución de esta clase de procesos, poniendo nuevamente en ejercicio la jurisdicción que, desde CS, Fallos: 248:189, ha calificado como la más alta y eminente, connatural con la responsabilidad institucional que le corresponde como titular del Departamento Judicial del Gobierno Federal (art. 108 de la CN)...”⁽¹⁴⁾.

“... el cambio cualitativo en la situación de los consumidores y usuarios a que dio lugar la reforma de 1994, en tanto radica en el reconocimiento por parte del derecho constitucional de las hondas desigualdades inmanentes al mercado y al consumo, dada la asimetría real en que se desenvuelve la persona que acude al mercado en pos de la satisfacción de sus necesidades humanas...”⁽¹⁵⁾.

“Que el otro aporte significativo que puede extraerse de la deliberación realizada en el seno de la Convención Constituyente es que este nuevo derecho resulta operativo. En efecto, su obligatoriedad inmediata no está condicionada a actuación reglamentaria ulterior del Congreso de la Nación, aunque por cierto se deje en manos de la autoridad legislativa, como sucede en el campo de todos

los derechos (art. 28), la determinación circunstanciada de los diversos procedimientos y situaciones bajo los cuales tendría lugar el nuevo derecho consagrado expresamente en favor de los usuarios. Como concordemente subrayó el tribunal es bien sabido que la Constitución tiene la condición de norma jurídica y que, en cuanto reconoce derechos, lo hace para que estos resulten efectivos y no ilusorios, sobre todo cuando, como en el caso, se encuentra en debate un derecho humano. Todo ello explica ‘... que al reglamentar un derecho constitucional, el llamado a hacerlo no pueda obrar con otra finalidad que no sea la de dar a aquel toda la plenitud que le reconozca la Constitución Nacional. Los derechos constitucionales son susceptibles de reglamentación, pero esta última está destinada a no alterarlos (art. 28 cit.), lo cual significa conferirles la extensión y comprensión previstas en el texto que los enunció y que manda a asegurarlos’. Es asunto de legislar, sí, pero para garantizar ‘el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos’ (CS, Fallos: 327:3677, entre otros)”⁽¹⁶⁾.

Los párrafos transcritos nos muestran acabadamente cuál es el camino que ha tomado en los plexos normativos el Derecho del Consumidor y la importancia que amerita darle cuando hablamos de *servicios públicos*, que, como señaláramos, tienen incidencia directa en la vida de las personas transformándolos en derechos humanos esenciales de existencia vital. Todo ello sin perjuicio que el mentado fallo “CEPIS” quedó a mitad de camino ignorando a quién se le aplicaba... a grupos de consumidores que quedaron bien definidos en el art. 1º de la ley 24.240; y que generó un perjuicio profundo a la sociedad por haber sido un detalle ignorado en su contenido.

Por fin, para concluir este trabajo, queremos dejar constancia de que no debe ignorarse la debilidad del consumidor en la relación de consumo; que esta no es un contrato en el sentido estricto (que es materia de otro trabajo que publicaremos), y cuya protección debemos fortalecer para el caso de los servicios públicos, ya que comprenden un derecho humano inalienable dentro de los parámetros que se establecen en un Estado democrático, tendientes siempre a la inclusión, para una mejor convivencia y progreso social.

{ NOTAS }

⁽¹³⁾ <https://es.wikipedia.org/wiki/Financiarizaci%C3%B3n>.

⁽¹⁴⁾ CS, “CEPIS”, Fallos: 339:1077 del 18/08/2016,

consid. 8º.

⁽¹⁵⁾ CS, “CEPIS”, Fallos: 339:1077 del 18/08/2016, consid. 17.

⁽¹⁶⁾ CS, “CEPIS”, Fallos: 339:1077 del 18/08/2016, consid. 16.