

**UNIVERSIDAD EMPRESARIAL SIGLO 21**

**ABOGACIA**

**EI INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN DE INFORMAR  
COMO FUENTE DE RESPONSABILIDAD CIVIL EN LOS CONTRATOS  
DE CONSUMO**

**Autor: Núñez Camar Sebastián Walter**

**2013**



El surgimiento y expansión de importante productos y servicios han mejorado progresivamente la calidad de vida de los consumidores. Sin embargo también encontramos un número significativo de ellos que han sido generadores de trascendentales daños patrimoniales o morales, de allí que la obligación de informar puede ser considerada como aquella institución jurídica, con capacidad para frenar estas importantes lesiones, restableciendo el equilibrio contractual a través de la exigencia de una información adecuada, clara, objetiva, cierta y gratuita. Su contenido orientado dentro de los parámetros de la técnica y la ciencia serán aquellas reglas que permitirán evaluar con mayor precisión si un producto o servicio puede alcanzar a satisfacer nuestro interés, protegiendo de esta manera los intereses económicos de los consumidores. Es destacable mencionar que la información también posee una importante función preventiva y punitiva a la hora de analizar la responsabilidad civil de los proveedores de bienes y servicios. En fin la obligación de informar es un deber jurídico de resultado destinado a proteger los más importantes bienes jurídicos reconocidos como son la vida y la integridad física y psíquica de las personas.

The life quality of consumers has been progressively improved by the emergence and expansion of important products and services, a significant number of which have generated transcendental patrimonial and moral damage. Therefore, the obligation to inform can be considered as the legal institution with the capacity of preventing these important injuries, restoring contractual balance by demanding appropriate, clear, objective, rightful and free information. Its content oriented within the parameters of technics and science will be those rules that will allow the accurate assessment whether a product or service may fullfil our interest, thus protecting the economic interests of consumers. It is worth highliting that information also has a preclusive and punitive function when it comes to analyzing the liability of suppliers of goods and services. To sum up, the obligation to inform is a legal duty aiming at protecting the most important legal assets: life and physical and psychic integrity of human beings.



**“Dedico éste trabajo a toda mi familia por el gran sacrificio que ha hecho para que yo pueda terminar mis estudios en Derecho”.**

**Sebastián Walter Núñez Camar**



# Índice:

<b>Introducción</b>	9
<b>Objetivo General y Específicos</b>	13
<b>Marco Metodológico</b>	14
<b>Capítulo I</b>	
1- Concepto de Información.	15
2- Distinción entre Deber jurídico específico, deberes instrumentales o de conducta y carga.	16
3- Naturaleza jurídica del deber de informar. Fundamento del deber de informar	20
4- Base Constitucional y Ley de Defensa Del Consumidor	23
<b>Capítulo II</b>	
1- Sujeto, objeto, vinculo jurídico y causa fuente	29
2- Contenido del deber de Informar y el Orden Público	34
3- Forma adecuada para Informar	36
4- La Publicidad	41
5- Consentimiento Informado	43
<b>Capítulo III</b>	
1- La obligación de Informar como Obligación de medio o de resultado	47
2- Presupuestos para que proceda la responsabilidad civil	54
3- Deber de Informar en los Contratos Privados	62
<b>Capítulo IV</b>	
1- Concepto de Factor Objetivo y clasificación	69
2- Eximentes	80
3- Función Resarcitoria	82
<b>Capitulo V</b>	
1- La función preventiva en materia de Daños	85
2- Mecanismos para dar operatividad a la función preventiva	87
3- Función Punitiva	89
4- Jurisprudencia	91
<b>Conclusión</b>	99
<b>Bibliografía</b>	103



## INTRODUCCIÓN:

El ordenamiento jurídico, como regulador de conductas, tiene por objeto alcanzar la paz social. Para arribar a tan noble fin, es necesario que cada una de las instituciones jurídicas sean configuradas con una adecuada elasticidad, para luego poder resolver los problemas que atraviesa la sociedad.

Los contratos de consumo y el deber de informar, son entidades que se han forjado durante el siglo XX y comienzo del XXI, para dar respuesta a las nuevas problemáticas económicas y sociales. Cada una de las instituciones que se fueron forjando en el derecho a lo largo de la historia, también han tenido el mismo fin.

Para llegar a los contratos de consumo, se tuvo que recorrer un largo camino que se puede sintetizar de la siguiente manera: en la primera etapa de este instrumento jurídico, los elementos destacables fueron las *formalidades* (observada en el derecho romano y para poblaciones predominantemente analfabetas). La segunda etapa que consagró importantes modificaciones, surgió luego de la Revolución Francesa, en donde se realizaron las libertades individuales y se receptó el principio de la autonomía de la voluntad, que permitió al ciudadano decidir por una contratación como así también determinar el contenido de la misma. Sin embargo, no paso mucho tiempo para que empezaran a aparecer los abusos que impusieron los industriales y comerciantes a los co-contratantes que poseían importantes necesidades económicas y sociales. Esto motivó el surgimiento de instituciones como la Teoría de la Lesión, el Abuso del Derecho y la Teoría de la Imprevisión, entre otras. Por último, con el surgimiento de la Empresa, la masividad de las contrataciones y frente a la necesidad de nuevas herramientas que puedan proteger al ciudadano, apareció la ley de defensa del consumidor, que receptó y reguló los contratos de consumo y elevó el deber de informar a la categoría de obligación jurídica. Esta última etapa puede ser entendida como el surgimiento de un nuevo formalismo.

Así, la evolución del derecho ha ido acompañando a los nuevos problemas, aunque no con el sincronismo que se hubiese esperado. El deber de información ha sido considerado, por la mayoría de la doctrina originariamente, como un deber instrumental. Un deber de conducta que acompañado de un deber jurídico específico, han permitido el adecuado cumplimiento de las prestaciones. Sin embargo, las agresivas formas que se han observado en las contrataciones actuales, han llevado a este deber a un plano de oscuridad, en donde prevalece una ajustada y escasa información a la hora de contratar.

Además existen protocolos internos de empresas que se ajustan a reglas de conveniencia propia, de cambios constantes, de información acotada, que no permiten al consumidor realizar una adecuada evaluación al contratar.

Como se observa, se configuran una serie de conductas que atentan contra el principio de la Buena fe que debe existir en los contratos, y que ha sido fuente para el nacimiento de nuevos institutos como son el Deber de seguridad y el Deber de información.

Por ello, es importante distinguir si el deber de información debe ser considerado como un deber secundario de conducta o si por el contrario, es necesario hablar de un deber jurídico específico y esta distinción no es menor por la importancia en lo que hace a la producción de efectos que son propios en cada uno de ellos.

Si el deber de información es considerado como un deber secundario de conducta, entonces ensancha el contenido de una prestación a los efectos de posibilitar una adecuada ejecución del contrato, pero se entra en crisis en cuanto a la determinación de los efectos jurídicos propios de dicha institución.

Por otro lado, si su plano es la obligación jurídica, entonces, su incumplimiento abriría el camino de la responsabilidad civil por incumplimiento obligacional, (en donde tienen cabida todos los presupuestos de la responsabilidad civil). Por esta última vía se evitará los distintos problemas que se producen al tratar los efectos jurídicos de los deberes instrumentales, en donde la doctrina nacional y la extranjera se encuentran divididas.

Para ello se desarrollará en el capítulo primero cuestiones generales que hacen al deber de informar, como son el concepto, la naturaleza jurídica, sus bases normativas y la distinción que existe entre deber jurídico específico y deber secundario de conducta.

En el capítulo segundo, siguiendo la posición de quienes consideran al deber de información como una verdadera obligación, se tratarán sus elementos esenciales, el contenido del deber de informar; la forma adecuada para informar en los contratos de consumo; la Publicidad y su relación con la información y por último el consentimiento informado.

El deber de informar dentro de la responsabilidad civil, se desarrollará en el capítulo tercero. Desde la perspectiva de la obligación, se indicará si el deber de informar forma parte de las obligaciones de medio o de resultados; los presupuestos de la responsabilidad relacionados (Daño, Relación de Causalidad, Antijuridicidad y una

introducción a los factores de atribución). Por último se analizarán algunos de los contratos privados que receptaron el deber instrumental de informar.

En el capítulo cuarto se tratará en primer lugar al deber de información y su relación con los factores de atribución objetivo; en segundo lugar, los eximentes de responsabilidad (hecho del consumidor o usuario, hecho de un tercero por la cual no se debe responder, caso fortuito) y el riesgo de desarrollo. Por último la función resarcitoria en la omisión del deber jurídico de informar.

El quinto capítulo abordará el deber de información como función preventiva en materia de daños; los mecanismos complementarios que responden a la función preventiva; la función punitiva en el incumplimiento de la obligación de informar y para concluir, algunos fallos sobre la materia tratada.



## **OBJETIVO GENERAL:**

Analizar bajo qué condiciones la omisión del Deber de informar puede ser fuente de responsabilidad Civil.

## **OBJETIVOS ESPECÍFICOS:**

- Determinar la naturaleza jurídica y el marco constitucional del deber de informar.
- Explicar cuáles son los elementos del deber de Informar y el contenido del mismo.
- Analizar el deber de Informar dentro del marco de la Responsabilidad Contractual e identificar cuáles son los diversos supuestos de aplicación.
- Analizar al deber de Informar, su relación con los factores objetivos de atribución y eximentes.
- Aplicar la función resarcitoria y punitiva en el incumplimiento de la obligación de informar.
- Destacar la importancia del deber de informar, como función preventiva y los mecanismos idóneos para prevenir la producción de un daño.
- Analizar el consentimiento informado, su contenido y extensión.

## MARCO METODOLÓGICO:

Es necesario indicar, previo al desarrollo de este trabajo, cuál es la técnica y el método a utilizar.

La metodología es definida en términos generales, como la ciencia que tiene por objeto de estudio los métodos. En un sentido específico según Yuni y Urbano:

Se ocupa tanto del estudio de los procedimientos y las acciones que debe seguir el investigador para construir conocimiento científico, como de una serie de criterios y reglas que permitan valorar si ese conocimiento alcanza o no el rango de científico (Yuni y Urbano, 2003, pág. 10).

El tipo de estudio a emplear es el **descriptivo** ya que el mismo, permitirá medir las dimensiones del instituto en cuestión y determinar las propiedades que lo conforman. Para Yuni y Urbano es definido como “una descripción del fenómeno bajo estudio, mediante la caracterización de sus rasgos generales” (2003, pág.47).

El estudio antes mencionado permite evaluar los distintos aspectos del fenómeno a tratar. Según Hernández Sampieri, Hernández Collado y Baptista Lucio “miden más bien de manera independiente los conceptos o variables con los que tienen que ver” (1991, pág. 60).

A partir de la hipótesis: “bajo qué condiciones la omisión del Deber de informar puede ser fuente de responsabilidad Civil”, se recolectarán datos relacionados al tema en cuestión que han sido desarrollados por distintos juristas y una variada jurisprudencia que ha tratado la problemática.

Por último, se procederá al correspondiente análisis para luego exponerlo de tal manera que permita fortalecer la hipótesis formulada.

El método de investigación que se empleará es el **cualitativo**, ya que permitirá recolectar todos aquellos datos necesarios para luego ser analizados y darle de esta manera un sentido a la omisión del deber de informar. Porque a través de él será posible conocer la naturaleza del instituto en cuestión y su contenido.

# Capítulo I

## 1- Concepto de Información:

Previo al desarrollo del deber de informar, es necesario delimitar que es lo que se entiende por información, debido a que su contenido es el principal sustento de este instituto a tratar.

La información tiene un importante predominio en la etapa precontractual ya que los datos, son los que nos permiten manifestar una voluntad a favor de una contratación o no. También tiene un papel protagónico en las demás etapas del negocio jurídico, inclusive, cuando el contrato ha finalizado.

Desde una concepción amplia se define a la información como la serie o conjunto de datos procesados que permiten a una persona conocer una cuestión determinada. Según la Real Academia Española es definida como: “dar noticia de algo”. Como sustantivo información es conceptualizado como comunicación o adquisición de conocimientos que permiten ampliar o precisar los datos que se poseen sobre una materia determinada.

Ahora bien, siguiendo con el análisis si informar consiste en dar noticias de algo; entonces será necesario precisar qué se entiende por noticia. Según la Real Academia Española, la misma es definida como “el contenido de una comunicación antes desconocida”. Desconocer consiste en averiguar por el ejercicio de las facultades intelectuales la naturaleza y cualidades de las cosas. Por lo tanto, se debe concluir que la información nos permite conocer aspectos de una cosa que eran desconocidas para el interlocutor.

En el marco de este análisis nos debemos enfocar en el lenguaje informativo. El mismo consiste en presentar a los hechos que acontecen de manera objetiva sin juicio de valor alguno. Es describir los hechos tal cual se nos presentan en la realidad y discernir si son verdaderos o falsos.

Hasta aquí todo lo enunciado parece una tarea sencilla, pero en la realidad no lo es, ya que exige un análisis del lenguaje con mayor detenimiento, cosa que no se acostumbra a realizar.

Una gran parte de los servicios que contratamos diariamente, emplea un lenguaje muy alejado del informativo o descriptivo, debido a que se emplean términos ambiguos, vagos, acotados, más orientados al orden publicitario, que no permiten comprender con claridad la realidad. La finalidad de su mensaje es influir sobre el deseo, acotando, el margen de la razón. Es por ello que tanto la Constitución Nacional como la ley de defensa del consumidor, hacen referencia al contenido de la información como *adecuada, veraz, cierta, clara y detallada*. Lo antes mencionado conlleva a la exigencia del uso de un lenguaje descriptivo o informativo, en lo que se debe sumar *la gratuidad y actualización* como mecanismo protectorio del consumidor o usuario.

Es decir que lo central de esta parte de la normativa reside en la necesidad de que el emisor utilice un lenguaje lo más objetivo posible a la hora de comunicar las características de un producto o servicio.

Importantes juristas de nuestro país han tratado el concepto de información y su importancia en el mundo del derecho. Según Mosset Iturraspe y Lorenzetti “informar es enterar, comunicar, dar noticia, poner al corriente a alguien de algo que le interesa o pueda llegar a interesarle” (1994, pág. 78).

La información le acerca al consumidor, una serie de datos, que le permiten decidir de una manera racional sobre una contratación. Para G. Stiglitz, la información “propende al conocimiento de las características del producto que permite realizar una elección racional entre los bienes de consumo que se le ofrecen y utilizarlo con seguridad y eficiencia” (1996, pág. 657).

Según Vázquez Ferreyra y Romera “la información tiene como finalidad contribuir a formar un consentimiento contractual más claro y reflexivo” (1994, pág. 24).

## **2- Distinción entre deber jurídico específico, deberes instrumentales o de conducta y carga:**

En el trayecto del negocio jurídico es posible encontrar deberes jurídicos específicos (principales y accesorios), deberes instrumentales y cargas.

Previo al análisis específico del deber de informar es necesario introducir algunos conceptos de estas instituciones.

La obligación como deber jurídico específico:

*Es aquella relación jurídica en virtud de la cual el acreedor tiene un derecho subjetivo a exigir del deudor una determinada prestación, patrimonialmente valorable, orientada a satisfacer un interés lícito, y ante el incumplimiento, a obtener forzosamente la satisfacción de dicho interés, sea en especie o de manera equivalente* (Pizarro y Vallespinos, 2004, pág. 50).

Según Alterini, Ameal y López Cabana, puede ser definida como la “*relación jurídica en virtud de la cual un sujeto (deudor) tiene el deber jurídico de realizar a favor de otro (acreedor) determinada prestación*” (1998, pág.15).

Para su nacimiento exige la presencia de una serie de elementos esenciales como son: los sujetos, el objeto, la causa fuente y el vínculo jurídico; conforme a ellos podemos tener distintas clasificaciones de obligaciones. En este caso es importante destacar la clasificación de obligaciones principal y accesoria, puesto que ocupan un papel protagónico en los contratos que pueden ser alcanzados por el deber de seguridad.

*Obligación principal* es aquella cuya existencia, eficacia y desarrollo funcional son autónomas e independientes de cualquier otro vínculo obligacional. Por oposición, una obligación es *accesoria* cuando depende de otra principal, en cualquiera de los aspectos antes indicados, y encuentra en éste su razón de ser (Pizarro y Vallespinos, 2004, pág. 203).

Los contratos son una de las principales fuentes que dan nacimiento a las obligaciones, pero no son los únicos, los hechos ilícitos y la ley entre otros, también lo son. La doctrina desde una posición clásica tiene en cuenta la clasificación de los hechos ilícitos y las obligaciones como distintas formas de dar origen a la responsabilidad civil. Esto es así, porque nuestro Código Civil, le ha dado un marco regulatorio propio a cada una de ellas. Las diferencias más importantes se encuentran en el plazo de prescripción y la extensión del resarcimiento, que son las que aún marcan la distinción entre la responsabilidad derivada del incumplimiento obligacional de la que surge del hecho ilícito aquiliano.

Actualmente la mayoría de los juristas argentinos, propone la necesidad de eliminar tal distinción y de esta manera, construir un sistema más ajustado al criterio de justicia.

En un negocio jurídico se suelen examinar las relaciones entre las partes no de forma aislada, sino que se analizan los derechos, facultades, obligaciones, deberes y cargas, a los efectos de poder determinar todo su contenido. En ese contexto es posible encontrar a los deberes instrumentales o de conducta, que se encuentran presente aún cuando las partes no lo pacten de manera expresa, debido a que su fundamento se encuentra en el principio de buena fe que debe estar presente en todo momento.

Estos deberes instrumentales fueron introducidos y analizados por importantes juristas como Demogue, Staub y Stoll entre otros.

Por otra parte, los deberes secundarios de conducta, también denominados instrumentales, permiten que las obligaciones puedan ser cumplidas con mayor eficacia y eficiencia. Para Pizarro y Vallespinos “el deber de prestación, se traduce en la adopción de determinado comportamiento, en un *plan de conducta futura orientada a satisfacer el interés del acreedor*, la deuda no se agota ni se reduce a él” (2004, pág. 53).

Dichos deberes son exigidos tanto al deudor como a los acreedores en toda relación jurídica y se encuentran presentes en las etapas precontractuales, contractuales y poscontractuales. En la actualidad posee un importante papel a los efectos de evitar los abusos en las relaciones propias de consumo y a modo de ejemplo tenemos al deber de protección, secreto, fidelidad, entre otros.

Los deberes instrumentales, tienen una importante tarea frente al nacimiento de una obligación, ya que amplifican el contenido de la misma, permitiendo el adecuado cumplimiento de la relación jurídica obligacional.

Estos deberes que exceden el propio y estricto deber de prestación-cuyo cumplimiento constituye normalmente objeto de demanda- y que resultan para ambas partes bien de lo expresamente pactado, del sentido y fin de las obligaciones, del principio de buena fe de acuerdo con las circunstancias o, finalmente, de las exigencias del tráfico, los denominados “deberes de conducta” ya que pueden afectar al conjunto de conductas que de cualquier modo esté en relación con la ejecución de la obligación (Larenz,1958, pág.21).

Es decir, que estos deberes que acompañan a la obligación jurídica, permiten la adecuada ejecución de la obligación pactada en los contratos y coadyuvan a que el

consumidor pueda satisfacer su interés. En ciertos casos estos deberes de conducta trascienden y se convierten en verdaderas obligaciones.

Es posible que en función de las circunstancias del caso concreto y de sus particularidades, dichas conductas asuman cierta independencia de la principal, en función de su finalidad, en cuyo caso no serán meros deberes accesorios dentro de una prestación única, sino que correspondería hablar lisa y llanamente de *obligaciones distintas*. (Pizarro y Vallespinos, 2004, pág. 54).

Es necesario hacer esta distinción entre deberes instrumentales y deber jurídico específico, por los distintos efectos jurídicos que se desarrollan. Existe acuerdo por la doctrina en lo que hace a los efectos de las obligaciones, caso que no ocurre en lo que hace a los deberes de conducta.

Hay autores, como Cristóbal Montes (1990), que rechazan a los deberes instrumentales por considerar que altera la estructura de la obligación. Otros le reconocen su importancia en los distintos momentos de la ejecución de la obligación como es el caso de Karl Larenz (1958).

En lo que respecta a sus efectos, Pizarro y Vallespinos, explican los distintos efectos del deber secundario y establecen:

Para algunos, sólo el no cumplimiento de la prestación o deber principal, es apta para generar incumplimiento. El no cumplimiento de un deber complementario o accesorio, no genera incumplimiento, sino un cumplimiento defectuoso, cuyos efectos son distintos (Pizarro y Vallespinos, 1999, pág. 68).

Cabe destacar que el *incumplimiento defectuoso*, genera la obligación de reparar el daño moratorio, teniendo en cuenta la posibilidad de cumplir la prestación de manera ulterior y el interés subsistente del acreedor o consumidor.

Por otro lado, siguiendo la explicación de Pizarro y Vallespinos, existen autores con opiniones distintas:

Los deberes accesorios o de conducta no solo complementan la prestación misma, sino que frecuentemente constituyen a configurarla, por lo que su no cumplimiento puede determinar situaciones que, por su

gravedad, nos ubiquen en los confines del incumplimiento definitivo (Pizarro y Vallespinos, 1999, pág.68).

En caso de *incumplimiento definitivo*, se procederá a reparar los daños y perjuicios compensatorios y ello se debe a la lesión del interés del acreedor/consumidor/usuario con entidad irreversible, que impide el cumplimiento ulterior.

Para Larenz, estos deberes secundarios, producen importantes efectos jurídicos, que abren el camino a distintas posibilidades:

No cabe demandar sin más el cumplimiento de un determinado deber de conducta, pero la vulneración culpable de tal deber fundamenta una obligación de indemnización y en determinadas circunstancias, otorga a la otra parte el derecho a resolver el contrato (Larenz, 1958, pág.22).

Las cargas siguiendo la posición de Vallespinos y Ossola “son las que pesan sobre el adquirente (o profano) tanto en la etapa contractual como postcontractual y que por su intensidad no llegan a constituir deber ni obligación” (2010, pág.217).

Según Pizarro y Vallespinos “la carga opera como presupuesto necesario para que pueda ejercitarse un derecho o una facultad del acreedor” (1999, pág. 61).

La carga reviste la particularidad de ser optativa. Esta particularidad es de suma importancia debido a que su negativa a ser ejercida puede generar importantes daños.

Para Vallespinos y Ossola “al no poder ser exigible su cumplimiento la descartamos como deber” (2010, pág. 217). De allí que se ha indicado por la doctrina que es un “tener que” para “poder hacer” (Diez-Picazo, Cristóbal Montes, Ossola, Pizarro, Cabanillas Sánchez y Vallespinos).

### **3- Naturaleza jurídica del deber de informar. Fundamento del deber de informar**

En lo que respecta a la naturaleza jurídica, cabe destacar que la doctrina se encuentra dividida. Además se debe sumar el poco tratamiento que ha tenido este instituto y su importancia luego de la sanción de la ley de defensa del consumidor.

Están aquellos que entienden que el deber de información es un *deber secundario de conducta* y por lo tanto engrosa y completa el contenido de la prestación principal. (LLobert I Aguado, Tinti, Larenz, etc). Quienes siguen esta posición consideran que la falta de fuerza es la que no le permite alcanzar el grado de deber jurídico específico.

Para otros es una *obligación jurídica* (Ossola, Pizarro, G. Stiglitz, Vallespinos, etc.) que en la mayoría de los casos es accesoria, aunque admite excepciones. Para Ossola y Vallespinos es una obligación porque "... reúne todos los requisitos establecidos por el ordenamiento para que pueda ser considerada como tal, en especial, la patrimonialidad del objeto" (2010, pág. 214).

Se debe recordar que conforme a lo que se ha enunciado anteriormente, cuando el deber de conducta asume una entidad de tales características, el mismo trasciende a un plano superior y pasa a ser un deber jurídico específico (obligación).

Para elevar el deber de informar a la categoría de obligación, exige analizar si el *contenido y la realidad económica y social* le permiten dar sustento a esta posibilidad. En los próximos capítulos se tratará de indicar si existe dicha entidad o no para dar apoyo a dicha calificación.

Por el momento, se puede anticipar que el contexto social del deber de informar les proporciona a los consumidores la posibilidad de evaluar las conveniencias o no de una contratación desde la etapa precontractual. Luego, si el contrato se ha perfeccionado, su función se extenderá en conocer el adecuado uso del producto o servicio. Y para la etapa postcontractual, la información posibilitará conocer los riesgos que se han manifestado respecto de los productos o servicios que se trate.

El criterio que le da fundamento al deber de informar, para Vázquez Ferreyra y Romera "no es otro que la desigualdad de conocimientos que los contratantes presentan en una relación jurídico-privada" (1994, pág.23). Para Farina "el derecho de información que se le otorga al consumidor atiende a la desigualdad de conocimiento que éstos, tienen frente a los proveedores sobre los productos y servicios que comercializan" (2008, pág.176).

El empresario, que es el poderoso en esta relación de consumo, maneja un amplio espectro de información sobre el producto o servicio que presta. Esto se debe a los

estudios previos que se realizan sobre el objeto que introduce en el mercado, que le confieren un conocimiento previo y profundizado, habilitando de esta manera, la posibilidad de dominar y manipular a los consumidores carentes de esa información.

Los proveedores conocen (o deben conocer) las características y particularidades de los bienes y servicios que colocan en el mercado. Los consumidores, por lo común, desconocen éstos aspectos y carecen de información previa y hasta de tiempo para poder juzgar por adelantado, así como de conocer los riesgos que su uso puede comportar y las medidas a adoptar para evitarlos (Farina, 2008, pág. 176).

El deber de información tiene su sustento en el principio de Buena fe, que se encuentra receptado en el Código Civil argentino en el artículo 1198. Para Mosset Iturraspe y Piedecabras es “un principio de integración, creador de deberes denominados “secundarios de conducta”, que viene a completar el contenido negocial” (2004, pág. 390).

Según Ossola y Vallespinos “es extremadamente complejo definir la buena fe. Muchos han sido los conceptos que se ha ensayado de ella, pero dicha diversidad se ha debido a las diferentes formas en que la expresión ha sido empleada” (2010, pág.220).

De esta manera, la Buena Fe es clasificada en objetiva y subjetiva. Se diferencian entre sí en términos generales, en el funcionamiento y su aplicabilidad. La Buena Fe objetiva para Mosset Iturraspe y Piedecabras “se traduce como lealtad, probidad, respeto o consideración” (2004, pág. 390). En el prólogo a la obra *El Principio general de la buena fe*, de Franz Wieacker, Diez Picazo y Ponce De León se refieren a ella como:

Por una parte, a un concepto técnico-jurídico referido a la conducta o al comportamiento que se considera como el parámetro que debe ser observado en las relaciones que los particulares establecen, noción ésta que corresponde al concepto que el derecho utiliza en temas diversos como parte del supuesto de hecho de algunas normas jurídicas y, por otra, la buena fe es el contenido de un deber de conducta que se concreta en el deber de comportarse con corrección y lealtad en el tráfico jurídico (Diez Picazo y Ponce de León, 1977,pág. 14 y15).

La Buena Fe subjetiva según Mosset Iturraspe y Piedecabras “tiene que ver con el respeto a la apariencia, a aquello que se muestra como verdad, y que, por ende,

despierta la confianza de las partes” (2004, pág.390). En el Prólogo del libro *El Principio general de la buena fe*, de Franz Wieacker, Diez Picazo y Ponce De León la define como:

La concepción psicológica de la buena fe, entendida ésta como creencia o ignorancia del sujeto, y la concepción ética de la misma, noción ésta de origen germano, según la cual la ignorancia o el error del sujeto sólo serán atendibles en la medida en que su comportamiento no sea culpable o, dicho de otra forma, tales situaciones sólo serán excusables si el sujeto, con una diligencia normal, no hubiera podido superar su apreciación errada de la realidad (Diez Picazo y Ponce De León, 1977,pág 14 y 15).

Para Larenz “Significa que cada uno debe guardar “fidelidad” a la palabra dada y no defraudar la confianza o abusar de ella, ya que ésta forma la base indispensable de todas las relaciones humanas” (1958, pág.142).

#### **4- Base Constitucional y ley de Defensa del Consumidor**

Los constitucionalistas suelen clasificar los derechos en primera, segunda y tercera generación. En este último encontramos los derechos de los consumidores y usuarios de bienes y servicios.

Cada uno de estos estamentos, que aparecieron de manera cronológica, fueron respondiendo a la realidad política, económica y social de la época. Los derechos civiles y políticos (primera generación de derechos) luego de la Revolución Francesa de 1789, consagrados para garantizar la libertad. Los derechos de segunda generación, receptados durante el siglo XIX y XX, luego de la Revolución Industrial, entre ellos encontramos los derechos económicos, sociales y culturales, dirigidos a defender el valor de la igualdad. Por último, se encuentran los derechos del siglo XX y XIX, que son la justicia, la paz, la solidaridad y el ambiente entre otros. En este último estamento se receptaron los derechos de los consumidores o usuarios de bienes y servicios, con el objeto de proteger la salud, seguridad e interés económicos del sujeto débil de esta relación de consumo.

El consumidor aparece en la segunda mitad del siglo XX, donde comenzó a plasmarse la necesidad de regular la economía de mercado, en la que no solo participan las empresas sino también los individuos que son los que consumen sus productos (Haro, 2003, pág.174).

Con el surgimiento de las empresas, la creación de nuevos productos, la ampliación del mercado, la implementación de técnicas y estrategias destinadas al fortalecimiento del consumo aparecieron nuevas prácticas abusivas de contratación que llevaron al consumidor a un total estado de indefensión. Es por ello que surge la necesidad de consagrar un nuevo marco regulatorio que dio origen a la ley 24.240.

El derecho del consumidor es un Sistema Global de normas, principios, instituciones e instrumentos de implementación, consagrados por el ordenamiento jurídico a favor del consumidor, para garantizarle en el mercado una posición de equilibrio en sus relaciones con los empresarios (Stiglitz R. y Stiglitz G., 1994, pág.29).

Con la Reforma constitucional del año 1994, se introduce el artículo 42 que recepta los derechos de tercera generación. A partir de ese momento en el constitucionalismo argentino se introduce un importante cambio como señala Ossola y Vallespinos “el patrimonio dejó de ser el centro de atención del legislador, pues todo deberá girar ahora alrededor de la persona gestándose así una nueva contemplación de la misma, con sus múltiples funciones naturales” (2010, pág. 90).

El derecho del consumidor, prescripto en el artículo 42 de la Constitución Nacional, cumple una noble finalidad, que es el respeto a la dignidad personal. Para Farina, “esto resume el comportamiento ineludible que deben observar las empresas frente a los consumidores y usuarios, pues de lo contrario, los derechos que nos ocupan no pasaran de ser meras declaraciones de buenos propósitos” (2008, pág.2).

Entre los nuevos derechos receptados encontramos al deber de información y las características que éste debe tener. Para Bidart Campos en alusión a la interpretación de este artículo establece que “vigilar al mercado, frenar abusos en las prácticas comerciales y tutelar derechos, hacen de eje a la interpretación que asignamos al artículo 42” (1998, pág. 92). Para Farina “la norma constitucional se basa en el reconocimiento del aspecto social del moderno contrato de masa, cuyos principales destinatarios son los consumidores y usuarios” (2008, pág.12).

Luego de haber indicado el origen y la finalidad que persigue el artículo 42 de la Constitución Nacional. Se debe indagar sobre los bienes jurídicos que protege la norma constitucional, en materia de consumo.

El *artículo 42* de la Carta Magna, prescribe en el primer párrafo que “Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección, y a condiciones de trato equitativo y digno”.

Por consiguiente los bienes protegidos son: *la salud, la seguridad y los intereses económicos*. La salud, según el Preámbulo de la Constitución de la Organización Mundial de la Salud, es definida como un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades.

En lo que respecta a la seguridad, para Pizarro y Vallespinos “todo consumidor tiene derecho a la seguridad respecto de aquellos productos o servicios que adquiere, de suerte que éstos no presenten peligro para su salud e integridad psicofísica y espiritual” (2004, pág.109).

Para Haro, los intereses económicos implican “obtener el bien o servicio a un precio *justo, razonable*” (2003, pág.177).

La libertad de elección, implica el derecho a decidir por un producto o servicio, sin imposición alguna y de esta manera evitar exigencias monopólicas, que según el constitucionalista Alfredo Mooney, habría sido lo conveniente introducir.

Según Farina “al hablar de “trato digno”, la norma se refiere principalmente a un aspecto externo o social, es decir, al honor, respeto o consideración que se debe a la persona” (2008, pág.14).

El artículo 42 de la Constitución Nacional, elevó los derechos de los consumidores a la categoría de norma constitucional. En él se recepitó el deber de información, que al momento de su incorporación, tuvo un importante debate por parte de la asamblea constituyente, sufriendo su texto originario una significativa modificación:

El derecho a una “información adecuada”, expresión que en el curso del debate quedo ampliada a información adecuada y veraz”, cosa que incluía igualmente el control por el Estado en la relación de consumo,” para impedir los abusos de la publicidad o propaganda” (Sagués, 2007, pág.836).

También, cabe destacar que los constituyentes atendieron de esta manera a un pedido gestado por el Segundo Congreso Argentino de Derecho del consumidor y Primer Encuentro Nacional de Defensa del Consumidor y Usuario, llevado a cabo en la ciudad de Rosario en el año 1994.

La comisión 5 recomendó “incorporar el reconocimiento supra legal de los derechos de los consumidores y consumidoras, dentro del marco de la reforma de la Constitución Nacional” entre los que se incluyeron:” a) a la protección de la salud y la seguridad; b) a la calidad de los bienes y servicios) a la educación e información...” (López Cabana, 1999, pág.453).

Antes de la reforma constitucional de 1994, los derechos del consumidor fueron protegidos por la ley 24.240, conocida como Ley de Defensa del Consumidor. En su artículo 4 se recepto el derecho a la información. Sin embargo, cabe destacar que éste no es el primer antecedente, debido a que la ley 22.802 de lealtad comercial, en sus artículos 5 y 9 reguló las cuestiones que hacen a la información y publicidad a los efectos de evitar el error, engaño o confusión a los consumidores

Luego, la ley de Defensa del consumidor sufrió una reforma con la ley 26.361, y el deber de informar quedó regulado de la siguiente manera:

**ARTÍCULO 4º** — Información. El proveedor está obligado a suministrar al consumidor en forma cierta, clara y detallada todo lo relacionado con las características esenciales de los bienes y servicios que provee, y las condiciones de su comercialización.

La información debe ser siempre gratuita para el consumidor y proporcionada con claridad necesaria que permita su comprensión.

Farina: “consagra el derecho subjetivo del consumidor o usuario a ser debidamente informado sobre la naturaleza y demás características de los bienes y servicios que adquiere” (2008, pág.176).

Este artículo según Alterini:

Proviene del proyecto de senador LEÓN; en el proyecto que preparamos con LOPEZ CABANA y STIGLITZ incluimos la necesidad de informar especialmente sobre las características “que puedan determinar la conclusión del contrato”, para evitar el “error sobre la cualidad de la cosa que se ha tenido en mira”, en los términos del artículo 926 del código civil (Alterini, 1999, pág.334).

Para Stiglitz “el deber de informar constituye una obligación legal, fundada en una regla accesoria de conducta cuyo contenido consiste en cooperar, desde la etapa de las tratativas, con quien se haya disminuido con relación a la persona que dispone de la información” (1998, pág. 165).

Por su parte, Vázquez Ferreyra y Romera sostienen lo siguiente: “en síntesis, el deber de información abarca tanto las instrucciones para el uso adecuado del producto, como las advertencias sobre los riesgos que puede presentar” (1994, pág. 194).

La finalidad que persigue este deber de información a favor del consumidor es permitir que el consentimiento que presta al contrato por un producto o servicio haya sido formado con reflexivo, como así también evitar toda clase de riesgos que podrían derivar de una utilización inadecuada del producto (Molina Sandoval.2008.pág.95).

Para Farina “la información que exige el art. 4º está orientada a brindar al cliente datos útiles para tomar una decisión, y a conseguir una satisfactoria ejecución del contrato en cuanto a la utilización del producto o servicio” (2008, pág.177).

El papel de este deber de información cobra suma importancia si se tiene en cuenta que los accidentes en los cuales intervienen productos elaborados, no siempre tienen su causa en la falta de seguridad intrínseca del bien, sino que muchas veces el origen obedece a un uso inadecuado debido justamente a la falta de información al consumidor (Vázquez Ferreyra y Romera, 1994, pág.193).

De este modo se procede a darle una autonomía en su tratamiento, determinando la extensión del contenido, que será tratado en otro capítulo de este trabajo.



## Capítulo II

### 1- Sujeto, objeto, vinculo jurídico y causa fuente.

Este capítulo se centrará en la posición que sigue cierta parte de la doctrina conforme a lo tratado en el capítulo primero que entiende que el deber de informar es una obligación, por considerar que posee una entidad tal que permite así calificarla. Además se debe agregar que posee todos los elementos esenciales que se exigen, para ser considerado un deber jurídico específico.

Para Llambias la obligación es definida como “*la relación jurídica en virtud de la cual alguien denominado deudor debe satisfacer una prestación a favor de otro llamado acreedor*” (1983, pág. 8).

Los elementos necesarios para que se configure la obligación son: el sujeto, el objeto, la causa fuente y el vinculo jurídico. Si bien la mayoría de estos elementos a ser analizados son similares en cuanto a su tratamiento para todas las obligaciones, es necesario individualizarlas en la obligación de informar, como así también desarrollar las características propias que posee este deber jurídico a ser examinado.

Los sujetos pueden ser tanto las personas físicas, como las personas jurídicas dotadas de capacidad de hecho y derecho. Determinar quién es el sujeto a priori obligado a informar, no es una tarea sencilla, es por ello que será necesario analizar cada uno de los casos en particular.

Para Ossola y Vallespinos “en las obligaciones, deberes y cargas de comunicar todas las partes vinculadas por la relación jurídica de que se trate pueden tener un rol activo o pasivo en la transmisión de la información” (2010, pág.253).

El artículo 4 de la ley de defensa del Consumidor hace mención al proveedor, que es quien está obligado a suministrarla. Por eso cabe destacar que si la fuente de la obligación reside en un contrato de consumo, en principio es el proveedor quien está obligado a suministrarla. También es posible que existan situaciones en donde la información ya es conocida por el consumidor a raíz de su difusión previa por parte de un tercero o por la profesión del sujeto cocontratante. En estos últimos casos se discute si el promovedor, está obligado a suministrarla o no. Aquí se sigue la posición de que

aún cuando el consumidor o usuario la conozca, no lo exime de la obligación de informar, porque el artículo 4 no recepta dispensa alguna, además de ser la que mejor se acopla a la protección del consumidor y en todo caso permite corroborar o controlar la información que se está suministrando para decidirse sobre una contratación.

La información prevista por el art. 4º es obligatoria para el proveedor en todos los supuestos referidos a una relación de consumo, pues su objetivo es que el consumidor o usuario sepa en verdad que va a adquirir, para qué sirve, cómo debe usarse o ingerirse, etc., pues de éste modo podrá tomar una decisión razonable (Farina,2008, pág.161).

La ley 8078 de Brasil en el artículo 3 define como proveedor a “toda persona física o jurídica, pública o privada, nacional o extranjera, y los entes despersonalizados, que desarrollen actividades de producción, montaje, creación, construcción, transformación, importación, exportación, distribución, comercialización de productos o prestación de servicios”.

Por su parte, la ley argentina de defensa del consumidor exige que el proveedor actúe en forma profesional u ocasional. Para Lorenzetti “la ley argentina incluye a quienes la ejercen aún de manera ocasional. Ello no significa que se prescindiera de la profesionalidad, sino que el profesional puede actuar de manera permanente o bien ocasional o discontinua” (2000, pág.157).

Es muy amplia la categoría de sujetos que pueden intervenir y habrá que analizar caso por caso a los efectos de determinar qué sujetos están obligados a informar. Es por ello que en principio es el proveedor (deudor) quien deberá ejecutar la conducta.

El consumidor en esta relación con el acreedor, es quien tiene el derecho a ser informado. También puede ser una persona física o jurídica, pública o privada. La relación puede ser a título oneroso o gratuito. Debe ser un consumidor final y el consumo puede ser personal o familiar.

Para Molina Sandoval, son consumidores: “todos los ciudadanos en cuanto aspiran a tener una adecuada calidad de vida, no solo como consumidores o usuarios de bienes o servicios para uso familiar, sino también como personas a la que conciernen distintos aspectos de la vida social”(2008,pág.12).

El objeto de la obligación, en términos generales, está determinado por la conducta que debe ejecutar el deudor y el interés que se debe alcanzar para cumplir con el acreedor. Para Alterini, Ameal y López Cabana “se ha caracterizado a la prestación (o contenido de la obligación) como el comportamiento del deudor tendiente a satisfacer el interés del acreedor” (1998, pág.53). Conforme a Cazeaux y Trigo Represas “el objeto del nexo obligatorio lo constituye la prestación, vale decir, el comportamiento, la conducta, la acción o la omisión que debe cumplir el deudor” (1992, pág. 36).

En lo que respecta al deber jurídico de informar, el objeto queda comprendido por lo que debe ser informado a los efectos de poder satisfacer el interés del consumidor o usuario. Para Adorno “abarca tanto las instrucciones para el uso adecuado del producto como así también las advertencias sobre los riesgos que pueden presentar” (1995, pág.484).

Según Vázquez Ferreyra y Romera “la información sobre riesgos no solamente debe comprender los que derivan de un uso correcto, sino también de un uso incorrecto pero previsible” (1994, pág. 28).

Para Ossola y Vallespinos en lo que respecta al objeto del deber de informar se refieren a lo siguiente:

Hemos puesto en evidencia que en razón de la complejidad técnica y científica de la producción y comercialización de bienes, o en la presentación de los más diversos servicios, y que por la *rapidez* con que acontecen la realidad de estos tiempos resulta imposible y hasta inconveniente transmitir *toda* la información que sería necesaria.

Es que el destinatario de la información (consumidor o no) se encontraría muchas veces *abrumado* por el volumen de información, lo que probablemente atente contra la última finalidad de estos deberes, y en especial en lo atinente al profano: que pueda *comprender* la información que se le transmite y otorgar los actos que sean consecuencia de ello, con voluntad exenta de vicios (Ossola y Vallespinos, 2010, pág.258).

Esta posición, siguiendo un criterio subjetivista, no es compartida por atentar contra el propio espíritu del deber de informar que recepta la ley protectoria.

Entre los argumentos que se encuentran, en primer lugar, esta la propia normativa que comprende: la Constitución Nacional en el artículo 42 que hace mención a que la información debe ser *adecuada y veraz*, que es propio de la construcción de una información descriptiva u objetiva y el artículo 4 de la ley de defensa del consumidor que también es contundente en este sentido, al referirse a que la información debe ser *cierta, clara y detallada* en todo lo relacionado con las características esenciales de los bienes y servicios que provee.

En segundo lugar se debe indicar que la complejidad técnica y científica no puede ser un obstáculo al deber de informar. De allí que será necesario exigir que el *tratamiento* de la información, previa a ser entregada al consumidor o usuario, responda a las reglas de la ciencia o técnica actual. Este análisis *anticipado y objetivo* debe tener su centro sobre los hechos que acontecen o suelen acontecer conforme al curso normal y ordinario de las cosas. También el tratamiento se puede amparar en las reglas de la experiencia que revisten cierto consenso en lo que hace al uso del producto o servicio. Estos son los parámetros que se deben tener en cuenta para medir la responsabilidad civil.

A modo de ejemplo: en caso de desarrollar un artefacto novedoso, el proveedor deberá realizar dentro del marco de la ciencia y la técnica actual todas las pruebas necesarias a los efectos de determinar la forma y modo de uso apto para atenuar o evitar un daño a la salud o intereses económicos del consumidor. Para ello utilizará la estadística, el uso de parámetros de la electrónica, los estudios de la química, la genética o física entre otros según el producto que se trate.

En lo que respecta al volumen de la información, ésta debe ser la necesaria a los efectos de evaluar en la etapa previa a la formación de un contrato si ella cumple con las expectativas esperadas por el consumidor para luego satisfacer su interés. Una información entregada a cuenta gotas es un mecanismo de apertura hacia importantes abusos y posibles daños a los consumidores. Es por eso que “previo” a transmitir la información, se exige que la misma sea tratada y evaluada dentro de los parámetros de la ciencia, la técnica actual o experiencia consensuada.

La información necesaria u objetiva se arriba a través de un mecanismo de anticipación, que consiste en el análisis del producto o servicio sobre los parámetros de la ciencia, de allí se obtendrá si la información es precisa y adecuada, descartando toda información

irrelevante a los efectos de evitar la transmisión de un volumen de información innecesaria. De esta manera se evita la confusión y posibilita la decisión de una contratación.

De ahí que, es importante resaltar que la información que se exige debe cumplir con los parámetros de la ciencia y la técnica actual. La pregunta sería ¿qué sucede con la información que se conoce a posteriori y que era desconocida en el momento que el producto se incorporó al mercado?

El Decreto reglamentario 1798/94 de la ley de defensa del consumidor establece en su artículo 4º que: “Los proveedores de cosas o servicios que, posteriormente a la introducción de los mismos en el mercado de consumo, tengan conocimiento de su peligrosidad, deberán comunicar inmediatamente tal circunstancia a las autoridades competentes y a los consumidores mediante anuncios publicitarios suficientes”.

Este artículo nos permite indicar que nace un deber de informar, sobre un *nuevo parámetro objetivo* que era desconocido por la ciencia y la técnica y que pasa a formar parte de ese catalogo de información clara, precisa y adecuada. Tampoco atenta contra el criterio antes mencionado sobre la información *completa* debido a que el parámetro que se sigue es el de la ciencia y técnica vigente, estable y conocida.

Por último, cabe destacar que el análisis general de la normativa de la ley de defensa del consumidor en lo que respecta a las exigencias de los contratos de consumo contribuye a la construcción de la información objetiva, exigiendo la escritura, el idioma nacional, las instrucciones de uso adecuado y el nacimiento de una obligación por el contenido de la publicidad.

El vinculo jurídico para Pizarro y Vallespinos “es un elemento no material que une ambos polos de la relación jurídica. Constituye, sin dudas, el elemento que mejor caracteriza a nuestra institución, pues a partir de su configuración operan los distintos efectos que el sistema ha previsto” (2004, pág. 154). Según Alterini, Ameal y López Cabana “es uno de los elementos de la obligación, y se manifiesta por la sujeción del deudor a ciertos poderes del acreedor” (1998, pág. 57).

La causa fuente según Pizarro y Vallespinos “es el presupuesto de hecho al cual el ordenamiento jurídico le otorga idoneidad para generar obligaciones” (2004, pág.159).

La principal fuente del deber de informar se encuentra en los contratos. Sin embargo no es la única, debido a que puede tener su fuente en la ley. Para Ossola y Vallespinos también pueden ser “los vicios redhibitorios; la garantía de evicción; y las regulación general referida al error, dolo, y lesión” (2010, pág.247).

## 2- Contenido del deber de Informar y el Orden Público.

Es necesario recurrir a la normativa vigente a los efectos de individualizar el contenido de dicho deber. La Constitución Nacional exige que la información sea **adecuada** y **veraz**, la ley de defensa del consumidor exige que sea **cierta, clara y detallada**.

La *Adecuación*, es aquella que permite vincular el contenido del mensaje con las reglas de la técnica y la ciencia en lo que respecta al producto o servicio que se trate. Actúa como un filtro en cuanto al contenido de la información que se debe transmitir. Evita que el receptor o consumidor se encuentre con información innecesaria ya sea para decidir sobre una contratación o para utilizar un producto o servicio. Además permite procesar y racionalizar sobre la conveniencia o no de una contratación evitando la invasión de información irrelevante.

Desde la perspectiva del proveedor, la adecuación cumple un papel protagónico en materia preventiva, ya que proporciona *a priori* las medidas o cambios a implementar para evitar la producción de un daño al consumidor.

A modo de ejemplo: En caso de un *servicio de transporte* y en lo que respecta al área de *seguridad*, la adecuación de la información, consistiría en indicar las salidas de emergencia, martillos o herramientas junto a su indicación de empleo, forma de traslado cuando el vehículo esta en movimiento, información sobre la colocación de cintos, procedimiento ante incendio y todos aquellos datos que respondan con esta área. No cuenta como criterio de seguridad, si se informa sobre las comodidades de viajar con tal o cual empresa, o sobre el tipo de servicio informático que presenta.

Cabe recordar que la guía sobre la información adecuada se encuentra en el espíritu de la propia normativa del consumidor que consiste en proteger la salud, integridad e intereses económicos de los consumidores y usuarios.

También debe ser *verdadera o cierta*, es decir, que la información debe ser neutral, para ello debe cumplir con un criterio descriptivo, que permita mediante un análisis diligente corroborar si la información se encuentra acorde a la realidad o no. Por ej.: si un producto, ofrece determinada cantidad de operaciones, las mismas se deben poder ejecutar en su completitud, si una cámara fotográfica puede sacar una foto con determinada resolución, ésta se debe cumplir, lo mismo que la velocidad de una tablet o notebook.

El contenido de la información a priori debe ser objetivo. De allí que los proveedores de un producto o los prestadores de un servicio deben evaluar de manera anticipada el contenido a los efectos de determinar si cumplen o no con el requerimiento.

En cuanto a la certeza debe tener como parámetro los hechos que acontecen conforme el curso normal y ordinario de las cosas, las reglas de la experiencia e incluso en ciertos casos la costumbre.

La *claridad* implica que el contenido de lo que se informa pueda ser comprendido por el consumidor o usuario. El problema puede presentarse de dos maneras: primero en lo que respecta al contenido de la información, es decir cuando el mensaje es ambiguo o reviste de vaguedad. Para evitar estos inconvenientes se deben exigir controles previos sobre el lenguaje, utilizar símbolos, la fotografía o las reglas de interpretación entre otras medidas.

En segundo lugar encontramos el problema del receptor del mensaje ¿Cuál es el parámetro que se debe tomar? Se pueden encontrar sujetos entendidos sobre el tema, un experto o un profesional. Aquí existen menos probabilidades de que el interlocutor no comprenda el mensaje y existen menos inconvenientes. El problema está en aquellos sujetos no conocedores sobre el producto o servicio. Es por ello que se exige que el contenido pueda ser comprendido por una persona de mediana educación, sin perjuicio que en algunos casos sea pasible de aplicar el instituto de la lesión.

Por último, la información debe ser *detallada*. Es decir que debe ser completa, debe abarcar una determinada dimensión de información en relación al producto o servicio que se trate.

Lo destacable de la norma es que exige que la información sea “detallada” y no de carácter general, de modo que no queden dudas al usuario. Todo esto referido a las características “esenciales” del producto; es decir, a lo sustancial o principal (Farina, 2008, pág. 162).

Implica un importante esfuerzo que debe hacer el proveedor a los efectos de no vulnerar dicho deber. Exige reflexión y tiempo a los efectos de determinar su completitud. El límite reside en las reglas de la ciencia, la técnica actual, la normativa vigente para el producto o servicio del Estado u organismos especializados.

En lo que respecta al *orden público*, éste ha sido consagrado en forma expresa en el artículo 65 de la ley de defensa del consumidor. Su finalidad es salvaguardar los derechos de los consumidores frente a las conductas y prácticas abusivas. Además permite elevar el nivel de protección del deber de informar, mediante la exigencia de su cumplimiento, evitando su renuncia como así también cualquier práctica lesiva en lo que respecta a los derechos reconocidos.

En materia contractual el orden público permite preservar el equilibrio negocial, evitando que el consumidor o usuario padezca cualquier tipo de atropello hacia su persona, preservando la salud y sus intereses económicos.

### **3- Forma adecuada para informar:**

No alcanza solo con analizar el contenido de lo que se debe informar, si no se emplean las formas apropiadas para que el consumidor tome conocimiento sobre las instrucciones, prestaciones y recaudos que debe tener a los efectos evitar la producción de un daño.

En materia de contratos se ha podido observar una primera etapa marcada por el formalismo contractual, que es propia del derecho romano. Según Borda “la voluntad nunca tuvo el papel soberano que más tarde adquiriría. No bastaba por ella misma; era indispensable el cumplimiento de las formas legales, la más importante y difundida era la *stipulatio*” (2004, pág.13).

El formalismo propio del derecho romano antiguo estaba íntimamente vinculado a la importante cantidad de analfabetos presentes en la población. De allí que para contratar y por ende obligarse se exigía un ritualismo característico.

En el Derecho antiguo la celebración del contrato requería el cumplimiento de ciertas formalidades; no bastaba por lo tanto la mera voluntad de las partes. La sola convención (*conventio, pactum*) no generaba obligaciones, sin perjuicio de que en ciertos casos le fueran asignados efectos jurídicos por edictos imperiales y por disposiciones del pretor (Alterini, 1999, pág.13).

En un segundo grado de evolución el epicentro en materia contractual se encuentra en la voluntad de las partes al momento de contratar. La misma responde a los acontecimientos políticos, económicos y sociales gestados en el siglo XIX. Para Borda “el nuevo orden instaurado por la Revolución Francesa hizo concebir a sus teóricos la ilusión de una sociedad compuesta por hombres libres, fuertes y justos” (2004, pág.14).

De allí nace el principio de la autonomía de la voluntad, el cual eleva las libertades individuales, confiriendo el poder de contratar libremente y determinar el contenido del contrato.

La crisis de esta regla comenzó con las prácticas abusivas que ejercieron aquellos que imponían las condiciones en los contratos. Es por eso que surge la necesidad de un intervencionismo estatal que nace para proteger a la parte más débil del contrato. Según Borda “la voluntad ya no impera soberanamente como otrora; el Estado interviene en los contratos, modificando sus cláusulas, forzando a veces a celebrarlos a pesar de la voluntad contraria de los interesados, o dispensándolos, otras, de cumplir sus promesas” (2004, pág.15).

A los efectos de alcanzar el equilibrio negocial nacen instituciones de suma importancia en el derecho como son la Teoría de la Imprevisión y la Lesión.

Durante el siglo XX surgen importantes cambios en lo que hacen al desarrollo industrial y tecnológico. La expansión de los mercados, la producción masiva de productos y la proliferación de servicios, introdujo importantes cambios positivos en la vida de las personas, aunque también se empezaron a generar nuevos daños.

En materia contractual estos acontecimientos no fueron ajenos. Nacieron los contratos de consumo y su marco regulatorio. En estos últimos se encuentra un nuevo grado de evolución que avanza en la protección de los consumidores frente a las nuevas prácticas lesivas que se gestaron en el mundo del desarrollo empresarial.

Siguiendo con el análisis la ley de Defensa del consumidor, se podría indicar que las exigencias del marco normativo resaltan la aparición de un nuevo formalismo. Esto se debe a la forma documentada que en varias partes de la normativa protectora del consumidor y usuario es señalada.

En lo que hace a la forma:

La redacción del instrumento debe ser "completa, clara y fácilmente legible, sin reenvíos a textos o documentos que no se entreguen previa o simultáneamente", y las cláusulas adicionales deben ser "escritas en letra destacada y suscritas por ambas partes" (art. 10 de la ley; conf. art.22, decreto reglamentario) (Alterini,1999, pág.157).

Conforme a la ley de defensa del consumidor existe un predominio de la forma escrita como vehículo de transmisión del deber de informar.

Para Ossola y Vallespinos:

Nosotros entendemos que en principio, y salvo que la ley imponga la forma escrita, le bastará al proveedor acreditar que la información debida llegó al consumidor cualquiera haya sido la forma empleada (entrega de un documento, avisos publicitarios, carteles exhibidos en el comercio, etcétera). Solo debe prevenirse de que el canal de información elegido le posibilite acreditar que cumplió con su deber. (Ossola y Vallespinos, 2010, pág.302).

No se comparte dicho criterio teniendo en cuenta los siguientes fundamentos: en primer lugar porque atenta contra el espíritu de la propia ley, que tiene como fin salvaguardar los derechos de los consumidores o usuarios, exigiendo la escritura como el medio para conocer el producto o servicio, para luego evaluar sus cualidades, ventajas y desventajas de manera clara, reflexiva, determinando la conveniencia o no de lo que se pretende adquirir.

En segundo lugar, porque la escritura le confiere al consumidor mayor seguridad jurídica a los fines de determinar si la información entregada cumple con las particularidades que le exige la normativa o si es una cuestión publicitaria. Además desempeña un papel protagónico en materia procesal, debido a que facilita la obtención de la prueba que le permite al proveedor de un servicio demostrar que ha cumplido con el contenido del deber de informar que le exige la propia normativa.

Por consiguiente, la forma escrita es la que se debe exigir en los contratos de consumo. Toda forma verbal debe ser adicional y no alcanza por si sola para cumplir con el deber de informar. Es por ello que la pauta publicitaria, los carteles, la comunicación telefónica, las páginas web, entre otras, deben ser consideradas como mecanismos que *complementan y fortalecen* el canal de comunicación en donde viaja el deber de informar, pero no alcanzan por si solos para acreditar el cumplimiento de la obligación de informar, porque por lo general el lenguaje utilizado, es incompatible al exigido por la propia normativa.

Farina también coincide con Ossola y Vallespinos sobre la posibilidad de emplear la forma verbal, en ciertos casos, en lo que respecta al cumplimiento de la obligación de informar. No se comparte esta posición arraigada al criterio clásico, por considerar que la mejor manera de proteger al consumidor, es introducir la *forma escrita*, como mecanismo que confiere mayor seguridad jurídica al débil de esta relación jurídica.

La mayoría de los productos o servicios actuales, que son denunciados en organismos de defensa del consumidor, son alcanzados por la informática, las telecomunicaciones y el servicio bancario, todos ellos revisten de una complejidad técnica de difícil entendimiento para el consumidor o usuario. Para Farina “en los supuestos que haya complejidad técnica o mayor riesgo, o cuando disposiciones especiales así lo exijan, se requiere inexorablemente dar una información escrita a cada adquiriente” (2008, pág.177).

El artículo 6 de la ley de defensa del consumidor, consagra en cuanto a su interpretación, que a las cosas y servicios que pongan en riesgo la salud o integridad física de los consumidores o usuarios se les exigen *mecanismos, instrucciones y normas que hacen a la seguridad*. Todos ellos deben ser plasmados en un *manual que debe*

*estar escrito en idioma nacional* describiendo la forma de uso, instalación y mantenimiento de los mismos.

En dicho artículo se observa el marcado lineamiento en cuanto a la objetividad de su contenido y a la forma escrita exigida para las cosas y servicios de tipo riesgoso. Sin lugar a duda estas exigencias abarcan una importante dimensión de productos y prestaciones del mundo actual.

En lo que respecta al artículo 10 de la ley protectoria, se indica la necesidad *de confeccionar y entregar el documento de venta*, delimitando dentro del marco de las exigencias, la descripción y especificación del bien; la individualización del vendedor, fabricante, distribuidor o importador, características de la garantía, plazo, condiciones de entrega, precios, condiciones de pago y costos adicionales.

Cabe destacar que dentro de los requerimientos que fija la ley, hace mención a la redacción en idioma castellano, en forma completa, clara y legible *sin reenvío a documentos o textos que no se entreguen en forma previa o simultanea*. En caso que se incluyan cláusulas adicionales, se exige *la escritura*. Estas últimas deben tener destacada su letra y requiere la firma de ambas partes.

El criterio de la documentación, antes sostenido, se ve fortalecido por las exigencias de los *ejemplares* conforme a la cantidad de partes intervinientes y la entrega del *escrito original* al consumidor o usuario.

El contenido del documento antes mencionado es para la venta de cosas muebles e inmuebles. Es decir que la escritura en estos casos abarca una importante dimensión de objetos.

El *certificado de garantía* de acuerdo al artículo 14 se exige en *forma escrita*, en idioma nacional, con una redacción que pueda ser comprensible, letra legible y un contenido mínimo que fija la ley como parámetro objetivo: identificación del vendedor, fabricante, importador o distribuidor, identificación de la cosa, condiciones de uso, instalación, mantenimiento y condiciones de validez de la garantía entre otras.

Además establece como regla que cualquier cláusula o interpretación contraria a lo exigido es nula y se tendrá por no escrita.

El mismo análisis le cabe a la *constancia de reparación*, en lo que respecta a la escritura y parámetros de contenido.

En cuanto a los servicios públicos domiciliarios, el artículo 25 de la ley de defensa del consumidor, establece que las empresas prestadoras de dicho servicio, deben entregar al usuario, *una constancia escrita*, de las condiciones de la prestación y de los derechos y obligaciones de ambas partes contratantes. Dicha exigencia debe ser complementada con *leyendas en facturaciones o carteles* en oficinas públicas que consagre el derecho a ser indemnizado en caso de facturaciones indebidas o ya abonadas.

Aquí, nuevamente, se permite identificar la escritura para los servicios públicos domiciliarios, fortaleciendo el criterio documental antes mencionado y ampliando su dimensión a dichos servicios.

Por lo tanto, se puede decir que el criterio imperante conforma al espíritu propio de la ley de defensa al consumidor o usuario es la escritura y no la libertad de formas.

#### **4- La Publicidad:**

Uno de los temas centrales en este capítulo reside en diferenciar la información de la publicidad. En lo que respecta al deber de informar:

La norma exige que se expresen las reales cualidades del producto, sin el sobredimensionamiento propio de la propaganda; es decir que no podrá limitarse solamente a destacar cualidades, sino que deberá expresar con lealtad aquellos detalles que significan demérito en la cosa o el servicio (Tinti, 1994, pág.28).

La publicidad tiene como fin despertar el interés en el consumidor o usuario sobre las ventajas o beneficios que posee un producto o un servicio. Por lo general el lenguaje, la creatividad, la imagen y el sonido que se emplean buscan generar sensaciones de deseo o necesidad.

Existe, por otra parte, una enorme variedad de artículos, lo cual da un tono típico a la publicidad, que pugna por diferenciar las ofertas propias de la ajenas, y auto atribuye calidades y bondades especiales a lo que se

ofrece, las que no siempre son reales y, menos aun, comprobables  
(Alterini,1999, pág.139).

Las técnicas que se emplean pretenden que los consumidores o usuarios adopten determinados comportamientos, dirigiendo su voluntad e impidiendo un análisis reflexivo o racional sobre el producto o servicio que se publicita.

El deber de informar exige que el contenido que se transmite se manifieste con un lenguaje descriptivo, claro, adecuado y completo. De esta manera facilita el análisis reflexivo y coherente por parte del consumidor, en lo que hace a la evaluación de las ventajas de lo que se pretende adquirir. También, permite la protección los intereses económicos de la parte más débil de esta relación.

El lenguaje propio de la publicidad es el emotivo, de allí que tiene como fin generar sensaciones o deseos, impidiendo el análisis reflexivo por todos aquellos que son alcanzado por el mensaje.

Esto no quiere decir que se esté en contra del uso de la publicidad ya que la misma permite que el potencial consumidor pueda conocer las ventajas o beneficios de un producto, sino que el problema reside en el uso de las técnicas y mensajes que se emplean como mecanismos para inducir en error a las personas. También se encuentran aquellas cuyo contenido es mentiroso, falso o improbable, que son merecedoras de la misma crítica.

Es importante destacar que entre el mensaje descriptivo y la publicidad existe una importante vinculación. Esto se debe a que la publicidad puede ser un vehículo para transmitir parte del mensaje descriptivo, sin embargo este espacio es muy reducido y ello se debe a que la mayor parte del mensaje que se transmite sigue los parámetros del lenguaje emotivo.

Entra las finalidades del deber de informar se encuentra el deseo de contrarrestar la publicidad engañosa, de allí que la propia ley de defensa del consumidor obliga al proveedor por lo publicitado. Conforme al artículo 8 de la ley, las precisiones formuladas en la publicidad o en anuncios prospectos, circulares u otro medio de difusión obliga al oferente y se tiene por incluidas en el contrato con el consumidor.

## 5- Consentimiento Informado:

Esta institución jurídica es de origen anglosajón, nació a principios del siglo XX y cumple un papel protagónico en los contratos médicos. Esto implica que antes de perfeccionarse un contrato de esta índole, el médico debe proporcionarle a quien podrá ser su paciente, una información acabada que abarque en términos generales, consejos, riesgos, tratamiento, estudios, intervenciones y consecuencias entre otras.

Según Bueres “con mira a la integración del consentimiento el médico explicará al enfermo lo referente a su estado de salud, tratamiento aconsejable, ventajas y desventajas del mismo, etc.”(1992, pág.204).

El consentimiento informado nace como respeto a la libertad individual de decidir sobre la salud o vida de una persona, dentro de los límites que le confiere el ordenamiento jurídico. Para Bueres “el médico, no puede efectuar ningún tipo de tratamiento sin recabar el consentimiento del paciente” (1992, pág.201).

Para Ossola y Vallespinos existe consentimiento informado en un contrato “*cuando el adquirente de un producto o servicio (cualquiera sea la naturaleza) manifieste su voluntad luego de haber sido convenientemente anoticiado de todas las circunstancias relevantes que hacen al acuerdo y habiéndolas comprendido*” (2010, pág.197).

El consentimiento debe haber sido obtenido de manera libre, voluntaria y consciente, luego de haber recibido una información adecuada. Para Ghersi una de las obligaciones del contrato de servicio médico consiste “en la debida y adecuada información al cliente o sus familiares para que éste o aquellos puedan tomar una decisión pensada, meditada y razonada” (1992, pág. 72).

Según Bueres “la información se adaptará a las posibilidades de comprensión del asistido quien por lo general será profano en la materia” (1992, pág. 204).

Resulta obvio que el sujeto obligado a la información se sitúe sociológicamente en un plano cultural del cientificismo, su saber, por otra parte, posee un lenguaje particular; es imprescindible una adecuación de esa terminología científico-tecnológico-medica a un lenguaje simple, comprensible al hombre común (Ghersi, 1992, pág.72).

El estado anímico del paciente, es un aspecto fundamental a la hora de transmitir la información al paciente.

El cirujano obrará en cada caso atendiendo las particularidades del mismo. En consecuencia, evaluará el estado psíquico del enfermo, las incidencias que pueden tener en su salud la noticia cruda y real de la dolencia, la edad, educación, fortaleza anímica, etc. Además será vital para asumir la decisión el margen de probabilidades que tiene el asistido de restablecerse sin secuelas importantes (Bueres, 1979, pág.82).

Para Ossola y Vallespinos, originariamente en el contrato médico “el experto era quien podía decidir qué era lo mejor para el profano. Su situación dominante motivada en poseer determinada información le confería una “autoridad” que muchas veces iba mas allá de los límites razonables” (2010, pág.197). Actualmente la mayoría de los juristas, siguiendo la posición de Bueres entienden que “a fin de obtener la declaración de voluntad del asistido, el profesional tratará de persuadirlo sobre la necesidad del tratamiento” (1979, pág.80).

También será importante determinar quién es el sujeto que debe manifestar el consentimiento. En primer lugar es el propio paciente que siendo mayor de edad y con capacidad el que debe otorgarlo. Si posee incapacidad permanente o transitoria, se deberá recurrir al representante legar. Frente a la usencia de este último, seguirán los parientes consanguíneos de grado más próximo al paciente, salvo que exista un pariente de grado más remoto, que demuestre haberse ocupado del paciente, en donde cierta parte de la doctrina entiende que se le debe dar prioridad.

Estimamos que si el paciente se encuentra en pleno uso de sus facultades mentales, es decir, absolutamente lúcido, y se opone a someterse a la actividad médica, el facultativo no podrá desconocer la voluntad de aquél (ni ella podrá ser suplida por una autorización judicial)(Bueres, 1979,pág.108).

Otra cuestión fundamental, que es necesaria para receptar de manera válida el consentimiento, es determinar cuál es el contenido de la información que se debe transmitir.

El contenido entonces de la información, implica que el diagnóstico y terapéutica de la patología, sea encaminado por una de las “posibles vías terapéuticas de curación” aceptadas por la medicina científica, considerada en función del tiempo histórico en que se evalúa (Gherssi, 1992, pág.75).

A través de artículo 4 de la ley de defensa del consumidor, se pueden establecer algunos de los parámetros que se deben tener en cuenta para determinar el contenido de la información que se debe proveer al paciente.

La información debe ser clara, esto quiere decir que el mensaje del médico, que emplea un lenguaje técnico, debe ser adecuado al paciente que se presenta, para ello deberá tener en cuenta la edad, instrucción y estado anímico.

La información debe ser cierta, verdadera, objetiva, es decir que se debe amparar en la ciencia médica a la hora de evaluar, diagnosticar e indicar los pasos que se deben seguir.

Debe ser adecuada; esto implicará que el médico debe cumplir con todos los estudios previos que se exigen para diagnosticar, debe receptar acabadamente mediante preguntas los antecedentes familiares y propios de enfermedades, intervenciones y cualquier otra cuestión que sea de interés para la ciencia médica.

Por último, la información debe ser detallada, es decir, que una vez que se encuentra individualizada la enfermedad, la misma debe ser comunicada al paciente de manera puntualizada, además del tratamiento a seguir y las circunstancias adversas que se pueden presentar.

Por lo tanto, la información que se debe proveer al paciente debe ser clara, objetiva, adecuada y detallada, si se cumple con todas estas particularidades, el médico podrá receptar el consentimiento de un paciente.

El consentimiento informado, también está presente en otros contratos en donde suelen intervenir profesionales como ser los abogados o contadores, y que deben ser analizados dentro del ámbito de las ciencias jurídicas y económicas de manera respectiva.

Esta obligación de informar es una obligación de resultado y los fundamentos, son analizados en el próximo capítulo.

## Capítulo III

### 1- La obligación de Informar como obligación de medios o de resultados.

Previo al análisis si el deber de informar es una obligación de medios o de resultados, se deberá conceptualizar qué se entiende por cada una de ellos y cuál es su importancia dentro de este campo.

El origen de esta clasificación ya se encontraba en el derecho romano, sin embargo su tratamiento y desarrollo nace en Francia de la mano de René Demogue.

Ocioso resulta aclarar que nos estamos refiriendo a la añeja división didáctica de los deberes jurídicos calificados, cuya paternidad es atribuida con insistencia a René Demogue, aunque la doctrina sostiene que ya existían atisbos de la idea en el derecho romano y en las obras de Domat, Glarson, Gabba, Planiol, etcétera (Bueres, 1984, pág.49).

Para Demogue “una obligación no es siempre de la misma naturaleza, puede ser una obligación de resultado o una obligación de medios” (1925, pág.538).

Esta clasificación desarrollada por el eminente jurista francés, fue gesta en una época en donde se discutía sobre el sujeto que debía demostrar la culpa.

Vale recordar, que por entonces, se libraba una batalla jurídica en torno a la llamada “prueba de la culpa” la que era asignada a una u otra de las partes de acuerdo al carácter positivo o negativo de la prestación y sobre la base de la fuente de la cual provenía la obligación (contractual o aquiliana) (Ossola y Varizat, 2010, pág. 60).

Demogue, encontró en esta clasificación de las obligaciones, la forma de resolver el problema de la prueba de la culpa. En las *obligaciones de resultado*, el acreedor debía probar la existencia del deber jurídico específico y su exigencia dentro del plazo convenido. De esta manera, no debía probar la culpa del deudor.

Para Mazeaud y Tunc “en las obligaciones de fines, se presume la responsabilidad del deudor, salvo que demuestre la obtención del resultado o la fuerza mayor” (1962, pág.132).

Agoglia, Boragina y Meza, enseñan que Demogue definía a la obligación de fines de la siguiente manera:

Para este autor, son obligaciones de resultado, aquellas en que el deudor se compromete a realizar, a favor del acreedor, una determinada prestación destinada a obtener un resultado concreto. La frustración del logro final genera responsabilidad del deudor, salvo que el obligado pruebe su falta de culpa (Agoglia, Boragina y Meza, 1993, pág.63).

En el caso de las *obligaciones de medios*, se le exigía al acreedor acreditar el deber jurídico específico, la exigibilidad en el plazo establecido y la culpa del deudor. Para Mazeaud y Tunc “el acreedor debe probar la culpa del deudor” (1962, pág.132).

Esta última clasificación, según Agoglia, Boragina y Meza, Demogue la conceptualizaba de la siguiente manera:

En las obligaciones de medios, lo único que está implicado es la conducta diligente del deudor dirigida a satisfacer la expectativa final del acreedor. En tal caso, la no consecución del objetivo no responsabiliza al deudor, salvo que el acreedor pruebe que el fracaso se debió a la culpa del obligado (Agoglia, Boragina y Meza, 1993, pág.63).

Esta distinción de las obligaciones y su relación con la prueba de la culpa, se fue receptando por los fallos y la doctrina del siglo XX. A pesar de que Domat, ejemplificó esta categorización en una pluralidad de situaciones de la vida contractual, los modelos rígidos, carentes de flexibilidad fueron fracturando esta relación entre la prueba de la culpa y esta clasificación de obligaciones.

A fines del siglo XIX, el jurista argentino, Alberto Bueres, tomo esta tipificación de obligaciones y le dio un nuevo sentido, concluyendo que las obligaciones de medio y de resultado están vinculadas con los factores de atribución de la responsabilidad civil.

Para su estudio se centró en el objeto de las obligaciones, que como se ha dicho en el capítulo segundo de este trabajo, la misma está conformada por la conducta que debe

ejecutar el deudor y el interés que se debe satisfacer. Para Bueres es un “plan o proyecto de *conducta* futura del deudor para satisfacer un *interés* del acreedor” (1984, pág. 50).

El fundamento por la cual la prestación de las obligaciones está construido por la suma de una conducta más un interés, según Bueres “obedece a que la obligación es un instrumento de cooperación social- o, como también e afirma, es un pedazo, una trama o urdimbre de la vida social-” (1984, pág.51).

Para Pizarro y Vallespinos “ en las obligaciones de medios, también llamadas de *prudencia o de diligencia*, el deudor se compromete a realizar una conducta “*diligente*”, orientada a la obtención de un resultado, *esperado y querido* por el acreedor, *pero no asegurado*”(1999, pág.581).

Ese *interés* que aparece *in obligatione* es contingente, aleatorio, potencial, eventual, razón por la cual es bastante para activar el contenido del deber – *in solutione*- con la observancia de la conducta prudente y diligente del deudor, con su mera actividad o esfuerzo ( algo similar a lo que ocurre en los contratos aleatorios) (Bueres, 1984, pág.51).

Conforme a Llambías “el deudor no asegura la consecución del resultado esperado por el Acreedor, sino que solo se obliga a poner de su parte el empleo de los medios conducentes a ello” (1983, pág.209). Según Agoglia, Boragina y Meza es “un compromiso de diligencia, que solo tiende a la consecución del resultado final, el incumplimiento se configura cuando el deudor omite prestar esa conducta calificada” (1993, pág. 72).

Lo central en ésta clase de obligación, se encuentra en analizar la conducta que el agente ha ejecutado, además de no haber convenido el resultado o ser exigido por la normativa que se trate. Para Bueres “la culpa-omisión de la diligencia debida- y el incumplimiento son por ende, inescindibles” (1981, pág.154).

Por lo tanto en este tipo de obligaciones, el factor de atribución que se tendrá presente como presupuesto de la responsabilidad es el subjetivo (dolo o culpa) a los efectos de imputar las consecuencias del accionar lesivo. De acuerdo con Agoglia, Boragina y Meza “en esta categoría de deber jurídico, el incumplimiento genera responsabilidad

subjetiva, desde que el criterio legal de imputación es la “culpa” aprehendida de conformidad con los art. 512, 902 y eventualmente, art. 909 del cód. Civil” (1993, pág.73).

En el caso de las obligaciones de resultados, según Pizarro y Vallespinos “el deudor compromete su actividad para el logro de un interés final del acreedor, *no* contingente o aleatorio, de suerte que su falta de obtención importa incumplimiento” (1999, pág.582).

La conducta reveladora del cumplimiento de los deberes de *previsión* y *evitación* no devienen suficientes para satisfacer la prestación, pues es menester alcanzar el fin, objetivo o efecto perseguido por el acreedor, que es, ciertamente, el resultado que califica la obligación (Bueres, 1984, pág.52).

Para Llambías “consiste en el compromiso asumido por el deudor de conseguir un objetivo o efecto determinado: es el “resultado” que espera obtener el acreedor” (1983, pág.209). En las obligaciones de resultado, Agoglia, Boragina y Meza señalan que “aunque la conducta se encuentre presente *in obligatione*, su calidad es irrelevante para determinar si existió o no cumplimiento” (1993, pág.73).

Por nuestra parte no dudamos de la exactitud de la clasificación estudiada que opone dos categorías de obligaciones en función de la distinta naturaleza de su objeto, a saber: un “resultado” determinado o una “conducta” encaminada a un resultado que no es dable asegurar (Llambias, 1983, pág.209).

Según Bueres “no cabe al deudor la posibilidad de demostrar la *no culpa*, el deber será *objetivo*, pues sólo interesa la *conducta (prestación) eficaz*, con abstracción de que el obligado haya obrado con culpa o sin ella” (1984, pág.59). Para Alterini, Ameal y López Cabana “en la obligación de resultado el deudor se compromete al cumplimiento de un determinado *objetivo, consecuencia o resultado (opus)*” (1998, pág.510).

Por lo tanto, forzoso es concluir que, en los supuestos de responsabilidad derivadas del incumplimiento de las obligaciones contractuales de “fines”, opera un factor de atribución objetivo, al que denominamos “garantía”, con sustento normativo en los arts. 1197 y 1198 del cód. Civil (Agoglia, Boragina y Meza, 1993, pág.74).

En las obligaciones de resultado, la conducta ejecutada por el deudor más el interés asegurado para con el acreedor tiene su fundamento según Bueres en un “*crédito a la seguridad u obligación tacita de seguridad especial*” (1984, pág.60).

Esta justificación fue construida por la doctrina francesa a los efectos de salvaguardar la integridad física de las personas como así también sus cosas. Dentro del ámbito de la responsabilidad contractual encuentra su sustento en los artículos 1197 y 1198 del cód. civil. En el espacio aquiliano, según Bueres y para “los supuestos en que la ley genere un deber de resultado extracontractual, ello tendrá lugar por razones de justicia” (1984, pág.61).

En cualquiera de sus formas, la garantía late en la esencia de las obligaciones contractuales de resultado, en virtud de la fuerza vinculante de la autonomía privada, el deber de cooperación, y la buena fe, brújula que guía la conducta de los contratantes ajustándola a los principios de lealtad y probidad en el cumplimiento de las obligaciones negócias asumidas (Agoglia, Boragina y Meza, 1993, pág.136).

Esto permite concluir que en las obligaciones de resultado, el factor de atribución que se recepta es de tipo objetivo, entre los que encontramos a la garantía, la equidad, el riesgo creado o el deber de seguridad, entre otros, que fueron acogidos por la doctrina y la legislación extranjera y nacional. Siguiendo a Bueres, se ha dicho que el fundamento se centra en el deber de seguridad, pero “indudablemente el tema es esponjoso y demanda elaboración y mejoramiento. Es probable que algunos autores hubiesen preferido en estos supuestos el riesgo creado” (1984, pág.61).

Como lo indica Agoglia, Boragina y Meza “la responsabilidad objetiva, cuya finalidad es el restablecimiento del desequilibrio social ocasionado por el progreso, fue la respuesta del solidarismo jurídico a la nueva realidad social y económica” (1993, pág.123).

La sustentación del deber de fines en la idea de *seguridad es genérica* y cederá cuando la norma establezca otro factor de atribución-objetivo- (v.gr. el riesgo en la responsabilidad del dueño o guardián por el hecho autónomo de las cosas; art. 1113 párrafo segundo, hipótesis segunda) (Bueres, 1984, pág.61).

A pesar de que existe parte de la doctrina que rechaza dicha clasificación, no cabe duda sobre la importancia que esta tiene en el ámbito de la responsabilidad civil.

Es necesario indagar los motivos por la cual la obligación de informar, es una obligación de resultado. La doctrina argentina, en su mayoría, no se ha pronunciado en lo que respecta a si la obligación de informar es una obligación de medios o de resultado. Tal vez el motivo se encuentre o en las críticas que recibe esta clasificación antes señalada o por ser considerada todavía, como un deber secundario de conducta, sin alcance como para configurarse en un deber jurídico específico.

Para Ossola, Pizarro y Vallespinos, la obligación de informar, en los contratos de *consumo* es una *obligación de resultado*. Es decir que el *proveedor* está obligado a suministrar la información sobre el bien o servicio que se trate.

Con Respecto al *consumidor*, Ossola y Vallespinos, entienden que es una obligación de medios.

En caso de que el daño provenga de la *falta de información* (omisión) o de la transmisión de una *información defectuoso* (por no cumplir con los criterios de adecuación, objetividad, claridad y completa), ésta quedará atrapada por una obligación de resultado, debiendo responder el proveedor aún por su obrar diligente, debido a que será necesario acreditar la interrupción del nexo de causalidad. Según sea el caso en particular que se trate, el factor de atribución que se impute podrá ser el deber de seguridad (1198 cód. Civil) o el riesgo creado (art. 40 de la ley 26.361).

La falta, insuficiencia o falsa información sobre el modo de uso o empleo del bien o servicio al momento de celebrar el contrato, puede determinar un uso incorrecto, en cuyo caso el consumidor tendrá derecho al resarcimiento de los daños sufridos, contra los responsables del defecto de información (Farina, 2008, pág.183).

En el próximo capítulo se desarrollara con mayor profundidad lo antes enunciado.

En lo que respecta a la transmisión de información defectuosa, el artículo 4 de la ley de defensa del consumidor exige al proveedor la obligación de suministrar al consumidor en forma cierta, clara y detallada todo lo relacionado con las características esenciales

de los bienes y servicios que provee, y las condiciones de su comercialización, además de la gratuidad en su transmisión.

En efecto, el proveedor, está obligado a “*construir*” en forma cierta, clara y detallada el mensaje referente al producto o servicio que se trate, para luego ser suministrado al consumidor. Por lo tanto la *conducta* exigida debe estar destinada a la construcción de un mensaje dentro de los parámetros que le fija el artículo 4 de la ley protectoria.

El *interés* asegurado o garantizado por el proveedor, es alcanzado por el consumidor cuando la información transmitida resiste al control de las exigencias que la propia ley establece.

Cabe recordar que los parámetros del mensaje son: la claridad, adecuación, veracidad y completitud. Los mismos deben tener su base en las reglas de la experiencia, la ciencia, la técnica o la costumbre.

Otro de los parámetros que se tienen en cuenta para determinar si una obligación es de medios o de resultado, reside en determinar el *bien jurídico* que se encuentra afectado. Para Ossola y Varizat, si el bien jurídico afectado es “la vida y la integridad corporal del acreedor, se debe tender a considerar la obligación como de resultado” (2010, pág. 73). Este último criterio no es absoluto, de allí que será necesario indagar el hecho en concreto y de esta manera determinar si se observa que además de haberse vulnerado los parámetros indicados por el artículo 4 de la ley, se le debe sumar como bien afectado la vida o integridad del consumidor. Si esto es así, entonces se podrá fortalecer este criterio que se sostiene.

También se ha señalado que el criterio de la *onerosidad* puede servir como indicativo de una obligación de resultado. En este caso reviste los mismos comentarios antes señalados.

El artículo 3 de la ley de defensa del consumidor, que consagra el criterio de interpretación más favorable al consumidor, el 40 de la ley protectoria que recepta un criterio de responsabilidad objetiva, el 65 que consagra el orden público imposibilitando modificar el contenido de los contratos de consumo, que atente contra el propio articulado de la ley. Los bienes involucrados como son la salud, seguridad y los intereses económicos. La intervención de empresas y proveedores profesionales

con mayor acceso a la información, la complejidad técnica de los bienes y servicios que mayormente vulneran la normativa protectora. La exigencia de mayores medidas de seguridad para los productos y servicios riesgosos conforme al artículo 6 y la dificultad, por lo general, para individualizar en la empresa a los responsables y de esta manera demostrar la culpabilidad, lleva a la necesidad de alinear a la obligación de informar como un deber jurídico específico de resultado.

La normativa protectora del consumidor o usuario de bienes y servicios surge dentro de un marco de progreso tecnológico y científico, sustentado en el valor de la *solidaridad*.

La doctrina y la jurisprudencia actual, a fin de posibilitar la tutela del consumidor y del usuario, se inclinan, en su mayoría, por sostener que en esta materia se debe prescindir de lo que en otros tiempos fue un elemento clave para la atribución de la responsabilidad civil- la “culpa”-, para sustituirla actualmente por un concepto “objetivo” que solo atiende a la responsabilidad de quien, de una manera u otra, introduce los productos o servicios en el mercado, y que tiene el deber de responder por los daños que de ellos puedan resultar (Farina, 2008,pág. 463).

Desde la distinción clásica de las obligaciones, el deber jurídico de informar es una “obligación de hacer”.

## **2- Presupuestos para que proceda la responsabilidad civil.**

Es importante analizar las consecuencias de la omisión del deber de informar, como fuente de responsabilidad civil. Cabe destacar que si bien los contratos son la principal fuente de las obligaciones, no son la única. De allí que cierta parte de la doctrina entiende que lo relevante a la hora de analizar la responsabilidad civil se encuentra en examinar el incumplimiento obligacional sin importar la fuente de donde surge dicho deber.

En lo que respecta al concepto de responsabilidad, para Zavala de González “en el Derecho de Daños, responder implica *asumir las consecuencias nocivas injustas que sufren o que pueden sufrir otras personas, con motivo de una actividad que actual o*

*potencialmente lesiona sus intereses*” (1999, pág.67). Para Alterini, Ameal y López Cabana “en el ámbito del Derecho civil y en el área de las obligaciones, implica el deber de reparar, de satisfacer una prestación (patrimonial), a favor de la víctima de una infracción”(1998, pág.146).

Los presupuestos de la Responsabilidad civil son el daño, la relación de causalidad, el factor de atribución y la antijuridicidad. Para Mosset Iturraspe “No hay responsabilidad sin una conducta del autor o agente, contraria al ordenamiento jurídico, atribuible con base en un factor de atribución objetivo o subjetivo, que origina un daño que se haya en relación de causalidad adecuada”(1992, pág. 22).

No se comparte el criterio de los microsistemas para tratar el deber de informar. Lo conveniente es ajustar todo el análisis a los lineamientos generales sostenidos por la doctrina y de esa manera evitar los defectos propios de los regímenes estatutarios.

Para Pizarro y Vallespinos “el daño ya no se identifica con la sola lesión a un derecho de índole patrimonial o extra patrimonial, o a un interés que es presupuesto de aquel, sino que es *la consecuencia perjudicial o menoscabo que se desprende de la aludida lesión*” (1999, pág.640).

Según Zavala de González “el daño versa sobre el resultado de la lesión a un bien o un interés jurídico; es decir, se distingue entre la lesión y las consecuencias perjudiciales que de ella derivan” (1999, pág.118).

Para autores clásicos como, Alterini, Ameal y López Cabana “el daño en sentido estricto es pues la lesión, menoscabo, mengua, agravio, de un derecho subjetivo que genera responsabilidad” (1998, pág.224).

Según otra posición para Stiglitz y Echevesti el daño es una “*lesión o menoscabo a un interés patrimonial o extrapatrimonial, acaecido como consecuencia de una acción*” (1992, pág.211).

El daño debe ser cierto, personal y una lesión a un interés patrimonial o extramatrimonial. De esta manera queda configurado el primer presupuesto de responsabilidad civil.

### 1) El daño debe ser cierto:

Según Mosset Iturraspe y Piedecabras “para que el daño sea resarcible ha de ser cierto y no eventual o hipotético, esto es, real y efectivo” (2003, pág.34).

Para Pizarro y Vallespinos “el daño es cierto cuando *cualitativamente* resulta constatable su existencia aun cuando no pueda determinarse su cuantía por exactitud” (1999, pág. 649).

Conforme a Bustamante Alsina “la existencia del daño, ya sea actual o futuro, debe ser cierta o sea debe ser constatada para poder condenarse el pago de la indemnización correspondiente” (1997, pág.170).

De acuerdo con Zavala de González “La certeza sobre el daño admite varios niveles: desde la seguridad sobre su existencia (como si se trata de perjuicios ya sucedidos y plenamente comprobados) hasta la probabilidad objetiva” (1999, pág.129).

También se exige que el daño derivado del incumplimiento de la obligación de informar *subsista*, al momento de iniciar una acción civil, debido a que no se puede resarcir un daño que ha sido reparado.

El daño puede ser actual o futuro. En lo que respecta al primero, se lo puede definir como aquel que ya se ha manifestado al momento de dictarse la sentencia judicial. Para Zannoni “es el daño, menoscabo o perjuicio ya operado y subsistente en el patrimonio del damnificado al momento de la sentencia” (1993, pág. 69).

El segundo es una proyección objetiva del daño actual, que se manifiesta de manera ulterior al dictado de la resolución judicial. Zannoni en cuanto a esto sostiene: “el daño futuro, en cambio, es aquel que todavía no ha existido, pero que ciertamente existirá luego de la sentencia” (1993, pág. 69).

Esta clasificación de los daños también debe ser tomada en cuenta a la hora de determinar la cuantía del daño por incumplimiento de la obligación de informar.

## 2) **El Daño debe ser personal:**

Para Bustamante Alsina “el daño debe ser propio de quien reclama la indemnización. Nadie puede pretender ser indemnizado de un daño sufrido por otro, aunque derive éste del mismo acto ilícito que perjudica a aquel” (1997, pág.173).

El daño debe ser personal del accionante. Ello significa que sólo la persona que sufre el perjuicio patrimonial o moral- de manera directa o indirecta- puede reclamar su resarcimiento. Por ausencia de este requisito, no es posible demandar como propia la reparación de un daño causado a terceros (Pizarro y Vallespinos, 1999, pág.654).

En lo que respecta al daño personal la doctrina lo clasifica en daño directo o indirecto. Existe daño directo cuando el accionar lesivo ocasiona un daño a la propia víctima. En cuanto al daño indirecto, se lo califica de rebote o reflejo y se manifiesta como un perjuicio propio que padece una persona que se vincula con la propia víctima. Para Zavala de González “El principio de personalidad del daño rige *tanto cuando el damnificado es directo* (víctima inmediata) *como cuando se trata de damnificados indirectos* (terceros en quien repercute el menoscabo)” (1999, pág.135).

La ley de defensa del consumidor, consagra en el artículo 40 bis el *daño directo* y lo define como todo perjuicio o menoscabo al derecho del consumidor o usuario, susceptible de apreciación pecuniaria, ocasionado de manera inmediata sobre sus bienes o sobre su persona, como consecuencia de la acción u omisión del proveedor de bienes o del prestador de servicios.

Esta normativa no hace referencia *al daño indirecto*. Se entiende que por aplicación de las reglas generales de responsabilidad civil, también tiene cabida dicho daño en la ley de defensa del consumidor y por lo tanto, es posible de ser aplicada para aquellos daños derivados del incumplimiento de la obligación de informar.

## 3) **Debe configurarse una lesión a un interés no ilegítimo**

La conducta ejecutada por aquel que se ha indicado como responsable del daño, tiene que lesionar un derecho subjetivo, un interés legítimo o un simple interés ya sea patrimonial o extra patrimonial.

La lesión a un interés cualquiera no es suficiente para legitimar el daño resarcible. Ese interés debe ser tutelado por la ley; no basta un interés “de hecho”, debe ser un interés “jurídico”. Desde ya que la lesión de un interés contrario a la ley o ilegítimo no merece protección (Bustamante Alsina, 1997, pág.174).

En cuanto a la cuestión de los legitimados y su extensión, es debatida ampliamente por los juristas, debido a que ella es la que permite determinar la cantidad de sujetos que tendrán derecho a solicitar una reparación.

En lo que hace al Daño, como primer presupuesto, es necesario que el incumplimiento del deber de informar quede atrapado como la *causa* que ha tenido como *resultado* la producción de un daño con proyecciones sobre el patrimonio o espiritualidad de una persona. Esto quiere decir que esta conducta negativa debe generar un importante daño patrimonial o moral.

La finalidad de la ley de defensa del consumidor, en lo que respecta a la obligación de informar, consiste en salvaguardar los interés económicos, la salud e integridad física o moral del consumidor o usuario.

El *daño patrimonial* es aquel que se proyecta sobre el patrimonio de una persona. Para Pizarro y Vallespinos “cuando se menoscaba el patrimonio de una persona, sea en sus elementos actuales, sea en sus posibilidades normales, futuras y previsibles, estaremos ante un daño patrimonial” (1999, pág.640).

La normativa de defensa del consumidor en su capítulo décimo regula la responsabilidad por daños. Ella hace mención al daño patrimonial y moral en el artículo 40 bis, cuando destaca que los perjuicios que pueden padecer los consumidores, son lo que se proyectan “*sobre sus bienes o sobre su persona*”. Por lo tanto es factible responsabilizar al proveedor por el daño patrimonial o moral derivado del incumplimiento de la obligación de informar.

El daño moral según Pizarro y Vallespinos implica “una minoración en la subjetividad de la persona de existencia visible, derivada de la lesión a un interés no patrimonial” (1999, pág.641). Según Cazeaux y Trigo Represas “Es el que hiere o menoscaba los sentimientos, la integridad física o moral, las afecciones legítimas de una persona, en suma, los llamados bienes ideales” (1992, pág.146).

Desde una concepción amplia se define al daño extra patrimonial como:

*Una modificación disvaliosa del espíritu en su capacidad de entender, querer o sentir, o en la aptitud para actuar, que se traduce en un modo de estar de la persona, diferente de aquel en que se encontraba antes del hecho, como consecuencia de éste y perjudicial para su existencia* (Zavala de Gonzalez, 1999, pág.180).

Para Stiglitz y Echevesti “el daño moral, o extrapatrimonial, es todo aquel que se manifiesta como alteración disvaliosa del bienestar psicofísico de una persona, por acción atribuible a otra” (1993, pág.230).

La relación de causalidad, es el segundo presupuesto de la responsabilidad civil. De acuerdo a la posición de Bustamante Alsina “el daño cuya reparación se pretende debe estar en relación causal adecuada con el hecho de la persona o de la cosa a las cuales se atribuye su producción” (1997, pág.267).

Para Pizarro y Vallespinos “la necesaria conexión fáctica que debe existir entre la acción humana y el resultado dañoso producido se denomina relación de causalidad” (1999,pág.94).

Según Zavala de González “es *un vínculo externo que permite atribuir un resultado a un hecho que es su origen*” (1999, pág.243).

En materia de responsabilidad, su importancia radica según Bustamante Alsina en que “La relación causal es un elemento del acto ilícito y del incumplimiento contractual, que vincula el daño directamente con el hecho, e indirectamente con el elemento de imputación subjetiva o de atribución objetiva” (1997, pág.267).

Se han proyectado distintas teorías que buscan determinar la conexión de la conducta humana u objeto interviniente con el resultado lesivo, entre ellas están: la teoría de la equivalencia de las condiciones, la teoría de la causa eficiente, etc. No obstante, como indica Buteler Cáceres “el Código Civil acoge esa teoría tan difundida en la actualidad en doctrina penal y civil, que es la teoría cuya paternidad se reconoce a Von Kries, la llamada teoría de la causa adecuada” (2001, pág.347).

La Teoría de la causa adecuada, es la que sigue la doctrina argentina.

Según esta teoría no todas las condiciones necesarias de un resultado son equivalentes. Aquella que según el curso natural y ordinario de las cosas es idónea para producir el resultado, ésa es la causa. La demás condiciones que no producen normal y regularmente ese efecto, son solamente condiciones antecedentes o concurrentes (Bustamante Alsina.1997, pág.270).

Para Alterini, Ameal y López Cabana “Esta teoría-la de mayor predicamento- niega la equivalencia de las condiciones y preconiza un criterio generalizador: el acto humano debe haber sido, conforme a la experiencia, propio para producir el resultado” (1998, pág.233).

Esta última, permite determinar quién es el *autor material del hecho*, como así también la *extensión del resarcimiento*, para ello es necesario un análisis anticipado y objetivo del acontecimiento, a los efectos de determinar si existe o no vinculación entre la conducta u objeto interviniente y el daño exteriorizado.

Trasladado a un plano práctico se debe examinar en forma *abstracta* si el daño exteriorizado tiene su causa jurídica en el incumplimiento del deber de informar. Es decir que la no transmisión o deficiencia de la información, del producto o servicio, debe ser la fuente que nos conecta con el perjuicio patrimonial o moral que padeció una persona.

En el capítulo segundo de la ley de defensa al consumidor, se regula el derecho a la información para el consumidor, como así también, la protección de su salud.

El artículo 5 de la ley antes mencionada, prescribe que las cosas o servicios, deben ser suministrados o prestados en forma tal que, utilizados en condiciones previsibles o normales de uso, no presenten peligro alguno para la salud o integridad física de los consumidores o usuarios.

Al interpretar este artículo se puede decir que si el producto o servicio en condiciones normales y previsibles ocasiona un daño a la salud o integridad física del consumidor, éste debe ser resarcido.

Es importante destacar que la ley de defensa del consumidor no prohíbe los productos o servicios que puedan suponer un riesgo a la salud o integridad física de los consumidores o usuarios. Para estos casos se exige conforma al artículo 6 de la ley protectoria, que los productos o servicios estén acompañados con mecanismos, instrucciones y normas que puedan garantizar la seguridad.

Realizando una interpretación de esta última norma, se concluye que las “instrucciones” a ser suministradas, deben cumplir criterios de objetividad. De esta manera permitirá salvaguardar la salud e integridad de quienes adquieren los productos o utilicen los servicios. Este incumplimiento de la obligación de informar, también puede ser la causa jurídica del daño a ser resarcido.

La Antijuridicidad, como otro de los presupuestos exigidos para que se configure la responsabilidad civil, es definida como toda conducta o comportamiento contrario al exigido, permitido u ordenado por ordenamiento jurídico vigente.

En lo que respecta a la antijuridicidad objetiva, para Pizarro y Vallespinos “no se requiere para que exista la acción la presencia de voluntad del agente: basta con que refleje su personalidad” (1999, pág.480).

Esta institución analizada dentro del marco de la obligación de informar, queda configurada cuando el proveedor *omite suministrar* la información adecuada, clara, cierta y completa de un producto o servicio; o lo hace de *manera deficiente*. Esto es así, porque la normativa de defensa del consumidor es de *orden público* y por lo tanto es indisponible para las partes optar entre cumplir o no con dicho deber jurídico. De allí que su incumplimiento implicará la adopción de una conducta contraria al ordenamiento jurídico y por consiguiente quedará configurada la antijuridicidad.

Para ello, es necesario indagar sobre las formas de incumplimiento obligacional. Las mismas pueden ser clasificadas en incumplimiento obligacional *absoluto o relativo*. Esta distinción se encuentra íntimamente vinculada a la subsistencia o ausencia del interés del acreedor en el cumplimiento de la obligación que no ha sido ejecutada en tiempo y forma.

El incumplimiento obligacional absoluto o definitivo procede cuando el proveedor no ejecuta la prestación debida, conforme a lo convenido, frustrando de manera irreversible el interés del consumidor o usuario.

También puede suceder que manteniendo la utilidad del interés la prestación no se puede cumplir ya sea por imposibilidad material o jurídica. Para Alterini es absoluto “cuando la conducta obrada es inversa a la debida” (1999, pág.591).

El incumplimiento obligacional absoluto, sobrevenido e imputable al proveedor dará el derecho al consumidor a solicitar el resarcimiento de daño compensatorio junto a sus respectivos intereses.

En lo que respecta al incumplimiento obligacional relativo según Pizarro y Vallespinos “la prestación no cumplida específicamente en tiempo propio, o deficientemente ejecutada, *es aún material y jurídicamente susceptible de ser realizada de manera específica e idónea para satisfacer el interés del acreedor*”(1999, pág.495).

El efecto del incumplimiento obligacional relativo, sobrevenido e imputable, dará nacimiento al resarcimiento del daño moratorio, además de sus respectivos intereses.

La obligación de informar al consumidor o usuario responde a una *obligación pura y simple*. Es decir que una vez que nace, es exigible de manera inmediata. De allí que no existe plazo e imposibilita la configuración de la mora. Por consiguiente, se puede afirmar que en caso de incumplir con la obligación de informar, la misma dará apertura al derecho a solicitar una indemnización por daños y perjuicios compensatorios, en la medida en que se concurra con los demás presupuestos de responsabilidad civil.

El factor de atribución como presupuesto de la responsabilidad es tratado en el próximo capítulo.

### **3. El deber de Informar en los Contratos Privados.**

En el desarrollo de este trabajo se ha tratado la obligación de informar como fuente de responsabilidad en los contratos de consumo, conforme al artículo 4 de la ley de defensa del consumidor, que es la que ha receptado dicho deber.

El deber de informar, también se encuentra en algunos *contratos privados*, pero solo como un deber instrumental o secundario. Cabe destacar que este deber, nació para ajustar la conducta del deudor al cumplimiento de los contratos de una manera más óptima. Su importancia en la vida de los negocios, se fue fortaleciendo hasta lograr con la ley protectoria la categoría de deber jurídico específico. En la mayoría de los contratos privados de tipicidad legal o social se mantiene el criterio de categorizarlo como deber instrumental.

Entre los contratos privados que receptan al deber de informar encontramos los siguientes: compraventa en general, agencia, franquicia, mandato, servicios profesionales, construcción, de turismo, bancarios, tarjeta de crédito, depósito, transporte terrestre y los informáticos, entre otros. En todos estos contratos se empieza a destacar la importancia del deber de informar como medio para cumplir de manera eficiente las prestaciones pactadas, alcanzando un mayor nivel de maduración en los contratos de consumo.

El *contrato de compraventa*, según el artículo 1323 del código civil, es aquel en virtud del cual una de las partes se obliga a transferir a otro la propiedad de una cosa, mientras que este último se obliga a recibirla y a pagar por ella un precio cierto en dinero. El artículo 2176 de dicho código, establece que el vendedor debe informar al comprador sobre los vicios ocultos de la cosa conocidos por él. Es decir que se exige una información específica. Para Lorenzetti “actualmente el deber de información es mayor y se discute si se extiende a toda la información privada en poder del vendedor que pueda afectar la decisión del comprador” (2000, pág.281).

En cuanto al contrato de agencia, el artículo 1479 del proyecto de Código Unificado 2012 afirma que: hay *contrato de agencia* cuando una parte, denominada agente, se obliga a promover negocios por cuenta de otro denominado preponente o empresario, de manera estable, continuada e independiente, sin que medie relación laboral alguna, mediante una retribución. Según Lorenzetti “todo el que obra por cuenta ajena tiene deberes de información y en el caso del agente debe rendir cuentas al comitente de todas las operaciones realizadas” (2000, pág.626).

Siguiendo con el proyecto de código unificado y en lo que respecta a la *franquicia*, en el artículo 1512, el contrato se perfecciona cuando una de las partes denominado

franquiciante, otorga a otra, llamada franquiciado, el derecho a utilizar un sistema probado, destinado a comercializar determinados bienes o servicios bajo el nombre comercial, emblema o la marca del franquiciante, quien provee un conjunto de conocimientos técnicos y la prestación continua de asistencia técnica o comercial, contra una prestación directa o indirecta del franquiciado.

En lo que respecta al deber de informar, conforme a la posición de Lorenzetti el “contenido de la información, se refiere básicamente a los pagos exigibles, las inversiones, las modalidades principales del manual operativo, las restricciones de venta, la solvencia, recursos y balance de resultado del franquiciador en los años precedentes” (2000, pág.690).

El Código Civil argentino prescribe en el artículo 1869 que el *mandato* es un contrato que tiene lugar cuando una de las partes da a otra el poder, que ésta acepta, para representarla, al efecto de ejecutar en su nombre y de su cuenta un acto jurídico, o una serie de actos de esta naturaleza.

En lo que concierne al deber de informar:

En la celebración, el mandatario debe suministrar los datos relevantes que puedan influir sobre la decisión de celebrar o no el vínculo, y que él posea en virtud de su profesión. No se tiene deber de transmitir información no relevante, pero sí toda aquella que influye sobre el discernimiento, es decir que disminuye la distancia entre la profesionalidad que él tiene y el carácter profano del mandante. Ello significa que debe advertir los riesgos probables y normales de la gestión, las probabilidades de éxito y de resultado adverso, los costos de la misma (Lorenzetti, 2000, pág.256).

También encontramos al deber de informar en los *contratos de obra o de construcción*; previo a ser tratado es necesario detenerse en la conceptualización del mismo.

Un contrato por el cual una de las partes denominada locador de obra (empresario, constructor, contratista y en su caso profesional liberal, autor artista) se compromete a alcanzar un resultado material o inmaterial, asumiendo el riesgo técnico o económico, sin subordinación jurídica y la otra parte, denominada el locatario de la obra (dueño, propietario, comitente, patrocinador, cliente) se obliga a pagar un precio determinado en dinero (Spota, 1979, pág.284).

Según Lorenzetti, pesa sobre el profesional el deber de informar ya que el “desnivel cognoscitivo lo obliga a informar a la otra parte sobre aspectos propios de un saber que posee y que para el dueño es inalcanzable” (2000, pág.705).

Se debe destacar que en los contratos de turismo, bancarios, informáticos y tarjeta de crédito también es exigido el deber de informar como institución preponderante, que ensancha el contenido de la prestación debida y permite el adecuado cumplimiento del contrato.

El *contrato de depósito* ha sido receptado por el código civil argentino en el artículo 2182 y se perfecciona cuando una de las partes se obliga a guardar gratuitamente una cosa mueble o inmueble que la otra le confía, y a restituir la misma e idéntica cosa. El carácter gratuito es típico del depósito civil y se distingue del comercial por la onerosidad del mismo. El artículo 2204 del código civil recepta el deber instrumental de informar ya que exige dar aviso al depositante de las medidas y gastos que sean de necesidad para la conservación de la cosa.

El proyecto de código civil 2012, en el artículo 1280 conceptualiza el *contrato de transporte* e indica que el mismo se perfecciona cuando una de las partes llamada transportista o porteador se obliga a trasladar personas o cosas de un lugar a otro, y la otra, llamada pasajero o cargador, se obliga a pagar un precio o flete.

En este último proyecto de código civil, en lo que refiere al transporte de cosas, el artículo 1296 prescribe que el cargador debe declarar el contenido de la carga, identificar los bultos externamente, indicar el destino y el destinatario, y entregar al transportista la documentación requerida para realizarlo. De esta manera se recepta el deber de informar en este tipo de contrato.

Respecto a los *contratos de consumo, asesoramiento o médicos*; el deber de informar reviste la categoría de *obligación*. Esto se debe por ser *obligación principal* del contrato o por tener una *mayor entidad protectora* para con la parte más débil de esta relación.

Para Farina “la falta de una debida información, si de esta resulta un daño al consumidor o usuario, o un menoscabo de lo que razonablemente esperaba de tal cosa o

prestación, habrá de generar la pertinente responsabilidad del proveedor” (2008, pág.178).

En cuanto a la responsabilidad precontractual, contractual y postcontractual de los contratos de consumo. A priori se debe resaltar el poco tratamiento que le ha conferido la doctrina a la cuestión y esto se debe en gran medida a la complejidad que lo atañe.

En lo que concierne a la etapa precontractual, pesa sobre el proveedor la obligación de informar, sobre los parámetros establecidos por el artículo 4 de la ley de defensa del consumidor.

La falta, insuficiencia o falsa información sobre el modo de uso o empleo del bien o servicio al momento de celebrar el contrato, puede determinar un uso incorrecto, en cuyo caso el consumidor tendrá derecho al resarcimiento de los daños sufridos, contra los responsables del defecto de información (Farina, 2008, pág.183).

Esto implica la necesidad de un tratamiento previo del contenido del mensaje sobre los parámetros objetivos que se fueron indicando, para luego ser suministrados y de esa manera permitir un análisis adecuado por parte del consumidor o usuario sobre la conveniencia de una contratación. El incumplimiento de esta obligación de resultado dará nacimiento a una obligación resarcitoria.

Se habla de responsabilidad precontractual cuando el interesado descubre, en la etapa previa a la celebración del contrato, que se le oculta o no se le brinda una plena y correcta información, lo cual lo determina a desistir de la adquisición del bien o servicio y de esto puede resultar algún daño económico e incluso moral (Farina, 2008, pág.178).

Cabe aclarar que luego de haberse perfeccionado el contrato de consumo puede suceder que el proveedor tome nuevos conocimientos sobre defectos, vicios o riesgos que eran desconocidos al momento en que el producto o servicio ingresó al mercado.

Esta última situación puede ser resuelta aplicando el artículo 4 de la ley 26.361 ya analizado. No obstante, su respuesta se encuentra en el decreto 1798/94 que reglamenta el artículo 4 de la ley protectoria, en donde prescribe que: “Los proveedores de cosas o servicios que, posteriormente a la introducción de los mismos en el mercado de consumo, tengan conocimiento de su peligrosidad, deberán comunicar inmediatamente

tal circunstancia a las autoridades competentes y a los consumidores mediante anuncios publicitarios suficientes”.

Por consiguiente, si se adquiere un nuevo conocimiento de un vicio o defecto que era desconocido por la ciencia o la técnica actual, éste dará origen al nacimiento de una nueva obligación de informar cuyo incumplimiento abrirá las vías de una acción resarcitoria (siempre que se encuentran reunidos los demás presupuestos de la responsabilidad civil).

El mismo análisis reviste para la etapa postcontractual. Esta nace según Alterini cuando “es ulterior al cumplimiento de las obligaciones *principales* del contrato” (1999, pág.530).

La situación postcontractual se caracteriza porque el contrato ya se ha celebrado. Habiéndose cumplido todas y cada una de las obligaciones que de él emergen, tanto las del proveedor como las del consumidor y el vínculo, se encontraría aparentemente extinguido por causa de dicho cumplimiento (Ossola y Vallespinos, 2010, pág.571).



## Capítulo IV

### 1- Concepto de Factor objetivo y clasificación

Para Pizarro y Vallespinos, el factor de atribución puede ser definido como “el *elemento axiológico o valorativo*, en virtud del cual el ordenamiento jurídico dispone la imputación de las consecuencias dañosas del incumplimiento obligacional o de un hecho ilícito *stricto sensu* a una determinada persona” (1999, pág. 575).

Según Zavala de González, los factores “Son las *razones que justifican la responsabilidad*; es decir, evidencian como justo que el daño sea prevenido o reparado y que lo sea por determinada persona” (1999, pág.355).

Los factores de atribución se clasifican en subjetivos y objetivos. Estos últimos, han surgido de la creación doctrinaria, actualmente tienen mayor importancia que los factores subjetivos de atribución y ello se debe a que nacieron para dar respuesta a las nuevas problemáticas industriales o tecnológicas.

BINDING, MERKEL, RUMELIN, UNGER, en Alemania; VENEZIAN, en Italia; MATAJA en Austria; SALEILLES, JOSSERAND, TEISEIRE y SAUZET, en Francia, y SAINTELECTTE, en Bélgica, fueron los estructuradores de una nueva concepción de la responsabilidad en estos casos, con el aporte de la noción del riesgo creado, que significa asentar los fundamentos del deber de resarcir sobre un principio objetivo: por el solo hecho de causarse un daño se tiene la obligación de indemnizarlo (Cazeaux y Trigo Represas, 1992, pág.131).

Siguiendo la exposición, es necesario definir qué se entiende por factor “objetivo” de responsabilidad. Para Jorge Bustamante Alsina “cuando la atribución de la consecuencia del hecho dañoso no está referida a la culpa, o sea no es imputable moralmente al sujeto autor del hecho, el factor de responsabilidad es objetivo por prescindir de la persona” (1997, pág.381).

Según la definición de Zavala de González “Los factores *objetivos* sustentan la justicia de la responsabilidad en motivos ajenos a un reproche subjetivo” (1999, pág.356).

Conforme a la posición de Pizarro y Vallespinos los mismos “constituyen un *catálogo abierto*, que admiten nuevas incorporaciones, en la medida que así lo requieran las necesidades sociales” (1999, pág.633).

La obligación de informar, en los contratos de consumo, es una obligación de hacer y de resultado. De allí que es importante analizar los factores objetivos de responsabilidad, puesto que éstos, siempre están vinculados a las obligaciones de resultado. En lo que respecta a los contratos existen casos en donde el deber de informar alcanza la categoría de obligación y en otros es un deber instrumental que ensancha el contenido de la prestación que debe ejecutar el proveedor de un bien o servicio.

El artículo 4 de la ley de defensa del consumidor, exige al proveedor la obligación de suministrar la información adecuada, clara, cierta y completa, a los efectos de conferir las herramientas adecuadas al consumidor o usuario para decidir sobre las posibilidades de una contratación o no. Es una obligación de fines, orientada a satisfacer el interés del consumidor, que se encuentra garantizada y es de exigencia inmediata.

Se ha indicado que las obligaciones de resultado están acompañadas por un factor de atribución objetivo. En cuanto al contenido de la clasificación, no todos están de acuerdo con los distintos institutos propuestos. Entre ellos, se encuentran: la garantía, la equidad, el riesgo creado, el deber de seguridad y la igualdad ante las cargas públicas. Los discutidos son el abuso del derecho, derecho a la intimidad, el deber de tolerancia entre vecinos y el riesgo de desarrollo.

El principio de responsabilidad subjetiva, basado en la idea de culpa, no es el único principio que impera en la actualidad. La responsabilidad objetiva, que se forjó luego de la revolución industrial, tiene una importante operatividad en estos tiempos que corren.

Tampoco tiene lugar la posición clásica sobre la excepcionalidad de los factores objetivos de atribución ya que las exigencias sociales, políticas y económicas, han elevado su importancia dentro del marco de las problemáticas vigentes.

La ley de defensa del consumidor en su artículo 40 consagra una responsabilidad de tipo *objetiva*, sin hacer distinción entre responsabilidad contractual o aquiliana y hace

mención al daño que surge, *por el vicio o riesgo*, de la cosa o de la prestación del servicio.

Cabe destacar que el Código Civil argentino de Vélez Sarsfield, como todos los códigos de esa época, receptó dos ámbitos de responsabilidad civil y cada una de ellos con un marco de regulación propia. Por un lado, tenemos la responsabilidad por incumplimiento obligacional (mal llamado contractual) y por el otro, la responsabilidad extracontractual o aquiliana. Estos dos regímenes tienen importantes diferencias en lo que respecta al *plazo de prescripción liberatoria y la extensión del resarcimiento*. Las demás diferencias que existían fueron eliminadas por la doctrina, la jurisprudencia y la reforma civil del año 1968.

Frente al incumplimiento obligacional, el plazo de prescripción es de diez años (4023 cód. civil), mientras que para los casos de responsabilidad aquiliana es de dos años (4037 cód. civil).

En lo que respecta a la extensión del resarcimiento para el caso de la responsabilidad por incumplimiento obligacional; si es culposo u objetiva, se debe responder por las consecuencias *inmediatas y necesarias* (520 cód. civil); si es doloso también debemos agregar las *mediatas* (521 cód. civil). Y en todos los casos, no hay responsabilidad por consecuencias *casuales*.

Para todos los casos de responsabilidad aquiliana, se debe responder por las consecuencias *inmediatas* (903 cód. civil), *mediatas previsibles* (904 cód. civil) y en caso de dolo también habrá responsabilidad por consecuencias *casuales* (905 cód. civil)

La ley de defensa del consumidor, no hace distinción de regímenes de responsabilidad civil, este fenómeno responde al movimiento gestado en 1930 en Europa y en la Argentina en el año 1960, que consagró la necesidad de construir un modelo “monista” y de esta manera superar al dualismo que acogieron los códigos civiles que se encuentran actualmente en vigencia.

Se fundamenta en que: a) la responsabilidad civil o Derecho de Daños es un "fenómeno unitario"; b) no existen diferencias de naturaleza entre uno y otro ámbito; c) de donde no se justifican las soluciones divergentes en temas de daños reparables, prescripción, "mora automática", imputación, causalidad, etcétera; d) con la unificación se

gana en comprensión, sencillez y justicia (Mosset Iturraspe y Piedecosas, 2003, pág. 285).

Los proyectos de reforma del año 1987, 1992, 1993 y 1998 responden al criterio monista. La mayoría de la doctrina nacional se centra en ésta posición: Alterini, Bustamante Alsina, Bueres, Campagnucci de Caso, Mosset Iturraspe, Kemelmajer de Carlucci, López Cabana, Meza, Piedecosas, Pizarro, Trigo Represas, Vallespinos, Vázquez Ferreyra, Yzquierdo Tolsada, etc.

La ley de defensa del consumidor, presenta importantes colisiones con el Código Civil argentino, por lo tanto hasta que no se realice una reforma, será necesario *armonizar las normas* del código con el articulado de la ley del consumidor actual, siguiendo algún criterio de interpretación.

A pesar de que el objetivo de la ley de defensa del Consumidor, era buscar la *autosuficiencia* (luego de la reforma constitucional del año 1994 con el artículo 42 y a posteriori con la reforma del año 2008 de la ley protectoria), no se ha podido lograr el mencionado fin, especialmente en lo que hace al plazo de prescripción y la extensión del resarcimiento, en donde se debe seguir recurriendo al Código Civil.

Cabe destacar que la ley de defensa del consumidor, todavía sigue manteniendo un criterio “unitario” sin hacer distinción entre la responsabilidad contractual y extracontractual. Y presenta algunos vacíos normativos y contradicciones, que deben ser resueltos:

Uno de los problemas más importantes que actualmente presenta la ley de defensa del consumidor reside en la interpretación del artículo 50 que consagra el plazo de prescripción de tres años, sin hacer distinción si la responsabilidad es contractual o extracontractual

En lo que respecta a la prescripción liberatoria, el artículo 50 de la ley 26.361, consagra un plazo de tres años para ejercer una acción judicial, plazo mayor al de la responsabilidad extracontractual y menor para los casos de incumplimiento obligacional que fija el Código Civil. La forma de resolver este inconveniente consiste en emplear la propia regla de interpretación del artículo 50 de la ley, que dispone la aplicación del *plazo más favorable* al consumidor.

El *plazo de prescripción* será de tres años, para los supuestos en que la leyes especiales establezcan uno menor (como es el caso de la ley de seguros); o bien, el de *diez años*, si es que la cuestión no encuentra asilo en alguna ley especial y debe resolverse por las normas del Código Civil (Ossola y Vallespinos, 2010, pág.581).

Es decir que una interpretación más favorable al consumidor, reside en aplicar el plazo de diez años para ejercer la acción, sin importar si la responsabilidad es contractual o extracontractual, salvo que exista una ley especial que fije un plazo diferente.

Siguiendo con el análisis sobre la extensión del resarcimiento y no habiendo una regla clara en la ley de defensa del consumidor, se debe recurrir al Código Civil (en donde se encuentran reglas más favorables al consumidor para este caso a resolver).

Al ser la obligación de informar, un deber jurídico específico *de resultado* y por consiguiente estar unida por un *factor de atribución objetivo*, hay que indagar las reglas que fija el Código antes mencionado en lo que respecta a la extensión del resarcimiento.

Siguiendo el *criterio civilista*, cuando la responsabilidad es objetiva, se debe responder en los casos de incumplimiento obligacional, por las consecuencias inmediatas y necesarias (520 cód. civil) y en el caso que sea aquiliana, se debe reparar las consecuencias inmediatas (903 cód. civil) y mediatas previsibles (904 cód. civil).

La ley de defensa del consumidor, al no distinguir reglas para la responsabilidad contractual de la extracontractual, y sosteniendo que el principio rector en materia resarcitoria es el de la reparación plena e integral, sumando la interpretación más favorable al consumidor, se llega a la conclusión de que en una relación de consumo, frente a la producción de un daño patrimonial o moral, se debe responder por las consecuencias inmediatas y mediatas. Esta última, también es sostenida por Ossola y Vallespinos puesto que “es la interpretación que mejor se condice no solo con la que impera en materia de factores objetivos de atribución (y el principio *favor victimae*), sino también con la vocación *expansiva en la tutela de los consumidores y usuarios*” (2010, pág.559).

El incumplimiento de la obligación de informar, en los contratos de consumo, debe estar unido a un factor de atribución objetivo, entre ellos encontramos, el riesgo creado

(artículo 40 de la ley 26.361) o al deber de seguridad (1198 Cód. Civil). También con ciertas particularidades podría quedar atrapado por algún otro factor de atribución.

**a) Deber de Seguridad:**

El deber de seguridad es un factor objetivo de atribución, que nació a comienzos del siglo XX en Francia y de manera pretoriana para dar respuestas a los daños producidos en los contratos de transporte.

Este factor de atribución solamente es aplicable para aquellos casos en donde existe responsabilidad por incumplimiento obligacional, que tiene fuente en algunos de los contratos que la doctrina y la jurisprudencia así lo ha entendido. Es decir, que el deber de seguridad no está presente en todos los contratos. De esta manera se sigue un criterio restringido en lo que respecta a su aplicación.

También será necesario que el deber de seguridad no quede alcanzado por una obligación principal en el contrato. Para Pizarro y Vallespinos es una obligación secundaria y autónoma, es decir que “el deber de seguridad, anexo a la obligación principal, no está subordinado a esta última y tiene identidad conceptual y funcional propia dentro del contrato, toda vez que está ligada a un interés distinto y separable del de la prestación” (1999, pág.136).

Es secundaria, porque ensancha el contenido de la prestación. Para Pizarro y Vallespinos “la obligación de seguridad es de carácter secundario, lo cual se define por contraposición a la principal que emerge del contrato que se trata” (1999, pág.137).

Además, se debe indicar que éste deber, no reviste de accesoriedad, ello quiere decir que el cumplimiento de la obligación principal, no extingue el deber de seguridad, que se encuentra presente en el acto jurídico efectuado.

El proveedor que, en un “*contrato de consumo*”, no cumple con el deber jurídico específico de informar en forma clara, completa, adecuada, cierta y gratuita (obligación principal) sobre un producto o un servicio y que a raíz de ello ocasiona un daño a los intereses económicos o salud del consumidor debe responder por el deber de seguridad.

Si la obligación de seguridad no presenta un nexo adecuado con las obligaciones principales, no hay técnicamente una obligación de

seguridad incumplida, sino un supuesto de aplicación del principio general de no dañar, que conduce a una responsabilidad extracontractual, por aplicación del principio general de no dañar, que conduce a una responsabilidad extracontractual, por aplicación de los principios ordinarios (arts. 1109,1072, 1113 y concs.)(Pizarro y Vallespinos, 1999, pág.133).

El deber de seguridad es un factor aplicable a los contratos de consumo, siempre que se cumplan los parámetros que fija ésta institución para darle operatividad. Tienen su fundamento en el principio de buena fe y no exige que las partes lo hayan pactado para luego ser exigido, ya que se encuentra de manera implícita en estos contratos.

Para Pizarro y Vallespinos “es el deber secundario y autónomo que expresa o tácitamente, asumen las partes en ciertos contratos, relativo a preservar a las personas y bienes de sus cocontratantes, respecto de los daños que puedan ocasionar durante su ejecución” (1999, pág.130).

En los términos de Zavala de González, ya que el factor de atribución es la garantía “implica la *seguridad que alguien brinda a terceros de que, si se produce un daño en determinadas circunstancias, afrontará su resarcimiento*” (1999, pág.390).

#### 1- Conforme al criterio que fija el Código Civil:

Técnicamente, el deber de seguridad solo procede dentro del ámbito de la responsabilidad por incumplimiento obligacional (contractual), si se cumplen las particularidades antes mencionadas. Se debe indicar que no es aplicable el art 1113 del Código Civil que consagra el riesgo creado (solo para el ámbito aquiliano) salvo para aquellos casos en donde proceda el artículo 1107 del mencionado código.

Este último artículo, tiene cabida en aquellos actos en donde además de incumplimiento contractual, ha quedado configurado un hecho ilícito aquiliano, que según la doctrina dominante, le da la posibilidad al acreedor de optar por cualquiera de los dos regímenes de responsabilidad vigente (contractual o aquiliano), sin posibilidad de acumularlos. Es por ello que se tendrá que analizar el plazo de prescripción y la extensión del resarcimiento a los efectos de determinar el camino conveniente.

Cabe destacar que el ámbito de responsabilidad contractual es de excepción. La regla es la responsabilidad extracontractual. De allí que cuando no sea posible aplicar el deber de seguridad, se debe aplicar el principio de “no dañar a nadie”

2- Conforme al criterio que fija la ley de defensa del consumidor:

En un *contrato de consumo* en donde tiene cabida la aplicación del deber de seguridad, también se puede aplicar la figura del riesgo creado, ya que el art. 40 de la ley, no hace distinción entre la responsabilidad contractual y extracontractual. En lo que respecta al problema del plazo de prescripción y extensión del resarcimiento, se deben seguir las conclusiones antes mencionadas, en la primera parte de ésta capítulo.

#### **b) Riesgo creado:**

1- Conforme a la ley de defensa del consumidor o usuario de bienes y servicios:

El riesgo creado puede ser aplicado en todos los casos en donde exista una relación de consumo, de acuerdo al art. 40 de la ley 26.361, ya que ésta no hace distinción alguna entre la responsabilidad por incumplimiento obligacional (contractual) y la aquiliana.

Este es el criterio que se debe seguir para cuando se analice el incumplimiento de la obligación de informar, por haber sido considerada *defectuosa, incompleta u omitida*, que es compatible con el criterio exigido por el artículo 4 que hace al contenido de la información y el 40 de la ley, en la que se refiere al *vicio o riesgo de la cosa o de la prestación del servicio*

La ley 26. 361 (ley de defensa del consumidor o usuario de bienes o servicios), en el artículo 40, regula la responsabilidad por daños en esta materia y prescribe “Si el daño al consumidor resulta del vicio o riesgo de la cosa o de la prestación del servicio, responderán el productor, el fabricante, el importador, el distribuidor, el proveedor, el vendedor y quien haya puesto su marca en la cosa o servicio. El transportista responderá por los daños ocasionados a la cosa con motivo o en ocasión del servicio.

La responsabilidad es solidaria, sin perjuicio de las acciones de repetición que correspondan. Sólo se liberará total o parcialmente quien demuestre que la causa del daño le ha sido ajena”.

Este artículo, originariamente de la ley 24.240, fue vetado mediante decreto presidencial. Esto fue entendido por gran parte de la doctrina nacional como un importante retroceso, que luego fue corregido con la ley 24.999 del año 1998. Para Vázquez Ferreyra y Romera “entre los argumentos del Poder Ejecutivo se pone énfasis en que la norma en cuestión brinda una sobreprotección a los consumidores, la que incidía desfavorablemente en un aumento de precios en los productos y servicios” (1994, pág.109).

En el veto presidencial se expone que la norma comentada, con relación al régimen de responsabilidad por daños por vicios o defectos de la cosa o de la prestación del servicio, redundaría en un aumento del precio de los productos y en menor competencia en los mercados, objetivos claramente reñidos con el programa económico del gobierno nacional, perjudicando de esta manera el propio interés de los consumidores, cuya defensa se persigue (Vázquez Ferreyra y Romera, 1994, pág.109).

## 2- Conforme al Código Civil argentino:

La teoría del riesgo creado fue receptada en el Código Civil argentino en el artículo 1113, con la reforma civil del año 1968, dentro del ámbito aquiliano. Tiene su origen en el derecho francés, con la exposición de importantes juristas como fueron Saleilles y Josserand (a fines del siglo XIX). Esta teoría surge a los efectos de dar respuesta a las nuevas problemáticas sociales originadas luego de la revolución industrial, en donde el sistema de responsabilidad civil giraba dentro de la órbita del principio de la culpa. La dificultad de probar la culpabilidad, llevó a la doctrina a la necesidad de dar un nuevo fundamento a la responsabilidad, que se estructuró bajo lo que hoy se conoce como teoría del riesgo.

Nuestro tiempo se caracteriza por el florecimiento de actividades colectivas, en las que muchas veces no resulta posible individualizar al “autor” del daño, por el permanente empleo de cosas que generan riesgo, por la realización de actividades que guardan en sí mismas una sensible potencialidad dañosa para terceros (Pizarro, 2007, pág.17).

Para Pizarro y Vallespinos “se sintetiza de esta manera: *quien es dueño o se sirve de cosas, o realiza actividades que, por su naturaleza o modo de empleo generan riesgos potenciales a terceros, debe responder por los daños que ellas originan*” (1999, pág. 628).

Como variante de esta teoría, se encuentra, el riesgo beneficio o la del acto anormal, que actualmente están superadas por la doctrina. Según Pizarro “La doctrina del riesgo creado, dentro de su campo de aplicación posibilita el logro de soluciones justas y equitativas, sin desmedro de otros valores a los cuales procura robustecer, como la seguridad, la solidaridad y la paz social” (2007, pág.116).

Según Zavala de González “el riesgo creado supone la *introducción en la comunidad de alguna situación* (uso de cosas o despliegue de actividades) *que potencia o multiplica la posibilidad de que resulten perjuicios; o sea, agrava el peligro de dañar*” (1999, pág.398). Para Pizarro “la teoría que analizamos pone especial atención en el hecho de que alguien cree un riesgo, lo potencie o lo domine. Quien realiza esta actividad debe cargar con los resultados dañosos que ella genere a terceros” (2007, pág.61).

Con la reforma del Código Civil del año 1968, se introduce esta teoría, en el artículo 1113 del cód. Civil y en la que se consagran varios supuestos:

- a) *La responsabilidad del principal por el hecho del dependiente* (artículo 1113, primer párrafo), en la que prescribe: “la obligación del que ha causado un daño; se extiende a los daños que causaren los que están bajo su dependencia, o por las cosas de que se sirve, o que tiene a su cuidado”.
- b) *La responsabilidad derivada de los daños causados con las cosas* (art. 1113, segundo párrafo, primer supuesto) “En los supuestos de daños causados con las cosas, el dueño o guardián, para eximirse de responsabilidad, deberá demostrar que de su parte no hubo culpa”.
- c) *La responsabilidad derivada de los daños causados por el riesgo o vicio de la cosa* (art. 1113, segundo párrafo, segundo supuesto) “pero si el daño hubiese sido causado por el riesgo o vicio de la cosa, sólo se eximirá total o parcialmente de responsabilidad acreditando la culpa de la víctima, o de un tercero por quien no se debe responder”.
- d) *La responsabilidad derivada de los daños que surgen por la actividad desplegada* (surgen de una interpretación integral de la norma que se analiza).

Las conclusiones que se pueden obtener para el ámbito aquiliano son las siguientes:

- 1) La *ausencia total* de la información que debió transmitir respecto de una cosa que ocasiona un daño a una persona, quedará alcanzada por el artículo 1113, segundo párrafo, primer supuesto.

Esto quiere decir que se está bajo la responsabilidad derivada de un daño causado por una *cosa viciosa*, como es el defecto de informar (no hay información transmitida). El factor de atribución en este caso es **subjetivo**. Existe una presunción iuris tantum de culpabilidad y por lo tanto el dueño o guardián deberá acreditar que su obrar no ha sido negligente, para liberarse de responsabilidad.

Respecto a este último caso, la ley de defensa del consumidor, sigue un *criterio distinto*, ya que siguiendo el principio de interpretación de la norma más favorable al consumidor o usuario de un bien o servicio, tanto la omisión, como la deficiencia de la información son alcanzados por el artículo 40 de la norma protectoria.

Por consiguiente en materia de consumo, se presenta un *importante avance* en el marco protectorio, entendiendo que la omisión o el defecto de la información son atrapados por el *riesgo o vicio de la cosa* que prescribe la ley estatutaria.

- 2) En el supuesto que la información suministrada haya sido *deficiente*. La responsabilidad es alcanzada por al artículo 1113 del cód. civil, segundo párrafo, segundo supuesto.

En este último caso, se consagra la responsabilidad del daño que es causado por el riesgo o vicio de la cosa (deficiencia de información transmitida) y en este supuesto conforme a su regulación, es atrapado por una responsabilidad de tipo **objetiva**. Es decir que no alcanza con probar el obrar diligente por parte del dueño o guardián, sino que se deberá probar la interrupción del nexo causal.

A éste último supuesto se lo puede comparar con el artículo 40 de la ley 26.361, a pesar de que como se ha mencionado con anterioridad, la *ley protectoria* del consumidor es *más amplia* que este supuesto contemplado por el art. 1113, segundo párrafo, segundo supuesto del cód. Civil.

El art. 1113 del cód. Civil en toda su extensión, solamente es aplicable al ámbito *aquiliano*. El artículo 40 de la ley 26.361 se aplica para el ámbito *contractual* y *extracontractual*.

El código civil menciona solamente la responsabilidad del dueño o guardián. La ley de defensa del consumidor enumera: al productor, al fabricante, al importador, al distribuidor, al proveedor, al vendedor y a quien haya puesto su marca en la cosa o servicio.

El lo que respecta a la interrupción del nexo de causalidad, el Código Civil, menciona al hecho de la víctima y al hecho de los terceros por los cuales no se debe responder, dejando afuera al caso fortuito. La ley de defensa del consumidor hace referencia a la acreditación de la causa ajena. En esta última, quedan comprendidos los tres supuestos (hecho de la víctima, hecho de un tercero por la cual no se debe responder y caso fortuito).

Para concluir, en el ámbito aquiliano y conforme al 1113 del código civil, si es daño es causado por una *información defectuosa*, se deberá aplicar el art. 1113, segundo párrafo, segundo supuesto. En caso de que la lesión encuentre su causa en la *falta de información* sobre una cosa, entonces quedará alcanzado por el art. 1113, segundo párrafo, primer supuesto. Esta distinción no es menor con tener distintos factores de atribución y eximentes a ser determinados.

En la ley de defensa del consumidor, no interesa individualizar si la información fue deficiente u omitida y esto se debe a que ambas hipótesis son alcanzadas por el artículo 40 de la ley protectoria.

## **2- Eximentes**

El deber de informar como obligación de resultado, está acompañado por un factor de atribución de tipo objetivo. Esta cuestión no es menor ya que el proveedor de un producto o servicio no se libera acreditando una conducta diligente, sino que se le exige probar la interrupción o atenuación del nexo de causalidad.

En lo que concierne al análisis de la responsabilidad civil, se exige para interrumpir el vínculo de causalidad el hecho de la víctima (consumidor o usuario), el hecho de un tercero por la cual no se debe responder o caso fortuito/ fuerza mayor.

- 1) El hecho de la Víctima- es una de las formas de interrumpir el nexo de causalidad. Si el proveedor elabora una información que reviste la particularidad de ser completa, cierta, clara y adecuada sobre la contratación, utilización o

medidas de seguridad entre otras, sobre el producto o servicio que se trate y que la misma ha sido suministrada en forma gratuita mediante un instrumento escrito y el consumidor o usuario no la contempla, el proveedor se libera de la responsabilidad por la conducta adoptada por el consumidor o usuario. No se sigue el criterio de cierta parte de la doctrina que exige el obrar culposo por parte de este último (Alterini, Bustamante Alsina y Llambias). La relación de causalidad solo permite determinar quién es el autor material del hecho sin hacer algún juicio de valor sobre la culpabilidad de la conducta ejecutada (Pizarro y Vallespinos).

También puede suceder que la intervención de ambas conductas (proveedor y consumidor) son las que han permitido la producción del daño. En este caso habrá que analizar los actos del proveedor y del consumidor o usuario para determinar su incidencia en la producción del daño y distribuir de esta manera sus consecuencias.

- 2) Hecho de un tercero por el cual no se debe responder- Para Pizarro y Vallespinos “Tercero es toda persona distinta del responsable presunto (demandado) y de la víctima. Puede ser tanto una persona física como una jurídica, de carácter público o privado” (1999, pág.122).

No son terceros el productor, fabricante, importador, distribuidor, proveedor, vendedor y quien haya colocado su marca, conforme al artículo 40 de la ley de defensa del consumidor. Todos deben responder solidariamente frente al consumidor o usuario, sin perjuicio de las acciones de regreso. La demostración sobre la causa ajena pesa sobre la pluralidad de sujetos que son demandados.

Es evidente que la sola circunstancia de tratarse de un sujeto *distinto* (el otro proveedor) no configura la *causa ajena* prevista en el art. 40, desde que- precisamente- la *causa común* está constituida por encontrarse *emplazados* los diversos proveedores en la cadena de producción y comercialización del producto o servicio: se trata, en principio, de *terceros por quienes se debe responder*, por integrar todos la cadena de producción y comercialización frente al consumidor (Ossola y Vallespinos, 2010, pág.426).

3) El caso Fortuito o Fuerza Mayor- Es la última causal pasible de interrumpir el nexo de causalidad. A pesar de las diferencias conceptuales, el código civil argentino no hace distinción en cuanto a los efectos jurídicos. El artículo 514 consagra su configuración cuando no se ha podido proveer un hecho, o habiéndose previsto, no se ha podido evitar.

Los requisitos que se exigen son: el hecho debe ser imprevisible, inevitable, actual, debe ser ajeno a las partes, sobrevenido y un obstáculo insalvable para el cumplimiento de la obligación. Prácticamente por las características del deber de informar resulta sumamente dificultoso probar el caso fortuito para eximirse de la responsabilidad.

Existen discusiones sobre si el riesgo de desarrollo es o no una causal de exclusión de responsabilidad civil. Hay riesgo de desarrollo cuando al momento de introducir un producto al mercado, se desconocen los vicios o defectos de los mismos.

Por el momento, solamente son causales de exclusión reconocidas por la ley: el hecho de la víctima, el hecho de un tercero por el cual no se debe responder y el caso fortuito.

### **3- Función resarcitoria**

Para Zavala de González “La *responsabilidad resarcitoria* nace por el daño causado o por el daño no evitado e implica una *obligación de repararlo* (en dinero o en especie)” (1999, pág.69).

Una vez acreditado los presupuestos de responsabilidad civil, nacerá la obligación de reparar el daño causado por el incumplimiento del deber de informar. El artículo 40 bis de la ley de defensa del consumidor ha receptado el daño patrimonial y moral.

En lo que atañe al daño patrimonial se pretende reparar el daño injustamente causado. Es decir que la naturaleza del mismo es *resarcitoria*, no es sancionatorio ni mixto.

En cuanto a su alcance será necesario restablecer el equilibrio patrimonial que se ha visto alterado a raíz del daño producido.

La reparación en este caso, una vez acreditados todos los presupuestos de responsabilidad es *plena e integral*, por estar conforme a la normativa constitucional que consagra dicho principio y por ser la que mejor protege al consumidor o usuario.

La naturaleza de la reparación del daño moral, es *satisfactiva* debido a que la reparación en este caso no borra en el mundo de los hechos el perjuicio padecido. De esta manera no se pone precio al dolor o angustia padecida.

La obligación de resarcir el daño, pesa sobre todos los sujetos intervinientes que no han podido acreditar la interrupción del nexo de causalidad que exige el artículo 40 bis de la ley, y en lo que respecta a la extensión del resarcimiento, y frente a la ausencia de tratamiento por parte de la ley de defensa del consumidor, es conveniente aplicar las reglas arribadas en este trabajo.

Considerando que el incumplimiento de la obligación de informar en materia de consumo, es alcanzado por un factor de atribución objetivo, se debe responder por las consecuencias *inmediatas* y *mediatas*, que es la regla más amplia que se puede obtener, trasladando las reglas civiles en materia aquiliana (903 y 904 Cód. Civil) al ámbito del consumo. Esto es así, porque en la ley protectoria no se han definido las reglas de extensión del resarcimiento y además es el mejor criterio que se condice con este Estatuto que tiene como fin defender a la parte más débil de la relación.

Son consecuencias inmediatas las que acostumbran suceder según el curso normal y ordinario de las cosas. Las mediatas son aquellas que resultan de la conexidad de un hecho con un acontecimiento distinto y son imputables al autor del hecho, cuando las hubiere previsto empleando la debida atención y conocimiento de las cosas.

En lo que respecta a las primeras, para Zavala de González “Son consecuencias próximas, en el sentido de que no requieren la intervención de otro hecho para que se produzca el resultado” (1999, pág.258).

La mediatas, según Zavala de González “son producidas por sucesos concurrentes, ambos regulares según el curso natural y ordinario de las cosas y, por lo tanto, aquéllas aparecen como objetivamente previsibles, al igual que las consecuencias inmediatas” (1999, pág.259).

En materia de responsabilidad civil, se han construido importantes sistemas de reparación, entre ellos se encuentran: el de reparación Plena e Integral y el Tarifario. El primero de ellos, posee un régimen más respetuoso para con la víctima, y esto se debe a que el sistema se centra en el daño y la persona particular que lo padeció, generando de esta manera una visión más acabada sobre el perjuicio padecido.

Respecto al segundo, también conocido como sistema de reparación con topos o límites, ha recibido importantes críticas. La más importante de ellas está en la determinación del monto indemnizatorio, y esto se debe a que la cuantía que se manda a pagar por parte del juez, es por lo general mucho menor al daño padecido.

También cabe destacar que el sistema de reparación tarifaria, no siguen un verdadero criterio de justicia, por ser siempre más conveniente para con los responsables del daño, que pretender por lo general indemnizar a las víctimas conforme a la conveniencia de sus intereses.

La reparación plena e integral, es más conveniente para el consumidor por enfocarse exclusivamente en el damnificado de manera concreta, permitiendo al juez valorar y cuantificar el daño con mayor libertad, a no ser que se deba seguir la aplicación de alguna operación matemática. Por último, este sistema tiene una importante ventaja, que consiste en evaluar las variaciones de la economía para evitar que el damnificado reciba menos de lo que debería obtener.

## Capítulo V

### 1- La función preventiva en materia de Daños.

Junto a la función resarcitoria y punitiva encontramos la preventiva, que en la actualidad cumple un importante papel. Esto último se debe a que siempre es más conveniente evitar la producción de un daño que repararlo.

La ley de defensa del consumidor ha tenido muy en cuenta esta cuestión al momento de centrar su espíritu y regular en el capítulo segundo de la normativa el deber de información y protección a la salud de los consumidores o usuarios.

El deber de informar tiene dentro de sus aptitudes una transcendental función preventiva, destinada a proteger mediante una información clara, adecuada, cierta, gratuita y completa los intereses económicos, espirituales y de salubridad de los consumidores o usuarios. Para Zavala de González “la *responsabilidad preventiva* impide que se cause un daño o que se agrave el daño causado; hace surgir una *obligación inhibitoria* frente al peligro, a fin de evitar que se produzca o que continúe el perjuicio” (1999, pág. 69).

La prevención puede ser clasificada en general y especial. En lo que respecta a la primera para Pizarro y Vallespinos “opera de manera indirecta, por *disuasión*, y se plasma en la amenaza efectiva de una consecuencia legal, frente a la producción determinada de un daño” (1999, pág.238).

Sin embargo en lo que concierne a la defensa del consumidor o usuario, la prevención especial ocupa un lugar destacado, puesto que los productos o servicios se extienden *masivamente* en la sociedad, pudiendo causar importantes daños a un número importante de personas, por la falta o deficiencia de la información. Según Pizarro y Vallespinos “tiene cabida dentro de un contexto más circunscripto de actividades riesgosas o peligrosas, por su frecuencia estadística o por la magnitud de la donosidad potencial que encierran” (1999, pág.238).

El deber de informar en su aspecto preventivo, emplea una serie de criterios que han sido tenidos en cuenta en la ley de defensa del consumidor, entre ellos:

- a) La información clara y completa que se exige en el artículo 4, implica que el proveedor debe dar un mensaje que comprenda las instrucciones para el uso correcto del producto o servicio como así también sobre los *posibles riesgos*, según el artículo 5.
- b) La información debe ser *gratuita*, ello implica que no debe ser un obstáculo, el acceso a la información sobre el producto o servicio. El manual en idioma nacional permite que la información esté al alcance y entendimiento de los consumidores o usuarios fortaleciendo la faz preventiva de los posibles daños (artículo 6 de la ley).
- c) El adecuado *asesoramiento* implica también mensajes de índole preventivo.
- d) El deber de informar sobre la utilización de cosas usadas o reconstituidas que exige el artículo 9 es una forma de proteger los intereses económicos del consumidor a la hora de decidirse sobre la contratación.
- e) La garantía en idioma nacional, de fácil comprensión que consagre entre sus cláusulas las condiciones de uso, instalación y mantenimiento (artículo 10 de la ley).

Existe un importante caudal de normas con fines preventivos. Se debe destacar que el artículo 52 de la ley de defensa del consumidor hace mención al ejercicio de las acciones judiciales cuando sus intereses se vean afectados o *amenazados*.

La tarea preventiva es un asunto que debe estar en mano de toda la sociedad. Por consiguiente, es necesario que el Estado, las asociaciones de consumidores, los proveedores y los consumidores ejerzan todas las acciones necesarias para evitar la producción de futuros daños.

Según Mosset Iturraspe y Lorenzetti “También el Estado debe, a través de los órganos propios, proveer esta información y controlar la que brindan los empresarios. El control preventivo es infinitamente superior al represivo o a posterior del causado, es perjuicio” (1994, pág.83).

La construcción del mensaje no solo está orientada a conocer el producto o servicio, sino que también a prevenir la producción de un daño

El derecho a la información, es uno de los básicos que competen al consumidor, ya que hace a su formación. Concretamente, propende al

conocimiento de las características del producto que permite realizar una elección racional entre los bienes de consumo que se le ofrecen y utilizarlo con seguridad y eficiencia. Y no solo para obtener el mayor beneficio de éstos, sino para evitar peligros al consumidor que puedan derivar de una utilización inadecuada del producto (Stiglitz, 1996, pág.657).

Se debe destacar que el deber de informar en su función preventiva, no admite un análisis económico de los costos, debido a que el deber de informar es una obligación de resultados, orientada a proteger la salud e intereses económicos de la parte más débil de la relación, además de ser indisponible por ser una norma de orden público.

## **2- Mecanismos para dar operatividad a la función preventiva**

El deber de informar tiene su médula en la función preventiva. Esto es así porque se pretende que el consumidor *conozca* el producto o servicio a través de un mensaje claro, adecuado, completo, cierto y sin contraprestación onerosa alguna.

De esta forma se evita que el mensaje se convierta solamente en publicidad. Tampoco alcanza en construir un mensaje descriptivo si no se poseen mecanismos para darle operatividad y eficiencia al mensaje.

Como reglas generales:

- a- La utilización de soportes tecnológicos en el mensaje mejora la rapidez, adhesión y alcances para con la sociedad.
- b- El uso de imágenes y sonidos son un importante vehículo para la transmisión del mensaje.

Entre las medidas preventivas encontramos:

La utilización de *páginas web* oficiales de las empresas creadoras de productos o servicios (atención al cliente, descarga de manuales sobre uso y medidas de seguridad).

El uso de las *fotografías*, que permitan la construir un mensaje objetivo (ej.: las imágenes en las cajas de cigarrillos sobre las consecuencias del fumar).

La utilización de *productos tecnológicos o de servicios*, con un contenido programado o con acceso a internet, que permitan informar (tablet, celulares, pantallas Led, cajeros automáticos).

El empleo de *símbolos consensuados y la creación de nuevos*, para individualizar los mensajes que se consideran importantes (signos de admiración, de toxicidad, garantía, responsabilidad o prestación).

Acceso a *páginas web de organismos públicos, organizaciones de consumidores o no gubernamentales*, a los efectos de conocer la información de un producto o servicio (listado de productos, instrucciones, medidas de seguridad).

La utilización de mensajes a través de *medios audiovisuales (televisión, radio, etc.)* con las siguientes características: empleo de letra grande, lentitud para leer o escuchar el mensaje, información precisa sobre el mecanismo de participación, costos y formas de extinción del contrato.

Servicios de *atención al cliente*, reglamentados en función de la cantidad de usuarios y predominantemente personalizado. (Uso de telefonía y correo electrónico).

*Publicidad* por parte del Estado y Empresas sobre las formas de acceso a los distintos medios de almacenamiento de información sobre productos o servicios.

Todos estos mecanismos no solo permiten informar al consumidor o usuarios sobre las características del producto o servicio, sino que también favorecen a la operatividad del derecho a la educación para el consumo que propugna la constitución nacional en el artículo 42.

La educación para el consumo, no debe ser mal interpretada. Nos negamos a entender que “educación para el consumo” equivalga a publicidad y a propaganda para *estimular* el “consumo”. Educar para consumir o enseñar a consumir, no es inculcar en la sociedad una cultura consumista. Todo lo contrario, es predisponer adecuadamente a la gente para que sepan ejercer el derecho a la libre elección en el acceso y el tráfico del mercado. Este “Saber” implica-en primer lugar-la previa educación para discernir lo que puede o debe consumirse, lo que tiene calidad para la opción, lo que está destinado a las necesidades básicas de lo que no es imprescindible o es superfluo. Es una educación

informativa que tiene que llegar hasta provocar e inducir la capacidad del consumidor para reconocer el engaño y la seducción y para preservarse de ellos (Bidart Campos, 2006, pág.96).

### **3- Función punitiva**

Junto a la función preventiva y resarcitoria se encuentra de manera excepcional la punitiva o sancionatoria. Esta procede en aquellos casos, en que la obligación de resarcir el daño no alcanza a eliminar los efectos del daño producido.

La pena privada está estrechamente asociada a la idea de *prevención* de ciertos daños y también a *la punición y al pleno desmantelamiento de los efectos de ilícitos* que, por su gravedad o por sus consecuencias, requieren *algo más* que la mera indemnización resarcitoria de los perjuicios ocasionados (Pizarro y Vallespinos, 1999, pág.245).

La ley de defensa del consumidor consagra en el artículo 52 bis el daño punitivo. Esta institución, podrá ser aplicada a todos aquellos proveedores que no cumplan sus obligaciones legales o contractuales con el consumidor.

Este tipo de daño, deberá ser solicitado al juez (multa civil) para que luego éste se avoque a examinar: la gravedad del hecho, las circunstancias particulares del asunto y los sujetos intervinientes. En caso de tener por acreditado el daño punitivo, responsabilizará a todos los proveedores intervinientes, de manera solidaria, sin perjuicio de las acciones regresivas que luego puedan efectuar.

El incumplimiento de la obligación de informar, sobre un producto o servicio, que es la causa por la cual el proveedor es responsabilizado por el daño, también puede ser atrapado por la punición del 52 bis de la ley.

Existen situaciones perjudiciales intolerables, en que el ordenamiento jurídico debe reaccionar con consecuencias económicas gravosas contra los responsables, que excedan la reparación del daño causado y que no sean trasladables al precio de los productos ni admitan cobertura del seguro (Zavala De González, 1999, pág.576).

Por lo general, la entidad de la falta o deficiencia de información sobre los productos o servicios suele tener alcances masivos en lo que respecta a la cantidad de damnificados,

de allí que si el juez procede a obtener esta conclusión, entonces podrá ordenar la aplicación de una multa civil.

Este tipo de daño, debe ser evaluado con los criterios de objetividad que se han propuesto en el naciente trabajo, entre ellos encontramos : el tipo de conducta adoptada antes, durante y después de la producción del daño; la claridad y completitud de la información; la certeza y adecuación del contenido del mensaje con el producto o servicio; el cumplimiento de la normativa vigente en caso de que el producto o servicio se encuentre regulado; como así también las circunstancias particulares del sujeto tales como su educación, el conocimiento sobre el tema, incapacidad y posibilidades de acceder a la información.

Con relación a cómo deben determinarse los daños punitivos, debe decirse, en primer lugar, que pueden consistir en una suma de dinero o en la realización de una conducta o en la entrega de alguna cosa. Generalmente, consistirá en una suma de dinero, ya que es más fácil de cuantificar y de hacer efectivo (Molina Sandoval, 2008, pág.78).

La indemnización debe ser peticionada por el damnificado y la entidad del daño debe presentar relevancia.

Por otro lado, el daño punitivo puede ser el camino que motive al consumidor o usuario a iniciar una acción por incumplimiento de la obligación de informar, ya que el incremento del monto de la demanda actuará como el motor que impulsa a reclamar. Y respecto al proveedor, lo inducirá a prevenir la producción de nuevos daños.

La reparación de tales daños difícilmente alcance a concretarse en reclamos judiciales. Cuando el daño es muy difuso, la responsabilidad tiende a esfumarse, sobre todo teniendo en cuenta el costo económico y el tiempo desproporcionado que insumen las actuaciones judiciales (Pizarro y Vallespinos, 1999, pág.247).

Es sustancial resaltar que el daño punitivo cumple una relevante función preventiva. Esto se debe a: la imposibilidad en determinar de manera anticipada, el costo de una reparación ya que el tope máximo es de cinco millones de pesos, monto que puede ser aplicado por el juez interviniente, en una demanda por daños. Otro de los motivos puede ser la dificultad de constituir un seguro que cubra este tipo de contingencias.

Para Molina Sandoval “mediante los daños punitivos se procura sancionar a quienes realicen graves conductas disvaliosas. Se persigue una disuasión a partir de una *pena pecuniaria*, en donde el agente dañador del consumidor no sabrá (de manera anticipada) cual será su extensión económica” (2008, pág.67).

La aplicación del daño punitivo asimismo es un mecanismo de protección del mercado, que favorece la competencia limpia y mitiga las distorsiones que pueden generar todos aquellos sujetos que reducen costos y trasladan importantes riesgos a la sociedad.

#### **4- Jurisprudencia**

En esta última parte de la unidad se receptan algunos de los fallos que han sido dictados por los distintos tribunales de la Republica Argentina, que consagran algunas de las instituciones ya tratadas en este trabajo.

El fallo “Ferreyra, Víctor Daniel y Ferreyra, Ramón c/ V.I.C.O.V. S.A. s/ daños y perjuicios”<sup>1</sup>. La Corte Suprema de Justicia de la Nación hace mención *al sujeto que está en mejores condiciones de recolectar la información*, para luego cumplir con el deber de transmitirla, además de los medios eficaces para suministrarla y su importancia desde la faz preventiva, según el voto del doctor Ricardo Lorenzetti:

Es el explotador del servicio quien está en mejor posición para recolectar información sobre la circulación de los animales y sus riesgos, y, por el contrario, el usuario es quien está en una posición desventajosa para obtener esos datos, lo que sólo podría hacer a un altísimo costo. Es claro entonces que la carga de autoinformación y el deber de transmitirla al usuario de modo oportuno y eficaz, pesa sobre el prestador del servicio. El deber de información al usuario no puede ser cumplido con un cartel fijo, cuyos avisos son independientes de la ocurrencia del hecho, sino que requiere una notificación frente a casos concretos.

Esta carga de autoinformación importa también el deber de adoptar medidas concretas frente a riesgos reales de modo preventivo. También en este caso puede constatarse fácilmente que es el prestador del

---

<sup>1</sup> C.S.J.N., “Ferreyra, Víctor Daniel y Ferreyra, Ramón c/ V.I.C.O.V. S.A. s/ daños y perjuicios”, F. 1116. XXXIX (2006).

servicio quien está en mejor posición para tomar medidas de prevención genéricas al menor costo.

En el caso “Tejerina Eduardo Raúl c/Honda Motor de Argentina S.A.”<sup>2</sup>, se destacan las consecuencias de la *publicidad engañosa*, explica la vocal de Cámara Dra. María Cristina De Cesaris, los dos caminos que tiene el consumidor para accionar:

El consumidor afectado por publicidad engañosa -o ilícita, desleal o subliminal- tiene dos alternativas para hacer valer sus derechos: puede exigir la nulidad del contrato -conforme lo autoriza el artículo 37 de la ley 24.240- o puede también demandar la indemnización de los perjuicios patrimoniales y extrapatrimoniales que hubiera sufrido como consecuencia de la relación contractual de consumo, conf. artículo 1198 del Código Civil (Degano, Germán Augusto; Fernández, Santiago Ariel, "La publicidad engañosa y el deber de informar adecuadamente las bases de los concursos" y su remisión a Javier H. Wajntraub, Juan M. Farina y Noemí L. Nicolau; publicado en LA LEY 2008-C, 302; y en La Ley Online).

En el fallo “DIRECTV Argentina SA v. DNCI”<sup>3</sup>, La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo, analiza el caso de un cambio de equipo digital (decodificador digital high definition), solicitado por un consumidor en donde no le informan sobre costos adicionales de instalación. Se trata de un hecho en donde se vulnera el carácter de la *completitud* exigido por el artículo 4 de la ley de defensa del consumidor. Los vocales de Cámara (L. Márquez, M. Caputi y J.L. López Castiñeira) de manera unánime manifiestan:

Desde esta perspectiva y teniendo en cuenta que la encartada no suministró al usuario información suficiente con respecto a las condiciones del servicio que prestaba, en particular, los costos adicionales que debía abonar por cambio de ubicación dentro del domicilio del decodificador, ha de concluirse que la conducta de la encartada incurre en las prohibiciones previstas por el art. 4, ley 24240.

En el caso “CMR Falabella SA c/DNCI”<sup>4</sup>, La Cámara Federal en lo Contencioso Administrativo, analizó el cobro de intereses compensatorios por parte de la empresa CMR Falabella, en donde superaba el límite legal establecido por la ley de tarjeta de

---

<sup>2</sup> CNCiv. y Com. Santa Fe, Sala II, “Tejerina c/Honda Motor S.A. s/Daños y Perjuicios”, E. 57 (2011).

<sup>3</sup> CNCont.-Adm., Sala II, “DIRECTV Argentina v. DNCI”, S01:391180/09 (2012).

<sup>4</sup> CNCont.-Adm. Fed., Sala V, “CMR Falabella SA c/DNCI”, S01:107946/05 (2009).

crédito, vulnerando de esta manera el artículo 4 de la ley de defensa del consumidor en lo que respecta a la exactitud que se exige en la información a suministrar.

En la especie, de las constancias administrativas agregadas a la causa se desprende que la empresa sancionada percibía intereses compensatorios o financieros referidos a saldos deudores de los usuarios de tarjeta de crédito, compra o débito superiores al límite legal previsto en la normativa reseñada (v. fs. 2/6), por lo que corresponde tener por acreditadas las infracciones imputadas a los arts. 4 y 19 de la ley 24.240, toda vez que la información brindada al usuario en cuanto al interés compensatorio a aplicar, en trasgresión del máximo establecido por ley, resulta inexacta con relación a una característica esencial del servicio (art. 4) y además configura un incumplimiento en la prestación del mismo (art. 19).-

Entre las empresas que mayormente vulnera el deber de informar (artículo 4 de la ley 26.361), se encuentran las que ofrecen tarjetas de crédito. En el caso “Diners Club Argentina S.A.C y de c/ DNCI-Disp 516/06 (Expte 3259/99)”<sup>5</sup> se observa la violación del carácter “detallado” que exige la propia normativa.

Debe confirmarse la sanción de multa que la Dirección Nacional de Comercio Interior impuso a la actora por incumplimiento del art. 4 de la Ley 24240 al no suministrar en forma cierta y objetiva, información veraz y detallada, eficaz y suficiente sobre la utilización, de la tarjeta de crédito en caso de consumos efectuados en el exterior, ya que si bien es cierto que no existe previsión alguna expresa en el contrato relativa a la posibilidad de efectuar compras en cuotas en el exterior con la tarjeta de crédito, tampoco se especifica la imposibilidad de hacerlo. De lo cual se desprende que no puede predicarse como desatinado que el consumidor infiriera de las mencionadas cláusulas la factibilidad de realizar la compra de bienes o servicios en el exterior en condiciones idénticas a aquellas acordadas para la República Argentina (donde se admite la adquisición de bienes o servicios en cuotas) pues no bastan las declaraciones de los empleados del recurrente así como las aseveraciones que la sancionada formula respecto a que se habría interiorizado a los usuarios de la tarjeta de la imposibilidad de efectuar compras en cuotas en el exterior a través de la información que se

---

<sup>5</sup> CNCont.-Adm. Fed., Sala III, “Diners Club Argentina S.A.C y de c/ DNCI-Disp 516/06 (Expte 3259/99)”, 33.294/06. (2007).

acompaña al resumen de cuenta para tener por satisfecho el deber de información en cabeza de la prestadora del servicio.

También es posible encontrar casos, en donde la información que se suministra, no cumple con el requisito de la *certeza* que la propia normativa exige. Un claro ejemplo se halla en el fallo “Gangitano Omar Nicolas c/DNCl. Disp 1354/03 (Ex 63-000203/99)”<sup>6</sup>

El titular de una inmobiliaria ha sido deficiente en la prestación del servicio del agente inmobiliario si se advierte que ha suministrado una información esencial -la superficie del inmueble a adquirir- de modo inexacto (la superficie individualizada en la impresión de pantalla que fuera emitida por la inmobiliaria es mayor que la consignada en el informe expedido por el Registro de la Propiedad Inmueble y en la escritura traslativa de dominio -éstas últimas coincidentes entre sí-). Asimismo en tanto el propio recurrente invoca que se solicitaron y exhibieron los certificados respectivos expedidos por el Registro de la Propiedad Inmueble y alega que aquéllos no merecieron objeción por parte de los compradores como así también que no formularon reclamo en el acto escriturario, ello constituye una clara evidencia del incumplimiento en que incurriera respecto a lo dispuesto por los arts. 4 y 19 de la Ley 24.240, toda vez que -en su carácter de agente inmobiliario debió haber advertido a los compradores, la diferencia que surgía en la superficie del inmueble en cuestión entre lo indicado en la impresión de pantalla obtenida del sistema informático y los certificados referidos.

El deber de informar, cumple un papel fundamental en las relaciones de consumo. El mismo consiste, en acercarle al consumidor toda la información necesaria a los efectos de poder evaluar sobre la conveniencia de una contratación. El caso “Sanatorio Otamendi y Miroli S.A. c/ Bertello de Fiore, Adriana y Otros s/ Ordinario”<sup>7</sup>, es un claro ejemplo de ello. En este fallo se vulnera además, el requisito del detalle que el artículo 4 de la ley 26.361 establece.

Un sanatorio que asiste a un paciente por medio de un plan de medicina prepaga, debe extremar los recaudos para brindar a aquel la pertinente información, proveyendo las explicaciones necesarias y pertinentes en cada caso, no siendo suficiente que los precios de prácticas,

---

<sup>6</sup> CNCont.-Adm. Fed., Sala III, “Gangitano Omar Nicolás c/DNCl. Disp. 1354/03 (Ex 63-000203/99)”, E.4.754/04 (2006).

<sup>7</sup> CNCom., Sala B. Díaz Cordero-Butty, “Sanatorio Otamendi y Miroli S.A. c/ Bertello de Fiore, Adriana y Otros s/ Ordinario” (2002).

medicamentos, exámenes, etc., se encuentren en todo momento a disposición de los interesados. Tampoco constituye un hecho notorio que por tratarse de una institución de prestigio, los pacientes de obra social, conozca que sus precios son más elevados en función de la calidad de sus servicios. Justamente, por tratarse de una institución líder, las exigencias para con ella deben ser mayores, o sea, acordes con el reconocimiento del que se hizo acreedora. Corrobora esta tesis la constante evolución doctrinaria, jurisprudencial y legislativa que en torno a la Defensa del Consumidor adquirió reconocimiento constitucional expreso y desembocó en la sanción de la Ley 24240: 4. Esta constituye la obligación para el empresario en todos los supuestos referentes a una relación de consumo, y su finalidad es que el usuario pueda tomar una decisión razonable permitiendo que su consentimiento se forme reflexivamente. La información debe ser cierta y objetiva sobre las características esenciales de los productos o servicios que ofrecen. Lo destacable de la norma es que exige que la información sea detallada, no de carácter general, y suficiente, de modo que no queden dudas al usuario. además, el único modo de equilibrar las posiciones de las partes dentro de la órbita contractual es obligar a los sujetos involucrados a informar al consumidor de acuerdo al modo "ut supra" señalado, tomando los recaudos que en cada caso corresponda a tenor de la naturaleza de las prestaciones.

Los parámetros exigidos en el artículo 4 de la ley protectoria, se encuentran orientados a proteger la voluntad del consumidor. De allí que la falta de alguno de ellos refleja una clara violación del deber de informar. Así ha quedado definido en el caso "Capesa S.A.I.C.F.I.M. c/ Sec. de Com. e Inv. –Disp. DNCI. 137/97."<sup>8</sup>

El deber de información deviene en instrumento de tutela de consentimiento en tanto otorga al consumidor la posibilidad de reflexionar adecuadamente al momento de celebrar el contrato. El precepto legal contenido en el art. 4º de la Ley determina claramente las condiciones que deberá reunir la información al exigirle al empresario que aquélla reúna los caracteres de "veracidad, eficacia y suficiencia". (Consid. 3º).

---

<sup>8</sup> CNCont.-Adm. Fed., Sala II, "Capesa S.A.I.C.F.I.M. c/ Sec. de Com. e Inv. –Disp. DNCI. 137/97.", Causa: 17.501 (1997).

En "L.L.,M.Y.c/ Medic S.A. y Otros s/ Daños y Perjuicios"<sup>9</sup>, se analizó la responsabilidad civil derivada de la falta de consentimiento informado por parte de un paciente que se efectuó un implante mamario y que luego padeció una fisura, que tuvo como resultado un desinfe de la misma. En este fallo se analizó la responsabilidad del médico entre otras cuestiones. El juez de primera instancia, condenó al médico cirujano a reparar el daño, por la falta del consentimiento informado y a la empresa proveedora de la prótesis, por no cumplir el producto con las condiciones mínimas de calidad. La Cámara Civil, revocó el fallo contra el galeno, por entender que el daño no se origino por la falta de información.

Con relación al consentimiento informado, el que a entender del a-quo ha existido previo a la operación realizada en el año 1998 más allá de lo que aquél apuntara con respecto a la contradicción en la que incurriera la accionante, ésta se agravia porque considera que se probó en autos que el codemandado Loustau no le brindó información alguna sobre los riesgos posibles de la operación, como así también que no se suscribió consentimiento informado. Para abonar su rezongo señala que fue siempre conteste al afirmar sobre la falta de información, lo que se ve acreditado en las respuestas que le ha dado al perito designado de oficio y al consultor técnico de parte, quienes, además, destacaron la falta de "consentimiento informado" dentro de la historia clínica.-

El incumplimiento que se le atribuye al galeno de no haber obtenido su consentimiento informado, no genera, per se, responsabilidad si al mismo tiempo no se configuran, derivados de aquella omisión, los restantes requisitos de la responsabilidad. No hubo culpa en el acto médico porque ello fue expresamente reconocido en la demanda. La exigencia que surge de la disposición n°1256 del ANMAT (fs.182/183 de la prueba anticipada) -conocida con mucha antelación a la mentada ampliación y aún a la demanda- no permite concluir en que el daño se ha originado en la falta de información o la ausencia de la suscripción del consentimiento, faz probatoria y no formal de aquélla. Nadie ignora, por lo demás, la difusión que ha tenido la falta de éxito o las complicaciones del implante de siliconas que ha sido publicado en revistas de interés general y no circunscripta al área médica, por lo que el buen sentido al que no es ajeno el derecho, permite inferir que ello es uno de los aspectos de consulta e información adecuada en la relación médico-paciente y así surge, por lo demás, de la historia clínica anexa a estas actuaciones a fs.453. De hecho, la actora insistió en un nuevo

---

<sup>9</sup> CNCiv., "L. L., M. Y. c/ Medic S.A. y Otros s/ Daños y Perjuicios", (2008)

trasplante con similar o igual material. En consecuencia, propondré que se confirme el rechazo de la demanda promovida contra los coaccionados Loustau y Sociedad Italiana de Beneficencia en Buenos Aires."

En el fallo "Feder, Marcelo c/ Citibank S.A. y Otro s/ Ordinario"<sup>10</sup>, se observa como la entidad financiera emite una *información falsa* en perjuicio de un cliente, ocasionándole de esta manera un verdadero daño.

En una acción en la cual el titular de una tarjeta de crédito persigue de una entidad bancaria el resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados con motivo de la difusión de información falsa que lo involucro como deudor moroso en la central de deudores del sistema financiero del banco central, si el pretensor efectuó el pertinente reclamo ante el banco desconociendo ciertos gastos incluidos en el resumen de cuenta, resulta improcedente que -como en el caso-, la entidad pretenda descalificar la virtualidad de aquel arguyendo que este fue realizado de manera genérica, sin detalle circunstancial del cuestionamiento de las cuentas y las razones de la impugnación. Ello pues, ninguna norma exige al consumidor que deba cumplir determinadas formulas rituales para efectuar reclamos, pues rige el principio de informalidad. Solo puede exigírsele que el reclamo sea suficientemente claro como para cumplir su finalidad - lo cual aconteció en la especie, toda vez que la entidad administradora del sistema reconoció la improcedencia de los débitos observados por el reclamante-. a mas, no puede otorgarse un tratamiento similar a sujetos que son diferentes en aspectos sustanciales: poder de negociación, experiencia y conocimientos (Cfr. Mosset Iturraspe, Jorge, "introducción al derecho del consumidor", revista de derecho privado y comunitario Nused 5, ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1996, pág. 11).

---

<sup>10</sup> CCom., Sala B. Piaggi - Díaz Cordero, "Feder, Marcelo c/ Citibank S.A. y Otro s/ Ordinario", (2001).



## Conclusión

El deber de informar, ha tenido su origen en el principio de buena fe, como fuente de todos los deberes instrumentales. Luego alcanzó la categoría de obligación. Este nuevo estatus, se sustenta en la necesidad de adquirir mejores herramientas jurídicas, para combatir los distintos abusos emergentes de las contrataciones actuales.

A fines del siglo XX y comienzo de XXI, cierta parte de la doctrina Argentina, entre ellos Stiglitz, Pizarro, Vallespinos, Farina, Molina Sandoval y Ossola entre otros, comenzaron el tratamiento de este deber jurídico específico. Esto se debe a que la información, cada vez más abundante, es el eje de los nuevos mecanismos que permiten proteger al consumidor o usuario.

La mayoría de las empresas y centro de poder, manejan un importante caudal de información y conocimientos que los consumidores no poseen. Esta desigualdad se traduce en lesiones a los intereses económicos y morales de los miembros de la sociedad. De allí que es necesario que la obligación de informar esté acompañada por los más importantes institutos jurídicos y técnicos existentes a los efectos de equilibrar las relaciones contractuales.

Es por eso que se arriba a las siguientes conclusiones en lo que respecta a la obligación de informar en los contratos de consumo:

El deber jurídico de comunicar, implica que el mensaje debe emplear *un lenguaje descriptivo u objetivo* a los efectos de analizar con claridad y completitud las posibilidades de una posible contratación, en base a los parámetros técnicos o científicos de la actualidad.

Este deber de informar, es una *obligación de resultado*, que debe ser cumplida por el proveedor. Por consiguiente, éste último no se libera adoptando una conducta diligente en la ejecución de la prestación. Se le exige suministrar la información de manera clara, completa, cierta, adecuada y gratuita para que el consumidor o usuario pueda alcanzar un conocimiento acabado. Si esta resiste el contenido de los caracteres, antes mencionados, entonces el mensaje habrá cumplido la tarea de satisfacer el interés de la parte más débil de esta relación.

Entre los fundamentos que dan sustento al deber de informar como una obligación de resultado, encontramos: el artículo 3 de la ley de defensa del consumidor, que consagra el criterio de interpretación más favorable al consumidor, el 40 de la ley protectoria que recepta un criterio de responsabilidad objetiva, el 65 que consagra el orden público imposibilitando modificar el contenido de los contratos de consumo, que atente contra el propio articulado de la ley. Los bienes involucrados como son la salud, seguridad y los intereses económicos. La intervención de empresas y proveedores profesionales con mayor acceso a la información, la complejidad técnica de los bienes y servicios que mayormente vulnerar la normativa protectoria. La exigencia de mayores medidas de seguridad para los productos y servicios riesgosos conforme al artículo 6 y la dificultad por lo general para individualizar en la empresa a los responsables y de esta manera demostrar la culpabilidad, lleva a la necesidad de alinear a la obligación de informar con el deber jurídico específico de resultado.

Este deber jurídico de resultado, se encuentra unido a un factor de atribución de tipo objetivo, de allí que no alcanza con que el proveedor acredite una conducta diligente. Los parámetros que se pueden encontrar para imputar las consecuencias lesivas son: el deber de seguridad o el riesgo creado entre otros (1198 cód. civil y 40 de la ley 26.361).

La obligación de informar, es alcanzada por el artículo 40 de la ley del consumidor. Este artículo no hace distinción entre la responsabilidad contractual o extracontractual, por lo tanto frente a la *falta o deficiencia de información* de un producto o servicio haya contrato de consumo o no, el mismo es atrapado por la figura del *riesgo creado*.

Frente a la *deficiencia o falta de información* de un producto o servicio, en materia de consumo, se debe tener en cuenta el *plazo de prescripción* más favorable para el consumidor, es por ello que en caso de existir una ley especial con un plazo menor a tres años, se debe aplicar el que fija la ley de consumo en su artículo 50 (tres años) y para los demás casos, sin importar si la responsabilidad es contractual o extracontractual, el que se debe seguir es el de diez años (4023 cód. civil), que es el más favorable para el consumidor o usuario

La *extensión del resarcimiento*, frente a la falta o deficiencia de información sobre un producto o servicio y no habiendo distinción ni regla alguna entre la responsabilidad contractual o extracontractual de la ley protectoria, se debe recurrir a la normas del

código civil y siguiendo el criterio de interpretación de la regla más favorable al consumidor o usuario, se debe aplicar la mayor regla de extensión que se encuentra en la responsabilidad aquiliana. Por consiguiente, se deben reparar las consecuencias inmediatas (903 cód. Civil) y mediatas previsibles (904 cód. Civil).

Es una *obligación pura y simple*. Es decir que es de exigencia inmediata y su incumplimiento abrirá el camino a una acción resarcitoria. Esto apunta, a que la información no puede ser suministrada por cuenta gotas, se exige la completitud.

El incumplimiento de la obligación de informar, puede quedar alcanzada por el *daño patrimonial o moral*. Para ello será necesario que estén presente los demás presupuestos de la responsabilidad civil, que son: la antijuridicidad, el factor de atribución objetivo y la relación de causalidad.

La obligación de informar incumplida, es alcanzada por la *responsabilidad plena e integral*, por ser la institución que mejor protege al consumidor o usuario frente a la producción de un daño, es la entidad que mejor protege al débil en esta relación, por tener en cuenta la situación particular del damnificado y por permitir que el monto indemnizatorio este ajustado al daño que verdaderamente se ha ocasionado.

El deber jurídico de informar cumple una importante función, en la *prevención especial*. Esto se debe a la masividad de sujetos que son alcanzados por los contratos de consumo.

La obligación de informar también puede quedar atrapada por el *daño punitivo*, como mecanismo corrector, de aquellas conductas ejecutadas por los proveedores, que distorsionan la competencia de mercado. Eleva el monto indemnizatorio favoreciendo la posibilidad de perseguir la reparación de un daño, aún cuando el monto involucrado sea insignificante y evita de esta manera el enriquecimiento sin causa, una vez resarcido el daño.

Se deben emplear *múltiples mecanismos complementarios* para que la información sea alcanzada por el consumidor o usuario.

Finalmente, la obligación de informar debe ser cumplida empleando un *medio escrito o documentado*, a los efectos de conocer con exactitud, las medidas de seguridad, instrucciones de uso y todas aquellas otras cuestiones que hacen a la prestación esencial del producto o servicio.



## BIBLIOGRAFIA:

### Doctrina:

- AGOGLIA MARIA A.; BORAGINA JUAN C. y MEZA JORGE A. (1993). *Responsabilidad por incumplimiento contractual*. Buenos Aires. Hammurabi.
- ALTERINI ATILIO A.; AMEAL OSCAR J. y LOPEZ CABANA ROBERTO M. (1998). *Derecho de la Obligaciones-Civiles y Comerciales*. Buenos Aires. Abeledo Perrot.
- ALTERINI ATILIO A. y LOPEZ CABANA ROBERTO M. (1992). *Derecho de Daños*. Buenos Aires. La ley.
- ALTERINI ATILIO A. (1999). *Contratos civiles-comerciales-de consumo*. Buenos Aires. Abeledo Perrot
- ADORNO LUIS O. (1995). Responsabilidad por daños a la salud o a la seguridad de los consumidores. En: Alterini Atilio A. y López Cabana R. (dir.) *La Responsabilidad. Homenaje al Profesor Doctor Isidoro H. Goldemberg*. Buenos Aires. Abeledo Perrot.
- BIDART CAMPOS GERMAN (2006). *Manual de la Constitución Reformada*. Buenos Aires. Ediar Sociedad Anónima Editora. Vol.2.
- BORDA GULLERMO A. (2004). *Manual de Contratos*. Buenos Aires. Lexis Nexis- Abeledo-Perrot.
- BUERES ALBERTO J. (1992). *Responsabilidad Civil de los Médicos*. Buenos Aires. Hammurabi.
- BUERES ALBERTO J. (1984). *Responsabilidad Civil del Escribano*. Buenos Aires. Hammurabi.
- BUERES ALBERTO J. (1979). *Responsabilidad Civil de los Médicos*. Buenos Aires. Abaco.
- BUSTAMANTE ALSINA JORGE (1997). *Teoría General de la Responsabilidad Civil*. Buenos Aires. Abeledo-Perrot.
- BUTELER CACERES JOSE A. (2001). *Manual de Derecho Civil-Parte General*. Córdoba. Editorial Mediterranea-Advocatus.
- CAZEAUX PEDRO N. y TRIGO REPRESAS FELIX A. (1992). *Compendio de derecho de las obligaciones*. La Plata. Librería Editora Platense S.A. vol.1
- DIEZ- PICAZO y PONCE DE LEON I. (1977). Prologo. En: WIEACKER FRANZ (autor) *El principio general de la buena fe*. Madrid. Editorial Civitas S.A.
- FARINA JUAN M. (2008). *Defensa del Consumidor y del Usuario*. Buenos Aires. Astrea.
- GHERSI CARLOS A. (2008). *Tratado de Daños Reparables*. Buenos Aires. La ley.

- GHERSI CARLOS A. (1992). *Responsabilidad por prestación médico asistencial*. Buenos Aires. Hammurabi.
- HARO RICARDO. (2003). *Curso de Derecho Constitucional Argentino*. Córdoba. Advocatus. Vol.2.
- LARENZ KARL (1958). *Derecho de las Obligaciones*. Madrid. Editorial Revista de Derecho Privado. Vol.1.
- LORENZETTI RICARDO (2000). *Tratado de los contratos*. Buenos Aires. Rubinzal-Culzoni. Vol. 1,2 y3.
- LORENZETTI RICARDO (2009). *Consumidores*. Buenos Aires. Rubinzal.
- LOVECE GRACIELA y GARCIA OSORIO ALEJANDRO (2005). *Derechos del Consumidor*. Buenos Aires. La ley.
- LLAMBIAS JORGE J. (1983). *Tratado de derecho civil. Obligaciones*. Buenos Aires. Perrot. Vol.1
- MAZEAUD HENRI y TUNC ANDRE. (1962). *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual*. Buenos Aires. Ejea. T.1. vol.1 y 2.
- MOLINA SANDOVAL CARLOS (2008). *Derecho de Consumo*. Córdoba. Advocatus.
- MOONEY ALFREDO E. (1995). *Derecho Constitucional*. Córdoba. Editorial Atenea. Vol.1
- MOSSET ITURRASPE JORGE (1992). Introducción a la Responsabilidad Civil. En MOSSET ITURRASPE JORGE (dir.); KEMELMAJER DE CARLUCCI (coord.). *Responsabilidad Civil*. Buenos Aires. Hammurabi.
- MOSSET ITURRASPE JORGE. y LORENZETTI RICARDO (1994). *Defensa del Consumidor: ley 24.240*. Buenos Aires. Rubinzal-Culzoni.
- MOSSET ITURRASPE JORGE y PIEDECASAS MIGUEL A. (2003) *Código civil comentado-Responsabilidad Civil*. Buenos Aires. Rubinzal-Culzoni.
- OSSOLA FEDERICO A. y VARIZAT ANDRES F. (2010). Las obligaciones de medios y de resultados: Dos cuestiones de actualidad en materia de responsabilidad por incumplimiento obligacional. En VALLESPINOS CARLOS G. (dir.). *Cuaderno de obligaciones N° 4*.Cordoba. Alveroni.
- PEREZ BUSTAMANTE LAURA. (2004). *Derecho Social de Consumo*. Buenos Aires .La ley.
- PIZARRO RAMON D. y VALLESPINOS CARLOS G. (1999). *Obligaciones*. Buenos Aires. Hammurabi. Vol.2 y 3.
- PIZARRO RAMON D. Y VALLESPINOS CARLOS G. (2004) *Obligaciones*. Buenos Aires. Hammurabi. Vol. 1.
- PIZARRO RAMON D. (2007). *Responsabilidad Civil por Riesgo Creado y de Empresa*. Buenos Aires. La Ley. Vol.1 Parte General.
- SAGUES NESTOR P. (2007). *Manual de derecho Constitucional*. Buenos Aires. Astrea.

- SPOTA ALBERTO G. (1979). *Instituciones de Derecho Civil. Contratos*. Buenos Aires. Depalma. Vol.5.
- STIGLITZ GABRIEL A. (1996.) Automedicación. En: Alterini Aníbal A. y López Cabana Roberto (dir.). *Enciclopedia de la Responsabilidad civil*. Buenos Aires. Abeledo-Perrot. Vol. 1 (letras A-B).
- STIGLITZ GABRIEL A. y ECHEVESTI CARLOS A. (1992). El Daño Resarcible. En MOSSET ITURRASPE JORGE (dir.); KEMELMAJER DE CARLUCCI (coord.). *Responsabilidad Civil*. Buenos Aires. Hammurabi.
- STIGLITZ RUBEN S. (1998) *Contratos civiles y comerciales. Parte general*. Buenos Aires. Abeledo-Perrot. Vol. 1.
- STIGLITZ RUBEN S. y STIGLITZ GABRIEL A.; STIGLITZ GABRIEL (dir.) (1994). *Defensa de los Consumidores de Productos y Servicios*. Buenos Aires. La Rocca.
- TINTI GUILLERMO P. (1994). *Derecho del Consumo: ley 24.240*. Córdoba. Alveroni.
- TALLONE FEDERICO (2002) *Daños causados por productos elaborados*. Buenos Aires. Hammurabi.
- VALLESPINOS CARLOS GUSTAVO y OSSOLA FEDERICO (2010). *La obligación de informar en los contratos*. Buenos Aires. Hammurabi
- VAZQUEZ FERREYRA ROBERTO y ROMERA OSCAR E. (1994). Los principios informantes en la ley de defensa al consumo. En: Stiglitz Gabriel A. (dir.). *Derecho del consumidor*. Buenos Aires. Juris.
- VAZQUEZ FERREYRA ROBERTO y ROMERA OSCAR E. (1994). *Protección y Defensa del Consumidor. Ley 24.240*. Buenos Aires. Depalma.
- ZANNONI EDUARDO A. (1993). *El daño en la Responsabilidad Civil*. Buenos Aires. Astrea.
- ZAVALA DE GONZALEZ MATILDE. (1999) *Resarcimiento de daños*. Buenos Aires. Hammurabi. Vol. 4.

#### Legislación:

- Ley de Defensa del Consumidor 24.240 modificada por la ley 26.361
- Decreto reglamentario 1798/94. Artículo 4
- Constitución de la Nación Argentina. Artículo 42
- Proyecto de Código Unificado 2012
- Código Civil Argentino
- Constitución de la Organización Mundial de La Salud

Jurisprudencia:

- C.S.J.N., “Ferreyra, Víctor Daniel y Ferreyra, Ramón c/ V.I.C.O.V. S.A. s/ daños y perjuicios”, F. 1116. XXXIX (2006).
- CNCiv. y Com. Santa Fe, Sala II, “Tejerina c/Honda Motor S.A. s/Daños y Perjuicios”, E. 57 (2011).
- CNCont.-Adm., Sala II, “DIRECTV Argentina v. DNCI”, S01:391180/09 (2012).
- CNCont.-Adm. Fed., Sala V, “CMR Falabella SA c/DNCI”, S01:107946/05 (2009).
- CNCont.-Adm. Fed., Sala III, “Diners Club Argentina S.A.C y de c/ DNCI-Disp 516/06 (Expte 3259/99)”, 33.294/06. (2007).
- CNCont.-Adm. Fed., Sala III, “Gangitano Omar Nicolás c/DNCI. Disp. 1354/03 (Ex 63-000203/99)”, E.4.754/04 (2006).
- CNCom., sala B. Díaz Cordero-Butty, “Sanatorio Otamendi y Miroli S.A. c/ Bertello de Fiore, Adriana y Otros s/ Ordinario” (2002).
- CNCont.-Adm. Fed., Sala II, “Capesa S.A.I.C.F.I.M. c/ Sec. de Com. e Inv. – Disp. DNCI. 137/97.”, Causa: 17.501 (1997).
- CNCiv., "L. L., M. Y. c/ Medic S.A. y Otros s/ Daños y Perjuicios", (2008)
- CCom., Sala B. Piaggi - Díaz Cordero, “Feder, Marcelo c/ Citibank S.A. y Otro s/ Ordinario”, (2001).



### ANEXO E – Formulario descriptivo del Trabajo Final de Graduación

Este formulario estará completo sólo si se acompaña de la presentación de un resumen en castellano y un abstract en inglés del TFG

El mismo deberá incorporarse a las versiones impresas del TFG, previa aprobación del resumen en castellano por parte de la CAE evaluadora.

Recomendaciones para la generación del "resumen" o "abstract" (inglés)

"Constituye una anticipación condensada del problema que se desarrollará en forma más extensa en el trabajo escrito. Su objetivo es orientar al lector a identificar el contenido básico del texto en forma rápida y a determinar su relevancia. Su extensión varía entre 150/350 palabras. Incluye en forma clara y breve: los objetivos y alcances del estudio, los procedimientos básicos, los contenidos y los resultados. Escrito en un solo párrafo, en tercera persona, contiene únicamente ideas centrales; no tiene citas, abreviaturas, ni referencias bibliográficas. En general el autor debe asegurar que el resumen refleje correctamente el propósito y el contenido, sin incluir información que no esté presente en el cuerpo del escrito. Debe ser conciso y específico". Deberá contener seis palabras clave.

#### Identificación del Autor

Apellido y nombre del autor:	Núñez Camar Sebastián Walter
E-mail:	swncamar@hotmail.com
Título de grado que obtiene:	Abogado

#### Identificación del Trabajo Final de Graduación

Título del TFG en español	Incumplimiento de la Obligación de Informar
Título del TFG en inglés	The breach of the duty to Inform
Tipo de TFG (PAP, PIA, IDC)	PIA
Integrantes de la CAE	Leonardo Marcellino - Miriam Méndez.
Fecha de último coloquio con la CAE	03 de Junio de 2013
Versión digital del TFG: contenido y tipo de archivo en el que fue guardado	TFG en PDF

#### Autorización de publicación en formato electrónico

Autorizo por la presente, a la Biblioteca de la Universidad Empresarial Siglo 21 a publicar la versión electrónica de mi tesis. (marcar con una cruz lo que corresponda)

#### Autorización de Publicación electrónica:

- Si, inmediatamente
- Si, después de ..... mes(es)
- No autorizo

  
Firma del alumno

#### Referencias:

MTD: Modalidad Tutorial a Distancia – ED: Educación a Distancia  
MP: Modalidad Presencial – MS: Modalidad Senior – MRIV: Modalidad Río Cuarto