



**UNIVERSIDAD NACIONAL  
DEL LITORAL**  
SANTA FE, ARGENTINA

*Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales*

*Secretaría de Post Grado*

*Tesis para aspirar al título de Doctor en Derecho de*

*Catalina Rosa Moggia*

*Título*

*Los deberes de información y de secreto en la teoría  
general del contrato*

*Director de Tesis*

*Dr. Gonzalo C. Sozzo*

2012

*Toda información es importante si está conectada a  
otra.*

HUMBERTO ECCO

*La información es poder.*

BILL GATES

*La comunicación no conlleva comprensión. La  
información, si es bien transmitida y comprendida,  
conlleva inteligibilidad, primera condición  
necesaria para la comprensión, pero no suficiente.*

EDGAR MORIN

*Secreto no son las cosas que no se cuentan, sino las  
cosas que se cuentan en voz baja y  
separadamente.*

DANTE ALIGHIERI

## INDICE

Abreviaturas.....	7
Introducción.....	9
<b>CAPITULO I. LA INFORMACIÓN</b> .....	13
<b>TITULO PRIMERO. Noción de información</b> .....	13
Sección I. Aproximación a la noción científica de información.....	13
Ap. I. Pertinencia de la información .....	13
Ap. II. Forma de la información .....	16
Sección II. La información y su significación .....	17
Sección III. La noción de información y el análisis económico del derecho .....	19
Sección IV. El concepto jurídico de información.....	20
Sección V. Diferencia de la información con la publicidad, la propaganda, la oferta, el deber de advertencia y el deber de conocimiento. ....	22
Sección VI. Naturaleza del deber de información .....	27
Sección VII. Fundamento del deber de información .....	28
Sección VIII. Requisitos de la información contractual .....	32
Sección IX. Finalidad de la información contractual .....	35
<b>TITULO SEGUNDO. Clasificación de los deberes de información</b> .....	36
Sección I. Deberes típicos y atípicos .....	36
Sección II. Deberes de información precontractuales .....	39
Ap. I. Presupuestos de hecho que dan nacimiento al deber de informar en la etapa precontractual .....	42
Ap. II. Existencia o inexistencia de un deber general de información en la etapa pre- contractual.....	47
Sección III. Deberes de información contractuales .....	48
Sección IV. Deberes de información post contractuales .....	49
<b>TITULO TERCERO. El deber de información en el derecho positivo argentino</b> .	52
Sección I- El deber de información en el Código Civil.....	53
Ap. I. Vicios del consentimiento .....	54
Ap. II- Evicción y vicios redhibitorios .....	59
Ap. III La información en los contratos típicos .....	60

Sección II. La información en el Código de Comercio .....	61
Ap. I. Obligación impuesta a los corredores .....	61
Ap. II Obligación impuesta a los martilleros .....	62
Sección III. La información en ordenamientos especiales .....	62
Ap. I. La información en la ley 24.240 (Defensa de los consumidores y usuarios) .....	62
Ap. II La información en la ley 25.065 (Tarjeta de crédito).....	68
Ap. III. La información en la ley 26.569 (Derechos de los pacientes) .....	71
Ap. IV. La información en la ley 26.130 ( Contracepción quirúrgica).....	78
Ap. V. La información en la ley 26.657 (Salud mental).....	80
Ap. VI La información en la ley 24.193 (Trasplante de órganos y materiales anatómicos).....	81
Ap. VII. La información en la ley 23.660 (Medicina prepaga) .....	82
Ap. VIII. La información en la ley 19.550 (Sociedades comerciales).....	83
Ap. IX. La información en la ley 17.418 (Seguros) .....	85
Sección IV. La información en los contratos <i>intuitu personae</i> .....	86
Sección V- La información en los contratos accesorios y en los de larga duración .....	88
Ap. I. Información en los contratos accesorios.....	89
Ap. II La información en los contratos de larga duración .....	89
<b>TITULO CUARTO. Límites al deber de información</b> .....	91
Sección I. Límites generales .....	91
Sección II. Límites específicos .....	95
Ap. I. Deber de autoinformarse .....	95
Ap. II. Derecho y deber de secreto .....	96
Ap. III. Existencia de registros públicos.....	97
Ap. IV. Límites derivados del costo de la información .....	97
Ap. V. Límites derivados del abuso del derecho .....	98
<b>TITULO QUINTO. Consecuencias del incumplimiento del deber de información</b> .....	98
 <b>CONCLUSIONES DEL CAPITULO PRIMERO</b> .....	101
 <b>CAPITULO II. EL SECRETO</b> .....	103
<b>TITULO PRIMERO. Noción de secreto</b> .....	104

Sección I. Diferencias del secreto con el silencio, la confidencialidad, el dolo omisivo y la reticencia .....	105
<b>TITULO SEGUNDO. Clasificación del secreto</b> .....	106
Sección I El secreto objetivo .....	106
Sección II. El secreto subjetivo.....	108
<b>TITULO TERCERO. Fundamentos del deber de secreto</b> .....	109
<b>TITULO CUARTO. El secreto y la vida privada.</b> .....	109
Sección I. Noción de intimidad.....	109
Sección II. El secreto de la vida privada y los contratos <i>intuitu personae</i> .....	112
Sección III. Modos de adquisición de datos confidenciales .....	113
Ap. I. Adquisición pasiva de secretos sobre la vida privada .....	113
Ap. II. Adquisición activa sobre derechos de la vida privada .....	113
Sección IV. Adquisición de datos confidenciales en el período precontractual.....	113
<b>TITULO QUINTO El secreto profesional. Fundamento y límites</b> .....	114
Sección I. El secreto médico.....	115
Sección II. El secreto profesional del abogado.....	117
<b>TITULO SEXTO. El secreto de los negocios</b> .....	119
Sección I. El secreto industrial. La teoría de los bienes informativos.....	120
Sección II. Diferencias con la patente .....	121
Sección III. Diferencia con el Know How.....	123
<b>TITULO SEPTIMO El secreto en el Código Civil</b> .....	123
Sección I. Las cartas misivas .....	123
Sección II. La simulación .....	125
Sección. III. El mandato oculto o indirecto .....	125
Sección IV. Calidad de socio ostensible y de socio oculto.....	126
Sección V. El secreto en el contrato de depósito.....	127
<b>TITULO OCTAVO Límites del derecho al secreto</b> .....	128
Sección I. El orden público, la moral y las buenas costumbres.....	128
Sección II. Límites derivado del ejercicio abusivo del derecho al secreto .....	129
Sección III. Límite derivado del derecho a su revelación.....	130
Sección IV. Límite derivado del derecho a emitir alertas.....	131

<b>CONCLUSIONES DEL CAPITULO II</b> .....	133
<b>CONCLUSIÓN FINAL</b> .....	135
<b>APÉNDICE</b> .....	137
<b>BIBLIOGRAFIA</b> .....	139

## ABREVIATURAS

Ap.: Apartado

Art.: Artículo

C. Civil: Código Civil

C.: Código de Comercio

Civ. Civil

CN.: Constitución Nacional

CN.Apel.: Cámara Nacional de Apelaciones

Com: Comercial

Dec.: Decreto

DJ. Revista Doctrina Judicial

E.D.: Revista Jurídica El Derecho

L.L.: Revista Jurídica La Ley

L.L.B.A.: Revista Jurídica La Ley Buenos Aires

L.L.G.C.: Revista Jurídica La Ley Gran Cuyo

L.L.Litoral: Revista Jurídica La Ley Litoral

p.: Página

RCyS: Revista de Responsabilidad Civil y Seguros

RDCCyE: Revista de Derecho Comercial del Consumidor y de la Empresa

RDCO: Revista de Derecho Comercial

RDD: Revista de Derecho de Daños

RDPC: Revista de Derecho Privado y Comunitario

RTDC: Revue Trimestrale de Droit Civil

SCJN.: Suprema Corte de Justicia de la Nación

## INTRODUCCION

Las cuestiones que serán objeto de tratamiento a lo largo de este trabajo vienen discutiéndose desde la antigüedad, siendo probable que una vez concluido, no se pueda dar una definitiva respuesta a las mismas.

Esas cuestiones se vinculan con preguntas, que se han planteado de manera reiterada tales como: ¿Cuánta información debe transmitir un contratante a otro? ¿En qué oportunidad y de qué forma debe de hacerlo? ¿Qué datos puede válidamente una de las partes reservar para sí? ¿Puede obtener uno de los contratantes beneficios exclusivos utilizando la información que posee? ¿Hay derecho a exigir que determinadas informaciones sean mantenidas en secreto?

Las respuestas sin duda ofrecen alguna dificultad dado que no existe una regla o figura jurídica que permita ofrecer una solución concreta, sino más bien una serie de respuestas, de las cuales se podrán inferir luego las que resulten aplicables en cada caso en particular.

Para intentar arribar a un resultado referido a los interrogantes mencionados, se ha partido de la idea inicial de inexistencia de un deber general de información en materia contractual, como así también de que la buena fe no puede, sin más, servir para hacer derivar de dicho principio un deber de informar en todos los casos. También se considera que no resulta factible trasladar, automáticamente, a la teoría general del contrato criterios propios de microsistemas protectores.

La segunda premisa es que no se puede entender adecuadamente el deber de información sin atender a la existencia de derechos y deberes de secreto, y a la interrelación entre ambos. En suma, que no se puede comprender acabadamente la dimensión del deber de información sin considerar el secreto, y viceversa.

Constituye también un criterio orientador de esta tesis que el secreto para ser reputado lícito debe garantizar, en cada caso, derechos de jerarquía superior al derecho a la información.

El plan a seguir para poder verificar las premisas señaladas, partirá de la noción científica de información, e incluirá el tratamiento de su forma, contenido y eficacia.

Se obviará el tratamiento de la información pública, salvo de alguna manera tangencial, pues la mira ha sido puesta en el ámbito del derecho privado patrimonial, y particularmente en el marco de la teoría general del contrato. Se

incluirá en cambio, el tratamiento de la información en el derecho positivo, con especial referencia a los vicios de la voluntad; a la formación del consentimiento; a las particularidades de dicho deber en el marco de los contratos *intuitu personae*, en los contratos accesorios y en los de larga duración.

Se analizará la presencia de este deber en las diversas etapas del *iter* contractual comenzando con la etapa precontractual, para tratar luego la cuestión tanto en la etapa contractual como en la post contractual.

También se abordará el examen del deber de información en ordenamientos particulares, especialmente en el ámbito del derecho del consumo.

En base a esos abordajes se procurará responder al interrogante referido a la existencia o no de un deber general de información, a su fundamento y particularmente a determinar si corresponde asignarle o no límites y cuáles son las pautas para esa imposición.

El tratamiento de los límites nos conducirá al estudio del secreto como derecho y como deber en sus diversas manifestaciones, según se trate de aspectos relativos a la vida privada, o que esté referido al secreto profesional o a los denominados secretos empresariales o industriales.

No serán objeto de tratamiento por su especificidad, el secreto bancario y secreto fiscal y sus derivaciones en materia contractual, sino sólo de manera tangencial como se ha dicho respecto de la información pública.

Metodológicamente se dividirá el trabajo en dos Capítulos, con una conclusión en cada uno de ellos, el primero referido al deber de información y segundo vinculado con el secreto, a lo que se agregará una breve conclusión final.

El CAPITULO PRIMERO, se destinará a la información en general, comenzando en el TITULO PRIMERO con una aproximación a la noción científica de información (Sección. I); a la información y su significación, (Sección. II), al fenómeno de la información desde el análisis económico del derecho, (Sección. III). La Sección IV referirá al concepto jurídico de información, en la Sección V. se establecerán las diferencias con la publicidad, la propaganda, el consejo y deber de conocimiento; en la VI, se hará referencia a la naturaleza jurídica del deber de información; Sección VII, tratará del fundamento del deber de información, en tanto que la VIII, estará destinada a sus requisitos, y la Sección IX a su finalidad.

El TITULO SEGUNDO, estará destinado a la clasificación de los deberes de información comenzando en la Sección I, por los deberes típicos y atípicos, la

Sección II referirá a los deberes de información precontractual, la Sección III a los deberes de información contractuales, la Sección IV a los post contractuales. Finalmente en la Sección V se tratarán los deberes de información en los contratos *intuitu personae*, en los accesorios y en los de larga duración.

El TITULO TERCERO, se destinará al tratamiento de la información en el derecho positivo argentino, comenzando en la Sección I, por el Código Civil, en la Sección II se hará referencia a su presencia en el C. de Comercio, y en la Sección III se abordará la temática de la información en ordenamientos especiales seleccionando aquéllos, que por su importancia o por la asiduidad de su aplicación permitan extraer pautas más generales referidas al deber de informar.

El TITULO CUARTO, se destinará a los límites del deber de información, dando tratamiento en la Sección I a los límites generales y en la Sección II a los límites específicos.

EL TITULO QUINTO, tratará de las consecuencias derivadas del incumplimiento los deberes y obligaciones de informar.

El Capítulo cerrará con una CONCLUSIÓN, en la misma se hará una síntesis de los temas desarrollados y particularmente se tratará de verificar si la tesis inicial referida a la inexistencia de un deber general de información con fundamento exclusivo en el principio general de buena fe, se puede confirmar.

El CAPITULO SEGUNDO, estará dedicado al secreto y será dividido como sigue:

El TITULO PRIMERO, la Sección I del mismo referirá a la noción de secreto, en la Sección II se tratarán las diferencias del secreto con el silencio, la confidencialidad, el dolo omisivo y la reticencia.

EL TITULO SEGUNDO, bajo la denominación de Clasificación del secreto, tendrá dos secciones, la primera destinada al secreto objetivo y la segunda al secreto subjetivo.

El TITULO TERCERO, estará referido al fundamento del deber de secreto.

El TITULO CUARTO, en él se analizará la relación entre secreto y vida privada y contendrá tres Secciones, la primera referida a la noción de intimidad, la segunda a la intimidad y su relación con los contratos *intuitu personae* y la última a los modos de adquisición de datos relativos a la vida privada.

EL TITULO QUINTO, tratará del secreto profesional desarrollando en dos Secciones, dos supuestos paradigmáticos a saber: el secreto médico y el secreto profesional del abogado.

EL TITULO SEXTO, hará referencia al secreto de los negocios, y tendrá también dos secciones una relativa al denominado secreto industrial y a sus diferencias con la patente y con el denominado *know how*, respectivamente.

EL TITULO SÉPTIMO, se vinculará con el secreto en el derecho positivo argentino, comenzando por el código civil, luego por el código de comercio, y finalmente por ordenamientos especiales como la ley de sociedades comerciales.

EL TITULO OCTAVO, estará destinado verificar cuáles son los límites del derecho al secreto, con tres secciones, una destinada al límite derivado del ejercicio abusivo del mismo, otra al derecho a su revelación, y finalmente se abordará la temática de la protección del emisor de alertas o alertante.

El CAPÍTULO SEGUNDO, contendrá también una conclusión final, que constituirá una síntesis de los temas tratados, y particularmente se destinará a establecer qué secretos han sido considerados dignos de protección en nuestro ordenamiento.

Luego de terminados ambos capítulos con sus respectivas conclusiones parciales, se elaborará una breve una conclusión general, procurando sentar las bases para una conciliación de deberes, que aparecen como antagónicos, como son el de información y el de secreto.

## **CAPITULO PRIMERO. EL DEBER DE INFORMACIÓN**

### **TITULO PRIMERO. Noción de información.**

#### **Sección I. Aproximación a la noción científica de información.**

La noción científica de información está íntimamente ligada a la teoría de la comunicación. Esta teoría se pregunta ante todo, por el rendimiento óptimo de la transmisión de una señal portadora de información, de modo tal que dicha señal sea pertinente. Se entiende por pertinencia la eliminación de todos aquellos datos que no sean de utilidad.<sup>1</sup> Los temas referidos a la pertinencia serán objeto de consideración en el ap.I). Además y teniendo en cuenta que la información debe efectiva, se torna necesario considerar la forma que la misma adopte, tema que se tratará en el ap.II).

#### **Ap. I.- Pertinencia de la información.**

El desconocimiento de la necesidad de pertinencia de la información, que como se anticipara consiste en eliminar los datos inútiles, puede conducir, en contra de su finalidad al fenómeno de la desinformación. Mediante la saturación de datos se puede producir lo que técnicamente se conoce como sobre información, defecto que puede conducir a la postre, a impedir que se tomen decisiones adecuadas, siendo factible que por esa vía se logren ocultar informaciones relevantes.

Esa necesidad de pertinencia y el consiguiente peligro de desinformación por saturación de datos, ha sido advertido por la doctrina, al considerar que no debe ser sobreabundante, sino sólo pertinente.<sup>2</sup> Es decir que para que se considere cumplido el requisito de pertinencia se requiere no decir más de lo que resulte necesario.

La información necesaria no es otra que la que sea suficiente para tomar una decisión adecuada o prevenir riesgos normales, pues el sólo agregado de datos implica, como ya se ha dicho, el riesgo de que con su aumento se oculten los que realmente sean relevantes.

---

<sup>1</sup> FISCHER, R. A. citado por MARIAGE, Valéry, en "*Le secret et le droit*" publicado por Atelier National de Reproduction de Thésés, Universidad de Lille, Francia, p.347.

<sup>2</sup> SOZZO, Gonzalo M. "*Antes del contrato*" Ed. Lexis-Nexis. Bs.As.2005, p.434 y sus citas.

Puede decirse entonces, que si bien la obligación de información contiene un aspecto negativo consistente en abstenerse de dar información errónea, incluye otro positivo consistente en transmitir toda la que sea exigible, que no es más que la necesaria para el que su receptor forme adecuadamente su opinión.<sup>3</sup>

Sin embargo, como señala Nicolau, la Corte de Casación francesa en referencia a la información referida a los riesgos derivados de prácticas médicas, ha exigido que se hagan conocer los que sean graves, aún cuando éstos puedan ser excepcionales<sup>4</sup>, criterio que no parece ser seguido por nuestros tribunales. En ese sentido se ha resuelto que: “El deber de información en materia médica contempla accidentes previsibles o sobre las dificultades sobrevinientes que puedan anticiparse, no siendo razonable que el médico haga prospectiva y anticipe todo lo que puede ocurrir de manera anormal o fortuita, o lindando con la casualidad.”<sup>5</sup> Esta conclusión se condice con el criterio de prudencia con el que debe ser tratada la responsabilidad profesional.<sup>6</sup>

De todos modos, en orden a la pertinencia informativa, no se puede desconocer que el fenómeno de la sobreinformación se produce habitualmente, cuando se establecen responsabilidades objetivas por falta de la misma, lo que provoca un incremento innecesario de los datos, cuyo efecto normalmente resulta contrario al buscado, pues desmotivan a los destinatarios a prestar atención a su contenido.<sup>7</sup>

Además, y siempre con el fin de delimitar adecuadamente el fenómeno de la información, no se puede desconocer que el emisor siempre hace una selección de los datos a transmitir, y tampoco que esos datos no constituyen un fenómeno aislado, sino que están en relación con otros mensajes posibles. En suma, la comunicación se concreta siempre en un proceso selectivo, siendo el emisor quien elige qué y de qué manera comunicar.<sup>8</sup>

---

<sup>3</sup> MORALES MORENO, Antonio Manuel “*El dolo como criterio de imputación al vendedor de los vicios de la cosa*” Anuario de Derecho Civil” 1982, p.631 ss.

<sup>4</sup> NICOLAU, Noemí. “*Acerca de los derechos del paciente y de la relación médico-paciente.*” Rev. de Daños, Rubinzal -Culzoni, , 2003-3, p. 91 y sus citas

<sup>5</sup> C. de Apel.en lo Civ.y Com.de Necochea, fallo del 20/08/2009, en autos:” Martino, Héctor O. y otros c. Clínica Privada Regional S.A. y otros”, LLBA 2009 (octubre), 1037 y RCyS 2009-XI- 177

<sup>6</sup> BORDA. Guillermo. “*Un tema controvertido: la responsabilidad de los médicos*” en “Las responsabilidades profesionales. Ed. Platense, Bs.As. 1992 ,p.377

<sup>7</sup> TALLONE, Federico C.”*Daños causados por productos elaborados*”, Ed. Hammurabi, Bs.As. 2002,p.49

<sup>8</sup> SENIGAGLIA, Roberto. “*Accesso alle informazioni e trasparenza*” Cedam. Padova 2007, p.29

Sin perjuicio de que, en principio, el emisor goza de la facultad de seleccionar los datos que hará conocer a la otra parte, deberá en todos los casos garantizar la identidad entre el dato emitido y el dato recibido, siendo esto particularmente relevante cuando la contratación se efectúa por medios electrónicos. Se ha dicho que, si bien en principio, el emisor tiene la facultad de seleccionar datos, hay casos en que esa facultad puede estar acotada por imposición legal, como ocurre en el régimen de defensa de los consumidores o en el contrato de tarjeta de crédito, cuando el legislador impone contenidos mínimos a la información.

Habiendo concluido en la necesidad de pertinencia de la información, para determinar si efectivamente ese recaudo ha sido cumplido, es menester acreditar dos extremos, a saber:

a).-Que el mensaje sea objeto posible de percepción por el receptor. Por esa razón alguien que tenga disminuido algún sentido, deberá ser informado por un medio que tenga en cuenta dicha limitación. Tal el caso de un hipoacúsico, que debiera ser informado, por escrito.<sup>9</sup> Lo propio ocurre con los menores o con los adultos mayores. La Suprema Corte de Mendoza, en su Sala I, en referencia a un accidente provocado al usar equivocadamente las puertas automáticas, en las que sólo constaba las palabras Entrada y Salida, tuvo en cuenta la insuficiencia de dicha información respecto de un adulto mayor, quien con ese sólo dato no estaba en condiciones de advertir adecuadamente el peligro que dicha puerta significaba.<sup>10</sup>

b).-Que se traduzca en efectivo conocimiento del receptor, para lo cual quien recibe la información debe tener parámetros de referencia que hagan posible su comprensión, como puede ser el idioma en que dicha información se ha efectuado. Ese recaudo ha sido tenido en cuenta en los arts. 6° y 10° de la ley 24.240, y también en el artículo 10 de la ley 26.657 de salud mental, lo que merecerá un tratamiento particular al hacer referencia a la información en el derecho positivo argentino.

En síntesis, la información sólo será reputada como pertinente, si el mensaje transmitido modifica el conocimiento del receptor o reduce su incertidumbre.

---

<sup>9</sup> CN de Apel. Civ. Sala J, 28/03/2008, "Gulman, Leonardo R. v. Regina Mater S.R.L y otro" Abeledo-Perrot On line.

<sup>10</sup> SC de Mendoza, Sala I, fallo del 26-07-2002, in re "Bloise de Tucci, Cristina c. Supermercado Macko S.A", LLGran Cuyo 2002-726.

## Ap. II- Forma de la información

Al tratar el tópico referido a la forma, no debe olvidarse que la palabra información proviene del verbo informar, el que constituye un sintagma del latín “*informare*”. El prefijo *in* por su parte, constituye una acción suplementaria a la forma, en el sentido de dar nacimiento, dar estructura, es decir dar significación a cualquier cosa.

Tan importante es la forma que en algunos casos ésta constituye en sí misma una modalidad de información. Hay quienes incluso entienden que la forma protege a los autores del acto, tanto de la impremeditación como de la ligereza<sup>11</sup>, o que tiene como principal objetivo la protección contra la precipitación.<sup>12</sup> Esa cualidad protectoria de la forma se aprecia, tanto en el C. Civil, cuando se establecen formas solemnes, como en ordenamientos particulares. La ley 24.240, que constituye una clara renovación del formalismo, no limita la obligación de proveedor a informar, sino que llega a establecer la forma y el contenido de la información.

Debe tenerse en cuenta, por otra parte, que cuando se habla de información no sólo se está haciendo referencia a su significado, sino también a los signos o soportes de la misma, es decir al medio a través de los cuales aquélla llega desde el emisor al receptor.-

El legislador, sólo excepcionalmente, ha dispuesto cuáles han de ser dichos medios, lo que permite concluir que la información puede ser brindada no sólo verbalmente, sino por medio de documentos, etiquetas, carteles, signos o siglas, pudiendo ser incluso implícita. Ejemplo de este último tipo son los datos que surgen de la forma de acondicionamiento de un producto, como puede ser el tamaño del recipiente, lo que constituye implícitamente una información sobre la cantidad que el mismo contiene.

En el caso de que la información deba hacerse por escrito, podrá efectuarse por medio de instrumentos públicos o privados, y en ambos casos se puede exigir la inclusión en los mismos de determinado contenido, o el empleo de una tipografía especial.<sup>13</sup> Ejemplo del uso de tipografía especial, aparece en el art. 7 de la ley 25.065, norma que impone que el contrato de tarjeta de crédito se haga mediante el uso de una que sea fácilmente legible a simple vista, agregando que las cláusulas

---

<sup>11</sup> CASTAN TOBEÑAS, José “*Derecho Civil Español Común y Foral*”, Ed. Reuss, Madrid 1962, T.I, Vol.2, p.702

<sup>12</sup> PUIG BRUTAU, José “*Fundamentos de Derecho Civil*”, Ed. Boch, Barcelona 1979, T. II, 1º, p.184

<sup>13</sup> LLOVET I AGUADO, J. “*El deber de información en la formación de los contratos*” Ed. Marcial Pons, Madrid 1996, p 62 y .72

que generen responsabilidad del adherente deben ser consignadas con caracteres destacados y subrayadas, o en el art. 2° de la resolución 789-SCI-98 -reglamentaria de la ley 22.802-, que establece que los caracteres tipográficos de la publicidad gráfica no pueden ser menores a los 2mm, o que deben alcanzar como mínimo al 2% de la pantalla, en el caso de mensajes televisivos. En otros casos, si bien se habilita la información oral, se impone obligatoriamente dejar constancia escrita de que la misma ha sido brindada, como ocurre en la ley N°26.130 de contracepción quirúrgica, según el texto de su artículo 4°.

Además cuando se impone una forma escrita, como ya se dijo puede recurrirse tanto a instrumentos públicos como privados.

Cuando se requiere instrumento público y particularmente si se trata de escritura pública, puede afirmarse que tiene en sí misma carácter informativo, en el sentido de que el acto a otorgarse es importante y por ello requiere una mayor reflexión, importando *per se* una advertencia a los contratantes respecto de la trascendencia del mismo. Además debe agregarse, en razón de los deberes impuestos al notario, que es factible garantizar un mejor acceso a la información, que beneficie a ambas partes para poder prestar libremente su consentimiento. Respecto de la obligación del notario y de otros profesionales se volverá al tratar el deber de consejo. (Sección V, punto e.)

Las formas descriptas pueden ser impuestas para la validez del acto, en cuyo caso su falta puede acarrear la nulidad del mismo, o preverse sólo la nulidad de determinadas cláusulas contractuales, como derivación de la falta o insuficiencia de información, supuesto en el cual debe procederse la integración del contrato, cuestión a la que se volverá al hacer referencia a la ley 24.240.

## **Sección II.- La información y su significación.**

La información si bien se presenta mediante un soporte físico, para ser calificada como tal, debe tener una relación indisociable de reciprocidad entre significante y significado.

Es decir que la información es una asociación entre dos elementos, uno objetivo o continente, constituido por un soporte cuantificable y mensurable, y otro subjetivo o significado.

En cuanto al continente puede señalarse que la información, si bien es expresión o formulación destinada a dar un mensaje comunicable, para tener relevancia jurídica, debe hacerse con el auxilio de signos aptos para llevar el mensaje a otro sujeto.

La unión de esos elementos- significante y significado- resulta indicativa de que se está en presencia de un proceso cuyo resultado final es comunicar un mensaje de conocimiento. En suma, para transmitir efectivamente un mensaje de conocimiento, que constituye la finalidad del proceso informativo, no sólo interesa la forma, sino también su contenido comunicacional.

De todos modos, la forma en materia contractual, como ya se ha dicho es en sí misma portadora de un mensaje, en el sentido de que es necesaria una mayor reflexión respecto del negocio a celebrar, mensaje que se advierte, de manera particular en el caso de las formas solemnes impuestas por el legislador, como ocurre con las previstas en el artículo 1810 del C. Civil.

La información además, debe constituir objeto de una percepción, y aunque exceda este trabajo hacer un análisis de las teorías referidas a dicho fenómeno, no puede desconocerse que en el mismo influyen desde las condiciones físicas del receptor, hasta sus condiciones psicológicas y sociales.

La capacidad de percepción de un contratante individual puede ser apreciada directamente por el emisor, que deberá tenerla en cuenta para adaptar tanto la forma, como el contenido de la información a brindar.

En cambio, cuando la información se brinda con el auxilio de medios masivos de comunicación, esa apreciación se vuelve cada vez más difusa y especializada, pues está destinada a un público cada vez menos identificado.

En ambos supuestos, para tener por cumplido el deber de información, es menester que el informante tenga en cuenta los elementos de referencia que puedan tener los receptores, en razón de que un dato en bruto carece de significado, si no se lo pone en relación con los que resulten necesarios para la toma de decisiones, como puede ser el idioma en que la información se brinde.

Esta capacidad de apreciación del receptor cobra relevancia cuando se debe establecer la diferencia entre el conocimiento efectivo, con la simple posibilidad de conocer, a la que se denomina como cognoscibilidad, pues no siempre la transmisión de datos se traduce en un efectivo conocimiento del receptor de los mismos.

En síntesis el emisor, para dar cumplimiento al deber de informar, debe tener en cuenta la capacidad de percepción del destinatario de la información, es decir, la capacidad para comprender el significado de los datos transmitidos.

### **Sección III. La noción de información y el análisis económico del derecho.**

Nacido en Estados Unidos de Norteamérica, este análisis reposa sobre la idea siguiente: es posible recurrir a los útiles de la teoría económica para analizar y explicar las relaciones sociales. Su campo de aplicación se extiende a las relaciones de los comportamientos humanos y a las decisiones asociadas a los mismos.

Por definición, la economía es una ciencia que estudia cómo los recursos escasos son empleados para la satisfacción de necesidades de los hombres que viven en sociedad. Se divide básicamente en macroeconomía que estudia los grados equilibrios y la micro economía que se ocupa del comportamiento individual de los factores económicos.

El análisis económico se inscribe en una visión utilitarista que ve a la sociedad y sus diversos componentes como un sistema organizado y activo. Por esa razón tiende a apreciar las reglas del derecho, exclusivamente, en términos de eficacia económica, ignorando las elecciones no racionales de los individuos.

Para los economistas neoclásicos, el actor económico se presenta como un agente racional y plenamente informado y supone que no cometerá un error lógico al hacer una elección. Para los cultores de esta visión, las decisiones de los sujetos son racionales pues tienen objetivos definidos y se encuentran orientadas a maximizar los mismos, en tanto que sus preferencias reflejan los costos y ventajas disponibles para ese fin.

También consideran que en situaciones de incertidumbre, los sujetos son capaces de evaluar la información disponible; de integrar la nueva información y también de reevaluar sus probabilidades.

Sin embargo estas teorías, en general, no tienen en cuenta las decisiones irracionales, o los supuestos de racionalidad imperfecta de los actores económicos, cuestión a la que se hará en la Sección VII.

En el marco de la teoría económica del derecho, la información puede concebirse según dos acepciones:

a) La información que guía el comportamiento del agente, que es la que interesa en materia de formación del consentimiento.

En ese caso, con la voz información se hace referencia al conocimiento que un sujeto tiene de las circunstancias que rodean un negocio determinado y lo llevan a tomar una decisión. Esta acepción tiene suma importancia en la etapa formativa del contrato, pues resulta indudable que disponer de buena información permite minimizar el riesgo de la decisión que se está por tomar y también reducir los costes de transacción.

b) La información entendida como recurso económico, que es representativa de un valor que se expresa en términos de costo.

En este segundo sentido se sostiene que la información es un artículo, un bien, que requiere de recursos para producirla, dando como resultado que los frutos de dichas investigaciones puedan ser vendidos.<sup>14</sup> Esta acepción tiene relevancia cuando se hace referencia a los secretos empresariales o industriales, que merecerá un tratamiento particular en Capítulo II, Sección VI.

#### **Sección IV. El concepto jurídico de información.**

Con toda razón se ha señalado, que es sumamente complejo dar una definición de lo que se entiende por información en el campo jurídico. Específicamente, en el ámbito contractual se la ha descrito como “una conducta impuesta a alguien a fin de que aclare a otra persona relacionada o que pueda relacionarse con él, aspectos que conoce y que disminuyen o pueden disminuir la capacidad de discernimiento o de previsión del otro si dichos datos no se suministran.”<sup>15</sup>

De todos modos, se puede afirmar que proporcionar una definición normativa de lo que se entiende por información no sólo resulta difícil, sino que incluso no es deseable, pues no conviene encerrarla en una aprehensión uniforme por el derecho, sino que resulta más adecuado tratarla en cada dominio en particular.

---

<sup>14</sup> RUDDEN, Bernard. “*Le juste et l’inefficace pour un non-devoir de renseignements*” RTDC, Ed.Sirey, 1985, p.95.

<sup>15</sup> LORENZETTI, Ricardo L. “*El deber de información y su influencia en las relaciones jurídicas*”. L.L.1990-B, 996.

Este último criterio se justifica en razón de la notoria dispersión de su regulación según, se trate de deberes precontractuales, o contractuales. Entre los primeros cabe citar las disposiciones relativas, al error y el dolo, a la responsabilidad por evicción y vicios redhibitorios o a la nulidad contractual. Ejemplos de los segundos los encontramos, en la regulación del contrato de seguro, de la locación de obra o del mandato.

A la dispersión señalada se suma el distinto criterio adoptado para su abordaje en cada dominio en particular. Así en el Código Civil, la regla es la de la autorresponsabilidad, con el consiguiente deber de informarse. En cambio, en el ámbito del microsistema de defensa del consumidor dicha regla se invierte, imponiendo a los profesionales un genérico deber de información.

También dificulta una adecuada conceptualización de este deber la existencia de intereses que pueden resultar contradictorios, lo que hace imposible su protección sólo por medio del establecimiento de una regla general de información y menos aún mediante su imposición como derivación del principio de buena fe.

Entre esos intereses a proteger el más claro es el de la libertad contractual, entendida tanto como libertad de decisión, o como libertad de configuración del contenido contractual. Sin embargo, la necesidad de proteger la libertad contractual puede entrar en contradicción con el deber de lealtad, que impone en determinados casos, la carga de auto informarse, o con el interés de proteger la seguridad del tráfico de bienes y servicios.

Asimismo, un deber general de informar, puede entrar en contradicción con la necesidad de incentivar la investigación, pues si en ningún caso se permitiera a los contratantes aprovechar los datos de que disponen, dejarían de investigar, provocando una pérdida desde el punto de vista de la sociedad en su conjunto.

En concreto, todos estos aspectos, libertad contractual; deber de lealtad; necesidad de incentivar la investigación y garantizar la seguridad jurídica, deben ser sopesados al momento de concretar las exigencias que se derivan del principio general de buena fe, mediante un juicio de ponderación de cada uno de dichos intereses en juego.

Por esa razón se puede afirmar, que si en todos los casos se suprimiera la carga de auto-informarse para reemplazarla, por un deber general de información, se podría llegar a transformar a uno de los tratantes o contratantes, en una persona incapaz de determinar las razones o la conveniencia de sus decisiones, se perderían

incentivos para la investigación, y se atentaría contra la seguridad del tráfico de bienes y servicios.

En síntesis, la señalada dispersión normativa, sumada a la necesidad de conjugar intereses diversos, constituyen un impedimento para poder dar una definición de la información en el campo jurídico, que exceda lo meramente descriptivo.

### **Sección V. Diferencias de la información con la publicidad, la propaganda, la oferta, el deber de advertencia, el deber de consejo y el deber de conocimiento.**

Antes de establecer las diferencias mencionadas en el encabezado de esta sección, se debe distinguir entre el concepto información, que refiere a todo dato, noticia o referencia que pueda ser útil para reducir la inseguridad de un participante en el mercado, de la obligación de informar que constituye una imposición jurídica que tiene una de las partes de transmitir a la otra cualquier información para disminuir ese riesgo,<sup>16</sup>

**a) Diferencia con la publicidad.** El deber de información se diferencia de la publicidad por su contenido y finalidad, por su naturaleza jurídica y por su ámbito de protección.

En cuanto al contenido, la información debe ser completa y eficaz mientras que la publicidad puede referir sólo a aspectos parciales de un bien o servicio, a condición de que no sea engañosa.

A su vez, la publicidad tiene como finalidad promover la contratación, mientras que la información está destinada a la celebración de un contrato.

Desde la perspectiva de su naturaleza, la información constituye un deber legalmente impuesto en los contratos de consumo, en cambio la publicidad es un derecho del proveedor.

También debe destacarse el diferente tratamiento de la información según se trate de contratos paritarios o de consumo, diferencia que halla su justificación en el hecho de que en la moderna contratación masiva, queda disminuida o hasta suprimida la etapa de las tratativas contractuales. Por eso la publicidad adquiere especiales connotaciones, que implican que no deba ser considerada sólo como un

---

<sup>16</sup> ABDALA, Martín. "El deber de información" Ed. Abaco, Bs.As.2007, p.19.

medio para atraer clientela, sino que llega incluso a sustituir los trámites previos.<sup>17</sup> Esa disminución o supresión de las tratativas ha llevado a que el legislador, al par de imponer en los contratos de consumo la obligación de informar, autorice la incorporación al contrato de las precisiones que se hubieran efectuado en la publicidad, tal como lo dispone el artículo 8° de la ley 24.240.

La publicidad puede incluso prevalecer sobre las cláusulas contractuales. En ese sentido nuestros tribunales han resuelto que aún cuando medien aclaraciones en la denominada “*letra chica*” del contrato, no resulta posible contrariar las condiciones promocionadas en la “*parte captativa*” del mensaje publicitario<sup>18</sup>.

Doctrinariamente, se sostiene que la integración de la publicidad al contrato se funda en la confianza que genera el mensaje publicitario, confianza que no puede verse vulnerada por la existencia de discordancias entre la misma y la ejecución contractual, pues es lógico que si la publicidad induce a la contratación, el proveedor debe actuar de forma coherente con lo publicitado, pues de lo contrario se lesionaría la confianza del receptor.<sup>19</sup>

Finalmente, puede agregarse que, en general, la información tiende a amparar a la parte contractual considerada más débil, en tanto que la publicidad se vincula más estrechamente con la lealtad comercial.<sup>20</sup>

**b) Diferencia con la propaganda:** Se suele confundir la publicidad con la simple propaganda que tiende más a expandir ideas que a acrecentar las ventas, y que puede ser definida como una técnica de influir la acción humana mediante la manipulación de las representaciones. La propaganda suele exteriorizarse además con una mayor pobreza de medios.<sup>21</sup>

Por otra parte, constituye un dato de la realidad que resulta habitual que el espectáculo publicitario no informativo no tenga como propósito inducir a contratar, desde que la tarea de propaganda genera su propia mitología donde la simplificación,

---

<sup>17</sup> BALLESTEROS GARRIDO, José Antonio “*Las condiciones generales de los contratos y el principio de autonomía de la voluntad*”, Ed. Bosch, Barcelona 1999, p.234.

<sup>18</sup> Juzgado de Faltas Nro. 2 Defensa del Consumidor de la Municipalidad de La Plata, 07/07/2005, “*Telefónica Unifón (TCP S.A.)*” DJ 2005-3-567, con nota de Fulvio Germán Santarelli.

<sup>19</sup> LOVECE, Graciela I.-GARCIA OCIO, Alejandro M., “*Derechos del Consumidor*”, Ed. La Ley, Bs. As., 2005, p. 46).

<sup>20</sup> FARINA, Juan, “*Defensa del consumidor y del usuario*” Ed. Astrea, Bs.As 2004, p.177; LOVECE, Graciela, “*La fuerza vinculante de la publicidad. El daño en las relaciones del consumo*” L.L.2005-F. 734.

<sup>21</sup> PEREZ GARCIA, Pedro Antonio. “*La información en la contratación privada*”. Ed. Ministerio de Sanidad y Consumo. Instituto Nacional del Consumo. Madrid. 1990 ; p. 2

el ocultamiento y el vedetismo, operan en el plano simbólico para aumentar su seducción.<sup>22</sup>

Puede señalarse respecto de la propaganda que las definiciones que se han dado sobre propaganda política y que se transcriben en la nota al pie, pueden orientar también la diferencia entre ésta y la publicidad.<sup>23</sup>

En la propaganda el sujeto activo suele ser una empresa dedicada a ese menester, mientras que el sujeto activo del deber de informar, en los contratos paritarios son los tratantes o contratantes, según se trate de información precontractual o contractual, mientras que en el ámbito del derecho del consumidor dichos sujetos son el fabricante, el distribuidor, el importador o quien pone su marca en un determinado bien o producto.

**c) Diferencia con la oferta:** La oferta a diferencia de la publicidad debe tener un destinatario, que deber ser determinado, acorde lo dispuesto en el art.1148 del C. C. o tratarse de "consumidores potenciales indeterminados" según el texto 7° de la ley 24.240, y tiene una finalidad precisa, cual es la de celebrar un contrato determinado. En cambio la información puede y a veces debe ser brindada aún antes de la concreción de la oferta.

**d) Diferencia con el deber de advertencia:** La advertencia es una forma especial de información y significa poner a disposición de la otra parte, con el propósito de evitar daños, los datos que resulten necesarios y suficientes para alertarlo respecto de los riesgos que pueden derivarse de la contratación.

La advertencia constituye una forma especial de información que supone la existencia de un peligro, material o jurídico, en relación con el negocio propuesto o en relación a los bienes y servicios a los que refiere el contrato.

---

<sup>22</sup>LORENZETTI, Ricardo L. "El deber de información y su influencia en las relaciones jurídicas". L.L.1990-B-, 996.

<sup>23</sup> PEREZ GARCÍA, op. cit. p. 196 y su cita de YOUNG." *La propagande politique*". Paris 1962, que define a la propaganda política como." *Es el uso más o menor deliberado, planeado y sistemático de símbolos mediante la sugestión y otros ideas psicológicas conexas, con el propósito, en primer lugar de alterar y controlar las opiniones, ideas y valores y, en último término, de modificar la acción manifiesta según ciertas líneas predeterminadas.*", nota 46 o como "... el conjunto de técnicas y medios de comunicación social tendentes a influir con fines ideológicos en el comportamiento humano. La propaganda moldea la percepción de la audiencia" según sostiene Zepeda Andrés, en la Rev. Mexicana de la Comunicación, enero-febrero.2003, bajo el título "Imagen pública y poder político".

En suma, la advertencia en tanto supone la existencia de un peligro, debe constituir una clara llamada de atención, incorporada si es factible al producto, acompañada de las indicaciones precisas sobre la conducta a seguir en caso de producirse el riesgo previsto. Este deber de advertencia es particularmente relevante en orden al suministro de medicamentos, según se verá al tratar de la información en el marco de un contrato médico.

**e) Diferencia con el deber de consejo:** El deber de consejo se diferencia del deber de información por el hecho de suministrar argumentos, es decir que se trata de una opinión motivada. Este deber tiene un importante campo de aplicación en los contratos celebrados con entidades financieras, en los contratos informáticos, y en general en los contratos celebrados por profesionales, en los cuales éstos deben ayudar a su co -contratante a expresar sus necesidades, para luego orientarlos a fin de que puedan efectuar la elección más adecuada.

Otra diferencia a señalar se vincula con el hecho de que el deber de información supone un desequilibrio de conocimiento, mientras que el deber de consejo, al par de ese desequilibrio requiere que exista entre las partes una especial relación de confianza, que no es necesaria en el simple deber de informar.

Siguiendo con las diferencias entre el deber de consejo y el de información, se puede decir que éste último se caracteriza por su neutralidad, mientras que el primero importa una orientación positiva sobre la actividad del otro contratante.

También difieren en el hecho de que en la información se exige a una de las partes ciertos datos, susceptibles de influir en la decisión de la otra, mientras que el consejo tiene un objeto más amplio, porque el obligado no se limita ya a enunciar unos hechos, sino que orienta la decisión de la otra parte.<sup>24</sup>

El deber de consejo ha sido especialmente valorado en los ordenamientos que vienen dando respuesta al sobre-endeudamiento familiar, en los cuales para poder determinar si la actuación del deudor ha sido o no de buena fe, tienen en cuenta si el concedente del crédito ha cumplido o no con el deber profesional de asesorar adecuadamente al solicitante del mismo.<sup>25</sup>

---

<sup>24</sup> GHESTIN, Jacques “*Traité de droit civil. Les obligations. Les contrats*”, Ed. Librairie Generale de Droit et Jurisprudence “ LGDJ, Paris, 1993, p.374

<sup>25</sup> TRUJILLO DÍEZ, Iván Jesús, “*El sobreendeudamiento de los consumidores*” (Estudio jurídico en el marco de la colaboración entre la Dirección General de Consumo de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha y el Centro de Estudios del Consumo de la Universidad de Castilla-La Mancha) On line

De igual modo ha sido considerado por la jurisprudencia francesa, en relación con los profesionales que redactan actos jurídicos, al resolver respecto del resarcimiento de los daños derivados como consecuencia de su incumplimiento. Se ha dicho que el profesional que los redacta, no sólo debe poner la diligencia necesaria para concluir un acto válido, sino que debe esclarecer a las partes sobre sus consecuencias, sin que quepa distinguir entre clientes habituales u ocasionales.<sup>26</sup> Este criterio referido a profesionales de la abogacía puede hacerse extensivo a los escribanos e incluso a los arquitectos.

**f) Diferencia con el deber de conocimiento:** El deber de conocimiento implica la necesidad, por parte de quien debe informar, de obtener los datos que deberá transmitir.

Un ejemplo de este deber se encuentra en la Directiva 2001/95 del Parlamento Europeo y la del Consejo del 3 de diciembre 2001 referida a la seguridad de los productos. En ella se ha dispuesto que el productor de bienes debe mantenerse informado respecto de los riesgos inherentes al producto, es decir que no está obligado sólo a informar sino que debe invertir en mantenerse informado.

En la doctrina nacional se ha dado como ejemplo de existencia de este deber la actividad de un laboratorio ya que al par de exigírsele advertir los riesgos de un producto al momento de su registro, debe seguir haciendo farmacovigilancia y cuando descubra algo más deberá comunicarlo.<sup>27</sup>

Este deber de informarse para informar es claramente excepcional, y queda limitado a casos muy específicos, como ocurre en el derecho del consumo o en algunas relaciones profesionales. Sin embargo, en la doctrina española se lo considera como un sub-principio, y que como tal que no constituye un patrimonio exclusivo de la legislación protectora del consumidor.<sup>28</sup>

---

<sup>26</sup> RTDC, Ed. Dalloz, enero-marzo 2009, p.134. (*En el caso que allí se comenta el abogado, a solicitud del gerente de una empresa redactó un contrato de cesión. El comprador luego fue condenado a pagar deudas de la sociedad sin que fuera anoticiado de esa posibilidad. El abogado alegó que sólo redactó un proyecto a pedido de su cliente que era la sociedad. Sin embargo se entendió que no correspondía distinguir entre cliente habitual u ocasional y que su deber de consejo refería a los clientes en general.*)

<sup>27</sup> LORENZETTI, Ricardo L. "El deber...cit.

<sup>28</sup> GARCIA CANTERO, Gabriel, en CASTÁN TOBEÑAS- GARCIA CANTERO."Derecho civil español, común y foral", Ed. Reus, Madrid 1992, T. III, p.650- En igual sentido código civil anotado. Bueres (dir), Highton (coord.), Ed. Hammurabi, Bs. As. 1999, T. 2-A, p.2-3.

## Sección VI. Naturaleza del deber de información.

Si bien la diferencia entre los conceptos de deber y obligación exceden los límites de este trabajo, es preciso señalar que el deber jurídico refiere a un imperativo de conducta, en tanto que la voz obligación se utiliza para expresar el enlace o relación entre un derecho y un deber.

Los deberes generales de conducta, a diferencia de las obligaciones, no contienen prestaciones concretas y determinadas, ni en relación a su objeto, ni respecto de sus destinatarios.<sup>29</sup> En realidad, los deberes imponen la necesidad de ajustar una conducta a los mandatos contenidos en una norma jurídica y a diferencia de la obligación, que es un tipo de deber jurídico, no imponen un comportamiento a sujetos determinados, ni en favor de destinatarios también determinados.<sup>30</sup>

Teniendo en cuenta las diferencias reseñadas puede concluirse que en la etapa precontractual no existe propiamente un deber de prestación, ni enlace entre un deber y un derecho subjetivo, por eso se opta por usar genéricamente la voz “deber”, reservando la expresión “obligación” para el supuesto de referir a una prestación derivada de un contrato, como ocurre en el contrato de locación, cuando en su artículo 1530 el C. Civil, impone al locatario el deber de informar al locador toda usurpación o novedad de la que se pueda derivar un daño a sus intereses; o en la locación de obra al establecer que el locador el debe comunicar al dueño de la misma cualquier alteración que no haya podido ser prevista, -art. 1633 bis-; o cuando en el contrato de depósito se obliga al depositario informar acerca de la necesidad de efectuar gastos para permitir la adecuada conservación de la cosa depositada. -art. 2204- .

En consecuencia, resulta factible distinguir el deber de información en la etapa precontractual, del contrato que es fuente de una obligación de informar, y por ello en la etapa precontractual, al menos fuera del ámbito del microsistema de consumo, resulta apropiado hablar de deber de información, reservando la voz obligación de informar, para la etapa contractual, pues si bien toda obligación importa un deber jurídico, no todo deber jurídico constituye una obligación.<sup>31</sup>

---

<sup>29</sup> BUSSO, *Código Civil Anotado, Obligaciones* T.III, Ed. Ediar Bs. As. 1958, p.12/13.

<sup>30</sup> TRIGO REPRESAS, Félix, A- COMPAGNUCCI de CASO, Rubén H. “*Código Civil Comentado, Obligaciones*”, T. I, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2006, p.15/16

<sup>31</sup> TRIGO REPRESAS, Félix A. -COMPAGNUCCI de CASO, Rubén H. “*Código Civil Comentado, Obligaciones*” T. I, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe 2006, p.15/16

Sin embargo hay quienes como Nicolau consideran que la obligación de informar existe en todas las relaciones obligatorias, y que “no se trata de un mero deber secundario de conducta, sino que constituye una obligación de hacer cuyo cumplimiento puede ser exigido, y por lo tanto el vínculo se traba entre dos sujetos: el acreedor y el deudor”<sup>32</sup> De todos modos, se debe señalar que su criterio ha sido expresado en relación con la obligación médica, donde sí existe propiamente una obligación de fuente legal, cuyo cumplimiento puede ser exigido.

Sozzo, por su parte, con cita de Cerecer Pezzella, afirma que modernamente se ha producido un ensanchamiento del contenido obligacional, el que se presenta como un *programa de conductas*, razón por la cual la conceptualización clásica de relación obligacional resulta insuficiente, ya que según la nueva orientación ella no se agota en el deber de prestación y el correlativo deber de exigir o pretender la prestación.<sup>33</sup>

## **Sección VII. Fundamento del deber de información.**

En nuestro derecho, como también en el derecho continental europeo, al par de considerar a la buena fe como un principio general, se le reconoce su fuerza jurídica permitiendo derivar del mismo determinados deberes de conducta, entre los que se incluye el de información. Tal como lo tiene dicho Díez Picazo, el principio de buena fe es fuente de especiales deberes de conducta exigibles en cada caso, de acuerdo con la naturaleza de la relación jurídica y con la finalidad perseguida por las partes a través de ella.<sup>34</sup>

La buena fe como fundamento último del deber de información, en general, es adoptada tanto por la doctrina como por la jurisprudencia de nuestros tribunales, lo que se advierte sobre todo en el tratamiento de las cuestiones vinculadas a los vicios de la voluntad. A título de ejemplo pueden citarse fallos que han desechado el vicio de error, si quien lo alega, sea por medio oral u otros medios, disponía del

---

<sup>32</sup> NICOLAU, Noemí. “Acerca...”cit. p. 90.

<sup>33</sup> SOZZO, Gonzalo. “Interpretación y otros efectos de la complejidad contractual” RDPC, Rubinzal-Culzoni, 2007-2-327

<sup>34</sup> Prólogo a la obra “El principio General de la buena fe” de Franz Wieacker, Cuadernos Civitas. Madrid, 1982, p. 19.

conocimiento necesario,<sup>35</sup> o cuando se actuó frente a la existencia de dudas fundadas.<sup>36</sup>

Sin embargo, tratándose de situaciones no especialmente previstas, como ocurre en la etapa precontractual, los criterios no son pacíficos, especialmente en orden a la aplicación en concreto del principio de buena fe. Se volverá sobre el tema al hacer referencia a la presencia del deber de información en la etapa precontractual- Sección II de este capítulo.

De todos modos, no puede dejar de señalarse que en la legislación decimonónica se partió de la idea de igualdad entre los contratantes, estableciendo un sistema donde el deber de información resultaba excepcional y referido sólo a supuestos específicos.<sup>37</sup>

En cambio, a partir del reconocimiento de existencia de desigualdades reales entre los contratantes, se fue haciendo necesaria una mayor intervención del Estado con el objeto de atemperarlas, sea al regular el contrato de trabajo, la locación tanto urbana como rural, y más modernamente al garantizar los derechos de consumidores y usuarios.

Sin perjuicio del reconocimiento actual de las desigualdades, como lo señala ZIMMERMAN, la idea de protección del contratante débil se remonta al derecho romano, con su regulación de los intereses máximos y la lesión enorme, agregando que en realidad lo que ha sucedido a partir de la revolución industrial, es que el problema de la desigualdad se ha transformado en estructural.<sup>38</sup>

Entre esas desigualdades se puede señalar la asimetría económica de los contratantes, como ha ocurrido en el derecho laboral, o la asimetría informativa

---

<sup>35</sup> CN Apel.Civ. sala C,28/07/1983,” *Grunbaum, Oscar S. c. Salmán, Luis E. y otra*”LA LEY 1984-A- 353.(En el caso se dijo que :”Si de la cláusula del boleto surgía que los adquirentes tenían conocimiento de las superficies propias y comunes, que conocían el edificio, esto da a entender no solamente la inspección del inmueble en general, sino que sabían, sea por medio del reglamento del consorcio, sea por medio oral o por otros medios que el garaje era de propiedad común, por lo que mal podían verse engañados de tal forma que se consideraran compradores de una cochera individual exclusiva”

<sup>36</sup> C Apel.Civ. y Com.de Rosario, sala II, 21/06/1996,” *Vergara, Rito I. c. Carrabs, Gerardo*”• LLLitoral 1997- 863 (*Se dijo en ese caso que el error en la motivación del acto supone que el agente ha tenido una suficiente seguridad sobre la creencia errónea, pues no existirá un falso conocimiento de la realidad si aquél ha actuado aun ante la existencia de fundadas dudas acerca del verdadero estado de las cosas o hechos sobre los que recayó la apreciación equivocada*).

<sup>37</sup> GOMEZ CALLE, Esther. “*Los deberes precontractuales de información*.”Ed. La Ley Madrid 1994., p.12.

<sup>38</sup> ZIMNERMANN. “*El nuevo derecho alemán*” citado por Iñigo de la Maza Gazmurri, en “*Los límites al deber de información*” Ed. Aranzandi, Navarra, 2010, p. 112 Nota 29. Civitas. Madrid,

tenida en cuenta en el derecho del consumidor, asimetría que es considerada como uno de los fundamentos específicos del deber de informar.<sup>39</sup> Se debe entender como desigualdad o asimetría informativa, a la fundada en las ventajas que en términos de información tiene una de las partes.

En la denominada información asimétrica existe una desproporción que afecta la capacidad de decisión de una de las partes, o dificulta el cumplimiento contractual, en tanto que la paridad informativa es la que permite a las mismas que puedan tomar la mejor decisión o cumplir adecuadamente con lo pactado. Es decir, que el déficit informativo constituye un atentado a la capacidad de hacer elecciones racionales, lo que a su vez puede constituir una fuente de ineficacia del contrato.

El reconocimiento de la asimetría informativa parte a su vez del previo reconocimiento de las denominadas “fallas del mercado” y del hecho de que las carencias del circuito informativo se hayan vuelto estructurales.<sup>40</sup>

Para minimizar las fallas del mercado y lograr su transparencia uno de los métodos es el de establecer deberes de información. Dicho deber puede alcanzar intensidades variables e interesar a períodos diferentes del contrato, cuestión a la que se volverá al tratar su presencia en las distintas etapas del *iter* contractual, a saber: precontractual, contractual y post contractual.

Además, debe tenerse en cuenta que la contratación masiva ha ido transformando a la información de necesidad social en deber jurídico. Ello así porque la masificación presupone que el poder de negociación se concentra en una sola de las partes de la relación negocial, sea por su capacidad económica o porque el conocimiento especializado se centraliza en el fabricante y/o vendedor, o en el profesional, lo que provoca una situación de notorio desequilibrio respecto de quien carece de poder y no dispone de información adecuada.<sup>41</sup>

Entre los supuestos en que se hace visible la asimetría informativa, se puede citar en primer lugar, a los contratos concluidos por adhesión en base a condiciones generales de contratación, donde el predisponente es quien establece el contenido contractual.

---

<sup>39</sup> PEREZ GARCIA, Pedro Antonio. “*La información en la contratación privada*”. Ed. Ministerio de Sanidad y Consumo. Instituto Nacional del Consumo. Madrid. 1990; SENINAGLIA, Roberto. “*Acceso alle información e trasparenza*” Ed. Cedam, Padova 2007.p.54 y sus citas.

<sup>40</sup> SENINAGLIA, Op.cit, p.174

<sup>41</sup> STIGLITZ, Rubén S. “*El deber de información y los vicios del consentimiento*” LA LEY 2005-C-, 1444 y sus citas.

En segundo término se advierte esta disparidad cuando existe una gran complejidad en la prestación objeto del contrato. A título de ejemplo se pueden señalar los contratos de tiempo compartido o aquéllos en los que su perfeccionamiento tiene particularidades que dificultan la comprensión, como ocurre en la contratación por medios electrónicos.

Finalmente, puede citarse también el caso en que una de las partes no puede acceder, antes de su celebración, al producto o servicio, como ocurre en el contrato de turismo.

Estas asimetrías a las que se viene haciendo referencia se ponen de manifiesto en los supuestos de falta de información, y sobre todo en los casos en que la suministrada no resulta eficaz por tener el receptor una racionalidad imperfecta, razón por la cual el microsistema de consumo ha previsto no sólo la obligación de informar, sino también la educación del consumidor.

a) *Falta de información.* En este caso quien está obligado a brindar la información simplemente la omite, o brinda una información inadecuada.

b) *El receptor tiene una racionalidad imperfecta.* La referencia a la racionalidad imperfecta implica apartarse de la idea de presunción de racionalidad de los sujetos a la que recurre normalmente el pensamiento económico, como ya se ha visto al tratar de la pertinencia de la información. Es decir que el paradigma de que a mayor información debe seguir mayor capacidad de decisión, no responde a los datos de la realidad.<sup>42</sup>

Aquí la información se suministra pero su destinatario no es capaz de hacer un uso adecuado de ella. Por ejemplo, en un contrato concluido por adhesión a condiciones generales, es común que el adherente no se detenga en las cláusulas relativas a la distribución de riesgos, los que suelen ser subestimados. En ese sentido se ha observado que hay individuos que, aun contando con los datos necesarios, son incapaces psicológicamente de apreciar la probabilidad de morir o de sufrir un daño grave, pensando que esas cosas les ocurren a los demás,<sup>43</sup> o como ocurre a diario con la información contenida en los atados de cigarrillos respecto a su nocividad.

---

<sup>42</sup> PORTO MACEDO (Junior) Ronaldo. “Privacidad, mercado e información” Texto presentado en el seminario SELA 2000, Mar del Plata 1998. (El autor destaca especialmente las desventajas que tienen las clases menos favorecidas para hacer elecciones que los favorezcan)

<sup>43</sup> CALABRESI, G. “El costo de los accidentes” citado por Iñigo de la Maza Gazmurri, op.cit. p.118.

Por esa razón el legislador en determinados casos no se limita a imponer la obligación de informar, sino que establece la forma en que la misma debe brindarse; o establece prohibiciones referidas a determinadas cláusulas contractuales a las que sanciona con la nulidad, como ocurre en el art. 37 de la ley 24.240, o impone además deberes de advertencia o de consejo.

En síntesis si bien la buena fe, constituye el fundamento último del deber de informar, la existencia de las asimetrías, a las cuales que se ha hecho referencia, resultan ser el fundamento inmediato del mismo.

### **Sección VIII. Requisitos de la información contractual.**

La información en el ámbito contractual, al margen de su pertinencia, cuestión a la que se ha hecho referencia en la Sección I, ap. 1, debe reunir tres notas que se pueden calificar como esenciales, a saber: debe ser exacta, completa y comprensible.

La exactitud implica la necesaria veracidad del dato transmitido. La completitud en cambio, refiere a todos aquellos puntos que, a juicio del informante o por disposición legal, deban conformar el bagaje de conocimientos necesarios para que la persona a quien se dirige la información, pueda tomar sus decisiones. Ese recaudo resulta indudable si, como se verá luego, la finalidad de la información es no sólo la de lograr el libre consentimiento, sino también posibilitar que el destinatario esté en condiciones de cumplir adecuadamente con las prestaciones emergentes del acuerdo y evitar riesgos.

Para que los fines de la información se logren, la misma debe versar no sólo sobre la obligación principal sino también sobre cuestiones, que no obstante ser accesorias, resultan relevantes en el marco de la economía general del contrato.

A su vez, en determinados casos no basta con dar a conocer al otro contratante el contenido de la propia obligación o el preciso alcance de aquello a lo que el informante se ha comprometido, sino que también se exige informar sobre el contenido y extensión de la prestación de su contraparte.<sup>44</sup> Un ejemplo de este último supuesto se configura en nuestro ordenamiento en el caso previsto por el artículo 8° de la ley 24.240, referido a las operaciones de venta a crédito.

---

<sup>44</sup> GOMEZ SEGADÉ, José Antonio, “Notas sobre el derecho de información del consumidor” Revista Jurídica de Cataluña, N°3, 1980.

Se requiere también que la información sea comprensible, es decir que quien la recibe pueda utilizarla para tutelar adecuadamente sus intereses. Por esa razón el emisor debe tener en cuenta no sólo el contenido sino también la forma en que dicha información se suministra, considerando quién es su destinatario exigencia que ha sido reconocida explícitamente por nuestros tribunales.<sup>45</sup> En ese sentido Mosset Iturraspe y Wajtraub insisten, compartiendo el criterio de Llovet I Aguado, aunque lo hacen en referencia a la oferta, que no bastará con que el oferente incluya en la misma las indicaciones sobre los elementos esenciales y las cualidades sustanciales, sino que también será necesario que dichas indicaciones sean comprensibles para la otra parte; agregando que la exigencia de inteligibilidad resulta tanto más necesaria cuanto más compleja resulta la operación proyectada a fin de evitar cualquier error sobre la naturaleza del contrato.<sup>46</sup>

De todos modos, es preciso entender que cuando el legislador exige claridad y comprensibilidad de la información, no se está ocupando del equilibrio normativo del contrato, sino de las cualidades informativas del texto, sobre todo cuando se trata de contratos predisuestos o de contratos de consumo.

Claridad y comprensibilidad de las cláusulas contractuales son atributos difícilmente distinguibles en el lenguaje natural, pero desde el punto de vista jurídico, la claridad se vincula directamente con la forma o modalidad de la declaración, y en particular con los caracteres y signos gráficos o fónicos, los que deben ser inteligibles, accesibles y uniformes. En cambio, la comprensibilidad se relaciona con el contenido del contrato, que debe consignarse de manera tal que el que presta su consentimiento pueda hacerlo leyendo o escuchando el texto del mismo.<sup>47</sup>

Otro requisito de la información es la necesidad de concentrar la misma, sin que se considere cumplido el deber de informar con la remisión a otros textos fuera

---

<sup>45</sup>CNCiv., sala K, 14/02/2007, Pozzi, Gastón E. v. Centro de Educación Médica e Investigaciones”, concluyendo que:” *“Es responsable el médico interviniente por el modo de transmisión de la información suministrada a un paciente, considerando que era hipoacúsico y que el único medio de estar seguro de transmitir las posibilidades reales que tenía el tratamiento experimental de inmunización, sus complicaciones y curación, sería si le hubiere entregado un escrito al paciente donde figuren todos esos puntos...”*

<sup>46</sup> MOSSET ITURRASPE, Jorge- WANJNTRAUD, Javier H. *“Ley de defensa del consumidor”* Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe 2008, p.68- LLOVET I AGUADO, Josep. *“El deber de información en la formación de los contratos”* Ed. Marcial Pons, Madrid 2006, p.71.

<sup>47</sup> SENINAGLIA, R, op.cit .p. 121.

del contrato (reglamentos, especificaciones técnicas, etc.).<sup>48</sup> Ese criterio ha sido reconocido por nuestros tribunales, al considerar que el derecho que tienen los consumidores no está condicionado a ninguna actividad suplementaria en cabeza de ellos.<sup>49</sup> Es decir que la comprensión de la información debe ser directa, sin reenvío a textos o documentos que no se faciliten, previa o simultáneamente, a la conclusión del contrato.<sup>50</sup>

Un caso especial de exigencia de concentración en materia de información contractual se advierte en el contrato de seguro, en orden a los informes complementarios solicitados por la aseguradora.<sup>51</sup>

Los requisitos de la información considerados supra, han sido tenidos en cuenta por nuestros tribunales, aunque en referencia a la obligación de informar en el marco de la ley 24.240. En ese sentido, se ha resuelto en relación a la comprensión y suficiencia de la información, que la obligación legal no se considera cumplida cuando los documentos estén expresados en inglés<sup>52</sup>, o con rótulos en ese mismo idioma<sup>53</sup>, o no se ha aclarado que los tickets expedidos por los cajeros automáticos están sujetos a recuento y verificación y que, en caso de diferencia, prevalecen los registros de la entidad<sup>54</sup>, o que la entrega gratuita de un aparato telefónico era en comodato<sup>55</sup>, o se hace remisión a anexos que no se entregan al consumidor, o se

---

<sup>48</sup> LORENZETTI, Ricardo L. “*El deber de información y su influencia en las relaciones jurídicas*”. L.L.1990-B- 996.

<sup>49</sup> C.N.Apel. Com. sala B. 09/11/2004,”*Villa Echagüe, Ivan c. Banco Privado de Inversores*” L.L. 2005-B- 400.

<sup>50</sup> PETIT LAVALL, María Victoria “*La protección del consumidor de créditos: las condiciones abusivas de crédito*” Ed.Tirat lo Blanch, Valencia 1995,p.143

<sup>51</sup> C.N.Apel. en lo Com. Sala D, fallo del 26/03/2010, en autos:” *Chao, Oscar Arturo c. Mapfre Aconcagua Compañía de Seguros S.A.* “ La Ley Online; en el que dijo que: “*Es contrario a la buena fe que debe regir al contrato de seguro, que la información complementaria autorizada por el art. 46 de la ley 17.418 no se unifique en un único requerimiento, sino que se fraccione sucesivamente en el tiempo, sobre todo cuando no se explican las razones que justificaron tal proceder.*”

<sup>52</sup> CNFed Contenciosoadministrativo, Sala V, 25/11/1997, “*Mazzei Smurra SA c/S. C. e I.*” LA LEY 1999-D, 776.

<sup>53</sup> CNFed Contenciosoadministrativo, Sala III, 30/03/1999, “*Abbot Laboratorios Argentina SA c/S. C. e I.*” LA LEY 1999-C, 518.

<sup>54</sup> CNFed Contenciosoadministrativo, Sala V, 10/03/1999, “*Citibank NA c/ Secretaría de Comercio*”. LA LEY 2000-E, 880.

<sup>55</sup> C Apel Cont. Adm. y Trib. de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Sala I, 25/02/05, “*Telecom Personal SA c/ Ciudad de Buenos Aires*” LA LEY 13/07/2005- 13.

formulan referencias genéricas como “costos de financiamiento”<sup>56</sup>, o “gestión de cobranzas”<sup>57</sup>.

### **Sección IX. Finalidad de la información contractual.-**

La información, particularmente en la etapa precontractual, cuestión a la que específicamente se dará tratamiento en la Sección II de este Capítulo, tiene como principal finalidad la de contribuir a formar un consentimiento contractual más claro y reflexivo, pues como ya se ha anticipado el conocimiento, constituye un elemento esencial para que un contratante pueda discernir y de ese modo efectuar una elección racional.

Sin embargo, la información no siempre resultará suficiente para lograr esa finalidad, si faltan parámetros de referencia en el receptor, los que a su vez pueden ser inducidos o deformados por la publicidad o las técnicas de marketing. A pesar de esa posibilidad no cabe duda que con la información se construye seguridad,<sup>58</sup> y que en cambio su falta impide celebrar contratos perfectos. Por eso, actualmente se sostiene, que la información aparte de constituir una garantía de la autonomía privada, en los modernos mercados se eleva a la calidad de necesidad estructural del sistema de intercambio de bienes y servicios.<sup>59</sup>

Esa garantía de la autonomía privada es absolutamente relevante en la etapa precontractual, en la que el deber de información se incardina con el de cooperación, deberes que si bien se sitúan en todo el *iter* contractual, es decir desde los tratos preliminares hasta el período de ejecución, cobran sin duda especial relieve en las negociaciones previas a la celebración del contrato.<sup>60</sup>

---

<sup>56</sup> C Apel Cont. Adm. y Trib. de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, sala II, 04/05/2004, “*Citibank N.A. c/ Ciudad de Buenos Aires*”, LA LEY Online; CNFed Contenciosoadministrativo, Sala II, 08/09/2005, “*Citibank N.A. c. Dirección Nac. de Comercio Interior*” LA LEY Online.

<sup>57</sup> CNFed Contenciosoadministrativo, sala III, 19/08/2005, “*Banco Río de la Plata c. Dirección Nac. de Comercio Interior*” LA LEY 24/11/2005, 5.

<sup>58</sup> WEINGARTEN, Celia. “*La confianza en el sistema jurídico*” Ediciones Jurídicas Cuyo, 2002, p.96.; RUDDEN, Bernard, op.cit.p.95.

<sup>59</sup> SENINAGLIA, , op.cit.p.6

<sup>60</sup> STIGLITZ, Rubén S. “*El deber de información y los vicios del consentimiento*” L.L. 2005-C- 1444; Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales Tomo I, 1073; Obligaciones y Contratos Doctrinas Esenciales, Tomo IV, 563

En cambio, en la etapa contractual y en la post-contractual la finalidad de la información es la de permitir un adecuado cumplimiento del contrato y evitar riesgos.

Llegados a este punto, no se puede desconocer que en la actual economía de mercado y en particular en la contratación masiva, se viene aniquilando paulatinamente la etapa de las tratativas, acortando la distancia entre el momento precontractual y el de celebración del contrato. Por esa razón la información normalmente viene integrada al contenido del contrato, que en consecuencia se convierte en el único vehículo de conocimiento. Es por eso que se advierten, particularmente en los contratos no paritarios, una serie de exigencias normativas relativas al contenido contractual, con el objeto de garantizar un adecuado conocimiento, como ocurre en el contrato de tarjeta de crédito al exigirse que algunas de sus cláusulas tengan una tipografía especial o sean subrayadas.

Además, no puede dejar de considerarse que la información también tiene como finalidad satisfacer la exigencia de transparencia del mercado, no siendo posible hablar de transparencia sino es con referencia a un equilibrio de intereses informado, comunicado de un modo claro y comprensible. En otras palabras la regulación contractual debe presentarse no sólo de modo informado, sino también transparente.

## **TITULO SEGUNDO. Clasificación de los deberes de información.**

### **Sección I. Deberes típicos y atípicos**

En materia de información resulta adecuado distinguir entre deberes que pueden denominarse como típicos, en tanto han sido previstos por el legislador, de los llamados atípicos, que constituyen una derivación del principio general de buena fe.

Cuando se habla del deber general de información, en realidad se está haciendo referencia a los deberes atípicos, sobre todo cuando se pretende justificar su existencia o determinar sus límites.

Como ya se anticipara en nuestro derecho, como en el derecho continental europeo, aun cuando se parta del principio de autorresponsabilidad con el consiguiente deber de informarse, existe un reconocimiento en el sentido de que a

partir del principio de buena fe, se pueden derivar deberes de información no específicamente de previstos.

Sin embargo, pese a dicho reconocimiento subsiste el debate en orden a la extensión del deber de informar y al régimen de sus consecuencias.

Así en el derecho alemán se advierten tres situaciones en que el principio general de buena fe impone el deber de informar, a saber:

- 1- Cuando una parte solicita información a la otra;
- 2- Cuando la información está referida a circunstancias que son totalmente determinantes para la otra y
- 3- Cuando exista una relación de confianza entre las partes.<sup>61</sup>

En Francia, cuyo derecho se suele contraponer al derecho inglés para mostrar la renuencia de este último a la imposición del deber de informar, en general se admite la posibilidad de derivar del principio general de buena fe, el deber de informar durante la negociación del contrato. Sin embargo, autores como Larroumet consideran que constituye un límite a dicha obligación, la circunstancia de que la parte ignorante pueda procurarse *per se* la información.<sup>62</sup>

En el derecho italiano, que establece concretamente la responsabilidad precontractual y la posibilidad de anular el contrato si no se ha informado respecto de las causas de nulidad, existen también diferencias en cuanto a la amplitud del deber de información, aún cuando mayoritariamente se admita que debe aplicarse con un criterio amplio.<sup>63</sup>

En cambio en el derecho anglosajón, en general hay acuerdo en que durante la etapa de negociación de un contrato, no existe una “*general obligation*” de informar aún cuando una de las partes conozca que dicha información sea determinante para la decisión de la otra.<sup>64</sup> Sin embargo, también es cierto que a

---

<sup>61</sup> DE LA MAZA GAZMURRI, Iñigo, “Los límites del deber precontractual de información” Ed. Civitas-Thomson Reuters, Navarra 1910, p. 219

<sup>62</sup> LARROUMET, Christian “*Droit Civil, -Les obligations. Les contrats*”, T. III ,1º parte, Paris 2007, p.139

<sup>63</sup> VISINTINI, G. “*La reticenza nella formazione dei contratti*” Ed. Cedam, Padua 1972, p. 111 al decir: “nessuna dubita che il dovere di comportarsi secondo buona fede nella fase delle trattative, in primo luogo impone alle parte di comunicarsi scambievolmente le circostanza e tutti gli elementi la cui conoscenza permette di formarsi una esatta rappresentazione dell’oggetto delle trattative”(No hay duda que el deber de comportarse según la buena fe en la fase de las tratativas, en primer lugar impone a las partes comunicarse lealmente las circunstancias y todos los elementos cuyo conocimiento permita formarse una exacta representación del objeto de las tratativas.-) (Traducción propia)-

<sup>64</sup> DE LA MAZA GAZMURRI, I. op.cit pg. 181 y doctrina citada en nota Nº7.

pesar del criterio precedente se juzga con toda severidad a quien informa y lo hace falsamente y se reconocen también numerosas excepciones.

En materia de deber de informar resulta ilustrativo el criterio que surge del fallo, recaído en autos: “*Walter v. Morgan*”<sup>65</sup> en el que el Juez Campbell sostuvo que: “No habiendo relación fiduciaria entre el vendedor y el comprador en la negociación, el comprador no está obligado. La simple reticencia no cuenta y el comprador no está obligado a revelar ningún hecho exclusivamente de su conocimiento que pueda esperarse razonablemente, que influya en el precio de lo vendido. La simple reticencia no constituye fraude legal; sin embargo puede ser una cuestión moral. Pero una simple palabra (yo agregaría) un gesto o una guiñada, o un movimiento de la cabeza, o una sonrisa por parte del comprador que tenga por objeto inducir al vendedor a creer en la existencia de hechos no existentes, que puedan influir en el precio de lo vendido, puede ser un motivo suficiente para una Corte de Equity para refutar una cláusula (decreto) sobre una obligación específica del acuerdo”.

En cuanto a las declaraciones, se sostiene que para que las mismas produzcan efecto es necesario que reúnan varios requisitos, a saber:

- 1- Que recaiga sobre una cuestión de hecho presente.
- 2- Que la cuestión sea relevante y que no sea ambigua.

En función de esos parámetros quedan excluidas aquellas declaraciones en las que una persona razonable no debería confiar; las que corresponden a meras opiniones del quien la emite, con la salvedad que se hace en el apartado siguiente; las que recaen sobre el derecho y las que no refieren a hechos presentes.<sup>66</sup>

Debe tenerse en cuenta que en materia de opiniones para que se las repute como neutras es menester que los hechos sean igualmente conocidos por ambas partes. En caso contrario, la opinión de quién tiene un mejor conocimiento de los hechos, generalmente significa la expresión de un hecho significativo (*material fact*), pues implícitamente, dice que él conoce los hechos que justifican su opinión.

En suma, a pesar del criterio general restrictivo, las excepciones a la inexistencia de un deber de informar resultan numerosas y relevantes.

En el derecho nacional también, mayoritariamente, se sostiene que la buena fe sirve de sustento al deber de información durante las tratativas, cuestión sobre la que

---

<sup>65</sup> DE LA MAZA GASMURRI, I, cit.p.185. (Cita en inglés con traducción propia) .

<sup>66</sup>DE LA MAZA GASMURRI, I, op.cit, p.185/ 190

se volverá al tratar sobre los presupuestos que dan nacimiento a dicho deber en la etapa precontractual, y cuando se haga referencia a sus límites.

## **Sección II. Deberes de información precontractuales**

La cuestión relativa a la información en la etapa pre-contractual ha constituido una cuestión debatida desde tiempos remotos, basta para ello recordar el debate ficticio planteado por Cicerón entre Diógenes de Babilonia y su discípulo Antíprato, en el caso del mercader de Rodas. Se trataba de un comerciante que lleva de Alejandría a Rodas un cargamento de trigo, en oportunidad en que los rodios sufrían escasez de dicho cereal. El comerciante conocía que otras naves habían salido de Alejandría con igual cargamento, circunstancia que ocultó a los rodios, lo que le permitió obtener un precio mayor al que hubiera obtenido si ese dato hubiera sido conocido.

En ese caso, Diógenes de Babilonia defendió la legitimidad del silencio, en cambio su discípulo, justificó el deber de informar en la existencia de lazos de solidaridad humana. Cicerón por su parte, consideró que ocultar no consiste en callar, sino el querer en tu provecho, lo que tú sabes ignoran otras personas a quienes sería útil saberlo, y califica a quien así actúa de taimado, astuto, malicioso.<sup>67</sup>

Santo Tomás de Aquino, retomando el caso, expresa que el menor precio sólo se produciría eventualmente con la llegada de otros barcos, de modo tal que el vendedor que vende según el precio corriente del momento, no parece quebrantar la justicia al no manifestar lo que va a suceder después, agregando que si hubiera informado o vendido a un precio menor practicaría una virtud más perfecta, pese a no estar obligado por deber de justicia.<sup>68</sup>

Actualmente y desde un punto de vista económico se podría sostener la licitud del silencio en razón de que el comerciante, de no tener la posibilidad de obtener un mayor precio, no hubiera estado incentivado para llegar en el menor tiempo posible al mercado y solucionar la escasez de alimentos de los rodios.

Ese mismo debate se produjo en el caso resuelto por la Corte Suprema de los Estados Unidos de Norteamérica en la causa "*Laisdlaw v. Organ*" En ese caso, Organ que era un comerciante de tabacos de Nueva Orleáns, tuvo conocimiento de

---

<sup>67</sup> CICERON, M.T. "*Sobre los deberes*" Trad. GUILLEN CABAÑERO, Ed. Tecnos, Madrid, 1989, p.156.

<sup>68</sup> SANTO TOMAS DE AQUINO. "*Summa Teológica*" T. III. Biblioteca de Autores Cristianos. Madrid 1990, p.593.

la firma del tratado de Ghent que puso fin a la guerra de la independencia. Durante dicha guerra, el bloqueo impuesto por la Armada británica había mantenido bajos los precios del tabaco, y a consecuencia de su levantamiento, éstos subieron rápidamente. Organ que tenía conocimiento del tratado, antes de que el mismo se hiciera público, compró a Peter Laisdlaw Company una importante partida de tabaco, y pese a que el representante del vendedor preguntó si tenía datos del bloqueo, el comprador guardó silencio. En la resolución de la Corte Suprema, por la se rechazó la acción incoada por el vendedor, el juez Marshall consideró que se trataba de información extrínseca y que era difícil determinar los límites de una doctrina que impusiera el deber de entregar esos datos durante la negociación de un contrato. En función de dicho precedente, se sostiene que en el derecho norteamericano no se puede hablar de que exista un deber general de información durante las tratativas, sin perjuicio de señalar que, cuando alguien se decide a brindar información, la exigencia de veracidad es absolutamente estricta.

De todos modos en dicho caso, si bien se trataba de dos comerciantes que podían tener acceso similar a la información, lo cierto es que el comprador se enteró del levantamiento del bloqueo porque un hermano suyo estaba presente en la negociación de dicho levantamiento, lo que sin duda alteraba la simetría.

Sin perjuicio de los antecedentes mencionados supra, resulta imposible obviar el hecho de que los deberes de información, particularmente en la etapa precontractual, resultan relevantes a fin de permitir una adecuada formación del consentimiento contractual.<sup>69</sup>

Llegados a este punto es preciso consignar que cuando se habla de deber de información en la etapa precontractual, se da por reconocida la responsabilidad de los tratantes durante ese período, sin que quepa, a los fines del tratamiento de la información, señalar los diversos criterios doctrinarios y jurisprudenciales, referidos a la extensión de dicha etapa, cuyo conocimiento se da por sentado.<sup>70</sup>

---

<sup>69</sup> MENDEZ SIERRA, Eduardo Carlos, “La violación del deber de información precontractual. Ámbito en el que se despliegan sus consecuencias” DJ 09/08/2006- 1012; CASIELLO, Juan José, “El deber de información precontractual”, en “Homenaje a Dalmacio Vélez Sarsfield”, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba, 2000, t. II, p. 42/43; BREBBIA, Roberto H., “Responsabilidad precontractual”, Ed. La Rocca, Buenos Aires 1987, p. 92, STIGLITZ, Rubén S., “El deber de información y los vicios del consentimiento”, en La Ley, 2005-C, 1445 y ss

<sup>70</sup> Sobre la Responsabilidad Precontractual puede consultarse entre otros: BREBBIA, Roberto “Responsabilidad precontractual” Ed. La Rocca, Bs.As. 1987; GOLDEMBERG, Isidoro, “Fundamento de la responsabilidad precontractual”, *JUS T. 7*; MOSSET ITURRASPE, Jorge “La

En general, cuando se habla de información precontractual, se sostiene que con ella se busca la protección de la libertad contractual y particularmente de la voluntad. Sin embargo, no se agota allí su finalidad, porque por su intermedio al par de proteger el consentimiento, se garantiza la seguridad jurídica al evitar nulidades y se protege la confianza, abaratando los costes de transacción.

Además, la información también constituye un recurso para proteger el mercado, pues para que un contratante pueda discriminar entre diversos proveedores es necesario que disponga de información suficiente sobre lo que cada uno de ellos ofrece.<sup>71</sup>

En este momento resulta importante señalar que la regulación de los deberes precontractuales de información se encuentra dispersa en numerosas normas y figuras jurídicas, dispersión que no es patrimonio exclusivo de nuestro ordenamiento, pues lo propio ocurre en el derecho comparado donde también se advierte una variedad de disposiciones. Entre esas disposiciones pueden citarse las relativas a los vicios del consentimiento, en particular al error y al dolo, las referidas a las garantías de evicción y vicios redhibitorios; las que sancionan la reticencia o la entrega de información defectuosa. Todo ello sin contar que existen deberes específicos de información, como ocurre con las leyes protectorias del consumidor; las que regulan el contrato de seguro; o las relativas a la prestación de servicios profesionales, entre otras.

Sin perjuicio de esta dispersión, será imperioso que, a partir de dichas normas particulares, se pueda verificar si es posible afirmar que exista un deber general de información precontractual, o si por el contrario hay que negar esa posibilidad. En caso de que la respuesta sea negativa, se deberá precisar cuáles son los supuestos en que dicho deber puede ser concretamente exigido y establecer cuáles son sus límites, como así también los efectos derivados de su incumplimiento

---

*difusa separación entre lo precontractual y lo contractual, los riesgos de la negociación informar*” L.L.Litoral 1998; SOZZO, Gonzalo C.”*Antes del contrato*” Ed. Lexis-Nexis, Bs.As. 2005

<sup>71</sup> DE LA MAZA GAZMURRI, op.cit.p.130

## **Ap.I.- Presupuestos de hecho que dan nacimiento al deber de informar en la etapa precontractual.**

Partiendo de la idea de inexistencia de un deber general de información, cuyo fundamento se explicitará en el ap. II de esta Sección, se considera que para que el mismo sea exigible en el período de las tratativas, es menester que se configuren los siguientes extremos, a saber:

### **a) La ignorancia o el desconocimiento de la información, por parte de uno de los tratantes.**

El primer requisito para que surja un deber de informar de parte de quién detenta datos relevantes, es que la otra parte legítimamente los ignore. Además debe tratarse de información no disponible y que al mismo tiempo resulte relevante para una adecuada formación del consentimiento. Sólo en ese caso la información se constituye en objeto del deber al que se viene haciendo referencia en la etapa precontractual.

A título de ejemplo puede señalarse que tratándose de vicios de la cosa, es menester que los mismos sean ocultos, es decir desconocidos para un adquirente que posea una diligencia media. De todos modos debe señalarse que ese recaudo no resulta aplicable en el ámbito del derecho del consumidor, que se rige por sus propios principios en materia de información.

Sin embargo, aún dentro del microsistema de consumo el deber de informar cesa cuando se trata de hechos ampliamente conocidos, pues la omisión de dicho deber sólo tiene incidencia causal cuando impide conocer, lo que no ocurre si el hecho es ampliamente conocido o lo puede ser con una simple diligencia media”<sup>72</sup>

### **b) La legitimidad de la ignorancia.**

Si bien en algunos casos la propia ley presume la ignorancia legítima de una de las partes, como ocurre en el ámbito del derecho del consumidor, en general resulta relevante la diligencia desplegada por quien carece de la información necesaria, para munirse de ella.

De todos modos, para establecer dicha legitimidad, no se podrá obviar averiguar si el ignorante se encuentra o no en una situación de inferioridad que le impida acceder a la información.

---

<sup>72</sup> LORENZETTI, R.”*Consumidores*” cit. p.180

En síntesis, quien alega la ignorancia deberá demostrar que no obstante haber desplegado una diligencia media, no ha podido procurarse los datos suficientes para tomar su decisión.<sup>73</sup>

**c) Que exista entre las partes una especial relación de confianza.**

La existencia de una especial relación de confianza entre las partes hace que correlativamente exista un especial deber de información.

El principio de confianza exige, a quienes participan en el tráfico, el deber de no defraudar las expectativas despertadas en los demás, siempre que las mismas sean legítimas y fundadas. Es decir que, en el caso de las relaciones fiduciarias, el deber de informar se encuentra subordinado a la obligación de no abusar de la confianza.

Consecuentemente, si una parte puede legítimamente confiar en que la otra velará por sus intereses en la negociación del contrato, no es necesario que se le exija que se comporte diligentemente.<sup>74</sup>

Esta relación de confianza aparece sobre todo en los contratos *intuitu personae*, pero también cuando se contrata entre miembros de una misma familia, supuestos en los cuales la obligación de información es recíproca.<sup>75</sup>

Pero no se agotan allí los casos en que es factible exigir el tener que informar con fundamento en la confianza, pues dicha exigencia puede estar vinculada a la naturaleza del contrato, como ocurre en aquéllos en que el propósito práctico perseguido por las partes no se logra sino en la medida en que cada una pueda confiar especialmente en la otra, como ocurre en el mandato, la sociedad o el contrato de trabajo.

Otros supuestos de contratos basados en la confianza se advierten en los que unen a un profesional con un lego, aunque en ese caso el legislador, normalmente, impone deberes específicos de información.

También en los contratos particularmente complejos, la confianza requiere una protección acentuada, lo que ha sido reconocido jurisprudencialmente al exigirse en ellos un mayor deber informativo, como ocurre con los contratos vinculados a los fondos comunes de inversión.<sup>76</sup> De todos modos, debe señalarse que la protección de

---

<sup>73</sup> LLOVET I AGUADO, Josep. op .cit. p.115.

<sup>74</sup> DE LA MAZA GAZMURRI, I. op. cit. p. 312

<sup>75</sup> LLOVET I AGUADO, op.cit. p.117.

<sup>76</sup> CSJ de TUCUMÁN, 2/10/2009, “FONTDEVILLA, PABLO c. HSBC BANK ARGENTINA S.A.”En Derecho Mercantil- Lex Mercatoria, On line, fallo en el que se dijo que “*Debe considerarse*

la confianza no puede amparar ni la confianza ingenua, ni la temeraria, cuestiones éstas que deben ser resueltas en cada caso en particular.<sup>77</sup> También debe descartarse la confianza meramente subjetiva, es decir aquella que el sujeto pueda haberse creado, sino que la misma ha de ser objetiva y razonable.<sup>78</sup>

Otro aspecto a tener en cuenta es que la confianza en el otro tratante, contribuye a un significativo ahorro en los costes de transacción, pues si una persona no confía debe conseguir por su cuenta, toda la información que le resulte necesaria para celebrar un contrato.<sup>79</sup> En por eso que resulta indudable que la protección de la confianza es económicamente productiva.

Además, y sin perjuicio de considerar lo que se dirá más adelante respecto de la excusabilidad del vicio de error, deberá tenerse en cuenta que, en toda contratación, debe existir un nivel mínimo de confianza, que permita que cualquiera de los tratantes tenga derecho a confiar que la otra le informará de la existencia de causas que puedan afectar la validez del contrato o sobre cuestiones que puedan conducir al incumplimiento del mismo.<sup>80</sup>

#### **d) La asimetría informativa**

La simetría o asimetría en el acceso a la información constituye un parámetro que se utiliza normalmente al momento de justificar la existencia de un deber de información. Esta pauta ha sido especialmente considerada por nuestros tribunales, al tener en cuenta la posibilidad de conocer que tenía una de las partes, y puntualmente al señalar que la información tiene como finalidad corregir la asimetría informativa.<sup>81</sup>

---

*que los fondos de inversión constituyen operaciones que por su gran complejidad imponen a quien los ofrece una rigurosa obligación de informar y asesorar, poniendo especial cuidado en hacer conocer los riesgos de la inversión.*

<sup>77</sup> REZZÓNICO, Juan Carlos “Principios fundamentales de los contratos”, Ed. Astrea, Bs.As.1999,p.376-377

<sup>78</sup> DIEZ PICAZO, LUIS, “Fundamentos del derecho civil patrimonial” T. I. Introducción, teoría del contrato, 6ta. Ed. Thomson-Civitas, Navarra 2007,p.71

<sup>79</sup> WEINGARTEN, Celia.”La confianza en el sistema jurídico” Ediciones Jurídicas Cuyo, 2002, p.96.

<sup>80</sup> GHESTIN, Jacques “Conformité et garanties dans la vente” Ed. Librairie General de Droit et Jurisprudence, Paris 1983, p.128

<sup>81</sup> CNde Apel. Com. Sala D, 18/12/2006, “Sierra Gas S.A. v. Eg3 S.A.”,JA 2007-II-392. En dicho fallo se dijo que...” el conocimiento suficiente por parte del acreedor a la información, o la posibilidad por razón de su profesionalismo de ser cognoscible para él dicha información, constituye un límite inherente al deber precontractual de informar e inhabilita un reproche posterior contra el co-contratante. El límite, puede decirse, resulta del conocimiento que dispone el acreedor a la información o de sus posibilidades de conocer, apreciando esto último con un criterio concreto en consideración a sus aptitudes y posibilidades. De donde se sigue, en fin, que el error de hecho, proveniente de una “negligencia culpable” del acreedor de la información en conexión con su propio deber de informarse, señala el confín al que se halla sometido el deber precontractual de informar que se asienta en la buena fe” ....”descartándose en el caso concreto aquí juzgado la existencia de

La asimetría informativa como parámetro para establecer el deber de informar, tiene sentido económico, porque la información suele ser costosa de producir o de acceder a ella. De todos modos sólo habrá igualdad de acceso a la información si se satisfacen dos condiciones: La primera, que ambas partes tengan las mismas probabilidades de acceder a ella con el mismo esfuerzo, y la segunda, que las partes sean capaces de realizar ese esfuerzo.

Como ejemplo de estos requisitos, se da el caso de dos anticuarios, uno de los cuales- vendedor- cree que una mesa es sólo una imitación de un objeto antiguo, en tanto el otro- comprador- sospecha que se trata de un mueble de época y encarga un dictamen a un experto que confirma sus sospechas. En ese caso ambas partes tenía igual acceso a la información y con igual esfuerzo, razón por la cual no resulta exigible que quien la procuró deba transmitirla a la otra parte, y consecuentemente tiene derecho a beneficiarse de la misma.<sup>82</sup>

Entonces, es la desigualdad de los conocimientos sobre circunstancias relevantes de la materia que será objeto del contrato, la que justifica la imposición de deberes de información. Es decir que la protección del desinformado se sustenta en una suerte de presunción de ignorancia, aunque deba señalarse que esa presunción no “importa un derecho ganado a la pasividad, pues la condición de desinformado no lo legitima *per se* a sustraerse del deber de colaboración”.<sup>83</sup>

Llegados a este punto no puede dejar de considerarse una particular forma de asimetría informativa, como es la que se vincula con la licitud o ilicitud para la obtención de los datos. En el caso de obtención ilícita de una información, quien la detenta no puede válidamente servirse de ella en su propio provecho. Esta cuestión fue tratada ya en 1871, por la jurisprudencia de Estados Unidos de Norteamérica en la causa “*Phillips c/ Homfray*”,<sup>84</sup> caso en el cual el adquirente de una finca, antes de entrar en tratativas ingresó clandestinamente en la misma y testeó el carbón que existía en ella, circunstancia que ignoraban los vendedores, que por tal razón vendieron la finca a bajo precio.

---

*una brecha informativa entre uno y otro contratante en términos tan desequilibrantes que llamen inexcusablemente al juzgador a restaurar algún equilibrio perdido”.*

<sup>82</sup> DE LA MAZA GAZMURRI, I. op. cit. p.337, y su cita de SCHEPELLE, K. de “*Legal Secrets. Equality and Efficiency in the Common Law*”.

<sup>83</sup> STIGLITZ, Rubén “*Derecho de Seguros*” T. I Ed. L.L. 4ta ed. p.353.

<sup>84</sup> DE LA MAZA GAZMURRI, cit. p. 320

Otro caso de ilicitud respecto de la información, se produce cuando se usa en beneficio propio una información calificada como privilegiada. La información privilegiada no debe confundirse con la secreta, que es aquella cuya divulgación está vedada, pues su titular no desea que sea accesible a otros sujetos, sino que es sólo transitoriamente confidencial, pues tiene como destino natural su divulgación.<sup>85</sup> En ese caso quien usa información privilegiada antes de que la misma sea accesible al público, no podrá pretender aprovechar los beneficios que de ese uso se deriven.

Finalmente, no puede desconocerse que la asimetría informativa se advierte de manera particular en los contratos que se celebran por medios electrónicos, en los cuales el oferente tiene una notoria ventaja informativa.<sup>86</sup> En función del reconocimiento de dicha asimetría se tiende a imponer deberes específicos de información tales como los propuestos por la Directiva Europea sobre Comercio Electrónico y similares, en los que al par de exigirse una adecuada identificación del oferente, se debe aclarar, antes de que el destinatario pueda ejecutar su opción, cuál es el modo para hacerlo, cuál es el producto o servicio que se ofrece, como así también los aspectos legales y las condiciones generales de contratación. Se volverá sobre el punto al tratar la información en el ámbito de microconsumo.

**e) El costo de la información no es el mismo para cada una de las partes.**

El costo desigual para obtener la información, constituye otro de los fundamentos para la imposición de un deber de suministrarla a quien la detenta, ignorancia que ha sido legalmente presumida en el derecho del consumo que por eso ha impuesto una verdadera obligación de informar a cargo del proveedor, quien además debe brindarla en forma gratuita.

Sin embargo, aún en el caso de tratarse de un contratante débil, si éste puede fácilmente y a un costo igual o menor de la otra parte de acceder a la información, debe procurársela por sí mismo. Se volverá sobre el tema al tratar de la información en el marco de la ley 24.240.

---

<sup>85</sup> HERNANDEZ SAIZ, Esther. "El abuso de información privilegiada en los mercados de valores" Ed. Arazandi, Navarra 2007, p. 321.

<sup>86</sup> LORENZETTI, Ricardo L. "Los contratos electrónicos" Ed. Abeledo- Perrot, Bs. As 2001, p. 188.

## **Ap. II.- Existencia o inexistencia de un deber genérico de información en la etapa precontractual.**

En base a los criterios que se vienen exponiendo, se debe distinguir según se trate de contratos paritarios o no.

En el marco del Código Civil, a partir del análisis del régimen referido a los vicios del consentimiento, del tratamiento dado respecto de la evicción y de los vicios redhibitorios, sumado a la existencia de deberes de información específicos en determinados contratos, que no serían necesarios en caso de considerar el legislador que existe un deber general de informar, se puede concluir que la regla es la de autoinformarse o sistema de autorresponsabilidad.

No puede tampoco desconocerse que el derecho a callar encuentra su fundamento en el artículo 19 de la Carta Magna, que dispone que nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, y en las garantías que brindan al derecho de propiedad, sus artículos 14 y 18.

A las reglas constitucionales precitadas debe agregarse que el principio de autorresponsabilidad se infiere, no sólo a partir de la exigencia de excusabilidad del error consagrada en el artículo 929 del C. Civil, sino también en función de lo dispuesto en el artículo 1111 del mismo cuerpo legal, en el sentido de que no se pueden reclamar daños cuya causa haya sido la propia negligencia, disposición que no ha hecho más que consagrar el adagio latino *“qui propriam turpitudinem allegan non est audiendus”*.

En suma, el deber de informar debe ser considerado como una excepción a la regla de la autorresponsabilidad que impone el deber de informarse, y que por ser excepcional sólo resultará exigible cuando se den los requisitos a los que se ha hecho en el Ap. 1 esta Sección. Además, como toda excepción, los supuestos de aplicación deben ser de interpretación restrictiva, a fin de garantizar la necesaria seguridad jurídica.

Aún cuando pudiera sostenerse que un obligación amplia informar se hace necesaria para satisfacer exigencias ético-sociales, acudir a cláusulas generales, como la de la buena fe como su único fundamento, puede permitir a los jueces una gran discrecionalidad, la que a su vez puede conducir a un abuso de poder. En orden a ese peligro es bueno recordar la advertencia hecha por Diez Picazo en el sentido de que las cláusulas generales *“... facilitan el camino de quienes temen enfrentarse con los duros problemas de las normas legales, porque la cuestión es que en las cláusulas*

*generales es más fácil la sustitución de la hermenéutica legal por un conjunto de valoraciones subjetivas tendentes a crear un clima que favorezca puras intenciones de justicia entendidas al modo que quiera entenderlo quien quiera recurrir a tales valoraciones”.*<sup>87</sup>

Es decir que la utilización algo vaga de un fundamento complejo como es la buena fe permite, formular cualquier afirmación.

En cambio en el ámbito del derecho del consumidor la opción legislativa ha sido la de establecer deberes precontractuales de información a cargo del proveedor en forma amplia, cuestión a la que se volverá al tratar el régimen establecido en la ley 24.240.

### **Sección III- Deberes de información contractuales.**

El deber de información deviene en obligación contractual cuando aparece como un efecto del contrato, sea porque éste tenga por objeto directo la información, o porque una buena ejecución de la obligación principal, imponga la provisión de determinados datos para hacerla posible.<sup>88</sup> Ello así porque en muchos casos la ejecución adecuada de un contrato exige que una de las partes revele o entregue información a la otra.

De todos modos, la información durante la etapa de ejecución del contrato, no sólo sirve para permitir su adecuado cumplimiento, como ocurre a título de ejemplo en el supuesto previsto por el artículo 1633 bis del C. Civil, sino que también puede resultar necesaria para determinar la existencia o inexistencia de una obligación contractual, como sucede en el contrato de seguro, cuando se obliga al asegurado a proporcionar información relativa al siniestro, para dar nacimiento a la obligación de indemnizar a cargo del asegurador.

Cuando dichos deberes están explícitamente establecidos por la ley o han sido previstos en el contrato, no se presentan mayores dificultades. El mayor problema radica en precisar si es posible predicar la existencia de deberes implícitos de información contractual, y en caso afirmativo su fundamento; como así también la extensión o límites del mismo y las consecuencias de su admisión.

---

<sup>87</sup> DIEZ PICAZO, L. "Fundamentos...." I. p.65.

<sup>88</sup> CASIELLO, Juan J. "El derecho del consumidor y los contratos bancarios. El deber de información y buena fe" L.L. 1999-B-269, APARICIO, Juan M. "Contratos"- Parte General. Ed. Hammurabi, Bs. As. 1997, p. 365-371, BREBBIA, Roberto "La responsabilidad precontractual".

En orden al fundamento de una obligación implícita de informar cabe concluir que si bien no puede ser otro que el principio general de buena fe, no pueden desconocerse las implicancias constitucionales de su imposición, puestas de resalto en su voto por el Dr. Lorenzetti, en la causa “*Cambiaso Péres de Nealón, Celia M. A. y otros c. Centro de Educación Médica e Investigaciones Médicas*” al sostener que resulta violatorio del derecho de propiedad en sentido amplio y de la libertad contractual, el presumir una obligación que no surja claramente de la voluntad de las partes, regla debe ser reafirmada toda vez que el contrato y la propiedad tienen protección constitucional en el derecho argentino y, en consecuencia, toda limitación que se disponga es de interpretación restrictiva.<sup>89</sup> Es por eso que para determinar la existencia de deberes de información contractuales, habrá que atenerse exclusivamente al contenido contractual sin recurrir a elementos extraños, es decir que esos deberes deben estar virtualmente contenidos en el contrato mismo.

Concluir en la existencia de obligaciones de información contractuales tiene consecuencias prácticas, puesto que frente a su incumplimiento serán de aplicación las reglas que regulan las obligaciones de fuente convencional, dando derecho a la posibilidad de resolver el contrato, al de oponer la excepción prevista en el artículo 1201 del C. Civil, al de reclamar su cumplimiento y reclamar las indemnizaciones correspondientes.

#### **Sección IV. Deberes de información post-contractuales.-**

Tradicionalmente se pensaba que el modo normal de poner fin a un contrato lo constituía su cumplimiento, y que con el mismo quedaban completa y definitivamente agotados sus efectos jurídicos. En esta línea interpretativa se enrola, por ejemplo, el fallo de la CNCiv. sala B, noviembre 30/1997, en autos “*Las Heras, Antonio c. Salgado de Licciardo, Rita y otro*”<sup>90</sup>, al concluir que: "Con el contrato nacen obligaciones y cuando se cumplen íntegramente, aquél se extingue. Se cumple el contrato cuando todas sus obligaciones han sido satisfechas. En consecuencia, la responsabilidad nacida del contrato comienza y desaparece con éste, pues, en

---

<sup>89</sup> CSJN, “*Cambiaso Péres de Nealón, Celia M. A. y otros c. Centro de Educación Médica e Investigaciones Médicas*”, 28/08/2007, Fallos 330:3725; L.L.2008-B - 304 con nota de Jorge Mario Galdós; RCyS 2008- 444 con nota de Mariana Catalano.

<sup>90</sup> LA LEY, 1997-E- 1032 y DJ 1997-3-715.

principio, desde que éste ha agotado su finalidad típica, no puede suscitarse problema alguno con ocasión del contrato celebrado entre las partes". Sin embargo, la praxis contractual contradice dicho criterio, pudiendo advertirse que luego de cumplidas las prestaciones principales subsisten ciertos deberes que los contratantes deberán observar y que la jurisprudencia ha reconocido tales el deber de fidelidad,<sup>91</sup> de secreto<sup>92</sup> y de no concurrencia.<sup>93</sup>

Por vía del reconocimiento de deberes post contractuales, en realidad lo que se procura, es impedir conductas por medio de las cuales se pudieran disminuir o perder las ventajas que la otra parte hubiera legítimamente adquirido como consecuencia del contrato.

La experiencia del tráfico negocial en cambio, como ya se ha dicho, indica que después de terminada la relación contractual la regla de la buena fe objetiva (art. 1198 Cód. Civil) perdura, imponiendo deberes específicos cuya concreción dependerá de las variables circunstancias del caso. Esos deberes cuyo fundamento es la buena fe, se deben particularizar caso por caso, atendiendo a las circunstancias particulares de cada contrato.<sup>94</sup>

Si bien como ya se ha dicho, la etapa post- contractual comienza cuando se ha agotado el objetivo perseguido por las partes al celebrar el contrato, y aún cuando no sea del caso analizar los distintos criterios relativos al régimen de responsabilidad aplicable, puede indicarse que hay quienes defienden su carácter extracontractual,<sup>95</sup> en tanto otros consideran que se trata de un supuesto de responsabilidad contractual.<sup>96</sup> La aplicación de uno u otro criterio, tiene actualmente importantes consecuencias prácticas, sobre todo en orden a la prescripción y a las consecuencias del incumplimiento.

En las legislaciones más modernas se advierte la imposición de deberes post-contractuales concretos, como el contenido en el art 892 del C. Civil de Paraguay del

---

<sup>91</sup> CNApel Com. sala E,07/11/2008, “*Cakimun C/ Procter & Gamble Interamérica, s/ ORDINARIO*” ABELEDO PERROT N°: 8/20636.

<sup>92</sup> CNApel.en lo Civ. sala M, 23/02/2012, ”” C., J. R. y Otro v. Banco Bansud S.A. y Otro” ABELEDO PERROT N°: AP/JUR/284/2012.

<sup>93</sup> CNApel.Com.Sala A, 20/03/1996, ”*Chaar, Ana M. c. Aguado de Alonso, María C.*” L.L.1997-B-354 DJ 1997-1, 817 ; CNApel.Com. Sala B,14/03/1980, “*Brown Boveri Sudamericana, S. A. c. Ruffa, Mario y otra*” L.L.1980-B – 411.

<sup>94</sup> MOSSET ITURRASPE, Jorge “*El ámbito de la responsabilidad contractual: lo extra, lo pre y lo poscontractual*”, RDPC, Rubinzal- Culzoni, n° 17 (Responsabilidad contractual I), p. 206.

<sup>95</sup> MAZEAUD, Henri –TUNC, André “*Tratado práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual*” Ed. EJE, Bs. As. 1961, T. II, Vol. I, p.169.

<sup>96</sup> REZZÓNICO, op.cit. p.530 y sus citas.

año 1985, al disponer: "Si el mandatario, violando lo dispuesto en el inciso g) del artículo anterior hubiere recibido, aun después de finalizar el encargo, un provecho secreto o ilícito del tercero con quien hubiese tratado por cuenta del principal, podrá ser compelido a entregarlo y perderá todo derecho a la retribución".

También se han establecido deberes de asistencia específicos, que se traducen en una actividad de cooperación post contractual dirigida a la mejor consecución de la función del contrato, como ocurre en el código de Defensa del Consumidor de Brasil del año 1990, el que en su artículo 32 dice: "*Os fabricantes e importadores deverão assegurar a oferta de componentes e peças de reposição enquanto não cessar a fabricação ou importação do produto. Parágrafo único— Cessadas a produção ou importação, a oferta debrá ser mantida per período razoável de tempo, na forma da lei*". Obligaciones similares se imponen a los proveedores en el artículo 12 de la ley 24.240, obligándolos a asegurar al usuario un adecuado servicio técnico y la provisión de repuestos.

En el derecho argentino de *lege ferenda* una norma amplia y genérica sobre la responsabilidad post-contractual explícitamente fundada en el deber de obrar conforme a la buena fe, estaba contenida en el proyecto de unificación civil y comercial del año 1998, que al efecto en el art. 1063 disponía: "Con ulterioridad al cumplimiento de las obligaciones principales propias del contrato las partes deben continuar actuando de buena fe. Este deber regula: a) La determinación de la existencia y de los alcances de las obligaciones accesorias que subsisten, por estipulación de partes, o por estar virtualmente comprendidas en el contrato; b) La restitución y la reparación de daños, en cuanto correspondan una vez producida la extinción del contrato según lo previsto en el Capítulo XII de este Título; c) La interpretación y el cumplimiento de tales obligaciones.

Entre los deberes típicos de esa etapa cabe mencionar el deber de no concurrencia o el secreto industrial o profesional. Pero no sólo de deberes de información se puede hablar en esta etapa pues, en determinados casos, se impone formular advertencias como ocurre en el ya citado decreto 1798/94, que obliga a los proveedores a hacer saber tanto a las autoridades como a los consumidores la peligrosidad de un producto si saben de ello con posterioridad a su introducción en el mercado.

Más allá de las hipótesis reseñadas, la operatividad fuerza jurídica de la buena fe ha sido reconocida en el derecho comparado después de la extinción del

contrato, como ocurre en un precedente de la jurisprudencia italiana. La Corte de Casación de ese país reconoció al cliente de una entidad financiera declarada en quiebra (que estaba representada por el síndico concursal) el derecho subjetivo sustancial a obtener de ésta última, copia del contrato de cuenta corriente bancaria y de apertura del crédito, así como de los extractos periódicos del estado de la cuenta y su saldo correspondientes a los últimos ejercicios contables. La decisión fue tomada no obstante que el Banco se opuso a la pretensión por considerar que frente a un contrato disuelto, acorde con la ley falencial italiana dicha obligación no subsistía. En el pronunciamiento se afirmó que el deber de información no se extingue mientras permanezca el interés en la misma en cabeza del cliente, argumentándose que el derecho a la información "... es un derecho autónomo que, aun derivando del contrato, resulta extraño a las obligaciones típicas que configuran su contenido específico". Se ha dicho, que la fuente de este derecho no es otra que el deber de buena fe, el deber de lealtad y solidaridad (arts. 1374 y 1375 del Cód. civil italiano), con lo cual se aprecia el empleo de esta cláusula general en su versión integradora, produciendo deberes —a la par de los efectos que emanan de las estipulaciones convencionales— definidos como suplementarios (v.gr. información, documentación, cooperación, protección, etc.<sup>97</sup>

### **TITULO TERCERO. El deber de información en el derecho positivo argentino.**

Analizando nuestro derecho positivo, y sin que ello implique agotar los supuestos en que aparecen deberes de información, cabe citar a la ley de lealtad comercial, (22.802); la de defensa de la competencia, (22.262), la de prehorizontalidad, (19.724); la de venta de bienes por el sistema de ahorro previo,( 22.315), la de contracepción quirúrgica, (26.130); la de consentimiento médico informado, (ley, 26.529), de defensa de los consumidores y usuarios,(24240) la de tarjeta de crédito,(25.565), etc.

A ello deben sumarse las escasas disposiciones específicas Código Civil sobre vicios del consentimiento, evicción y vicios redhibitorios y otras genéricas

---

<sup>97</sup> FACCO, Javier Humberto "Ultraactividad de ciertos efectos contractuales" RCyS, 2009-VII- 16.

como la regla de buena fe contenida en el artículo 1198 del Código Civil, sin perjuicio las reglas referidas a algunos contratos en particular.

El código de comercio por su parte establece deberes de información para martilleros y corredores, y la ley de sociedades también hace referencia a los deberes de información para con los socios.

Deben añadirse las leyes y reglamentos que regulan las actividades de los médicos, abogados, ingenieros, notarios, y demás servicios profesionales, y finalmente las sanciones penales que contienen varias de las leyes enunciadas y el propio Código Penal Argentino.

Sin perjuicio de la enumeración precedente, sólo se dará tratamiento a determinadas disposiciones, teniendo en cuenta para ello la entidad del derecho protegido por medio del deber de informar, como así también las formalidades y contenidos impuestos, para luego poder inferir criterios más generales en esta materia.

### **Sección I. El deber de información en el código civil.**

Va de suyo que un sistema basado en la igualdad de las partes, cristalizado en el código Napoleón en 1804, fuente del nuestro código civil, no puede dar una respuesta apropiada a las necesidades de un mundo claramente transformado por la presencia de la contratación en masa, en el marco de un mercado global y con clara influencia de la tecnología digital.

No obstante corresponde decir que si bien es cierto que en el Código de Vélez Sarsfield, como ya se ha anticipado, no se ha establecido en forma expresa un deber de información como lo hace actualmente el artículo 4 de la Ley 24.240, en determinados supuestos se lo puede inferir por el hecho de que las relaciones contractuales se sustentan sobre el acuerdo de voluntades o consentimiento.

A su vez, para una correcta formación del consentimiento es necesario un adecuado conocimiento de las circunstancias del caso, y además, porque de lo dispuesto por los artículos 897, 900, 902, 924 y concordantes del Código Civil, debe darse por sentado que el contrato ha de concluirse actuando las partes con discernimiento, intención y libertad, lo que implica conocer las conveniencias o inconveniencias del negocio.

Sin embargo, la presencia clásica de deberes precontractuales de información se ha efectuado mediante la regulación de los vicios del consentimiento y de las garantías de evicción y vicios redhibitorios, aún cuando en relación a estos últimos dicho deber no esté explícitamente establecido y sólo pueda inferirse de las consecuencias que el ordenamiento le asigna a su falta.

Pero esos deberes, a los que podemos calificar como típicos, resultan insuficientes en un mercado que actualmente trasciende incluso los límites de los estados, razón por la cual en la actualidad es preciso hallar un eje normativo que no sólo garantice un mínimo de factores de conocimiento a comunicar, sino que vinculen esa comunicación a un preciso medio comunicativo, para que se garantice de manera inequívoca el conocimiento, resultando insuficiente para ello recurrir sólo al principio general de buena fe.<sup>98</sup>

Por lo expuesto, se puede afirmar que no cabe duda que con surgimiento de la sociedad industrial con su producción, comercialización y consumo en masa, se ha creado un ambiente inapropiado para la utilización de las garantías clásicas, tal como están reguladas en nuestro código civil.<sup>99</sup>

Es por eso que hasta la sanción de la ley 24.240, los consumidores sólo podían aspirar a una protección imperfecta, más fruto de una adaptación forzada de determinados institutos que a una modernización sistemática, que se ha logrado recién con su sanción y con la reforma constitucional de 1994.

#### **Ap. I - Vicios del consentimiento.**

En materia de vicios del consentimiento la tendencia en el derecho comparado es la de relativizar su componente subjetivo en favor de una objetivación que priorice la voluntad manifestada, con el objeto de reguardar la seguridad del tráfico.<sup>100</sup>

En ese sentido, se ha buscado atender al receptor de la voluntad viciada, lo que ha generado la idea de reconocibilidad del error como causa para la anular un contrato, según se verá en el apartado siguiente.

Además, acertadamente se señala que con la expansión de nuevas tecnologías, aplicadas a los contratos de tarjeta de crédito, o al comercio electrónico

---

<sup>98</sup> SENINAGLIA, Roberto, op.cit, p.54.

<sup>99</sup> DE VASCONCELLOS BENJAMIN, Antonio H., "*Comentários ao Código de Proteção do Consumidor*", Saraiva, 1991.

<sup>100</sup> SAUX, Edgardo I. "*La autonomía de la voluntad y los vicios del consentimiento: los proyectos europeos*".

en general, se hace más difícil la indagación de los estados subjetivos, y por eso se ha ido deteriorando la utilidad de los vicios de la voluntad como mecanismo protectorio.<sup>101</sup>

Dicha insuficiencia puede constatarse a partir de la existencia de normas referidas específicamente a los desequilibrios contractuales y de tutela de las partes más débiles, que son ajenas a los vicios de la voluntad, como ocurre con las disposiciones protectorias de los consumidores; la regulación de las condiciones generales de contratación; la imposición de deberes específicos de información, o el reconocimiento explícito de la responsabilidad precontractual.

Es por eso que se sostiene que “debe distinguirse entre la injusticia derivada del desequilibrio contractual, de la injusticia derivada de una vinculación inducida por lo que llamamos vicios del consentimiento, pues lo que se debe establecer es una distinción fundamental entre los términos deshonestos de un contrato, y un contrato que ha sido obtenido por una conducta deshonesto.”<sup>102</sup>

### **1).-El error.**

Nuestro código civil no define en qué consiste el error esencial, pero a partir de los supuestos especialmente contemplados puede concluirse que el mismo se configura cuando recae sobre elementos o circunstancias fundamentales del acto, y en tanto haya sido la causa determinante del mismo. Es decir que de no haber mediado ese error el sujeto no habría celebrado dicho acto.<sup>103</sup>

También se ha dispuesto con perfecta claridad, que el error sobre la causa principal del acto o sobre la cualidad de la cosa que se ha tenido en miras, vicia la manifestación de la voluntad, y deja sin efecto lo que en el acto se hubiera dispuesto. A su vez, en la nota al artículo 926 el codificador expresa, que el conocimiento sobre la cualidad de la cosa es fundamental para dar validez a las relaciones jurídicas.

El error sobre el objeto también hace anulable el acto jurídico, en atención a que hay una equivocación sobre la individualidad del mismo, es decir, que las partes han entendido que la prestación era diferente a la que en definitiva se concretó.

---

<sup>101</sup>LORENZETTI, Ricardo L, "*Comercio electrónico*", Abeledo-Perrot, Buenos Aires, Argentina, 2001, p. 182 y ss.

<sup>102</sup> ROJO AJURIA, Luis. Op.cit. p.95.

<sup>103</sup> LLAMBIAS, Jorge Joaquín. "*Código Civil Anotado*" Ed. Abeledo-Perrot, Bs.As.1979, T.II-B, p.53.

De todos modos y sin entrar a analizar los requisitos que nuestro C. Civil impone para tornar operativa la nulidad por vicio de error, es menester establecer la incidencia del deber de información respecto de dos aspectos:

- a) La inducción al error, cuando la información que se proporciona no es cierta, o resulta parcial o defectuosa.
- b) La reconocibilidad del error de la otra parte. En este especial caso se justifica plenamente el tratamiento del error en el marco de este trabajo, pues se vincula con la obligación de informar destinada a prevenir una nulidad, en los casos en que una de las partes sabía o debía saber que la otra estaba incurriendo en dicho vicio. Es decir que la información en este caso está destinada a prevenir un error unilateral, con sustento en la reconocibilidad del error, que no es otro que aquél que una persona de normal diligencia hubiera podido advertir.<sup>104</sup>

La cuestión plantea la duda respecto si se está en el terreno del error o si por el contrario quien lo advierte se ubica en el terreno del dolo. Al respecto señala Rojo Ajuria hay al menos tres respuestas:

- 1.-Las que enmarcan el supuesto siempre en el dolo,
- 2.-Las que hacen depender el dolo de la existencia de un específico deber de información y
- 3.- Las que mantienen el supuesto en el ámbito del error negando la posibilidad de un dolo omisivo<sup>105</sup>

Esta cuestión fue objeto de especial tratamiento en las Primeras Jornadas Nacionales de Derecho Civil de Santa Fe de 1963, en las que juristas como Mosset Iturraspe y Molinario se pronunciaron por la viabilidad de la nulidad originada en un error reconocible, tal como lo ha receptado el derecho italiano y también proyectos de unificación europeos, a los que luego se hará referencia.

Como ya se dijo el tema ha merecido tratamiento legislativo en el Código Civil Italiano de 1942, que en su artículo 1338 impone a cada una de las partes el deber de comunicar la existencia de causas de invalidez del contrato. Al respecto se ha sostenido que no resulta justo sacrificar al declarante caído en un

---

<sup>104</sup> CIFUENTES, Santos “*Negocios Jurídicos*” Ed. Astrea, Bs.As. 1986, p.339.

<sup>105</sup> ROJO AJURIA, Luis. “*El dolo en los contratos*” Ed. Civitas Madrid 1994, p.217.

error que el destinatario de la declaración habría podido denunciar, porque era para él cognoscible.<sup>106</sup>

Ese criterio ha sido receptado jurisprudencialmente en nuestro país al resolverse que “El requisito de excusabilidad del error no es aplicable si el mismo era reconocible y advertible por el co-contratante.”<sup>107</sup>

También los principios UNIDROIT, -artículo 3.5-, establecen que es posible anular un contrato si se trata de un error substancial y la otra parte incurrió en el mismo error, o lo causó, “o lo conoció o debió haberlo conocido y deja a la otra parte en el error”, lo que resulta contrario a los criterios razonables de lealtad negocial. El mismo criterio aparece en el artículo 4.102 de Los Principios de Derecho Europeo de los Contratos o proyecto Lando, cuando autoriza a impugnar un contrato por error y especialmente en el inc. ii) cuando otra la parte conocía o debía haber conocido el error y era contrario a la buena fe y la lealtad mantener a dicha parte en el error.

Sin embargo es preciso señalar que el grado de diligencia exigible al destinatario de la declaración, con el objeto de advertir el error del que la emite no puede llevarse al extremo, y por eso el principio de buena fe no puede ir más allá de exigirle no incurrir en una negligencia grave.

En suma, no se le puede imponer a una de las partes, con el sólo fundamento de la buena fe que se informe para informar, sino que sólo está obligado a advertir aquellos errores, que salvo culpa o negligencia grave, no hubiera podido ignorar.

## **2.-El dolo.**

Según el artículo 932 C. Civil, para que el dolo de lugar a la anulación del acto jurídico debe reunir ciertas condiciones. En primer lugar, se exige “que haya sido grave”(inc. 1º), es decir, que la argucia debe tener cierta entidad en sí misma para resultar idónea a fin de producir error o engañar a la víctima, extremo que será juzgado con relación a su situación y a sus condiciones personales.

En segundo lugar, se requiere que el dolo “haya sido la causa determinante de la acción” (inc. 2º), lo que distingue al dolo “principal” (*dolus causam dans*),

---

<sup>106</sup> MESSINEO, Francesco. “Manual de derecho civil y comercial” Trad. De Santiago Sentís Melendo, Ed. EJE, Bs.As. 1954, p.339. GHESTIN, Jacques,” *Conformité et garanties dans la vente*” Ed. Librairie Generales de Droit et Jurisprudence, París 1983, p.69.

<sup>107</sup> C.N.de Apelaciones del Trabajo, sala V, en autos:” *Pedretti, Luciano A. c. Boehringer Argentina, S. A.*”, 27/08/1986 , publicado en DT 1987-A DT 1987-A-, 192 y la L.L. On line AR/JUR/773/1986

determinante del querer y de ahí causa de invalidez del acto, del dolo “incidental”, que no lo anula, aunque autoriza a la víctima a reclamar el debido resarcimiento. El primero resulta determinante del consentimiento, de modo tal que sin haber mediado el dolo, el sujeto no hubiera celebrado el acto jurídico.

Además, el C. Civil establece como exigencia de que el dolo “haya ocasionado un daño importante” (inc. 3º), imponiendo cierta significación, económica o moral, para quien lo sufre.

Por fin, no debe haber habido dolo por ambas partes (inc. 4º).

En relación con el deber de información a que se viene haciendo referencia, es del caso precisar si esas exigencia que caracterizan al dolo positivo, también pueden predicarse respecto de las omisiones, cuando se ocultan o callan circunstancias que se tenía el deber de comunicar a otro, induciéndolo a error.

Parte de la doctrina nacional entiende que para que se configure el dolo omisivo, es menester que su autor tenga el deber legal de explicarse, citando como ejemplo la sanción que para la reticencia ha previsto la ley seguros. Es decir que debe haber una especial carga informativa, que tiene en cuenta la función propia del negocio.<sup>108</sup>

De todos modos, no puede pretenderse que se informe respecto de cada uno de los intereses de la otra parte, sino que lo que es exigible es aclarar la verdadera situación sólo cuando ésta haya caído en un error decisivo y fácilmente advertible.<sup>109</sup>

Además, respecto del conocimiento del error de la otra parte, al margen de lo mencionado al punto 1.1. de este apartado, debe agregarse que el silencio en esa situación, puede conducir a equiparar el error provocado por el dolo derivado del aprovechamiento del error ajeno. Es decir, extendiendo la noción de dolo a la conducta consistente en no sacar del error que ya padece el co-contratante, y aprovecharse de esa circunstancia. En ese sentido Albadalejo considera que la provocación del error se equipara al mantenimiento en el que desde antes padecía el declarante, o en el mantenimiento de su ignorancia.<sup>110</sup>

La cuestión no es menor, porque cuando el error es provocado por el dolo de la otra parte, la consecuencia no sólo radica en la posibilidad de solicitar la nulidad

---

<sup>108</sup> CIFUENTES, Santos “*Código civil y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado*”. Belluscio,(dir)- Zannoni (Coord), Ed.. Astrea, Bs.AS.1988, T. 4, p.227-228.

<sup>109</sup> MAZEAUD, Henri- .MAZEAUD, Jean-MAZEAUD. León- CHABAS. Francois. “*Derecho civil*”, T. I. Ed. Zavalia ,Bs.As. 1995, p.235.

<sup>110</sup> ALBADALEJO, Manuel, “*Derecho Civil*” T. I., Barcelona 1985, p.207.

del contrato, sino en la de poder accionar para la reparación de los daños y perjuicios, es decir que a una norma de validez se añade una de responsabilidad.

De todos modos la doctrina de los vicios de la voluntad, dada su tipicidad, resulta limitada para corregir problemas de justicia contractual como los que se plantean en la sociedad actual a consecuencia del tráfico masivo, de la existencia mercados globalizados, los que a su vez presentan numerosas asimetrías. Esa realidad hace necesario que se deba distinguir con mayor precisión el dolo omisivo o la reticencia, del incumplimiento del deber de información.

En síntesis se puede concluir que el simple silencio para constituirse en conducta dolosa requiere determinar, previamente, hasta qué punto el mismo es lícito o ilícito y hasta qué punto puede ser considerado como una maquinación. Es decir que no se trata sólo que de la buena fe imponga el deber de informar, pues la simple violación de ese deber, nos sitúa en el ámbito de la responsabilidad por *culpa in contrahendo*, sino que de lo que se trata es de establecer, si por las circunstancias que rodean al contrato, la ocultación merece la calificación de artificio, astucia o maquinación.<sup>111</sup>

Concluyendo, se puede decir que no es factible resolver por vía del dolo omisivo la totalidad de los problemas derivados de los defectos de información en la etapa formativa del contrato

## **Ap. II - Evicción y vicios redhibitorios.**

Si bien el C. Civil no hace referencia expresa al deber de información al tratar de la evicción y los vicios redhibitorios, del análisis de las consecuencias previstas es factible inferir la existencia de deberes de información, cuando una de las partes, conozca o deba conocer el supuesto de hecho para la operatividad de esas garantías.

Como regla la evicción y los vicios redhibitorios constituyen garantías, cuyas consecuencias jurídicas se producen con independencia de la culpabilidad del deudor. En casos como este, en que se prescinde de toda consideración subjetiva o culposa, se suele hablar de responsabilidad objetiva, y por lo tanto la obligación de informar pierde relevancia.

Distinto es el supuesto en que se reclame el pago de ciertos daños y perjuicios, o se pretenda privar de efectos al pacto de exclusión de responsabilidad,

---

<sup>111</sup> DIEZ PICAZO, L. op.cit. p. 173.

en cuyo caso sí corresponde hablar de incumplimiento del deber de información en la medida en que el deudor del mismo conozca o debiera conocer la situación jurídica o material referida al objeto del contrato.<sup>112</sup>

De todas maneras esas diferencias en orden al funcionamiento de la garantía por vicios redhibitorios ha sido notoriamente modificada en el marco de la ley 24.240 que presume el conocimiento del vicio por parte del proveedor, y porque además, la garantía funciona no sólo respecto de los vicios o defectos ocultos, sino también respecto de los aparentes.

Hay que tener presente que la regulación del C. Civil no resulta derogada por la ley de defensa del consumidor, porque así lo determina expresamente su artículo 18, cuando dispone que “la aplicación de las disposiciones precedentes no obsta a la subsistencia de la garantía legal por vicios redhibitorios”.

Sin embargo, la regulación de la ley 24.240, contiene dos modificaciones sustanciales respecto del régimen del C. Civil, en esta materia, a saber:

- a) Se acuerda la posibilidad de que, a instancia del consumidor, se aplique de pleno derecho el art. 2176 del C. Civil referido a la acción de daños y perjuicios concedida al adquirente, la que requiere que el enajenante por su profesión conociera o debiera conocer el vicio o defecto y no se los hizo conocer al adquirente, es decir que no se haya dado cumplimiento al deber de informar.
- b) En ningún caso el proveedor podrá invocar, frente al consumidor o usuario, el art. 2170 del C. Civil, es decir que no podrá liberarse de la garantía por vicios ocultos demostrando que el adquirente, por su oficio o profesión, los conocía o debía conocerlos. Ello es así porque al consumidor se lo considera un “profano” y por lo tanto no corresponde presumir, en ningún caso, el conocimiento de los defectos ocultos de la cosa transmitida<sup>113</sup>. Sin embargo esta disposición ha sido, justificadamente, criticada porque equivale a proteger la mala fe del consumidor<sup>114</sup>.

### **Ap. III - La información en los contratos típicos.**

En el marco de los contratos en particular nuestro código civil recepta algunos supuestos de obligación de informar, cuestión ésta que permite descartar la

---

<sup>112</sup> WAYAR, Ernesto C. “*Evicción y vicios redhibitorios*” Ed. Astrea, Bs. As. 2001, T. 3, p. 61.

<sup>113</sup> FRUSTAGLI, Sandra. “*Régimen de garantías en la ley de defensa del consumidor*” *J.A.1996.III-967*.

<sup>114</sup> LOPEZ DE ZAVALIA, Fernando J. “*Fideicomiso. Leasing. Letras Hipotecarias. Contratos de Consumo*” .Ed, Zavalía Bs.AS 1996. p.450.

existencia de una obligación general en los términos a los que ya se ha hecho referencia.

Como supuestos particulares pueden citarse el artículo 1909 en cuanto impone al mandatario dar cuenta de sus operaciones, o el artículo 1633 bis, el que al regular la locación de obra, impone al locador la obligación de informar la necesidad de variar el proyecto, cuando esa modificación no haya podido ser prevista y a su vez sea necesaria para dar cumplimiento al contrato. En este último artículo se le impone comunicar no sólo el tipo de alteraciones sino también la modificación del precio que las mismas impliquen.

También en la locación de cosas según lo establecido en el artículo 1530 el C. Civil, se exige al inquilino la obligación de informar al locador toda usurpación o novedad dañosa a su derecho, como toda acción que se dirija sobre la propiedad, uso goce de la cosa, y ante el déficit informativo se lo hace responsable de los daños y perjuicios que de ello se deriven.

Otro caso de obligación de informar aparece en el contrato de depósito cuando se impone al depositario- artículo 2204- la obligación de dar aviso al depositante de las medidas y gastos que sean de necesidad para la conservación de la cosa, y ante su falta se también se lo hace responsable de los daños y perjuicios que se deriven de la falta de cumplimiento de esa obligación.

## **Sección II: La información en el Código de Comercio.**

### **Ap. I - Obligación impuesta a los corredores**

En el artículo 36 que establece las obligaciones de los corredores, específicamente se dispone que los mismos deben proponer los negocios con la exactitud, precisión y claridad necesarias para la formación del acuerdo de voluntades. Para ello deben comunicar a las partes las circunstancias conocidas por ellos que puedan influir sobre la conclusión de la operación y en particular, las relativas al objeto y al precio del mercado.

A partir de la disposición precitada se ha dicho que el corredor debe ser imparcial, no pudiendo beneficiar con la información o perjudicar a uno de los contratantes. Consecuentemente, si se demuestra que ha distorsionado la realidad o inducido a error a cualquiera de las partes, deberá responder por los daños y

perjuicios que origine su conducta.<sup>115</sup> Es decir que más que un supuesto de información se trata de un deber de consejo al que se hiciera referencia en la Sección V.

#### **Ap. II. Obligación impuesta a los martilleros**

En relación a los martilleros el artículo 9 inc. d) les impone la obligación de publicitar la subasta, y a su vez establece el contenido de dicha publicidad, la que debe contener el lugar y fecha de su realización, la descripción del bien a rematar, su estado y las condiciones de dominio. Esas especificaciones forman parte de la oferta de los bienes, y consiguientemente integran el contrato de compraventa que se perfeccione. A su vez en el inc. f) del mismo artículo, se le impone la obligación de explicar en voz alta antes de comenzar el remate, en idioma nacional, con precisión y claridad los caracteres, condiciones legales, cualidades del bien y gravámenes que pesaren sobre el mismo.

En síntesis de estos dos supuestos contemplados en la legislación mercantil podemos extraer conclusiones similares a las que se vienen exponiendo en orden a los requisitos del deber de información como son la exactitud, precisión y claridad, y garantía de comprensibilidad en razón de exigirse, en el caso de los martilleros, que se brinde la información en idioma nacional.

### **Sección III. La información en ordenamientos especiales**

#### **Ap. I - La información en la ley 24.240. (Defensa de los consumidores y usuarios)**

Constituye un supuesto generalmente aceptado que la relación de consumo se caracteriza por un desequilibrio estructural entre las partes, que determina que el consumidor se encuentre en una situación de debilidad o inferioridad en relación al proveedor. Mosset Iturraspe acertadamente dice que "*La información al transmitir conocimientos, apunta a colocar al informado en una situación parecida o semejante a la del informante, respecto del bien o servicio. Como el contrato de consumo enfrenta a un profesional con un inexperto, por vía de la información se busca*

---

<sup>115</sup> TELLECHEA, Delinda Solange, en "Código de Comercio. Anotado y Comentado" Rouillón, Adolfo A. (dir), Alonso, Daniel E.(Coord), Ed. La Ley, Bs. As.2005, p. 153.

*‘acercar’ a las partes en sus conocimientos, con la finalidad de lograr un cierto equilibrio en la relación.*”<sup>116</sup>

La idea que se esconde detrás de la noción de disparidad informativa, es que los individuos poseedores de la información, persiguiendo su propio interés, podrían no obrar de buena fe, si se dieran las circunstancias apropiadas y de ello se derivara un beneficio.

Es por eso que la evaluación de cualquier diseño institucional al respecto debe tener en cuenta la habilidad de los individuos para mentir o defraudar en la medida que eso se traduzca en su provecho, y ese diseño debe procurar disuadir a los contratantes de comportarse de una manera oportunista, lo que ha llevado a sostener que la función principal del derecho de los contratos, es disuadir a los individuos de comportarse de esa manera con sus contrapartes.<sup>117</sup>

Para evitar ese tipo de conductas la ley 24.240, no sólo se limita a imponer un deber de información, sino que establece la forma en que la misma debe brindarse, mencionando en su artículo 4° que ha de hacerse en forma clara y detallada, y además estar referida a todo lo relacionado con las características esenciales de los bienes o servicios que se proveen y a las condiciones de su comercialización.

En el apartado final, introducido por ley 26.631 se dispone que la información será siempre gratuita para el consumidor y que debe ser proporcionada con la claridad necesaria que permita su comprensión.

Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 4° también existen numerosos artículos que reafirman esta obligación, como ocurre con los artículos 5° y 6° o con el referido a la oferta- art. 7°- o a la publicidad- art. 8°, o con los requisitos de facturación- art. 10- Por eso se sostiene que el deber de información no se limita a lo reglado en el art. 4 de la LDC, sino que se trata de un principio del derecho del consumidor, que se encuentra diseminado en la totalidad de su articulado.<sup>118</sup> Es decir que en este ámbito, al par de constituir la información un verdadero principio general, con sustento en lo dispuesto por el artículo 42 de la Constitución Nacional, se ha consagrado un verdadero derecho subjetivo del consumidor o usuario<sup>119</sup>. En

---

<sup>116</sup> MOSSET ITURRASPE, Jorge- WAJNTRAUB, Javier. *“Ley de Defensa del Consumidor”*. Ed. Rubinzal-Culzoni 2010, p.20.

<sup>117</sup> POSNER, R., *“Economic Analysis of Law”*, Brown and Company, Boston, 1992, p. 92.

<sup>118</sup> JUNJENT BAS, Francisco-GARZINO, María Constanza *“El deber de información al consumidor”* LA LEY 16/04/2012, 1.

<sup>119</sup> FARINA, Juan M. *Defensa...* p.159. C Apel Cont. Adm. y Trib. de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Sala II, sala II, 01/06/2004, *“Sociedad Italiana de Beneficencia de Bs. As. c/ Ciudad de Buenos*

síntesis existe una verdadera obligación y no una mera carga del proveedor, y su incumplimiento no sólo pone en juego la validez del negocio sino también su responsabilidad.<sup>120</sup>

Al margen de las exigencias de la información que se mencionan en el artículo 4º, se ha dicho que la misma debe ser dinámica, es decir que debe alcanzar a los distintos sectores vinculados con el producto o servicio, para que los mismos sepan de su existencia, agregándose que los mercados sufren de cierta rigidez informativa porque la misma no circula adecuadamente entre los intermediarios.<sup>121</sup> Ese déficit se ha podido advertir en el caso en que un franquiciado debió responder frente al consumidor por déficit de información del franquiciante.<sup>122</sup>

Para continuar, debe tenerse en cuenta que si bien no es dable identificar al contrato de consumo con el contrato concluido por adhesión a condiciones generales, lo cierto es que la mayoría de ellos se celebra de ese modo, lo que impone que deba garantizarse al consumidor una efectiva participación de ciencia. Es decir, que se ha de procurar que tenga un exacto y efectivo conocimiento de determinados extremos y no la simple posibilidad de conocer, que implique diferir el conocimiento a una ulterior actividad adquisitiva por parte del destinatario, pues el fin de la información, se debe realizar directa e inmediatamente.

Es por eso que al margen de los requisitos formales, lo que realmente resulta relevante en que exista información en sentido material es decir que se logre el efectivo conocimiento de los datos transmitidos.

---

Aires”, LA LEY Online; CNFed Contenciosoadministrativo, sala II, 04/11/1997, “*Diners Club Argentina S. A. c. Secretaría de Comercio e Inversiones*”, LA LEY Online; CNCom, sala B, 28/04/1998, “*Finvercon S.A. c/ Pierro, Claudia A.*” LA LEY 1998-C, 624; DJ 1998-2, 1220.

<sup>120</sup> JUNJENT BAS-GARZINO. op. cit.

<sup>121</sup> LORENZETTI, R. “*Consumidores*” cit. p. 169.

<sup>122</sup> CNApel.en lo Com. sala C, 22/02/2002, “*L’Donna S.R.L. c. Saint Denis S.R.L.*”. ED 201- 158 donde se dijo que: “*Debe confirmarse la sentencia que otorgó una indemnización al actor por incumplimiento del contrato de franquicia por parte del concedente cuyo sistema de depilación objeto de la franquicia no alcanzó los resultados definitivos publicitados, pues debió cerciorarse de los alcances del procedimiento y darlos a conocer a su contraparte -en el caso, sólo le informó la existencia de algunas contraindicaciones*” Concretamente el franquiciante no había informado al franquiciado que la denominada “*depilación definitiva*” para ser tal dependía de algunas condiciones personales de la usuaria.

De todos modos, corresponde señalar que la protección del consumidor no sólo ha sido buscada por vía del establecimiento de deberes específicos de información, sino también mediante la posibilidad de nulificar las cláusulas contractuales que se reputen abusivas.

A todo lo dicho, se agrega un sistema particular de responsabilidad de todos los intervinientes en la cadena de comercialización; la exigencia de aprobación administrativa de las condiciones generales de contratación; la posibilidad de que la autoridad de aplicación disponga la reparación del daño directo y facultad conferida a los jueces para aplicar los denominados daños punitivos. En suma, se puede decir que el sistema protectorio no se agota en imposición de deberes de información. |

Dentro del este microsistema se han establecido tanto deberes precontractuales, como contractuales y post- contractuales, a saber:

**a) Información precontractual.** La información precontractual debe ser proporcionada por el proveedor para posibilitar que el consumidor pueda prestar su consentimiento dotado de los conocimientos necesarios que le permitan comprender el alcance y efectos de la contratación<sup>123</sup>.

En la etapa precontractual, este deber de información se pone de manifiesto tanto en el acto de la oferta, que debe contener sus modalidades, condiciones o limitaciones, como así también la fecha de comienzo y finalización-. Art. 7° ley 24240- como en la publicidad, cuyas precisiones se integran no sólo a la oferta, sino también al contrato. Art. 8°.

En relación al deber de información precontractual, al margen de la regulación citada, no puede dejar de considerarse que en la actualidad el consumidor se encuentra inmerso en la denominada sociedad de la información, en la cual se contrata permanentemente con el auxilio de medios informáticos, en el marco de un mercado claramente global.

Esa posibilidad de contratar a distancia si bien puede ser utilizada tanto por empresarios como por consumidores implica, respecto de estos últimos, que vean aumentada su vulnerabilidad. Si bien es cierto que la contratación por medios electrónicos proporciona algunas ventajas, no deja de tener serios inconvenientes como el de no poder identificar a veces al empresario que ofrece un producto, ni conocer con certeza las condiciones de calidad que éste puede tener, todo ello sin

---

<sup>123</sup> CNFed Contenciosoadministrativo, sala II, 10/03/2005, “*Banco Francés c/ Dirección Nac. de Comercio Interior*”, DJ 21/09/2005,183.

descartar los desperfectos o fallas técnicas que el propio equipamiento informático pueda tener.

Esa realidad tecnológica hace que el deber de información deba ser ampliado y reforzado, no resultando suficientes las exigencias que al respecto establece actualmente nuestro ordenamiento, sino que deberá reconocerse a los consumidores el derecho a recibir una comunicación que sea identificada o identificable, fidedigna, clara y concreta, y además que pueda tener acceso a recursos y acciones legales eficaces, no sólo para impedir comunicaciones no deseadas, sino también para el caso de que la mercadería vendida o el servicio prestado no se correspondan con los ofrecidos o solicitados.<sup>124</sup>

Los temas que son objeto de tratamiento en referencia a la contratación por medios electrónicos, especialmente en la denominada Ley Modelo propuesta por las Naciones Unidas, se vinculan con el regulación del envío de mensajes de datos, la determinación de los criterios de cuándo se consideran enviados o recibidos dichos mensajes, la incorporación del denominado “acuse de recibo” la determinación del lugar y tiempo de celebración de los contratos, cuestiones que sin duda deberán ser objeto de regulación específica y que implicarán la adaptación de los conceptos fundamentales en materia de contratos a esta nueva realidad.<sup>125</sup>

**b) Información contractual.** Aún cuando la ley de defensa del consumidor, no hace referencia expresa al deber de información en la etapa contractual, una correcta interpretación de la ley, acorde con lo dispuesto en su artículo 3º, indica que el mismo no se debe circunscribir a la etapa precontractual, como se resolviera jurisprudencialmente, aunque en forma aislada.<sup>126</sup> En sentido contrario al fallo precedente, la Sala V, de la misma Cámara, resolvió que "Este deber, además de proteger el consentimiento del consumidor, también recae sobre aspectos importantes de la ejecución del contrato. Adquirido el producto o contratado el servicio, el

---

<sup>124</sup> MERAZ ESPINOZA, Ana Isabel. "Aspectos Jurídicos del Comercio Electrónico como Comercio Internacional" Tesis doctoral de la Universidad Complutense de Madrid, Facultad de Derecho, Departamento de Filosofía del Derecho, Moral y Política y sus citas. [www.ucm.es/BUCM/tesis/der/ucm](http://www.ucm.es/BUCM/tesis/der/ucm)

<sup>125</sup> ARIZA, Ariel C. "Formación del consentimiento en el contrato de consumo" en Nicolau Noemí "Fundamentos de Derecho Contractual" Ed. La Ley, T. I Bs. As. 2009, p.488 y ss.

<sup>126</sup> CN de Apel. en lo Contenciosoadministrativo Federal, sala IV18/06/2006, "Telecom Argentina c. DNCI. DISP 369/08".

consumidor o usuario debe ser informado por el comerciante sobre su empleo, peligros y variaciones<sup>127</sup>.

A su vez, por infracción al deber contractual de informar se ha sancionado al proveedor cuando no ha hecho saber la variación del precio de un servicio, agregándose que para que tal carga se considere cumplida no es suficiente una comunicación telefónica, a menos que se tenga un sistema de llamadas donde se registre el contenido de la misma, el número de atención, el nombre del operador y el número de cliente<sup>128</sup>.

También se ha sancionado por insuficiencia de información a una compañía telefónica que no explicitó las razones de la sobrefacturación, con el detalle de los controles realizados<sup>129</sup>, o la proporcionada por un banco que, no obstante haber informado cual es el procedimiento a seguir para impugnar consumos, ante las quejas del usuario, se limitó a dar una respuesta mecánica a las mismas<sup>130</sup>; o por no haber informado que había un cargo por extravío de la tarjeta de crédito<sup>131</sup>.

**c) Información post-contractual.** De conformidad con el artículo 4º, del decreto reglamentario N°1798/94, se ha impuesto a los proveedores o prestadores el deber de comunicar la peligrosidad del producto o servicio, cuando tengan conocimiento de dicha circunstancia con posterioridad a la introducción de los mismos al mercado, es decir que se ha consagrado una verdadera obligación post-contractual de información, la que sin duda se relaciona con la denominada responsabilidad por los riesgos del desarrollo. Esa obligación no debe circunscribirse a los adquirentes o usuarios en sentido estricto, sino también a lo que se conoce como “noción abstracta de consumidor”<sup>132</sup>.

---

<sup>127</sup> FARINA, Juan M. Farina, "Defensa del Consumidor y del Usuario", Ed. Astrea, Buenos Aires 2004, p.106.

<sup>128</sup> C Apel Cont. Adm. y Trib. de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Sala II, 16/12/2003, "Multicanal S.A. c/Ciudad de Bs.As.", DJ 2004-I-739.

<sup>129</sup> CNFed Contenciosoadministrativo, sala I, 10/06/1997, "Ruiz, Mercedes A. c/ Telecom Argentina - Stet France." LA LEY 1998-A, 304; DJ 1998-1, 556.

<sup>130</sup> C Apel Cont. Adm. y Trib. de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Sala II, 04/05/2004, "Citibank N.A. c. Ciudad de Buenos Aires", LA LEY On line.

<sup>131</sup> CNde Apel en lo Contenciosoadministrativo Federal, sala III, 07/03/2007, "Banco de la Provincia de Buenos Aires c. Dirección Nac. de Comercio Interior", DJ 2007-III- 110.

<sup>132</sup> ANDORNO, Luis O. "Las proyecciones del estatuto de defensa del consumidor en el derecho de daños" JA 2004-III-874 y su cita de PARRA LUCAN, María A., "Daños por productos y protección del consumidor", 1990, Bosch Editor, Barcelona, p. 108 y ss.

Otras de las obligaciones post contractuales de los proveedores, se vincula con la provisión de servicio técnico adecuado y de partes o repuestos, contenida en el artículo 12 de la ley 24.240.

En síntesis, tratándose de la defensa de los consumidores no sólo se debe concluir que ésta ha de ser clara, veraz y autosuficiente, sino que la misma se extiende a todo el *iter* contractual, conclusión que responde a un criterio lógico y congruente con la protección que consagra el artículo 42 de la Constitución Nacional.

## **Ap. II. La información en la ley 25.065. (Tarjeta de crédito)**

La ley 25.065 establece deberes de información no sólo respecto de los usuarios, sino también de éstos con relación al emisor y de este último respecto de los prestadores adheridos al sistema.

### **a) Información debida por el emisor al usuario:**

Hay quienes consideran que tratándose del deber de información debida al usuario, se debe tener en cuenta que éstos tengan o no posibilidad de apreciar por sí mismos lo esencial del negocio,<sup>133</sup> posibilidad que no cabe presumir en el ámbito del derecho del consumo, no obstante que existan precedentes en el sentido de que el sólo hecho de pertenecer al sistema permite inferir que el titular tiene conocimiento del mismo.<sup>134</sup>

Al margen de la aplicabilidad de la ley 24.240 la propia ley que se viene analizando, ha establecido que los usuarios tienen derecho a recibir la información necesaria respecto del funcionamiento del sistema, y también sobre la forma en que pueden ejercer sus propios derechos, es decir que consagra deberes de información precontractuales.

Entre los deberes precontractuales, el usuario tiene derecho a ser informado sobre lo esencial del negocio, lo que incluye no sólo el precio del servicio, sino las formas de financiación, el tipo y tasa de interés, crédito máximo otorgado, número de cuotas de financiación, plazo de vigencia de la tarjeta; existencia o no de seguro de saldo deudor, etc.

---

<sup>133</sup> WAYAR, Ernesto C. “*Tarjeta de crédito y defensa del usuario*” Ed. Astrea, Bs. As. 2000, p. 209.

<sup>134</sup> CNCom, Sala B, 15/03/1990, “Banco Regional del Salado S.A. (En liquidación) c/ Vila, Pilar José y otros”, E.D. 140-436. Fallo en el que se dijo que: “...el solicitante de una tarjeta de crédito, al ingresar al sistema, debe saber que se incorpora a una operatoria empresarial de sofisticada programación que presupone un futuro usuario con capacidad suficiente como para comprender su funcionamiento”.

A su vez en el artículo 6° se ha dispuesto cuáles son los requisitos que debe contener el contrato, mientras que en el artículo 7° se establecen recaudos en orden a la forma en que la información debe brindarse. Respecto de la forma no sólo se exige pluralidad de ejemplares, sino que los mismos deben redactarse claramente y con tipografía fácilmente legible a simple vista, agregando que las cláusulas que generen responsabilidad para el titular adherente, deban consignarse con caracteres destacados y subrayados.

Fuera de los deberes precontractuales se han previsto otros estrictamente contractuales. Uno de ellos consiste en la remisión en tiempo y forma del resumen de operaciones.

Ante la falta de remisión si bien existe un deber de colaboración del adherente de informarse, se ha impuesto al emisor que disponga de un canal de comunicación telefónico durante las veinticuatro horas del día, para que el usuario pueda conocer el saldo de su cuenta y el pago mínimo que podrá realizar, agregando que copia de dicho resumen se encontrará a su disposición en la sucursal emisora de la tarjeta. Debe señalarse sin embargo, que esta falta de envío en tiempo y forma, no puede constituir un procedimiento habitual del emisor, de modo tal que llegue a constituirse en una práctica abusiva.

Nuestros tribunales han hecho referencia en numerosos pronunciamientos al deber de información del emisor de tarjetas de crédito, tanto en la etapa precontractual como en la contractual. Para ello no sólo se ha hecho aplicación del cuerpo normativo especial, sino también de las disposiciones de la ley 24.240. En función de dichas normas se ha concluido que ha existido violación del deber de información, cuando ésta ha sido imprecisa y poco clara, como ocurre en el caso en que en el contrato se ofreció un servicio de seguro que cubría los pagos mínimos mensuales, en caso de desempleo involuntario o incapacidad, sin aclarar si alcanzaba sólo a los trabajadores en relación de dependencia o también a los trabajadores autónomos.<sup>135</sup> También se consideró que resultaba impropio para tener por cumplido el deber de información el posterior conocimiento del cliente cuando ésta creía, por déficit de la misma, haber contratado un paquete que le eximía pagar los cargos de

---

<sup>135</sup> Capel. Contencioso administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, sala I, 31/10/2011. "Assurant Argentina Compañía de Seguros S.A. Argentina Compañía de Seguros S.A. c. G.C.B.A. s/otras causas con trámite directo ante cámara de apelaciones" LLCABA 2012 (febrero)-p.41.

renovación de la tarjeta,<sup>136</sup> o cuando se pretendió cobrar cargos no previstos en el contrato por el sólo hecho de incluirlos en los resúmenes,<sup>137</sup> o cuando se ha utilizado un lenguaje poco claro, o mediante abreviaturas que requieran una explicación adicional para ser entendidos<sup>138</sup>.

**b) Información a cargo del usuario en favor del emisor.**

El usuario está obligado a informar de inmediato al emisor la pérdida, robo o sustracción de su tarjeta. Dicha información debe brindarse con el objeto de que pueda ser inhabilitada y para que el emisor pueda hacer las correspondientes comunicaciones a los proveedores. Para que el usuario pueda cumplir con esa obligación, el emisor debe no sólo informar sobre la forma de proceder en esos casos, sino que también ha de poner a disposición del primero canales de comunicación adecuados.

Las comunicaciones que debe efectuar el emisor a los proveedores adheridos al sistema, en caso de robo, pérdida o extravío debe ser sin cargo para el usuario, y si en el contrato se hubiera pactado en contrario, en razón de lo dispuesto en el artículo 14, inc. e), la cláusula se reputa nula.

**c) Información del emisor a los proveedores:**

Fuera de las informaciones precontractuales que deben brindarse a los proveedores, el emisor asume la obligación contractual de proporcionar las resulten necesarias para que el sistema pueda funcionar adecuadamente, incluyendo información referida a cualquier vicisitud e irregularidad que pueda existir respecto de las tarjetas que emitió.<sup>139</sup> Esa información debe ser actualizada en forma permanente, como ocurre en los contratos de larga duración.

En concreto se le impone al emisor suministrar no sólo los materiales e instrumentos de identificación, sino también las publicaciones informativas de los usuarios del sistema, en razón de que el proveedor tiene derecho a saber si la tarjeta está o no inhabilitada o a conocer el estado de cuenta el usuario.<sup>140</sup> La información inmediata a que hace referencia el artículo 33 implica a su vez un deber del

---

<sup>136</sup> CFederal de Apel. de General Roca ,26/02/2009, "Pierini, Mauro Luis c. Banco Santander Río" L.LPatagonia 2009 (junio). p.897.

<sup>137</sup> CN Apel. en lo Contenciosoadministrativo Federal, sala III 12/06/2007," *Bank Boston NA c. DNCI Disp. 214/05* "DJ 2007-III- 603.

<sup>138</sup> Cde Apel.en lo Contenciosoadministrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, sala I. 09/03/2005,"*Banco Bansud c. Ciudad de Buenos Aires*, DJ 2005-2 DJ 2005-2- 691.

<sup>139</sup> GETE ALONSO y CALERA, María del Carmen. "Las tarjetas de crédito" Ed. Marcial Pons, Madrid 1997, p.92.

<sup>140</sup> WAYAR Ernesto C. "Régimen..."cit. p.238.

administrador del sistema de contar con los recursos tecnológicos necesarios para procesar inmediatamente las inhabilitaciones y bajas del sistema.<sup>141</sup> Esta información también tiene que ser brindada gratuitamente al proveedor.

### **Ap. III - La información en la ley 26.529-(Derechos de los pacientes)**

La ley 26.529 ha impuesto legalmente el denominado consentimiento informado, lo que implica reconocer las modificaciones que se han producido en la relación de médico- paciente, en el sentido de dejar de lado la concepción paternalista de la medicina. Pero pese a esos cambios no se puede ignorar que, de todos modos, el médico se encuentra en una posición dominante en el plano contractual, pues es quien posee los conocimientos técnicos y científicos de los que carece el paciente.<sup>142</sup> Es decir que se está en presencia de un claro ejemplo de asimetría informativa, que se procura subsanar imponiendo la obligación de informar.

Esa información que el médico está obligado a proporcionar al paciente, debe ser clara, leal y pertinente y por sobre todo comprensible. En caso contrario si la información no cumple con dichos recaudos, se estaría vulnerando la libertad de decisión del mismo.

Retomando el tema del consentimiento informado se puede definir al mismo como la conformidad libre, voluntaria y consciente de un paciente, manifestada en el pleno uso de sus facultades después de recibir la información adecuada, para que tenga lugar una actuación que afecte a su salud.

También se lo ha definido como la declaración de voluntad efectuada por un paciente, por la cual, luego de brindársele una suficiente información referida al procedimiento o intervención quirúrgica que se le propone como médicamente aconsejable, éste decide prestar su conformidad y someterse a tal procedimiento o intervención.<sup>143</sup>

---

<sup>141</sup> PAOLANTONIO, Martín E. “*Régimen legal de la tarjeta de crédito*” Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe 1999, p.108.

<sup>142</sup> LOVECE, Graciela, en Ghersi (dir)- Weingarten, (Coord) “*Tratado de daños reparable*”, Ed. La Ley Bs.As. 2009, t. III, Parte Especial, p. 237 y ss.). En igual sentido TALLONE, Federico Carlos “*Ausencia de consentimiento informado. Implicancias dentro de la responsabilidad civil del médico*” en Revista de Derecho de Daños, Ed. Rubinzal-Culzoni, “*La omisión en el derecho de daños*” 2007-2-p, 216

<sup>143</sup> HIGHTON, Elena - WIERZBA Sandra. “*La relación médico-paciente: El consentimiento informado*”, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2003 pág. 1.

La necesidad del consentimiento informado parte de la idea de que el paciente, por el hecho de necesitar asistencia médica, no deja de ser una persona ni pierde los derechos que son inherentes a esa calidad. Entre esos derechos se encuentran, el de autodeterminación y su derecho a la salud. Para el ejercicio de su derecho a la autodeterminación es preciso que sea informado respecto de las técnicas de diagnóstico a utilizar, y una vez obtenido éste, de las consecuencias de la enfermedad diagnosticada, y de los posibles tratamientos y sus efectos.

El fundamento de dicho deber, ahora de fuente legal, ya había sido receptado por nuestra jurisprudencia, en base a los principios de buena fe y de libertad contractual, como así también en razón del derecho de defensa de derechos personalísimos.<sup>144</sup>

También se había resuelto que el consentimiento informado comprende dos deberes por parte del médico: la obtención del mismo y la información al paciente, a fin de que puede participar inteligentemente en la aceptación o no del tratamiento.<sup>145</sup>

Continuando con lo relativo al consentimiento informado, se hace necesario distinguir según que el paciente pueda o no elegir al médico tratante.

1.- Si se trata de un supuesto de libre elección del profesional, para la formación del contrato se requiere tanto el consentimiento del paciente como el del médico, consentimiento que se materializa básicamente por la asistencia del paciente a la consulta médica. Pero, este consentimiento inicial no debe ser confundido ni con el consentimiento informado, ni implica aceptación anticipada en orden a los actos médicos en particular.

En ese sentido se afirma que los médicos tienen por un lado el deber de informar como presupuesto del consentimiento informado y a su vez el deber de información como presupuesto indispensable para llevar a cabo un tratamiento determinado.<sup>146</sup>

En consonancia con el criterio precedente, cuando se trata de actos médicos en particular, se ha resuelto que la información debe ser específica, debiendo solicitarse el consentimiento para un acto determinado, individualizado, justificado por determinada patología que se le informa, no resultando admisible

---

<sup>144</sup> Juzgado Nacional de 1a Instancia en lo Civil Nro. 41, sentencia del 09/06/2008, in re: "*Sarti Cordero, Gustavo Baltasar c. O. R., D. H. y otros*" La Ley Online.

<sup>145</sup> C.N.de Apel. en lo Civ. sala F, fallo del 05/02/1998, in re "*M.A.N. c. Fernández, Elsa S.*" L.L.1998-E- 96 y DJ 1999-2- 1049.

una información genérica o vaga, ni hallarse en un documento en blanco al momento de su firma.<sup>147</sup>

2.- Si el paciente, en cambio, carece de la posibilidad de elegir al médico tratante, éste de todos modos, deberá requerir el consentimiento informado, para tratamientos determinados.

Es decir que fuera del contrato inicial, el médico deberá obtener el consentimiento del paciente antes de toda intervención, y para ello deberá brindar a éste toda la información necesaria, posible y pertinente, en los términos de pertinencia a que se ha hecho referencia en el Ap. I de la Sección I.

#### **a) Contenido de la información médica.**

Como la imposición de informar que tienen los médicos se basa en la desigualdad de conocimientos respecto de su paciente, la misma tiene por objeto permitir que este último pueda adoptar su decisión con pleno conocimiento de la situación.

Con esa finalidad al par de exigirse que la información sea clara, suficiente e idónea, en el art. 2º inc. f), de la ley 26.529, se ha detallado el contenido mínimo de la misma, que implica dar conocer al paciente lo siguiente:

1. Su estado de salud,
2. El procedimiento propuesto, con especificación de los objetivos perseguidos,
3. Los riesgos, molestias y efectos adversos previsibles,
4. La especificación de los procedimientos alternativos y sus riesgos,
5. Los beneficios y perjuicios en relación con el procedimiento propuesto,
6. Las consecuencias previsibles de la no realización del procedimiento propuesto o de los alternativos especificados.

Sin perjuicio de los extremos exigidos normativamente, la información a brindarse debe adaptarse a cada paciente acreedor de la misma, y sólo excepcionalmente podrá ser brindada a parientes o allegados. Esa exigencia de informar al propio paciente se reafirma incluso tratándose de enfermos mentales, según lo establecido en el artículo 7 de la ley 26.657.

También se debe tener en cuenta que la información médica no constituye un mero acto formal, sino que se trata de un verdadero proceso informativo, un proceso

---

<sup>147</sup> CApelac.en lo Civ., Com. y Contenciosoadministrativo de 1a Nominación de Río Cuarto, 30/07/2010, “Pontel Maria Alejandra c. Malcom Hernandez E Instituto Medico Rio Cuarto” La Ley On line.

de diálogo entre médico y paciente, que luego el primero debe documentar debidamente.<sup>148</sup>

Este criterio ha tenido recepción jurisprudencial al resolverse que la información médica debe ser entendida como un proceso que involucra una relación de efectiva comunicación entre el médico y el paciente.<sup>149</sup> Es decir que el alcance de la información debida al paciente es gradual, variable, en cada caso y dependen de diversos factores, capacidad de comprensión y cultura médica del paciente, deseos de información expresado por él, la necesidad y niveles de riesgo que entrañe el tratamiento, e incluso los efectos colaterales que la información pueda provocar en el paciente.<sup>150</sup> En suma, lo importante en esta materia no es que el formulario donde consta el consentimiento, sino el efectivo esclarecimiento de la situación del paciente.<sup>151</sup>

Otro aspecto a considerar en materia de información médica es que en nuestro ordenamiento no se ha previsto denominado “*Beneficio Terapéutico*”, para eximir al médico de su obligación de brindar información al paciente.

#### **b) Acreedor del deber de información médica.**

Teniendo en cuenta la naturaleza personalísima del derecho que se procura proteger con la información, debe concluirse que el titular de la misma, como ya se ha anticipado, es sólo el paciente, quien debe consentir la actuación o intervención médica, siempre y cuando su capacidad natural de juicio y discernimiento se lo permita, y no estemos ante supuestos de urgencia o de riesgo para la salud pública. Es decir que sólo excepcionalmente y en caso de imposibilidad del propio paciente, serán sus familiares o allegados los que podrán estar legitimados para dar su conformidad o negar su autorización al tratamiento propuesto por el galeno.<sup>152</sup> Este criterio ha tenido recepción jurisprudencial al sostenerse que: “Tratándose de

---

<sup>148</sup> NICOLAU, Noemí. “*Acerca...*” cit. RDD, 2011-3, En igual sentido VALENTE, Luis-CALCAGNO, Liliana “, LA LEY 2008-E- 996; TALLONE, Federico: “*La importancia del consentimiento informado en la praxis médica*” RCyS, 2004-574 y “*Ausencia de consentimiento informado. Implicancias dentro de la responsabilidad civil médica.*”, RDD, 2007-2-213.

<sup>149</sup> CNApelac.en lo Civ. sala M, 18/11/2011, “Rivera, Norma Aida c. U., E. y otro” DJ 02/05/2012, p.88.

<sup>150</sup> LLAMAS POMBO, Eugenio, “*La responsabilidad civil del médico*”, Ed. Trivium, Madrid, 1988, p.60.

<sup>151</sup> Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Resistencia, sala IV, 23/04/1996, “C. de G., E. c. F., J. R.” LLLitoral 1997, 327 con nota de Roberto A. Vázquez Ferreyra.

<sup>152</sup> LÓPEZ MESA, Marcelo - TRIGO REPRESAS, Félix, “*Responsabilidad civil de los profesionales*”, Ed. Lexis Nexis, Buenos Aires, 2005, p. 434; SANTOS BRIZ, Jaime, “*La responsabilidad civil. Temas actuales*”, Ed. Montecorvo, Madrid, 2001, p. 206.

derechos personalísimos ninguna otra persona, salvo estado de urgencia, puede tomar decisiones sobre su cuerpo, pues la estimación de conveniencia del acto que hagan los médicos no les permite, actuando con paternalismo, disponer sin la manifestación de voluntad de la paciente que debió ser previa y debidamente informada.<sup>153</sup> En igual sentido se ha resuelto que la voluntad del paciente, en tanto se encuentre en pleno uso de sus facultades mentales y lúcido, no puede ser suplida por una autorización judicial.<sup>154</sup> También la Corte Suprema Nacional se ha pronunciado en idéntico sentido en la causa, "Bahamondez".<sup>155</sup>

**c) Forma de la información médica:**

En general se admite que la información médica puede hacerse por cualquier medio, incluso verbalmente, salvo los supuestos en que se deba dejar constancia documentada como exige la ley 24.194 de trasplantes de órganos y materiales anatómicos.

Sin embargo, es importante advertir la necesidad de instrumentar por escrito el consentimiento del paciente, a los fines de salvaguardarse de posibles reclamos que por esta causa pudieran formularse, fundamentalmente considerando la corriente jurisprudencial mayoritaria, que pone en cabeza del médico la carga de tener que probar haber obtenido el correspondiente consentimiento informado por parte del paciente.<sup>156</sup>

En ese sentido se ha resuelto que el consentimiento del paciente para someterse a un tratamiento médico -cuya ausencia haría incurrir en responsabilidad al facultativo que lo atiende- puede brindarse en forma verbal, salvo caso de mutilaciones o trasplantes de órganos, sin perjuicio de la conveniencia que supone requerir un consentimiento completo e informado por escrito.<sup>157</sup>

---

<sup>153</sup> C. Civ. y Com. Mar del Plata, sala 2ª, 26/12/2007, *M., C. v. Clínica Pueyrredón y otros*. Abeledo-Perrot, On line

<sup>154</sup> Juzgado de 1º Instancia en lo Civ., 5ta Nominación, Rosario, 26/11/1995, "*Servicio de Cirugía y Clínica HECA*" J.A.2002 Síntesis. Abeledo-Perrot. cita 1/56600

<sup>155</sup> CSJN, 6/04/1993, "*Bahamondez, Marcelo s/ Medida Cautelar*" Fallos 416:479

<sup>156</sup> TALLONE, Federico Carlos "*El Consentimiento Informado en el Derecho Médico*" [www.geosalud.com/consentimiento/consinfdermedico.htm](http://www.geosalud.com/consentimiento/consinfdermedico.htm).

<sup>157</sup> Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala H, 18/10/2002. "*P., D. c. Prestaciones Médico Asistenciales y otros*" L.L. 2003-D-, 1001.

De todas maneras el paciente debe actuar de buena fe y aún a falta de documento, puede acreditarse que éste conoció por otros medios los datos necesarios para tomar su decisión.<sup>158</sup>

Sin embargo, como se verá al punto e), hay casos en que la forma documental es insuficiente, y sólo se le asigna el carácter de base o guía para la explicación verbal y discusión con el sujeto interviniente o su representante legal, como ocurre en caso de suministro de medicamentos en ensayo clínicos.

#### **d) Revocación del consentimiento.**

De acuerdo con la normativa vigente el consentimiento prestado para un acto médico puede ser revocado, y es obligatorio para el profesional acatar tal decisión dejando expresa constancia de ello en la historia clínica. En ese caso, deben adoptarse todas las formalidades que sean necesarias con la finalidad de acreditar fehacientemente tal manifestación de voluntad, como así también que la misma fue adoptada conociendo el paciente los riesgos previsibles que esa decisión implica.

Sin embargo, la voluntad revocatoria del paciente puede no ser acatada si no se mantienen las condiciones de salud que en su oportunidad permitieron el tratamiento. En ese caso la decisión del médico deberá ser fundada, dejándose constancia en la historia clínica.

#### **e) Renuncia del derecho a la información.**

En el marco de la autonomía de la voluntad debe inscribirse el derecho a no saber, debiendo respetarse la decisión de quien decide no ser informado. En ese sentido se ha dicho que junto al derecho de excluir a terceros del conocimiento relativo a la vida privada, toda persona tiene derecho a decidir qué cantidad de información quiere recibir, lo que incluye la posibilidad de no recibir ninguna.

Este derecho a no saber ha cobrado relevancia en la actualidad como consecuencia del impacto que puede derivarse de recibir una información, sobre

---

<sup>158</sup> Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala H, 18/08/2011,” Benenatti Techera, Elma c. Melo, Luis Marcelo y otros s/Ordinario. Daños y perjuicios por responsabilidad profesional médica” fallo en el que se dijo: *la circunstancia de que no se haya acompañado un documento que compruebe el consentimiento informado de la paciente que fue sometida a una compleja intervención quirúrgica, no significa que no existiera, pues ella sabía que su caso fue evaluado en dos ateneos científicos y que luego se pidió una evaluación psicológica prequirúrgica, circunstancias éstas que permiten considerar que estaba al tanto de los pormenores de la operación.* En igual sentido el mismo Tribunal in re “Aranda Héctor Carlos c. OSDE Binario” 16/08/2007, L.L. on line, AR/JUR/5249/2007.

todo genética, no solicitada.<sup>159</sup> De todos modos esa renuncia en el plano médico no puede ser general, sino que debe expresarse frente a cada intervención médica en que la información sea requerida.<sup>160</sup>

**f) El deber de información en materia de administración de medicamentos.**

Si bien el médico es el único autorizado para ordenar el suministro de medicamentos, existe un deber no sólo de información, sino de advertencia, para que el paciente al menos conozca la identificación del mismo; cuál es su principio activo; forma de uso y dosificación, como así también los efectos, interacciones, contraindicaciones, efectos colaterales y las medidas a adoptar en caso de intoxicación o sobredosis.

En esa tarea de informar y de advertir, el médico no se halla dispensado por el hecho de que el medicamento contenga un prospecto indicativo, por dos razones: Una, porque la información médica no puede ser generalizada, pues debe tenerse en cuenta al paciente receptor de la misma en concreto pues debe procurarse un efectivo conocimiento. Otra, porque el prospecto se vincula más con el seguimiento del tratamiento que con la toma de decisiones en orden a su administración.

Este criterio incluso ha sido receptado jurisprudencialmente, al sostenerse que el médico no puede confiar como medio de información en la lectura del prospecto, agregando que no obstante no estar obligados a conocer las características de todos los medicamentos, sí tienen el deber de conocer los que eligen, suministran o prescriben a sus pacientes<sup>161</sup> De todos modos corresponde destacar que, acorde con lo establecido en la ley 24.240, los prospectos deben tener información veraz y clara, asegurando su comprensión mediante un lenguaje que prescinda en lo posible de términos técnicos, y fundamentalmente que sean legibles.- La legibilidad exige que se respete el tamaño mínimo de los caracteres tipográficos.

Además, cuando el médico brinda información relativa a la forma de uso de un medicamento, debe considerar no sólo a la persona los recibirá, sino también quién será en el encargado de su administración, sea el propio paciente o terceros, distinguiendo también según se trate de pacientes internados o ambulatorios, de personas mayores o de niños o de incapaces, es decir que se deben satisfacer los

---

<sup>159</sup> FERNANDEZ DOMINGUEZ, Juan José. "Pruebas genéticas en el derecho del trabajo", Ed. Civitas, Madrid, 2008, p. 129.

<sup>160</sup> SUAREZ ESPINO, María Lidia, "El derecho a la intimidad genética" Ed. Marcial Pons, Madrid, 2008, p.105 y sus citas.

<sup>161</sup> CN Apelaciones en lo Civil, sala C 26/08/2010, autos: "F., D. V. c. Bayer Argentina S.A. y otro" RCyS 2011-I, 124).<sup>161</sup>

requisitos que para toda información han sido precisados en la Sección VIII del presente Capítulo.

**g) Información médica para la administración de medicamentos en ensayos clínicos.**

Si bien es cierto que la investigación es indispensable para mejorar la calidad y duración de la vida, y que para ello se requiere efectuar estudios clínicos con el objeto de demostrar la eficacia y seguridad de nuevos productos, no es menos cierto que la investigación en seres humanos está limitada por el respeto de sus derechos y libertades consagrados en la Constitución Nacional y en los Tratados Internacionales incorporados a la misma con rango constitucional.

Los estudios o ensayos clínicos son evaluaciones experimentales necesarias para encontrar nuevas respuestas preventivas, diagnósticas o terapéuticas, que siguen en un todo las pautas del método científico en seres humanos voluntarios y que tiene como objetivo evaluar, entre otros, la seguridad y eficacia de los medicamentos.

En nuestro país se ha dictado la Resolución 1490/2007 - MS. por la cual se adopta el Documento de las Américas sobre Buenas Prácticas Clínicas, aprobado por la Organización Panamericana de la Salud, en la República Dominicana, el 4 de marzo de 2005, norma que exige un alto nivel de información que se debe brindar al paciente, estableciendo en el punto 4.4., los requisitos exigibles, agregando en diferentes puntos que el lenguaje utilizado en la información escrita y verbal deberá ser práctico y no técnico y brindado en el idioma del paciente, - 4.3.10-, contemplando además la situación de las personas analfabetas,- 4.3.14-.

La Resolución y su remisión al Documento de las Américas, importa que el consentimiento informado en este ámbito, requiere un documento escrito que debe ser aprobado por una comité de ética independiente, -4.3.6-, y que debe ser escrito, firmado y fechado -4.3.3-, estableciéndose no obstante, que el mismo sólo constituirá, como ya se ha dicho, la base o guía para la explicación verbal y discusión del estudio con el sujeto interviniente o su representante legal, entendiéndose que el consentimiento informado constituye un proceso informativo - 4.3.2-.

**Ap. IV - La información en la ley 26.130, (Contracepción quirúrgica).**

Esta ley establece un “Régimen para las intervenciones de contracepción quirúrgica”, reconociendo el derecho a toda persona capaz de acceder a la misma,

exigiendo como único requisito, pese a que no lo define, el “Consentimiento Informado” del solicitante.

En el art.4º de dicho cuerpo legal, se establece que el profesional interviniente, en forma individual o junto con un equipo interdisciplinario, debe informar a la persona que solicite la ligadura tubaria o vasectomía, la naturaleza e implicancias de la práctica sobre la salud, las alternativas de utilización de otros anticonceptivos no quirúrgicos autorizados, las características del procedimiento, las posibilidades de reversión, los riesgos y las consecuencias. Finalmente, dispone que se debe dejar constancia en la historia clínica de haber proporcionado dicha información, debidamente conformada por la persona concerniente.

Lo que no menciona la ley, en orden a la libertad contractual, es el momento en que dicho consentimiento se solicita, ni fija un período de reflexión entre el suministro de información y la práctica quirúrgica, sin considerar la posibilidad de una racionalidad imperfecta del receptor, a la que ya se ha hecho alusión en el Título III, 1- a), cuestión que incluso ha merecido fundadas críticas.<sup>162</sup> Tampoco contempla con precisión la situación de las personas analfabetas o precariamente alfabetizadas, ni tampoco exige que se haga saber que el procedimiento de reversión no es gratuito.

En consonancia con lo antedicho se ha advertido que la tanto la condición de género y de clase, como la edad hace que se observen mayores dificultades para desarrollar capacidades de decisión en orden a la prevención de embarazos no deseados, razón por la cual la información deberá procurar mitigar ese déficit y para

---

<sup>162</sup> BOSTIANCIC, María CC.” *El consentimiento informado en la ley 26.130 de contracepción quirúrgica*” quien dice:”*En la actualidad, la realidad del ámbito hospitalario muestra cotidianamente pedidos de esterilización durante la internación de la paciente para tener a su hijo, en quirófano (cuando está a punto de realizarse el parto por cesárea) o bien en la etapa del puerperio inmediato, es decir, cuando se ha tenido un hijo recientemente. Esto preocupa, porque las mujeres se encuentran en un momento de particular vulnerabilidad al solicitar la realización de una ligadura tubaria sin un tiempo adecuado de elaboración y reflexión.*

*Otra cuestión que alarma es que existe una gran cantidad de casos en que la toma de decisión por la esterilización definitiva está motivada en factores externos de índole transitoria, de tipo económico (como la pérdida de un trabajo), cultural (presión del cónyuge), emocional (fallecimiento del cónyuge), educativo (comodidad y la practicidad del método anticonceptivo permanente) o prestacional (no hay suministro de anticonceptivos reversibles) que interrumpen o distorsionan la libre voluntad de manifestarse de los pacientes.*

*También sucede que tanto el paternalismo profesional como la fragilidad en la competencia de ciertas mujeres hace en muchas oportunidades caducar el respeto por la autonomía, lo cual se ve reforzado cuando el nivel educacional es bajo y las pacientes que acuden al médico esperan de él (y desean) una posición abiertamente paternalista. Esto muchas veces culmina en una ligadura tubaria cuyo formulario de consentimiento es firmado por la paciente, pero "decidido" por el médico.”*

ello será menester tener especialmente en cuenta la capacidad disminuida del receptor.<sup>163</sup>

#### **Ap. V. La información en la ley 26.657, (Salud mental).**

Esta ley reitera la idea del consentimiento informado, estableciendo en su artículo 7° inc. j) que quien tiene un padecimiento mental, cuenta con el derecho a ser informado de manera adecuada y comprensible, respecto de todo lo inherente a su salud y tratamiento, según las normas del consentimiento informado, incluyendo las alternativas para su atención.

Agrega la ley, que en caso de que la información no sea comprendida por el paciente, los datos pertinentes se deberán comunicar a sus familiares, tutores o representantes legales. Es decir, que toma en cuenta la capacidad disminuida del titular del derecho a ser informado y reconoce la titularidad del paciente como acreedor de la información.

A su vez en el inc. k), acuerda al enfermo mental el derecho de tomar decisiones relacionadas con su atención y tratamiento, dentro de sus posibilidades, en tanto que en el artículo 10 reitera el principio de consentimiento informado para todo tipo de intervenciones. Además establece que este tipo de pacientes tienen derecho a obtener información a través de medios y tecnologías adecuadas a su comprensión.

En el artículo 16, se establecen las condiciones de internación y en el inc. c) se hace referencia al consentimiento informado de la persona o de su representante legal, consentimiento que se considera válido sólo cuando se presta en estado de lucidez y con comprensión de la situación. Ese consentimiento debe subsistir durante todo el tiempo de la internación voluntaria y en el caso de que la lucidez se pierda durante la misma se deberá aplicar el régimen de la internación involuntaria.

En síntesis, esta ley reitera criterios relativos al consentimiento informado, que tiende a garantizar la libertad contractual. También da pautas precisas en orden al contenido de la información que se debe brindar, y a sus requisitos, pues debe ser adecuada y comprensible, para lo cual se exige la utilización de medios o

---

<sup>163</sup> GELDSTEIN, Rosa Noemí y PANTELIDES, Edith Alejandra. *"Riesgo Reproductivo en la Adolescencia. Desigualdad Social y Asimetría de Género"*. UNICEF, 2001, pág. 8.

tecnologías apropiados a la capacidad del receptor. En suma, impone tener en cuenta la capacidad disminuida del acreedor de la misma, a efecto de garantizar su eficacia, de modo que se logre un efectivo conocimiento.

**Ap. VI. La información en la ley 24.193, (Trasplantes de órganos y materiales anatómicos).**

Esta ley referida al régimen de trasplantes de órganos y de materiales anatómicos, impone en su artículo 13 a los jefes y subjefes de los equipos, como asimismo los profesionales a que se refiere el artículo 3° - es decir médicos y equipos médicos registrados y habilitados, específicos deberes de información.

En el caso de donantes vivos se deben informar tanto a éstos como a los receptores de manera suficiente, clara y adaptada a su nivel cultural, sobre los riesgos de la operación de ablación e implante, según el caso, respeto de sus secuelas físicas y psíquicas, ciertas o posibles, la evolución previsible y las limitaciones resultantes, así como las posibilidades de mejoría que, verosímilmente puedan resultar para el receptor. Sólo en caso de incapacidad la información puede ser brindada a sus representantes legales o a sus guardadores.

En caso de que los donantes y receptores no se opongan, la información será suministrada también a su grupo familiar en el orden y condiciones previstos por el artículo 21 de la ley 24.193 y modificatoria. Es decir, que estamos en presencia de un posible supuesto de secreto que depende de la voluntad del acreedor de la información.

Ese criterio resulta contrario a lo sostenido al punto b) del ap. II, de la Sección III, en el sentido de que el paciente es el único titular de la información. Por dicha razón más que exigirse que no haya oposición, debiera requerirse su autorización para efectuar comunicaciones a su grupo familiar. Este criterio resulta congruente con las reglas del secreto médico que se tratarán en el capítulo correspondiente.

La ley también establece que, luego de asegurarse que la información ha sido comprendida por los sujetos destinatarios de la misma, dejarán a la libre voluntad de cada uno de ellos la decisión que corresponda adoptar, pero no fija ningún plazo para ese período de reflexión.

En orden a la forma se dispone que tanto del cumplimiento del deber de información, como de la decisión del dador; del receptor o de su representante legal,

deberá ser consignada en forma documentada. También se impone dejar constancia documentada de la opinión médica referida a los riesgos, secuelas, evolución, limitaciones y mejoría, tanto para el dador como para el receptor.

#### **Ap. VII. La información en la ley 23.660. (Empresas de medicina prepaga)**

La ley reguladora de las empresas de medicina prepaga, impone deberes de información tanto a las prestadoras, como al adherente al sistema y a la autoridad de aplicación.

##### **a) Obligación de informar de las prestadoras.**

El artículo 7º, les exige informar fehacientemente al usuario respecto de cuáles son las prestaciones cubiertas y las excluidas. De todos modos nuestros tribunales, aún antes de la sanción de la ley precitada habían ya venían haciendo aplicación de dicha exigencia.<sup>164</sup>

##### **b) Deber de información a cargo del usuario.**

Al usuario se le impone informar sobre la existencia de enfermedades preexistentes, estableciéndose que lo hará mediante declaración jurada.

En relación a la declaración jurada exigible, no puede soslayarse que se trata de un contrato alcanzado por la ley 24.240, y como consecuencia de ello, el prestador no podrá sustraerse de la obligación de impuesta por el artículo 4º de la misma, y por lo tanto deberá comunicar todo lo que sea necesario y útil para la toma de decisión del consumidor<sup>165</sup>

En virtud de la aplicación de la normativa de consumo deberá hacer saber qué enfermedades resultan relevantes para el cálculo de sus propios riesgos estableciendo un cuestionario claro y preciso, siendo aplicables respecto de este contrato los criterios aplicables a la reticencia en el contrato de seguro, cuestión a la que se dará tratamiento en el ap. VIII, de esta Sección.

##### **c) Deberes de información a cargo de la autoridad de aplicación.**

A la autoridad de aplicación se le impone la obligación de implementar mecanismos, en cada jurisdicción, para que los usuarios tengan información actualizada de los

---

<sup>164</sup> Juzgado de 1ª Instancia en lo Civil, Comercial y Minería Nro. 3 de Bariloche, 17/03/2006, en autos: "J., G. c. C.S.S.A.", LLPatagonia.- Se dijo que: "Si un contrato entre un paciente y su prepaga no excluye expresamente determinada práctica, que médicamente se muestra idónea en términos curativos, no hay impedimento ninguno en reputarla implícitamente incluida en el vademécum"

<sup>165</sup> C Apel. Civ. y Com. Común de Tucumán, sala III ,10/11/2011," Padilla, Máximo c. Galeno Argentina S.A. s/amparo informativo", LLNOA (marzo)- 217

prestadores, y que permitan establecer un mecanismo de categorización y acreditación de los sujetos alcanzados por la ley.

#### **Ap. VIII. La información en la ley 19.550. (Sociedades comerciales)**

Se ha caracterizado el derecho a la información del socio como la garantía que la ley le otorga de tener noticia del desenvolvimiento social, mediante la inspección de los libros y documentos sociales, o por medio del requerimiento de aclaraciones a los administradores, derecho que es calificado como inherente a la condición de socio.<sup>166</sup>

La finalidad del derecho de los socios a ser informado es no sólo la de garantizar la igualdad de conocimientos de cada uno de ellos en una relación societaria, sino que también se tiene en miras el interés común a todos ellos.<sup>167</sup> En ese sentido se ha resuelto que el derecho a la información, calificado como irrenunciable, ha sido establecido tanto en interés del socio como de la sociedad.<sup>168</sup>

Esa posibilidad de informarse que tienen los socios se justifica porque, en la dinámica normal de una sociedad pueden aparecer dos tipos de conflictos de intereses.

Por un lado, los gerentes a cargo del manejo cotidiano de la misma pueden aprovechar su situación privilegiada para obtener beneficios personales a expensas del universo de accionistas. Por otro, los socios mayoritarios pueden explotar su poder para obtener beneficios a expensas de los accionistas minoritarios, quienes usualmente no cuentan con la información y los recursos para evitar tales conductas.-

Además sólo contando con información adecuada un socio podrá tomar las decisiones que como integrante de la sociedad le correspondan.<sup>169</sup>

Es por eso que la ley de sociedades comerciales 19.550, acuerda a los socios en su artículo 55, el derecho a examinar los libros y la documentación societaria. Sin embargo, ese derecho acorde con lo dispuesto en el artículo 158 de la misma ley, no puede ser ejercido individualmente en las sociedades de responsabilidad limitada, cuando el capital alcance el importe fijado en el art. 299 inc. 2º, ni en las

---

<sup>166</sup> ROITMAN, Horacio, AGUIRRE, Hugo, CHIAVASSA, Eduardo. “*Manuel de Sociedades Comerciales*” Ed. La Ley, Bs.As. 2009, p.249

<sup>167</sup> MOLINA SANDOVAL, Carlos A.”*Fronteras actuales del derecho de información del socio*” RDPC, Ed. Rubinzal- Culzoni, 2003-2-p. 129 y ss. En igual sentido LUCHINSKY, Rubén “*Sobre el derecho de información de los accionistas*” en R.D.C.C. y E. (setiembre 2010)p.174

<sup>168</sup> CNde Com. Sala A. 23/11/2006, “*Isabella, Pascual c/ Bingo Caballito S.A.*”, Abeledo- Perrot, On line

<sup>169</sup> MOLINA SANDOVAL, C.A.”*Fronteras...*”cit. p.133.

sociedades por acciones. Es decir que en los casos en que existan órganos de fiscalización obligatorios, será a ellos a quien se deberá requerir la información.

En síntesis “en materia de sociedades en los que la profesionalización del cuerpo gerencial es notoria, se incorporan deberes de información hacia los socios, que deben brindarse en asambleas ordinarias, extraordinarias o través de los órganos de fiscalización.”<sup>170</sup>

El derecho a la información se ejerce en el ámbito societario accediendo a los datos en la forma prescripta por el artículo 55 de la LSC, es decir mediante el examen personal de la documentación, el pedido de informes al administrador o el pedido de informes a la sindicatura.

Pero, aún cuando la ley otorga al socio el derecho la información éste no puede ser ejercitado abusivamente de modo de resultar perturbador del ente societario, pues una actuación que afecte el desenvolvimiento de la sociedad, resultaría contraria el principio de buena fe.<sup>171</sup>

En ese sentido se ha resuelto que la previsión del art. 55 de la ley de sociedades no implica reconocer al socio el derecho a requerir información en cualquier tiempo y por cualquier causa, sino que el mismo se materializa a través del procedimiento de someter periódicamente los estados contables a la asamblea, siendo inaceptable que la gestión sea evaluada individualmente por cada socio en la ocasión que discrecionalmente elija.<sup>172</sup>

Fuera del límite impuesto por el ejercicio abusivo del derecho, el acceso a la información también está limitado por el secreto de la gestión social, pero el ese secreto debe conciliarse con el derecho a la información sosteniéndose que serán los Tribunales quienes en última instancia analizarán la razonabilidad o no de su ejercicio.<sup>173</sup> En caso de duda sobre la “procedencia o no del derecho de información, debe concederse el mismo, atento su naturaleza y porque son excepcionales los supuestos en los que su ejercicio puede perjudicar el interés social”<sup>174</sup>

---

<sup>170</sup> LORENZETTI, R. “*El deber de información...*” cit.; en igual sentido CNdeCom., Sala A, 30/03/1978, “Vycma SCA c/ IAFA S.A.” Abeledo Perro On line ; Sala E 8/08/1989 RDCo 1986-953; “Angueira, Guillermo y otros c/ Juan B. Justo Transportes, 8/08/1989, JA.1990.II.452.

<sup>171</sup> ECHEVERRY, Raúl Aníbal. “*Contratos asociativos, negocios de colaboración y consorcios*” Ed. Astrea, Bs.As. 2005, p.40

<sup>172</sup> C2° Civ. y Com. Córdoba, 5/8/2004, “*Molina Noemí c/Secolo*” RSC, Noviembre-Diciembre 2004, p.283.

<sup>173</sup> AGUINIS, Ana María “*El derecho de información de los accionistas*” RDCO, 1978, p.299.

<sup>174</sup> MOLINA SANDOVAL, Carlos A. “*Fronteras....*” cit.

Finalmente debe tenerse en cuenta que la LSC no ha establecido ninguna formalidad, ni para la solicitud de información, ni para la emisión del informe por parte del administrador, rigiendo el respecto el principio de libertad de forma consagrado en el artículo 974 del C. Civil.

#### **Ap. IX. La información en la ley 17.418 (Seguros)**

En esta ley advertimos la importancia sistémica de la información, particularmente cuando la misma se vincula con el riesgo asegurado.

El riesgo al par de ser un elemento que caracteriza al contrato de seguro, constituye el factor que el asegurador toma en cuenta para decidir la celebración del mismo. Sin embargo, no sólo el asegurador está interesado en la determinación del riesgo asegurado, sino que el mismo tiene trascendencia para la comunidad de asegurados o “comunidad de riesgos” de la que son partícipes todos los eventuales beneficiarios de una indemnización.

Los deberes de información vinculados al riesgo asegurado pueden clasificarse en precontractuales y contractuales. Ejemplo de los primeros es la carga que se impone al tomador en el artículo 5° de la ley 17.418, de informar al asegurador todo aquello que pueda incidir en la calificación o extensión del riesgo asegurado. Esa carga implica el deber de transmitir no sólo lo que sabe, sino también lo que debe saber, sin importar la intencionalidad de la omisión. Se volverá sobre el tema en el capítulo correspondiente al secreto.

Entre las obligaciones contractuales se puede citar la contenida en su artículo 37 que impone al tomador hacer conocer a su asegurador la agravación del riesgo cubierto, disposición que resulta concordante con la obligación de mantener el estado de riesgo tal como existía al tiempo de celebración del contrato.

En cuanto a la forma en que el deber de informar la modificación del estado del riesgo asegurado, existen diferentes sistemas a saber:

- 1.- El de la declaración espontánea;
- 2.- El del cuestionario formulado por asegurador y
- 3.- Una combinación del primero con la carga paralela de indicarse en la póliza las agravaciones que el asegurador juzga importantes.<sup>175</sup>

---

<sup>175</sup> HALPERIN, Isaac. “Seguros. Exposición crítica de la leyes 17.418, 20.901 y 22.400” Ed. Depalma Bs.As. 2001, p. 4802cit. p.30.

El sistema adoptado por la ley 17.418 responde al último sistema en razón de que el artículo 132 dispone que la obligación de denunciar la agravación del riesgo debe obedecer a los motivos específicamente previstos en el contrato, aún cuando doctrinariamente se considere un criterio aplicable sólo a los seguros de vida.<sup>176</sup>

De todos modos si se tratara de seguros a los que les resulte aplicable la ley 24.240 no cabe duda que el asegurador estará obligado en función de lo dispuesto en el artículo 4° de la misma a informar al tomador respecto de las circunstancias que importen agravación del riesgo.

#### **Sección IV: El deber de información en los contratos *intuitu personae***

El contrato *intuitu personae*, se caracteriza por el hecho de que uno de los contratantes constituye un elemento esencial, que induce al otro a elegir una persona determinada, dotada de cualidades o aptitudes determinadas o de cierta calificación técnica.<sup>177</sup>

Si bien nuestro código civil, no ha receptado especialmente esta categoría contractual, y de que como regla el error en la persona no incide en la vigencia del contrato, en ellos se requiere normalmente, el conocimiento de datos relativos a la persona del co-contratante, razón por la cual es importante poder determinar en qué medida es exigible que sean revelados aspectos de su vida privada.

Ese conocimiento es particularmente importante cuando, además de tratarse de contratos *intuitu personae* son al mismo tiempo contratos de larga duración, en los cuales la finalidad perseguida exige satisfacer necesidades de colaboración, cooperación y lealtad, que sin duda pasan por conocer al otro más allá de su competencia técnica, o de su aptitud psíquica. Por ejemplo, en los contratos de crédito a veces resulta más importante conocer el historial de cumplimientos que se ha dado a obligaciones anteriores, que el estado patrimonial del peticionante del mismo.

Esos datos se pueden obtener por informes que debe brindar obligatoriamente una de las partes, cuestión que se tratará como punto 1, o puede tratarse de datos a ser recabados por una de ellas, punto 2, sin perjuicio de volver sobre el tema al tratar del secreto y su vinculación con la vida privada.

---

<sup>176</sup> ROITMAN, Horacio "La Agravación...." p.30 y ss.

<sup>177</sup> MESSINEO, Francesco. "Il contratto in genere", Ed. Giuffrè, Milano, 1972, T. I, p.794.

1. En determinados supuestos, es el legislador quien impone el deber de informar sobre aspectos de la vida privada, como ocurre en los contratos de seguro o en el de medicina prepaga, al tener que revelar la existencia de enfermedades preexistentes o la composición del núcleo familiar.

Sin embargo debe tenerse en cuenta que como regla, sólo la ley puede imponer el deber de hacer conocer aspectos relativos a la vida privada, sin que quepa derivar esa obligación, exclusivamente, del principio general de buena fe. Dicho principio si bien puede justificar el deber de informar en tanto esté referido a la cosa materia del contrato, al objeto del mismo, o a la extensión y modalidades de las obligaciones que se puedan derivar de la contratación, no resulta suficiente respecto de cuestiones que hacen a la intimidad de un contratante, razón por la cual la exigencia de ese tipo de datos debe ser interpretada con criterio restrictivo.

Es por eso, que tanto en el contrato de seguro, como en el de medicina prepaga, aún cuando se imponga al adherente la obligación de informar aspectos que hagan a su intimidad, resulta necesario, al margen del interrogatorio que pueda ser utilizado como fuente de información, que éste sea suficientemente claro de modo tal que pueda ser respondido con precisión y además que sea pertinente. Es decir, que aparte de su claridad y precisión, el interrogatorio deberá tener estricta relación con el contrato que se pretende celebrar, sin que pueda tener como fundamento una curiosidad malsana o que encubra prácticas discriminatorias, o se trate de investigaciones legalmente prohibidas.

A título de ejemplo debe reputarse lícita la conducta de un futuro empleador, sobre todo si se trata de tareas relevantes de su empresa, que intente conocer no sólo lo relativo a la salud física o psíquica del futuro empleado, sino también sus antecedentes penales o la existencia de lazos directos o indirectos con algún concurrente en el mercado.

Como se verá luego al tratar del secreto, el derecho a mantener en reserva determinados datos, debe ceder ante el deber de responder con veracidad frente a preguntas concretamente formuladas, en tanto las mismas sean relevantes y guarden estricta relación con el contrato que se pretende concluir.

Reiterando conceptos, es preciso señalar que si bien el interrogatorio como fuente de información reduce los costos de transacción, que resultarían mayores en caso de exigirse exámenes previos, debe ser lo suficientemente claro y estar

vinculado estrictamente, con los datos que sean relevantes para quien lo propone, con el objeto de se pueda efectuar una correcta delimitación del riesgo.

2. Los datos también pueden ser obtenidos por otros medios, como son los que se extraen de registros, tanto públicos como privados o por medio de investigaciones privadas, en tanto no estén legalmente prohibidas.

La información pública es conocida o cognoscible por todos los que participan en un mercado determinado y constituye un modo de información en la economía contemporánea.<sup>178</sup>

Si se tratara en cambio de información privilegiada, es decir la que si bien está destinada a ser pública, inicialmente es detentada sólo por determinadas personas que han accedido a ella en razón de la posición que ocupan, se podría llegar a la nulidad del contrato en razón de que no todos tienen igualdad para obtenerla en tanto que la situación de privilegio genera una ventaja ilegítima por parte de quien la detenta.<sup>179</sup>

De todos modos, cualquiera sea el medio a través del cual se obtenga información relativa a la vida privada de un co-contratante, va de suyo que pesa sobre quien la recibe u obtiene un deber de discreción. Este deber de no puede ser equiparado al secreto profesional, que cuenta incluso con protección penal, pues este último requiere que se trate de confidencias que sean necesarias para el desempeño de una profesión determinada, como se verá al tratar el secreto profesional.

## **Sección V - El deber de información en los contratos accesorios y en los contratos de larga duración.**

### **Ap. I - Información en los contratos accesorios**

Tratándose de contratos accesorios, en los casos en que exista obligación de informar referida al contrato principal, la misma también resulta exigible respecto de aquéllos.

En ese sentido se ha dicho que si se trata de contratos de consumo, la información es exigible en los términos previstos por la ley 24.240, especialmente cuando se trata de fianzas, sea que se trate de garantizar el saldo deudor de tarjetas

---

<sup>178</sup> LORENZETTI, Ricardo. “*Tratado de los contratos- Parte General*”, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe 2004, p.321.

<sup>179</sup> LORENZETTI, Ricardo.”*Tratado...- Parte General*”, p.321.

de crédito, o de préstamos personales, o de locación de cosas muebles, es decir cuando quien garantiza lo hace para asegurar un contrato de consumo.<sup>180</sup>

En suma, si la relación garantizada es de consumo, la protección no se detiene en el deudor principal y por el contrario puede extenderse al fiador y al otorgante de cualquier tipo de garantía en seguridad del cumplimiento.<sup>181</sup>

Si la información, como se ha venido sosteniendo, supone poner en conocimiento de la otra parte, datos relevantes para la formación del consentimiento, particularmente en caso de asimetría de la información, no puede desconocerse que el garante que no ha celebrado el contrato principal, se encuentra en una situación de innegable debilidad respecto de su prestación accesoria. De todos modos, razonablemente se sostiene que el déficit informativo en estos casos, no debería como regla, conducir a la nulidad del contrato sino tan sólo a acotar la obligación emergente del contrato accesorio, a lo que ha sido oportunamente informado.<sup>182</sup>

En el derecho comparado se ha considerado obligatoria la información al garante cuando se dan circunstancias inusuales que el mismo necesita conocer para tomar su decisión.<sup>183</sup>

#### **Ap. II. Información en los contratos de larga duración.**

Cuando se habla de contratos de larga duración, se hace referencia a aquéllos en los cuales la ejecución perdura en el tiempo y en los que el interés de las partes se satisface, únicamente, por medio de prestaciones continuas o reiteradas. Es decir que en esta categoría contractual, el tiempo no resulta ser un elemento accidental pues, la relación jurídica considerada por las partes, requiere de la extensión temporal.<sup>184</sup>

Además, en estos contratos, las relaciones contractuales no son estáticas sino dinámicas, cobrando relevancia en ellos la relación de confianza entre las partes. Por eso y con el objeto de mantener en el tiempo la relación creada por vía

---

<sup>180</sup> HERNANDEZ, Carlos, “*Información, accesoriadad y revisión en el contrato de fianza*” en Revista de *Derecho Comercial, del consumidor y de la empresa*, Setiembre 2010, p.213 .

<sup>181</sup>HERNANDEZ, Carlos, “*Información....*” p. 215 y sus citas en nota N°7.

<sup>182</sup> CNCom. Sala D, 23-08-2007, “*Sintéticos S.A. c Antártida, Cía Argentina de Seguros*” DJ 2008, p. 616.

<sup>183</sup> DE LA MAZA GAZMURRI, op.cit. p. 195 y sus citas.

<sup>184</sup> LORENZETTI, Ricardo L. “*El objeto y las prestaciones en contratos de larga duración - A propósito de la medicina prepaga, servicios educativos, contratos de suministro y asistencia*”.LA LEY 1997-E- 1103; DJ 1997-2 – 1129; y en *Obligaciones y Contratos Doctrinas Esenciales Tomo IV*, Ed, La ley, p. 449.

convencional, se impone a cada una de las partes que se comuniquen todos aquellos datos que puedan influir en el adecuado desenvolvimiento de la relación.

Un claro ejemplo de la relación entre los contratos de larga duración y el deber de información se advierte en el contrato de franquicia, en el cual se sostiene que el franquiciante debe mantener con el franquiciado un flujo de información de mercado, de innovaciones técnicas y tecnológicas dirigidas a mantener constantemente en el nivel óptimo la actividad con el objeto de obtener la máxima rentabilidad.<sup>185</sup> Este criterio, si bien está referido a la franquicia, puede válidamente aplicarse a otros contratos de larga duración, como el de medicina prepaga, los contratos educativos, el suministro, en los que se exige comunicar cualquier modificación que pueda alterar la reciprocidad dinámica que los mismos deben garantizar.

También puede reputarse como contrato de larga duración, al que une a un profesional de la abogacía con su cliente para la tramitación de un juicio, en cuyo caso es menester que se brinde al cliente información completa y continuada, criterio que fue plasmado en las conclusiones de la Comisión N° 2 del Primer Congreso Internacional de Daños celebrado en homenaje al Dr. Jorge Mosset Iturraspe obligación que tiene incluso reconocimiento doctrinario.<sup>186</sup>

Entre los contratos de larga duración tipificados, que establecen deberes de información, se puede citar al contrato de seguro en el que como se ha visto, se impone al asegurado el deber de comunicar al asegurador cualquier variación que pueda alterar el riesgo cubierto; o al de locación de cosas, que obliga al locatario a informar sobre la existencia de turbaciones que hagan a su derecho, o respecto de la necesidad de efectuar mejoras.

---

<sup>185</sup> BEKERMAN, Jorge M., *“El "franchising": una nueva modalidad contractual* “LA LEY 1986-C-950

<sup>186</sup> GHERSI, Carlos, *“La responsabilidad de los abogados. El deber de información al cliente y responsabilidad por daño moral”* en “Responsabilidades Profesionales” Ed. Platense Bs. As. 1992.

## TITULO CUARTO. Límites al deber de información.

### Sección I. Límites generales.

Como acertadamente expresa García Rubio, si bien existe un consenso generalizado en orden a que el fundamento del deber de información se halla en el principio general de buena fe, también es unánime la apreciación acerca de la dificultad de determinar su extensión y límites.<sup>187</sup>

Esa dificultad se traduce, esencialmente, en la respuesta a dar al interrogante referido a la existencia o no en nuestro ordenamiento de un deber general que imponga informar, sobre todo teniendo en cuenta que se han multiplicado los supuestos puntuales en que dicho deber resulta exigible, lo que resulta indicativo de la inexistencia de un deber de informar con carácter general.

Para afirmar su existencia hay quienes recurren al principio de buena fe<sup>188</sup> o a la exigencia de que la oferta sea completa y autosuficiente.<sup>189</sup>

En cambio para negarla, se sostiene que no se puede imputar el riesgo del déficit informativo a una de las partes del contrato, sin una clara y específica justificación, porque esa imputación constituye una desventaja para quien tiene el deber de informar, la que debe ser fundada sopesando su conveniencia, sus bondades, sus defectos y sus costos.<sup>190</sup>

En el derecho comparado, como ya se ha dicho precedentemente, se advierte que también la cuestión es debatida. Reiterando conceptos anteriores, en el derecho francés si bien en general se hace derivar del principio de buena fe la posibilidad de establecer deberes de información atípicos, hay quienes lo niegan argumentando que el deber de información constituye una excepción al principio según el cual, las

---

<sup>187</sup> GARCIA RUBIO, María P. "La responsabilidad precontractual". Ed. Tecnos, Madrid 1991, p. 43.

<sup>188</sup> ANDORNO, "El deber de información en la contratación moderna", p. 952; LORENZETTI, "Tratado de los contratos", t. 3, p. 631 y "El deber de información y su influencia en las relaciones jurídicas", LA LEY, 1990-B, 1001; PIZARRO, "El deber de información en los contratos informáticos", Revista de Derecho Privado y Comunitario, 1993, t. 3, p. 219; FARINA, "Defensa del consumidor y del usuario", p. 107.

<sup>189</sup> LORENZETTI, "Tratado de los contratos", Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe 2000, t. 3, p. 631; STIGLITZ, Rubén S.-STIGLITZ, Gabriel A. "Responsabilidad precontractual. Deberes secundarios de conducta. Incumplimiento del deber de información. Relevancia en los contratos de consumo", JA, 1992-IV-754.

<sup>190</sup> ABDALA, Martín E. "El deber de información en la contratación." LA LEY 2006-F- 1437.

partes deben procurarse los datos necesarios respecto del contrato que pretenden celebrar.<sup>191</sup>

Lo propio ocurre en el derecho italiano donde también se ha suscitado el mismo debate tal como se lo ha mencionado en el ap. II, Sección II del Título Segundo.

De todos modos para resolver este dilema relativo a la existencia o no de un deber general de información, resulta prudente tener en consideración una serie de pautas y procedimientos:

1.- En primer lugar se debe hacer un análisis económico de la convención. Para ello es necesario identificar el objeto del contrato, y de ese modo desentrañar qué informaciones pueden ser necesarias, de modo que tal que permitan reducir o neutralizar los riesgos que asumirá cada una de las partes contratantes.

Luego de identificadas las necesidades informativas, corresponde hacer un análisis de los costos de esa información, a fin de establecer si para obtenerla o adquirir esos conocimientos requeridos, fue necesario que una de las partes asumiera ciertos gastos (o efectuara inversiones), o si por el contrario, la adquisición de la información ha sido gratuita o por lo menos no tuvo una relevancia económica apreciable. Es decir que se deberán diferenciar las informaciones cuya obtención tengan costes simétricos de los asimétricos.

Asimismo, se deberá distinguir entre aquellas informaciones que después de suministradas puedan repercutir en el valor del objeto contractual de las aquéllas que, por el contrario, no lo hagan. En el primer supuesto también hay que distinguir entre las valorizan del objeto del contrato de las que, por contrario, lo deprecian.

Concluido este análisis económico, se logrará contar con los elementos necesarios para poder determinar si, en un contrato determinado, debe exigírsele a alguna de las partes la satisfacción de obligaciones informativas, resolviéndose de esa forma el dilema en esa convención.

Siempre en el ámbito del análisis económico se suele distinguir entre informaciones productivas e informaciones distributivas.<sup>192</sup> Las primeras pueden ser empleadas para incrementar el producto social, en tanto que las segundas sólo crean

---

<sup>191</sup> JOURDIN, M. "Le devoir de "se" reinsegnner", Ed. Dalloz, 1983 al sostener que: " Le devoir de se renseigner est dont un principe dont l'obligation d'informer ne représente que'une exception " (*El deber de informarse es entonces un principio según el cual la obligación de informar no representa más que una excepción*")(Traducción propia)

<sup>192</sup> PAZ ARES, Cándido. "Principio de eficiencia y derecho privado" en Estudios en homenaje a M. Brosseta Pont, T. II, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 1995, p.2889

una ventaja en la negociación y pueden ser utilizadas para distribuir riqueza por quien las posee. En el caso de las informaciones distributivas un criterio de eficiencia conlleva la necesidad de que quien las posee deba brindarlas a su co-contratante, en cambio si se trata de informaciones productivas, la obligación de informar conspiraría contra la investigación.

Como ejemplo de la antedicha distinción puede señalarse la diversa situación que pudiera darse frente a un contrato de compraventa entre quien adquiere un inmueble sabiendo que su precio aumentará por la inminente construcción de una ruta, de aquél que ha investigado acerca de la existencia de reservas mineras en la finca adquirida. En el primer caso, y salvo que se tratara de información privilegiada a la que se aplica otro régimen, existirá obligación de informar al vendedor, en cambio en el segundo supuesto de exigirse esa información, se desalentaría la inversión en investigación conspirando contra el interés general.

Gómez Calle, por su parte, desarrolla el fundamento económico diferenciando según que la adquisición de la información, sea o no costosa. A su vez, si es costosa distingue entre costes simétricos y asimétricos, concluyendo que en el caso de costes asimétricos la información debe ser brindada por aquél contratante o tratante a quien su obtención le resulte menos gravosa.<sup>193</sup> También distingue según que la información sea o no devaluadora, y si se configura el último supuesto considera que el deber de información es exigible<sup>194</sup>

2.- Una segunda pauta refiere a las características del contrato a celebrarse, recaudo al que también puede recurrirse para dar respuesta al interrogante vinculado a la existencia o no de un deber de informar, pues dicho deber ha de relacionarse con el tipo de convención de que se trata.

Cuando se trata de contratos de cambio paritarios en los hay una “natural oposición de intereses”, la regla es la de que cada parte debe ser la responsable de tutelar sus propios intereses. En este tipo de contratos, ninguno de los tratantes tendría, en principio, el deber de tutelar los intereses del otro. Por el contrario, todo aquel que se proponga celebrar un contrato debe preocuparse por resguardar su acervo y defender sus asuntos, procurando la información que requiera y sea relevante para celebrar la convención, es decir “auto-informándose.

---

<sup>193</sup> GOMEZ CALLE, Esther. “*El deber precontractual de información*”, La ley, Madrid 1994, p.21/26

<sup>194</sup> GOMEZ CALLE, E. op.cit. p.25

Pero, aún en los contratos paritarios la regla de auto-información reconoce una pluralidad de excepciones. En efecto, dentro del universo de convenciones que pueden celebrarse, existen algunas en las cuales las partes no tienen intereses contrapuestos, sino que la relación habida entre ellos contiene caracteres fiduciarios, como es el caso de muchos contratos bancarios, de seguro, de asistencia profesional, etc.

Decimos que en estos contratos no rige como regla la mentada “auto-tutela” de los intereses, pues por la naturaleza misma de la convención y sus caracteres fiduciarios, una de las partes está obligada a custodiar los intereses de la otra. Justamente por ese motivo, en ese tipo de contratos es fácil inferir y concluir en la existencia de deberes informativos, cuyo contenido y alcance dependerá de las características de cada uno.

Lo mismo puede predicarse de otras tantas convenciones en las que, si bien se mantiene la contraposición de intereses entre las partes, se observa un grado de dependencia, normalmente vinculado a características personales, que exige a uno de los contratantes un comportamiento especial.

3.- Otra de las pautas a la que podemos recurrir para resolver el dilema informativo, tiene relación, las características y cualidades de las personas contratantes.

Ya explicamos que la doctrina moderna es conteste en aceptar la existencia de diversas asimetrías entre las partes que celebran un contrato, lo que impone al ordenamiento jurídico la necesidad de consagrar normas tuitivas para restablecer los equilibrios perdidos.

En ese orden de ideas no debe estar ausente, a la hora de intentar resolver el tema del deber de información, el exhaustivo análisis de las cualidades particulares de cada uno los contratantes.

Ese examen debe hacerse utilizando el criterio interpretativo del “*favor debilis*”, como la fórmula más elocuente y amplia del principio hermenéutico de inspiración romanista denominado “*favor debitoris*”. La aplicación de ese criterio la tutela de la parte más desprotegida, que abarca un amplísimo cúmulo de situaciones de debilidad jurídica en la contratación, resulta exigible de conformidad con el principio de igualdad establecido en el artículo 16 de la Constitución Nacional.

## **Sección II. Límites específicos.**

### **Ap. I.-Deber de auto informarse.**

Inicialmente puede afirmarse que el deber de información acaba allí donde empieza la obligación de otro sujeto de auto-informarse.<sup>195</sup> - Es decir que el primer límite inherente al deber de información consiste en el deber de informarse.

En general, puede afirmarse que existe el deber de informarse, toda vez resulte fácil la adquisición de la información. Normativamente la exigencia de informarse, en el terreno de los vicios de la voluntad según se ha visto, se manifiesta por medio del requisito de excusabilidad del error y en el terreno de los vicios redhibitorios en el de que los mismos sean ocultos.

La exigencia de informarse cesa como se ha dicho, en los casos en que exista un claro desequilibrio informativo entre las partes, o cuando el acreedor de la prestación, que ignora ciertos datos está en la imposibilidad subjetiva y objetiva de informarse, en tanto que el deudor de la información dispone de la misma.<sup>196</sup>

De todos modos en los casos de asimetría, no puede desconocerse que es posible que la parte ignorante pueda durante la negociación formular preguntas. En el caso de que pueda acceder a la información por esa vía, no resulta razonable imponer a la otra parte un deber de información.

Sin perjuicio de ello debe tenerse en cuenta que esta fuente de acceso a la información se encuentra condicionada a la aptitud, que pueda tener quien interroga, para formular las preguntas y que éstas sean pertinentes.

Esa posibilidad de conocer mediante el uso de interrogatorios, tiene especial tratamiento en materia de contratos de consumo, en los cuales la asimetría ha sido presumida por el legislador, creándose una deber de informarse por parte del proveedor, que como contrapartida implica un deber de veracidad ante un requerimiento concreto que el profesional pueda formular. En este sentido, Santarelli

---

<sup>195</sup> ALONSO PÉREZ, María M. “*Los contratos de servicios de abogados, médicos y arquitectos*”. Ed. Boch- Barcelona 1997, p. 290.

<sup>196</sup> GOMEZ CALLE, Esther. “*Los deberes....*”, p.128, nota 96

sostiene "el deber del consumidor ya no se trata de un deber de informar sino de un deber de veracidad frente a un requerimiento guiado y concreto que el profesional le propone"<sup>197</sup>. En otros términos, a diferencia del deber de informar del proveedor, se interpreta que el deber del consumidor se limita en determinados casos a brindar la información puntualmente requerida por aquél. Pero, es el proveedor quien debe elaborar adecuada y claramente el cuestionario y, además, tomar todas las precauciones necesarias para obtener la información relevante a los efectos perfeccionar el consentimiento contractual.

Es así que más allá de la omisión culpable del consumidor, se suele interpretar que si el proveedor fácilmente y a un bajo costo podía obtener la información, surge un deber a su cargo, no pudiendo ampararse en la omisión del consumidor para anular el contrato.

Esto implica que el instituto de la reticencia, en el campo de los contratos de consumo, debe interpretarse restrictivamente y sin perder de vista el criterio de interpretación que consagra la ley 24.240 en favor del consumidor.

En materia de interrogatorios debe tenerse en cuenta que respecto de la obligación de responder existen criterios disímiles. Por una parte hay quienes sostienen que en todos los casos deberá darse una respuesta.<sup>198</sup> Por otra, en cambio, acertadamente se ha entendido que sólo habrá obligación de responder si la pregunta es legítima y se vincula con un negocio determinado. Aquí encontramos un punto que vincula a la información con el secreto, pues el interrogado puede negarse a responder, e incluso mentir, si se le hacen preguntas que se relacionan con el derecho al mantener en reserva aspectos de su vida privada, como sería responder sobre su filiación política o religiosa.<sup>199</sup>

#### **Ap. II.-Derecho y deber de secreto.**

Aún cuando una de las partes conozca la importancia que tiene para la otra el conocimiento de algún dato, no deberá suministrarlo si el mismo está amparado por un derecho o de un deber de secreto. Se volverá sobre este límite en el Capítulo II.

---

<sup>197</sup> SANTARELLI, F., "Ley de Defensa del Consumidor Comentada y Anotada", Picasso, Sebastián – Vazquez Ferreyra, (Dirs), Tomo I, La Ley, 2009, pp. 70-71. Comentario al Artículo 4º.

<sup>198</sup> DIEZ PICASO, I. "Fundamentos...." T. I, p. 312.

<sup>199</sup> GOMEZ CALLE, Esther. "Los deberes..." p. 129.

### **Ap. III.- Existencia de registros públicos.**

Otro de los supuestos en que cesa el deber de información se presenta en los casos en que existan registros públicos en los que figuren datos que no fueron transmitidos por uno de los tratantes, pues en esos casos la buena fe exige una actuación diligente de cualquiera de ellas.

Este criterio cuenta con un importante apoyo doctrinario.<sup>200</sup> También ha tenido recepción jurisprudencial al sostenerse incluso que no basta, en materia inmobiliaria con la simple consulta registral, pues si el adquirente no se preocupa de verificar las condiciones del título, de inquirir su bondad, la ley no cubre su negligencia, agregando que la mejor prueba de tal preocupación estará dada por la realización del estudio de los antecedentes dominiales del inmueble, siendo el estudio de títulos un soporte imprescindible de la buena fe.<sup>201</sup>

Con criterio semejante se ha resuelto que: “Resulta improcedente la pretensión de los actores a fin de obtener la nulidad del negocio de compraventa, pues, si bien afirman que se los indujo mediante dolo a adquirir un inmueble que no hubieran comprado si hubiesen sabido que se trataba de una casa sin seguridad sísmica, absolutamente precaria y no apta para ser utilizada como vivienda, tal afirmación no resulta válida, ya que aún antes de adquirirla pudieron haberlo sabido de haber buscado los antecedentes y planos correspondientes.”<sup>202</sup>

### **Ap. IV.- Límites derivados del costo de la información.**

Cuando se pretenden imponer deberes de información se suele desconocer el problema de su costo. Si bien la mayor parte de las veces el acceso a la información para una de las partes es relativamente fácil o se deriva directamente de su actividad o de su condición de redactor del contrato, ello no ocurre, necesariamente, en todos los casos. Es por eso, que no resultaría justo que se exija siempre y sin ninguna otra consideración, transmitir gratuitamente una información, cuya obtención ha resultado costosa de obtener.

---

<sup>200</sup> ALTERINI, ATILIO A. "Estudio de títulos", en LL 1981-B-858, y nota 8, LLAMBÍAS, Jorge Joaquín, "Código Civil Anotado". Ed. Abeledo-Perrot, Bs.As.1979, t. II-B, p.243, HIGHTON, Elena I., "Solución a algunos problemas que plantea el art. 1051 CCiv.", L.L. 1980-D-290.

<sup>201</sup> CNApel.Civ. y Com. de San Isidro, sala II, 17/10/2002, "Martínez, Nidia y otro v. Storni, Félix y otros" Abeledo Perrot On line. En igual sentido CN de Apel.Civ., sala H, 06/02/2001, "Casanovas de Kelly, Ana T. v. Compañía Sanor S.A." JA 2001-III-106.

<sup>202</sup> C. de Apel. en lo Civ., Com. y Minería de San Juan, sala I, fallo de fecha 16/08/2006, en autos: "Luzzi, Marcelo F. y otra c. Luluaga, Ricardo y otro" LLGran Cuyo 2006 (octubre) - 1216

Siendo racional que se aliente la investigación, va de suyo que si para obtenerla se exige un largo trabajo, inversiones o si quien la procura sacrifica para ello otras alternativas, no cabe duda que debe estar legalmente protegida, porque si no se estimula la producción de información, no habrá información para transmitir.<sup>203</sup>

#### **Ap. V.- Límites derivados del abuso del derecho.**

Se sostiene y con razón que el abuso del derecho aparece como “un límite al ejercicio de los derechos subjetivos, pues el derecho limita el ejercicio de los derechos con el objeto de evitar que se altere su finalidad y se alteren las reglas de la buena fe, la moral y las buenas costumbres...”<sup>204</sup> El abuso del derecho no es sino la aplicación de la teoría de la relatividad de los derechos, los que tienen una finalidad social cual es la de asegurar el buen desarrollo de la vida colectiva, consecuentemente el desvío de esa finalidad puede resultar abusivo.

Una aplicación concreta de este límite referido a la información se advierte en materia societaria, cuando en el artículo 55 de la ley de sociedades comerciales se limita el derecho de información del socio si con ello se puede perjudicar la marcha de la sociedad o si se trata de cuestiones incluidas en el secreto industrial o comercial.<sup>205</sup>

#### **TITULO SEXTO. Consecuencias del incumplimiento del deber de información.-**

Para el tratamiento de la problemática derivada del incumplimiento de los deberes y obligaciones de información, es necesario efectuar una serie de distinciones:

En primer lugar se debe distinguir entre contratos paritarios y no paritarios, cuyo modelo es el de los contratos de consumo. En segundo término, entre deberes precontractuales, contractuales y extracontractuales de informar.

A partir de los supuestos particulares que han sido objeto de análisis a lo largo de este trabajo, se puede afirmar que tratándose de contratos paritarios, si del déficit informativo provoca vicios del consentimiento, corresponde decretar su

---

<sup>203</sup> RUDDEN, Bernard, op. cit.p.95

<sup>204</sup> MULLER, Enrique Carlos “Ejercicio regular y ejercicio abusivo de los derechos: Orden público y buenas costumbres o moral social” RDPC, Rubinzal-Culzoni, 2007-3-21.

<sup>205</sup> ACHARS- DI IORIO, Federico.”La acción individual de responsabilidad y la violación derecho de información” RDCO, N°252-175.

nulidad y consecuentemente, aplicar el régimen indemnizatorio previsto para los actos ilícitos.

Si en cambio el contrato no ha podido formalizarse y lo ha sido como consecuencia de defectos injustificados del deber de informar, se aplicará el régimen propio de la responsabilidad precontractual.

Si no obstante la falta de información, el contrato se perfecciona las soluciones varían, y según el caso, se podrá solicitar la devolución del precio, la disminución del mismo, la resolución del contrato y la reparación de daños y perjuicios.

En cambio, si se trata de obligaciones contractuales de información, puede exigirse su cumplimiento, y en caso de no resultar éste factible, se podrá accionar procurando la reparación de los daños y perjuicios que se deriven del mentado incumplimiento. Además, la parte afectada por el déficit informativo podrá oponer la excepción prevista en el artículo 1201 del C. Civil o solicitar la resolución del contrato.

Tratándose de contratos a los que les resulte aplicable el régimen emergente de la ley 24.240, si se ha omitido informar tanto en la etapa precontractual, como en la contractual o si la información ha sido defectuosa, se habilita al consumidor para pedir la nulidad del contrato, o de alguna sus cláusulas, y de que se incorporen al contrato las precisiones efectuadas en la publicidad. También se lo habilita a solicitar la sustitución del bien o producto y a requerir en todos los casos la reparación de los daños que se deriven del ese incumplimiento.

Además, el incumplimiento del deber de informar, puede dar lugar a sanciones administrativas e incluso a la aplicación del denominado daño punitivo. Respecto de este último, el artículo 52 bis de la ley 24.240, sin perjuicio de los reparos que pueda merecer la disposición en razón de su desmedida amplitud, prevé su aplicación a causa de cualquier incumplimiento de obligaciones legales impuestas al proveedor, entre las que se incluye la de brindar información, a tenor de lo dispuesto en el artículo 4° de la precitada ley.

Finalmente, en el marco de la ley 24.240, la legitimación para reclamar como derivación del incumplimiento de deberes informativos ha sido considerablemente ampliada, pues si a causa de déficit o defectos en la información se afectan intereses individuales homogéneos, tal como ha sido definidos por la Corte Suprema Nacional

en el caso “Halabi”<sup>206</sup>, la misma alcanza a los aforados del artículo 52, segundo apartado de la misma.

---

<sup>206</sup> Fallos 332:111. En igual sentido consultar LORENZETTI, Ricardo. “*Justicia colectiva*” Rubinzal-Culzoni, Santa Fe 2010, p. 282; SILVA, Rodrigo Gastón- TRÍPOLI, Pablo. “*La acción colectiva por reparación de daños individuales*” en Ley de Defensa del Consumidor, Comentada y Anotada ,(Drs. Picasso-Vazquez Ferreyra , T. III- Parte Especial. p. 336/337 y sus citas; ROCHA PEREYRA, Jerónimo. *Las asociaciones de usuarios ¿Pueden demandar en defensa de derechos subjetivos de carácter patrimonial e individual?*. JA 2006-I-478.

## CONCLUSIONES DEL CAPITULO PRIMERO.

Atento las consideraciones vertidas a lo largo de este capítulo se pueden extraer las siguientes conclusiones:

a) El deber de información tiene como finalidad tanto garantizar la libertad contractual, de modo que el consentimiento sea la fiel expresión de la misma; como posibilitar el adecuado cumplimiento del contrato y prevenir riesgos.

b) Que mientras la protección de la libertad contractual, la transparencia del mercado o el interés de conservación apuntan a la imposición de deberes de información, la seguridad jurídica, la autorresponsabilidad y la creación de incentivos para la investigación apuntan en sentido contrario.

c) El fundamento último del deber de informar radica en el principio general de buena fe. Sin embargo del mismo, se encuentra acotado por las garantías emergentes de los artículos 19 y 14 de la Constitución Nacional, y por la necesidad de no proteger la negligencia, que impiden que se pueda predicar la existencia de un deber de proveer de información al co-contratante o tratante en todos los casos.

d) Para que dicho deber sea exigible es menester que se den las siguientes circunstancias: Que exista desequilibrio informativo entre las partes; que el acreedor de la información ignore ciertos datos; que le sea imposible objetiva y subjetivamente informarse; que el deudor disponga de la información, o que pueda obtenerla a un costo menor o similar al que le insumiría al acreedor.

e) El deber de informar reconoce límites derivados tanto de la obligación de informarse fundada en el deber de lealtad, como del costo de la información, de la existencia de registros públicos, del derecho al secreto que pueda tener el titular de la misma, o del que le hayan impuesto a sus detentadores. Además el derecho a recibir información no puede ser ejercido abusivamente.

f) Tratándose de contratos paritarios la regla es que las partes están obligadas a informarse, además de los señalados al punto d), cuando exista entre ellas una

especial relación de confianza o cuando alguna reconozca el error en que ha incurrido la otra, o se trate de negocios particularmente complejos. En cambio en los contratos de consumo la regla se invierte presumiéndose la ignorancia del consumidor, con el consiguiente derecho a ser informado.

g) En todos los casos, sea que la obligación de informar se haga derivar de la buena fe; sea impuesta por ley o sea brindada espontáneamente, se requiere que la misma sea veraz, clara, completa y comprensible para su destinatario.

h) La información como regla puede ser brindada verbalmente, constituyendo los supuestos en que se exige forma escrita una excepción a la misma. El requisito de forma escrita ha sido impuesto en los casos en que existe una notoria desigualdad entre los contratantes, como ocurre en los contratos de consumo, lo que ha implicado un retorno al formalismo.

i) El deber de información no se agota en la etapa precontractual sino que alcanza incluso a la post-contractual.

j) La obligación de informar no se limita a los contratos principales sino que también resulta exigible respecto de los contratos accesorios, particularmente los de garantía. Tampoco se limita a un único momento, pues en los contratos de larga duración debe existir un régimen de información permanente derivado del deber de cooperación.

k) En los denominados sistemas de contratos, la información debe circular entre los integrantes de los mismos, como ocurre con el de tarjeta de crédito o entre los integrantes de las cadenas de distribución y comercialización.

l) En los contratos societarios, el derecho a la información tiene que contemplar no sólo el interés del socio, sino también el de la sociedad, por eso el derecho individual no puede ser ejercido abusivamente, ni interferir en la marcha del ente.

m) Los efectos del incumplimiento del deber de información varían según se trate contratos alcanzados por el régimen de la ley 24.240 o no. En el marco de los

códigos civil o de comercio, la regla es que el incumplimiento habilita a reclamar daños y perjuicios, salvo que el déficit informativo sea doloso, produzca el error de la contraparte o no lo evite cuando sea reconocible en cuyo caso el afectado puede pretender la nulidad del acto. En el ámbito de la ley de defensa del consumidor, la falta de información puede ser suplida incorporando al contrato las precisiones que se hubieran efectuado en la publicidad. También posibilita que el consumidor pueda pedir la nulidad del contrato o nulidades parciales con la consiguiente integración del mismo, u optar por su resolución, con más el resarcimiento de daños y perjuicios en todos los casos, y finalmente a solicitar a los jueces la aplicación de daños punitivos. Además como consecuencia del incumplimiento de deberes informativos el proveedor puede estar sujeto a sanciones administrativas.

## CAPITULO SEGUNDO. EI SECRETO

### TITULO PRIMERO. Noción de secreto.

La palabra “secreto” viene del latín *secrētum*, que a su vez proviene del verbo *secernere* que quiere decir poner aparte. Es decir que los secretos se ponían en un lugar aparte donde no se podían ver.

El verbo latino *secernere*, a su vez, podría ser una combinación del indoeuropeo *se* (denota separación y está presente en los verbos separar, segregar, seleccionar) y del verbo latino *cerenere* (analizar, distinguir.) Entonces *secernere* no es sólo poner algo aparte, sino ponerlo en donde no llame la atención o donde no se pueda distinguir o analizar.

Según el Diccionario de la Real Academia Española, la palabra tiene varias acepciones, una refiere a cosa que se tiene cuidadosamente reservada y oculta, otra a reserva o sigilo. También se lo define como conocimiento que alguien posee exclusivamente de la virtud o propiedades de una cosa o de un procedimiento útil en medicina u otra ciencia u oficio. Si bien no son las únicas acepciones que proporciona el diccionario, son las que mayor vinculación tienen con la temática contractual, sea que se haga referencia a secretos de la vida privada o a secretos profesionales o empresariales.

El secreto además, constituye una técnica que permite afirmar el vínculo de exclusividad que une a una persona con los valores que posee, como ocurre con el secreto industrial e incluso, puede ser visto como título indisociable de poder de cada individuo sobre sus propios datos.

En razón de los derechos que se pretenden garantizar mediante el secreto, no resulta factible dar una definición que comprenda todos los supuestos, pues la identidad del término “secreto” es en cierta forma tramposa porque en cada caso se le agrega un sentido diverso. Así por ejemplo el secreto de la vida privada, es un derecho individual, en cambio el secreto profesional constituye un verdadero deber social, en tanto que el secreto empresarial es un derecho patrimonial.

En consecuencia, lo importante es determinar las razones que permiten la existencia del secreto, sin que sea relevante vincularlo sólo con cuestiones de orden económico, como ocurre con el secreto industrial, ni tampoco exclusivamente con cuestiones que hagan a la intimidad.

## **Sección I. Diferencias del secreto con el silencio, la confidencialidad, el dolo omisivo, y la reticencia.**

En nuestro derecho, acorde con lo establecido en el art. 919 del C. Civil, el silencio no es reputado declaración de voluntad, salvo en los supuestos previstos en dicha norma, o en el caso en que las partes le hubieran acordado convencionalmente darle relevancia.

Sin embargo, aún en esos casos el silencio debe ser interpretado en relación a “actos, o a una interrogación”, de modo tal que debe reputarse también como simple silencio la situación de quien se expresa sobre cosas diferentes a la interrogación.<sup>207</sup>

Al dolo omisivo ya se ha hecho referencia en Ap. I, Sección I, Título Tercero, Capítulo Primero.

La confidencialidad en cambio implica la calidad de confidencial es decir aquello que se transmite, en confianza o con seguridad recíproca entre dos o más personas. El carácter confidencial de una información, si bien hace presumir la existencia de una obligación de secreto en cabeza del receptor, no se confunde con éste.

La reticencia, por su parte, consiste en no decir algo que debió ser puesto en conocimiento del co-contratante a fin de colocarlo en condiciones de determinarse.<sup>208</sup>

La reticencia puede ser distinguida del simple silencio, aún cuando éste puede ser reticente, pues se puede manifestar no sólo mediante el silencio, sino por medio de expresiones oscuras o que se hagan con deliberada ambigüedad.

Un supuesto específico de reticencia, según ya se ha visto, ha sido regulado en la ley de seguros, imponiendo al asegurado informar al asegurador respecto de los factores que éste deberá tomar en cuenta para exteriorizar su voluntad, y que sean relevantes tanto para determinar la relación entre la prima y la indemnización, como para decidir si asegura o no el riesgo.

La omisión de dicho deber tiene como consecuencia variar las bases técnicas en que se debe fundar el consentimiento del asegurador, con lógicas consecuencias sobre los efectos del contrato, las que se producen aún cuando el asegurado haya

---

<sup>207</sup> CIFUENTES, Santos, en “*Código Civil y leyes complementarias*” Belluscio (Dir)-Zannoni (Coord), Ed. Astrea Bs. As. 1988,p.132

<sup>208</sup> PEREZ RUIZ, Carlos, “*La buena fe en el contrato de seguros y en especial en el de seguro de transporte*”, Rev. LA LEY, t. 147, p. 934

actuado de buena fe, a condición de que incida sobre los hechos modificatorios del riesgo y desnivelen la relación entre la suma asegurada y la mayor o menor probabilidad de producción del siniestro, el grado probable de intensidad del mismo o el tiempo de duración del contrato.

Por el contrario, la reticencia no engendra acción en favor del asegurador en los siguientes casos: 1.- Cuando el asegurador hubiere conocido el hecho o estuvo en condiciones de conocerlo; 2.- Cuando las preguntas que formula por su redacción poco clara, defectuosa o genérica, han hecho inducir en error al asegurado; 3.- Cuando el asegurado no conocía el hecho; 4.- Cuando no se demuestra que, de haberse conocido el hecho imputado como reticente, el contrato no se hubiera formalizado o se habrían modificado las condiciones de la póliza o cuando el dato omitido o silenciado sólo es un elemento accesorio del contrato.

Estos criterios limitativos de los efectos de la reticencia resultan aplicables en materia de medicina prepaga, y son particularmente relevantes en el caso de enfermedades preexistentes cuyo conocimiento la ley actual deja librado a la declaración jurada del asegurado, que normalmente no puede tener conocimiento de la incidencia de lo callado en relación al monto de la cuota.- En consecuencia, será la prestataria del servicio quien deberá informar al adherente cuáles son las enfermedades que pueden alterar las bases técnicas del contrato, formulando las preguntas pertinentes.

## **TITULO SEGUNDO. Clasificación del secreto: objetivo y subjetivo.**

A los fines de estudio del secreto resulta apropiado distinguir entre dos categorías de secretos, a los que se denominará secretos objetivos y subjetivos. Se trata de una diferenciación relevante a la hora de establecer la relación entre secreto y contrato, relación que dependerá de la ubicación que en cada caso se le asigne al mismo.

### **Sección I.-El secreto objetivo.**

Se entiende por secreto objetivo al que tiene como finalidad proteger intereses esenciales de las personas tanto respecto de su ser como en orden a sus bienes, intereses que a su vez resultan anteriores al contrato. También se lo puede denominar

como secreto natural, y como tal se extiende a todo lo que ya sea descubierto por casualidad, por investigación personal o por confidencia no puede divulgarse.

Aunque el depositario del secreto no haya prometido guardar secreto, ni antes ni después de habersele manifestado el hecho o de haberlo descubierto, está obligado a callar, en virtud del precepto que prohíbe no dañar a otro.

Dichos secretos pueden ser presumidos al margen de toda relación contractual, como ocurre con algunos datos obtenidos durante la etapa precontractual, o los que son exigibles aún en la etapa post contractual.

La existencia de secretos objetivos tiene su fuente en circunstancias de hecho exteriores a la voluntad humana, de modo tal que el secreto objetivo, y correlativamente una obligación objetiva de secreto, nacen para prevenir un perjuicio, una lesión a la libertad o a los intereses que se derivarían, inevitablemente, de la divulgación de una determinada información.

El secreto objetivo es en efecto, un medio de protección indispensable de la personas y de sus bienes, lo que nos remite a la dicotomía entre persona y bienes y consecuentemente a distinguir entre secretos relativos a la vida privada de los secretos empresariales o industriales.

El reconocimiento de la existencia de secretos objetivos, y el consiguiente deber de mantenerlos, es relevante porque facilita la conclusión de determinada categoría de contratos, particularmente los *intuitu personae*, y todos aquellos que tienen por objeto la transmisión de una información confidencial sea a título principal o accesorio. Dicha contratación, no sería posible o se vería dificultada, si el titular de los datos no tuviera la certeza de que la otra parte tiene implícito un deber de no revelación.

En cuanto al ámbito temporal, la exigencia del deber de confidencialidad de los secretos objetivos, no sólo precede al contrato, constituyendo uno de los deberes típicos de la etapa contractual, sino que no se agota en la misma y subsiste incluso en la post contractual.

En este tipo de secretos el contrato no es su creador pero sí puede constituirse en su destructor, pues en base a la autonomía de la voluntad, es posible expresar una voluntad contraria destinada a destruir la presunción de secreto. Ello así, porque en principio las personas son libres de renunciar a la protección que el secreto les confiere, por ejemplo cuando se releva a un profesional de su obligación de mantener el secreto.

El contrato también puede servir a los secretos objetivos para establecer las condiciones para su mantenimiento; o para fijar las circunstancias que permitan la resolución del contrato, o cuantificar el monto de las indemnizaciones derivadas de su violación.

En la categoría de secretos objetivos tenemos que incluir tanto al secreto vinculado a la vida privada, como al secreto industrial. Sin embargo entre ambos hay considerables diferencias porque mientras que en el secreto industrial se reconoce la existencia de elementos que se aplican y se usan y que tienen valor económico y son comercializables, los secretos confidenciales refieren a la persona misma y no son más que un aspecto de la intimidad y una de sus más singulares manifestaciones.<sup>209</sup>

## **Sección II- El secreto subjetivo.**

El secreto subjetivo, en cambio, no depende de la naturaleza de la información, sino de la voluntad de los contratantes, lo que hace que el contrato tenga incidencia no sólo para su creación sino también en orden a su protección, por eso también corresponde denominarlo como secreto convencional.

En efecto, los secretos subjetivos no pueden existir jurídicamente sin una manifestación que exteriorice la voluntad de que los datos se mantengan en reserva. Es el acuerdo de voluntades lo que hace entrar al secreto subjetivo en el campo contractual y sólo por esta vía obtiene protección. Para los secretos subjetivos es el contrato el que les brinda íntegramente protección jurídica.

Es decir que entre el contrato y el secreto, las relaciones de protección no tienen la misma naturaleza y si bien inicialmente se puede sostener que el contrato puede servir de protección de ambas categorías, en el caso de los secretos subjetivos necesitan del contrato no sólo para estar protegidos sino también para hacer nacer la obligación de no revelación.

---

<sup>209</sup> CIFUENTES, Santos “*Los derechos personalísimos. Teoría general*” Revista del Notariado 730-1299.

### **TITULO TERCERO. Fundamento del deber de secreto.**

Según los derechos que se pretendan resguardar con el secreto, su fundamento puede radicar en el derecho a la intimidad, en el derecho de propiedad o en la confianza.

Es decir que el secreto en sí mismo es neutro y su justificación dependerá del interés que se pretende amparar por su intermedio, pudiendo distinguirse entre el secreto que protege la vida privada cuestión que se abordará en primer término- Sección I.; el secreto protector de la confidencialidad, y particularmente el denominado secreto profesional, que se tratará en segundo lugar, Sección II, y finalmente el secreto orientado a la protección de la libre competencia en un mercado libre, cuyo tratamiento se hará en la Sección III.

### **TITULO CUARTO: El secreto y la vida privada**

#### **Sección I – Noción de intimidad.**

En nuestro derecho no existe una norma que defina qué debe entenderse por vida privada, e incluso la Constitución Nacional, no establece expresamente qué se garantiza en esa órbita, aunque los artículos 18 y 19 dan una pauta orientadora. Es decir que nuestra Carta Magna, integra el grupo de ordenamientos que no tienen un reconocimiento explícito del derecho a la intimidad, a diferencia de lo que ocurría con la Constitución de Portuguesa de 1976, o en la Constitución de Bélgica del año 1983, la que en su artículo 22 dispone que cada uno tiene derecho al respeto a su vida privada y familiar, salvo en los casos y condiciones fijadas por la ley.

Sin embargo, a pesar de no tener nuestra constitución una disposición general que garantice el derecho a la intimidad, hace referencia a algunas de sus manifestaciones, como las contenidas en su artículo 18, al garantizar la inviolabilidad del domicilio, de la correspondencia y los papeles privados, o en el artículo 19 que establece una zona de reserva exenta del alcance del Estado.<sup>210</sup> También 11 inc. 2, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que integra uno de los pactos a que refiere el artículo 22 de la Constitución Nacional, dispone que nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida

---

<sup>210</sup> ALONSO, Analía, “*Acerca del derecho a la intimidad*”, LLC 1994-81-1994.

privada, en tanto que el artículo 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, con igual rango, dispone que nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su domicilio, o su correspondencia.

Legislativamente la 25.426 de protección de datos personales, si bien no refiere específicamente a la vida privada, califica como datos sensibles a los que revelan origen racial y étnico, opiniones políticas, convicciones religiosas, filosóficas o morales, afiliación sindical e información referida a la salud o vida sexual, lo que dando con ello una pauta relevante en orden a los aspectos personales cuya revelación debe ser preservada.

También se ha dicho que bajo la denominación de vida privada pueden englobarse todas aquellas situaciones en que un individuo aprecia estar sólo o con quienes elija y preservarse de miradas indiscretas, en diversas situaciones o actividades que la cultura en la que vivimos prefiere sustraer, en mayor o mayor medida, a la observación de los demás. Sin embargo se aclara que esta denominación es vaga, porque dentro de ella hay elementos que se juzgan como más privados que otros y porque se admiten también excepciones fundadas en un interés colectivo.<sup>211</sup>

Por su parte, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, en el recordado fallo "Ponsetti de Balbín, Indalia c. Editorial Atlántida", en uno de los votos mayoritarios sostuvo que "*el derecho a la privacidad protege un ámbito de autonomía individual constituida por sentimientos, hábitos y costumbres, relaciones familiares, situación económica, las creencias religiosas, la salud mental y física y, en suma, las acciones hechos o datos que, teniendo en cuenta las formas de vida aceptadas por la comunidad están reservadas al propio individuo y cuyo conocimiento y divulgación constituye un peligro real o potencial para la intimidad*". Agregando que "*nadie puede inmiscuirse en la vida privada de una persona ni violar áreas de su actividad no destinadas a ser difundidas, sin su consentimiento o el de sus familiares autorizados para ellos y sólo por ley podrá justificarse la intromisión, siempre que medie un interés superior en resguardo de la libertad de otros, la defensa de la sociedad, las buenas costumbres o la persecución del crimen*".<sup>212</sup> En consecuencia, si alguien en razón de las tratativas contractuales o en razón del contrato accede a informaciones que hagan a la vida privada, debe presumirse la existencia de una obligación de secreto.

---

<sup>211</sup> GUIBOURG, Ricardo A. "Privacidad" LA LEY 2008-C- 1322.

<sup>212</sup> CSJN, Fallos 306: 1892; y L.L. 1985-B-120; con excelente nota de Julio C. Rivera.

En este punto es preciso señalar que el derecho a la vida privada, exige el reconocimiento del derecho a impedir su divulgación, cuando no media conformidad del interesado, lo que importa la aplicación de una idea de libertad positiva, en el sentido de ser cada uno dueño de los propios datos. Para asegurar ese derecho no bastan, en general, las reglas del derecho común que básicamente se circunscriben al secreto profesional. Fuera de los casos impuestos por la profesión o el ataque al honor o a la libre actividad de las personas, todos garantizados por la legislación represiva, existen otros supuestos en los cuales el deber del secreto necesita imponerse aún cuando la divulgación, aunque no llegue al carácter de un delito del derecho penal, resiente y afecta el concepto personal sin acordar ninguna ventaja al que lo difunde.

Sin embargo, no obstante la importancia que tiene la protección de la vida privada, los límites del secreto aún no han sido precisados, por eso constituye una tarea de la dogmática jurídica establecer una demarcación entre lo tolerable y lo intolerable, entre lo legítimo y lo ilegítimo, con la finalidad de comprender cómo se articula la noción de secreto con la idea de transparencia del mercado y con el adecuado funcionamiento de la organización social.

En cuanto al aspecto temporal de exigencia del secreto, en relación a la persona humana, a partir de lo establecido en el artículo, 4º de la Convención Americana de Derechos Humanos, o Pacto de San José de Costa Rica, debe concluirse que el resguardo de la intimidad se extiende desde la concepción, que no queda limitada a la hecha en el seno materno, que implicando la obligación de confidencialidad de los datos relativos al *narcisturus* aún en casos de fertilización asistida. En ese sentido nuestros tribunales han resuelto que el respeto a la dignidad de la persona alcanza al concebido in vitro.<sup>213</sup>

La obligación de secreto subsiste aún después de la muerte de la persona implicada, pues más allá de los problemas que genera dar una definición legal de muerte, puede afirmarse que la misma no hace desaparecer *per se* la obligación de guardar datos confidenciales, especialmente los alcanzados por el secreto profesional.

---

<sup>213</sup> CNApel.Civ. Sala I,03/12/1999 ,” *Rabinovich, Ricardo D*” L.L. 2001-C- 824.

## Sección II.- El secreto de la vida privada y los contratos *intuitu personae*

Los contratos *intuitu personae* a los que ya se hizo referencia al tratar la información, constituyen un límite indudable del derecho al secreto de la vida privada, dado que en esta categorías de contratos la necesidad de confianza pasa indudablemente por un mejor conocimiento del co-contratante, no sólo respecto de su competencia técnica o de sus situación patrimonial, sino también de su aptitud síquica, su personalidad, o su disponibilidad para trabajar o para trasladarse de un sitio a otro.

En concordancia con el criterio al que se arribara en materia de información, no puede predicarse que exista una obligación general de informar sobre aspectos de la vida privada, sino en los casos a los que ya se ha hecho referencia oportunamente, en el Capítulo I.

En consecuencia, como regla, sólo el legislador podrá imponer la revelación de datos relativos a aspectos de la vida privada de una persona, como ocurre en el contrato de seguro o en el de medicina prepaga. Sin embargo, aún en esos casos de imposición legal no es factible exigir que ciertos datos sean revelados, como ocurre con los que no tienen directa relación con el contrato que se pretende celebrar.

Actualmente incluso puede sostenerse que aún en los casos de imposición legal, dicha imposición no alcanza a los datos que hacen a la identidad genética, pues “los datos obtenidos de los genes de una persona no se limitan a la salud presente y futura, sino que van más allá, afectando al núcleo duro de la personalidad”<sup>214</sup>. Es decir que este tipo de exámenes no sólo permiten conocer información acerca de la predisposición para determinadas enfermedades, sino que permiten obtener otra serie de datos como por ejemplo la hiperactividad, o rasgos psicológicos con el consiguiente peligro de discriminación.

Otra cuestión vinculada con los datos de la vida privada se vincula a la forma en que dichos datos pueden ser obtenidos. Se advierte que hay básicamente de dos maneras, una pasiva en los casos en que una de las partes sea acreedora de un deber de información y otra activa derivada de la obligación de informarse, cuestión que se trata en el apartado siguiente.

---

<sup>214</sup> SUAREZ ESPINO, op. cit. p 165 y sus citas.

### **Sección III - Modos de adquisición de datos confidenciales.**

#### **Ap. I. Adquisición pasiva de secretos sobre la vida privada.**

En esta materia y para ser congruentes con el criterio sostenido en materia de información, en el sentido de que no existe una obligación general de informar, cuando se trata de aspectos relativos a la vida privada dicho criterio se acentúa, salvo que la revelación sea impuesta por ley. Un ejemplo de adquisición pasiva de este tipo de secretos aparece como ya se ha dicho en el contrato de seguro o en el de medicina prepaga, al tener uno de los contratantes que revelar la existencia enfermedades preexistentes.

#### **Ap. II. Adquisición activa de secretos sobre la vida privada.**

La adquisición de datos sobre la vida privada, es activa, en todos los casos en los cuales una de las partes no está obligada a brindarla.

En materia de datos que hagan a la vida privada la regla es que existe una obligación de informarse, siendo el interrogatorio una de sus fuentes. De todos modos la búsqueda de datos para ser lícita, debe estar referida sólo a los que sean indispensables para la celebración de un contrato determinado, y siempre y cuando la investigación no esté prohibida por la ley.

### **Sección IV. Adquisición de datos confidenciales en el período precontractual.**

De acuerdo con lo que se ha dicho en materia de información, en la etapa precontractual, las partes deben, sólo en las circunstancias que han sido analizadas al tratar del deber de información, brindar datos confidenciales. En ese caso quien recibe esos datos tiene el deber de mantener el secreto, deber que le es exigible tanto si se celebra el contrato como también en el caso de que el mismo no llegue a perfeccionarse.

En ese sentido tanto en los principios UNIDROIT, -art. 2.1.16- como también en el Anteproyecto de Código Europeo de los Contratos, -art. 8- se ha previsto específicamente dicho deber e incluso una particular forma de reparación del daño originado en su violación. Dicha reparación debe tener en cuenta no sólo el daño sufrido por la víctima, sino que también el beneficio obtenido por el incumplidor.

## **TITULO V.- El secreto profesional. Fundamento y límites.**

Este secreto concierne a ciertas categorías profesionales, en las cuales las confidencias hechas por un particular necesitan de una total confianza de éstos, de que las mismas no serán divulgadas. A su vez dichas confidencias deben ser necesarias para el adecuado ejercicio profesional.

Esta concepción del secreto profesional apunta a proteger tanto los intereses del particular, como el de los profesionales mismos. Cada uno encuentra en el secreto una garantía, para los particulares representa la seguridad de que su intimidad será respetada y para los profesionales la garantía de obtener de los particulares las confidencias necesarias para el adecuado ejercicio de su actividad profesional.

En el secreto profesional la obligación de callar se extiende no solamente a las confidencias que el profesional haya recibido, sino que alcanza igualmente a todo aquello que el mismo aprehende en el ejercicio de su actividad.

Además, debe agregarse que la obligación de secreto se viola aún cuando no se cause daño, como lo señaló la Cámara de Casación Criminal francesa ya en 1885, en el denominado caso del médico “*Watelet*” resuelto en 1885, quién reveló secretos en defensa de la memoria de su amigo Bastian-Lepage.<sup>215</sup>

Antes de proseguir, y sin perjuicio de señalar algunas disposiciones legales que imponen el deber de secreto en diversas actividades profesionales, sirviendo de ejemplo la ley 23.277 , regulatoria del Ejercicio Profesional de la Psicología, la que en su artículo 8º, inc. 4, impone un riguroso secreto profesional a los profesionales que alcanza incluso a los datos ideológicos del paciente, o la ley 24.004, relativa al ejercicio de la enfermería que regula el secreto profesional en su artículo 10 al igual que la ley 24.317 de ejercicio de la kinesiología y fisioterapia. Pero, por su importancia social y por los principios que los inspiran se analizarán a continuación, el secreto médico y el secreto profesional del abogado.

---

<sup>215</sup> GARCÍA GUILLÉN, Diego, “*La confidencialidad de los datos clínicos*” en El secreto médico y la protección de datos sanitarios en psiquiatría” Ed. Alfredo Calcedo Ordeñez Editorial Media Latinoamericana, Madrid 2000, p.26. Publicado en books.google.com › Medical › Psychiatry › General

## Sección I. El secreto médico.

El secreto médico está destinado a proteger la confidencia de un cliente, en razón de que el enfermo debe tener en el profesional una confianza plena y sin reservas, aún cuando no lo conozca con antelación.

El paciente debe poder, sin hesitación alguna, confiar sus secretos, pues sus reticencias podrían perturbar el ejercicio del arte de curar.

El secreto médico por lo tanto está destinado a garantizar, en interés general el ejercicio satisfactorio de la profesión médica, pues tal como dice un viejo aforismo atribuido a Portes “*No hay medicina sin confianza, ni confianza sin confidencias, ni confidencias sin secreto*”

Desde antiguo la obligación de discreción encuentra su expresión en el juramento de Hipócrates: “*...Todo lo que yo vea y entienda en el ejercicio de mi arte o alrededor de mi ministerios no deberá ser divulgado, yo lo callaré y lo consideraré como un secreto*”

Lo que está en juego en el caso de confidencias hechas a los médicos es una información de carácter personal e íntimo y por eso la indiscreción, no es punible porque emane de tal o cual profesional, sino porque viola la intimidad de tal o cual persona. Es decir que el secreto médico ha dejado de considerarse como un derecho exclusivo del médico, para ser tratado como un derecho del paciente.<sup>216</sup>

De todos modos no debe perderse de vista que en la actualidad el secreto médico está cada vez más compartido, por la actuación de equipos médicos, y por intervención de terceros, como son las obras sociales o las empresas de medicina prepaga.

Por esa razón la obligación de secreto alcanza a todos aquellos que tengan relación con las tareas de salud, pues admitir lo contrario tendría como consecuencia destruir la necesaria relación de confianza que une al paciente con el médico tratante. Así se reconoce en la ley 26.529, que en su artículo 2º, inc. d), hace extensivo el deber de secreto a toda persona que participe en la elaboración o manipulación de la documentación clínica, o que tenga acceso al contenido de la misma.

Aún en el fuero penal en que puede haber justa causa para levantar el secreto profesional y hasta la obligación denunciar cuando se trata de funcionarios públicos,

---

<sup>216</sup> GARCÍA GUILLEN Diego, “*La confidencialidad...*” cit

es necesario que exista una amenaza de un mal futuro que pueda evitarse, tanto para el mismo enfermo, el facultativo o terceros, pero no en el sólo interés en el castigo de los delitos. En particular se ha dicho que para considerar que el médico está obligado a denunciar no basta con la mera invocación de que se trata de una investigación penal, ni alegar que todos los derechos son relativos, y que tampoco corresponde distinguir entre funcionarios particulares o públicos.<sup>217</sup>

La Corte Suprema Nacional, y numerosos juzgados inferiores vienen sosteniendo que el estado cuenta con suficientes herramientas para tomar conocimiento de los delitos, sin necesidad de recurrir a los médicos para que delaten a sus pacientes en violación al secreto profesional, pues ello significaría privarle a una porción de la población, que por lo general suele ser la más vulnerable y necesitada –como lo son las personas utilizadas como mulas en el tráfico de droga– o la de quienes recurren a un hospital público a consecuencia de un abordaje clandestino, y privarlas de ese modo de la posibilidad de gozar plenamente del derecho esencial a la vida y a la salud.<sup>218</sup> Este criterio se remonta hasta lo actuado por el célebre médico Dupuytren después de la revuelta de 1932, en Francia, oportunidad en que las fuerzas de seguridad le pidieron información sobre sus pacientes, al decir: “*Yo desconozco insurgentes en mis salas, en ellas hay sólo heridos.*”

La Corte Nacional ha dicho también que el principio republicano de gobierno impide que el Estado persiga delitos valiéndose de medios inmorales, como sería aprovecharse del inminente peligro de muerte que pesa sobre el procesado que acude a la atención médica, convirtiendo al médico, mediante la imposición de un deber de denunciar, en un agente de la persecución penal.

En materia de aborto provocado que llega a conocimiento del médico si bien la jurisprudencia mayoritaria prioriza la obligación de secreto por sobre la obligación

---

<sup>217</sup> CN Apel. en lo Criminal y Correccional Federal, sala I,30/04/2009; Muñoz Alcala, Paulino; LA LEY 2009-D-495 y sus citas de la CSJN fallos:312:496 y NINO, Carlos S., “*Fundamentos de derecho constitucional*”, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2002, pág. 481.

<sup>218</sup> CSJN, 20/04/2010, “*Baldivieso, César Alejandro*”, Fallos 333:405; L.L. LA LEY 2010-C , 563 con nota de Andrés Gil Domínguez • LA LEY 2010-C , 458 con nota de Carlos Ignacio Ríos, en igual sentido: “CNCRIM Y CORREC FED,– 27/04/2010, “*Cocca, Sergio Eduardo s/ nulidad*” ( *Se trababa de casos en que el médico había denunciado a quien en su cuerpo transportaba droga, una de cuyas cápsulas se había roto causando daños a su salud, y ni siquiera se acogió el argumento de que las cápsulas extraídas constituían el cuerpo del delito.*) En igual sentido ver: EDWARDS, Carlos Enrique, “*El deber de confidencialidad del médico y la nueva postura de la Corte Nacional*”, L.L. Sup. Penal, 2010-setiembre-p-90; “*El deber de denunciar, el secreto profesional y la autoincriminación*”, L.L., 2006-E-173, y “*El médico que omite denunciar ¿comete el delito de encubrimiento?*”, L.L. 2009-D-1.

de denuncia de hechos delictivos, en algún caso se ha sostenido que la obligación de denunciar torna lícita la revelación.<sup>219</sup>

Otra cuestión referida al secreto médico se plantea en la actualidad a consecuencia de la denominada medicina predictiva, la que permite, mediante estudios genéticos, conocer hasta con décadas de anticipación si una persona va a padecer alguna enfermedad e incluso datos de su personalidad.

Esa posibilidad ha llevado a que tanto la UNESCO, como el Consejo de Europa promuevan un secreto absoluto a su respecto, considerando que la correcta protección de este tipo de datos puede ser considerada como una condición previa para garantizar el respeto del principio de igualdad y para que el derecho a la salud exista realmente. Resulta pues evidente que la protección del derecho a la salud depende de la seguridad de que ningún dato genético podrá ser revelado. Se volverá sobre el tema al tratar el secreto en el contrato de seguro.

## **Sección II.- Secreto profesional del abogado.**

A diferencia del secreto médico que se basa primordialmente en el derecho a la privacidad, el de abogado tiene como fundamento el derecho de defensa consagrado en el artículo 18 de la Constitución Nacional. Tradicionalmente ha tenido mayor protección que el secreto médico, salvo a partir del cambio de paradigma respecto del ejercicio de la medicina en el sentido de no considerar mas a los médicos como aliados del estado para la persecución penal de los delitos.

La fundamentación constitucional otorga al secreto profesional del abogado características especiales que lo diferencian claramente de igual obligación impuesta a profesionales de otras disciplinas y constituye una garantía de su independencia.

El secreto exige a los abogados inclusive de dar noticia de los delitos que conozcan como consecuencia de las explicaciones de sus clientes, y de testificar sobre aquellos hechos que éstos les hayan confiado por razón de cualquiera de las modalidades de su actuación profesional.

---

<sup>219</sup> CSJ de la Provincia de Santa Fe, 12/08/1998, “I, M”, LLLitoral 1998-2- 428 ; L. L.1998-F- 547 con nota de Germán Bidart Campos

Sólo contando en esa protección el cliente puede hablar con libertad, narrándole todos los hechos de tal forma que el profesional pueda, en base a ellos, plantear la mejor estrategia para garantizarle su defensa.

Sin embargo, el secreto del abogado no se agota con la prohibición de revelación mediante su declaración, sino que también se extiende a otras formas de injerencias, como registros judiciales, intervenciones postales, telefónica o telemáticas, tal como emerge de los considerandos del fallo dictado por la Suprema Corte de la Nación en el caso “*Halabi*”<sup>220</sup>.

En cuanto a sus límites y no obstante entender que no existen derechos con carácter absolutos, la relación de confidencialidad entre abogados y clientes, no sólo se vincula con el interés de ambos, sino que está en juego la esencia del Estado de Derecho, y con su violación se frustraría el derecho a la legítima defensa. Pretender que el secreto del letrado se proteja exclusivamente con la prohibición de testificar sobre hechos revelados por su cliente, constituye sólo una visión sesgada y simplista, que en la mayoría de los casos impediría una adecuada defensa.

Normalmente en la relación abogado- cliente, se utilizan documentos, se toman notas, se efectúan llamadas telefónicas o se establecen otro tipo de comunicaciones, que de no estar debidamente protegidas obligarían a mantener entre ellos sólo un contacto personal.

Por lo expuesto, resulta razonable concluir que la protección de los datos y documentos en poder del abogado deben ser protegidos especialmente, y si bien un estudio jurídico no puede constituirse en un bastión inimpugnable para el ejercicio de la actividad represiva del Estado cuando el imputado es el propio abogado, no es menos cierto que toda intervención debe hacerse preservando el secreto de las informaciones que se le han efectuado sus clientes.

Con el fin de preservar el secreto profesional y a su vez no impedir la actividad represiva del estado, se han dictado normas especiales como la contenida en la ley 23.187 y sus similares en los ordenamientos provinciales, en los que se establece no sólo la inviolabilidad de su estudio profesional, sino que en caso de allanamiento dispuesto por autoridad competente, se deberá dar aviso al Colegio Público de Abogados al realizarla, pudiendo el abogado solicitar la presencia de un

---

<sup>220</sup> Fallos: 332:111

miembro del Consejo Directivo durante el procedimiento, sin que ello implique suspenderlo.

## **TITULO VI. El secreto de los negocios.**

El secreto de los negocios interesa a todos aquéllos que, por una razón u otra, tienen un interés particular en preservar el fruto de sus investigaciones.

En el mundo de los negocios, nada es más grave que ver que el resultado de las investigaciones o innovaciones se reducen a la nada como consecuencia de una indiscreción.

Si se parte de la idea de que la empresa en un lugar de intercambios, no cabe duda que resulta indispensable que, en determinados casos, el derecho al secreto sea reconocido, no sólo para proteger las propias investigaciones sino también como medio para poder recibir informaciones estratégicas.

En suma, el secreto en el mundo de los negocios responde a la necesidad de no divulgar informaciones que hagan posible la disminución de las ventajas que para un competidor se derivan de la posesión de ciertos datos. Es por eso que toda información que sea susceptible de interesar a un competidor que no tiene acceso a la misma, deba ser considerada como confidencial.

El secreto del negocio es la garantía de eficacia de cara a la concurrencia, siendo precisamente el interés de los concurrentes en el conocimiento de determinados datos lo que lo justifica. Ese interés depende de circunstancias de hecho que permiten presumir la naturaleza confidencial de una información, pues el perjuicio sufrido o que se puede sufrir a consecuencia de su divulgación permite calificarlo como secreto objetivo.<sup>221</sup>

El secreto en el mundo de los negocios tiende a proteger no sólo los datos relativos a los procesos de fabricación, o al sistema de distribución, o al listado de clientes y proveedores, etc., sino que también ampara los datos vinculados a las falencias empresarias, pues se ha dicho que en el mundo hostil de los negocios es importante conocer tanto la firmeza como la debilidad de los competidores, siendo necesario para poder competir que las debilidades no sean conocidas.<sup>222</sup>

---

<sup>221</sup> CAURA, Virginie, op. cit. p. 123

<sup>222</sup> MARIAGE, Valery. "Le secret..." cit. p. 76 y sus citas.

Finalmente, ha de tenerse en cuenta que las investigaciones o proyectos fracasados también pueden estar amparadas por el secreto, en la medida que importen una ventaja en términos de competencia. Esas investigaciones en general insumen tiempo y dinero, y si los resultados negativos fueran conocidos, un competidor podría directamente iniciar otro camino o método de búsqueda, reduciendo injustificadamente sus costos.

### **Sección I - El secreto industrial. La teoría de los bienes informativos.**

La protección del secreto industrial ha sido el resultado de un largo recorrido derivado de la necesidad de dar respuestas a las reivindicaciones de una sociedad con un alto grado de industrialización.

Los orígenes de la tutela de las invenciones no patentables y de las ideas no protegidas por los derechos de autor, debe situarse a mediados del siglo pasado, y tiene como sustento la denominada teoría de los bienes informativos, teoría que suele ser rechazada por quienes no reconocen al secreto industrial como un derecho de propiedad y consideran que su reconocimiento entra en colisión con el principio de libre competencia.

La teoría de los bienes informativos, reposa sobre el postulado que se presenta como sigue: La información es un elemento de conocimiento que representa en sí misma un nuevo valor económico. En ese sentido se trataría entonces de un nuevo valor patrimonial que se asimila a la verdadera riqueza económica que el derecho no puede ignorar.

Dentro de esta teoría, la información deberá ser vista como un bien apropiable, más precisamente como un bien incorporal que deberá ser objeto de un derecho de propiedad, en razón misma de su valor de mercado.

El objetivo de la teoría de los bienes informativos es promover la apropiación de la información, permitiendo acordar a aquellos que la han creado una protección privativa, a fin de que puedan hacer rentables las investigaciones que ellos encaran para su producción. Como se ha visto al tratar del deber de información, interesa a la sociedad en su conjunto incentivar la investigación, de modo que ese objetivo no se logrará si sus resultados no están debidamente resguardados.

Estas informaciones pueden estar protegidas por el derecho de autor, por la ley de patentes o por el deber de secreto.

El Diccionario Ingles Webster, en idioma inglés, define al secreto industrial (Trade Secret), diciendo: Trade Secret.— *A formula, process, used in a bussines that is not published or divulged and that thereby givesan advantage overs competitors.* La traducción sería: *Una fórmula, proceso o proyecto, utilizado en una negociación o empresa, que no ha sido publicado o divulgado y por lo tanto da una ventaja sobre los competidores.*

El secreto industrial, como en todo secreto de los negocios, en esencia da a quien lo posee, una notoria ventaja sobre sus competidores, pudiendo consistir en un proceso para industrializar determinado producto, o estar referido a la forma de tratar o preservar determinados materiales, o vinculado a los proyectos de desarrollo de la empresa.

#### **Ap. I - Diferencia con la patente**

El elemento esencial del secreto industrial está constituido por el hecho de que se trata de información o conocimiento secreto, reservado, confidencial o no circulable. Las cosas que se encuentran dentro del dominio público o que son conocidas en una determinada rama de la industria, no pueden considerarse como secreto industrial, ya que éste es conocido únicamente en la empresa en la que es aplicable, aplicado o poseído.

Hay factores importantes que deben tenerse en cuenta para establecer si una información constituye efectivamente un secreto industrial o no:

- a) Tomar en cuenta hasta qué grado es conocida fuera de la empresa la información que se posee,
- b) Determinar hasta qué punto dicha información es conocida por los empleados de la empresa y otros involucrados en el manejo de dicha información clasificada,
- c) Las medidas que han sido tomadas para guardarla en secreto,
- d) Determinar el valor que pueda tener para la empresa y para los competidores, y
- e) El gasto pecuniario y el esfuerzo invertido por la empresa en el desarrollo y obtención de la información.

La novedad o invención no son requisitos esenciales del secreto industrial, como lo constituyen para la patente, ya que en ésta última son esenciales, y constituye una protección contra el uso de procesos patentados que no han sido licenciados, y el monopolio que se otorga al inventor es un premio.

En cambio, la protección del secreto no está basada en una política de premiación, sino que se brinda para evitar que otros puedan, por algún medio, conocer o aprender el uso industrial de propiedad de un sujeto específico y con ello poder competir a un menor costo, en un mercado determinado.

Además, el tener que recurrir al secreto está determinado, en algunos casos, porque el hecho de que no existe, en determinados estados, una consagración expresa de la protección de las investigaciones por vía de las patentes, lo que ha llevado a la proliferación de copias de la tecnología patentada en otros países, para de ese modo reducir los costos de investigación o el pago de regalías.<sup>223</sup>

Esa posibilidad de mantener en secreto determinados datos está expresamente reconocida en nuestro ordenamiento pues la ley 24.766, autorizando a las personas físicas o jurídicas a impedir que la información que esté legítimamente bajo su control, sin su consentimiento y de manera contraria a los usos comerciales honestos, sea divulgada y para eso la misma debe reunir las siguientes condiciones:

- a) Que sea secreta.
- b) Tenga un valor comercial por ser secreta;
- c) Haya sido objeto de medidas razonables, para mantenerla, secreta, tomadas por la persona que legítimamente la controla.

A su vez en el artículo 4° se ha dispuesto que en la medida que la información reúna los requisitos precedentes y sea resultado de un esfuerzo técnico y económico significativo, será protegida contra todo uso comercial deshonesto y no podrá ser divulgada.

Esa prohibición de divulgación se extiende a toda persona que con motivo de su trabajo, empleo, cargo, puesto, desempeño de su profesión o relación de negocios, tenga acceso a una información que reúna las condiciones enumeradas, y sobre cuya confidencialidad se los haya prevenido, las que deberán abstenerse de usarla y de revelarla sin causa justificada o sin consentimiento de la persona que guarda dicha información o de su usuario autorizado.

En síntesis la ley no hace más que reconocer la denominada teoría de los bienes informativos a los que ya se ha hecho alusión.

---

<sup>223</sup> NUÑEZ, Javier. “*El derecho del inventor como justificación de la patente*”, RDCO 2012-A-41.

## **Ap. II - Diferencia con el KNOW HOW.**

El contenido del secreto industrial puede consistir en formulaciones secretas, diseños, dibujos, patrones, procesos, información técnica no patentada, especificaciones, etc, logrados como fruto de un proceso de estudio, investigación y experiencia, que no es de dominio público.<sup>224</sup>

Pero para que estos elementos puedan considerarse como secretos industriales, quien los posee debe tomar las precauciones debidas para mantenerlos como tales o dejarían de serlo si fuese divulgado y conocido por otros individuos u otra empresa.

El *know how* o *savoir faire* no tiene como elemento esencial el secreto, ya que, en cuanto a saber o conocer que es el *know how*, éste no deja de serlo por el simple hecho de su divulgación.

El secreto industrial puede consistir en un *know how*, es decir, en una experiencia de fabricación o en un conocimiento secreto, pero también puede ser una información técnica o desarrollo técnico que, aún cuando cuenta con las cualidades de patentabilidad, su poseedor buscando mayor protección, lo guarda para sí mismo, con el fin de evitar que caiga en el conocimiento público. El secreto industrial puede contener *know how*, pero éste para subsistir no necesita de dicho elemento.

## **TITULO VII. El secreto en el código civil.**

Analizando las reglas contenidas en el código civil, se advierte que el secreto tiene una importante presencia normativa, al establecer el régimen de las cartas misivas, la simulación lícita, el mandato oculto, o las reglas de depósito

### **Sección I - Cartas misivas.**

Se define a la carga misiva como el mensaje escrito por el remitente, y que en original recibe el destinatario, llevado por medio de un mensajero a quien el autor lo confía para su remisión.<sup>225</sup> Dentro de las cartas misivas, hay una categoría particular

---

<sup>224</sup>FARINA, Juan M. "Contratos de licencia y de transferencia de tecnología", *J. A. doctrina* 1973, p.

23. MASNATTA, Héctor "Know How y asistencia técnica", R.D.C.O. año 4, 1971, p. 699.

<sup>225</sup> GALLI, Enrique V. "Estudio jurídico de la correspondencia" L.L. On line

que es la de las cartas confidenciales, que son aquellas que contienen referencias que hacen a la vida privada y que como tal constituyen secretos objetivos. Cuando el remitente les ha asignado dicho carácter, podría tratarse de secretos subjetivos si se ha acordado mantener en secreto su contenido.

El respeto vida privada, según se ha visto, exige que se reconozca un derecho a impedir la divulgación cuando no media la conformidad del interesado.

Fuera de los casos impuestos por el ejercicio de determinadas profesiones, se pueden citar otros casos en que se impone el secreto de las cartas misivas que se pueden enumerar como sigue:

- a)- Cuando media acuerdo de voluntades, es decir cuando las partes convienen en mantener el secreto de la correspondencia que cambian entre sí, en ese caso la divulgación constituirá un incumplimiento contractual
- b)- Cuando importan la comunicación de datos que constituyen derechos de autor.
- c)- Cuando importa la comisión de un delito. La publicidad o la divulgación que constituyen delito tienen el freno de la ley penal, para prevenir su violación.
- d)- Cuando se trata, de los ya citados, secretos profesionales.

Esa imposición cede cuando el contenido de las carta se hubiera hecho público, o frente a la existencia de un interés legítimo de su destinatario.<sup>226</sup>

El C. Civil en el artículo 1036 dispone que las cartas misivas dirigidas a terceros, aún cuando en ellas se mencione alguna obligación, no serán admitidas para su reconocimiento. Al respecto Borda entiende que esa imposibilidad refiere sólo a las cartas confidenciales, y por lo tanto las que no tienen ese carácter pueden ser presentadas en juicio aún cuando sean dirigidas a terceros,<sup>227</sup> en tanto que Colombo señala que el carácter confidencial no depende de que el remitente la califique como tal, sino que esa calidad debe ser apreciada judicialmente.<sup>228</sup> Este último criterio fue receptado por la Cámara Nacional en lo Civil, sala K en autos “N.M.E. s/Suc. Testamentaria, decisión que fue confirmada por la Corte Suprema de la Nación.<sup>229</sup>

---

<sup>226</sup> GALLI, op. cit.

<sup>227</sup> BORDA, Guillermo, “*Tratado...*” *Parte general Tratado de Derecho Civil*” Parte General. Ed. La ley, Bs.As. 2008 T.II, p.185.

<sup>228</sup> COLOMBO, Leonardo.”*Comentarios sobre cartas misivas*” L.L.57-799.

<sup>229</sup> Fallo del 16/06/2005, L.L.2005-E, 514; ED 214-389. ( *En el caso se dispuso que el juez debe abrir el sobre en forma privada a los fines de calificación de su contenido para establecer si es propio de la esfera privada y por lo tanto es confidencial, y si lo fuera se debe proceder a su cierra y en caso contrario podrá ser objeto de reconocimiento.*) Dicho fallo fue confirmado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, con fecha 09/05/2006, L.L.2006-C - 817 con nota de Carlos A. Ghersi y en DJ 28/06/2006 - 617 con nota de Federico Russo.

## **Sección II - La simulación.**

Un caso de secreto consagrado en el Código Civil se advierte en los casos de simulación. En ese supuesto por vía del secreto es posible que las partes puedan crear una situación jurídica aparente distinta de la real. Lo que caracteriza entonces a la simulación es la divergencia entre la voluntad y la declaración, entre lo que se declara querer y lo que en realidad se quiere.<sup>230</sup>

La simulación entonces resulta de un acto aparente u ostensible, que está destinado a los terceros y un acto de secreto, expresado en el contradocumento, que tiene como finalidad establecer la verdadera operación entre las partes. En consecuencia, el contradocumento es en realidad un contrato secreto, que las partes concluyen antes o al mismo tiempo que el contrato aparente, en tanto este último tiene como único fin disimular la realidad frente a los terceros.

Esa condición de secreto del contradocumento exige que se lo instrumente en forma separada del acto aparente, pues si se hiciera en un mismo acto dejaría de tener el carácter secreto que le es propio.

En cuanto al tiempo para su otorgamiento se sostiene que puede ser antes y aún después de celebrado el acto, pues lo que se requiere es una simultaneidad intelectual y no material, es decir que el contradocumento debe expresar la voluntad real de las partes en el momento de otorgarse el acto aparente.<sup>231</sup>

La distinción que efectúa nuestro ordenamiento entre simulación lícita e ilícita,- constituye una pauta en base a la cual se podrá calificar de lícito o ilícito el secreto, debiendo tenerse en cuenta que la simulación es sancionada en los casos en que crea situaciones de concurrencia desleal, perjudica a terceros o se hace en fraude a la ley.

## **Sección III. El mandato oculto o indirecto.**

El mandato oculto constituye un supuesto de interposición fiduciaria, en que el mandatario aparece frente a los terceros contratando en nombre propio. Por consiguiente se requiere luego de un segundo negocio para que los efectos de éste se

---

<sup>231</sup> BORDA, Guillermo, op.cit. p.363

trasladen al mandante.<sup>232</sup> En suma no se producen los efectos propios de la representación.

Hay quienes sostienen que en este caso se está frente a un supuesto de simulación en la persona, que debe regirse por las reglas de dicho instituto.<sup>233</sup> Este criterio fue brillantemente rebatido por Llambías en su voto in re “*Laurele c/ Viteli*”<sup>234</sup>, al sostener que el mandante para exigir el cumplimiento de los derechos emergentes de la relación interna, no lo puede fundar en el acto concluido por el mandatario, sino en el pacto que haya celebrado con el testafiero, criterio que lleva a ampliar considerablemente el plazo de prescripción de la acción.

#### **Sección IV - Calidad de socio ostensible y de socio oculto.**

A este tipo de socio hacen referencia los artículos 1668 y 1669 del C.Civil que califican como socio aparente a quien se presenta como tal frente a los terceros sin ser realmente socio.<sup>235</sup> Esa posibilidad al igual que en el caso de la simulación será lícita cuando con ello no se pretenda perjudicar a terceros o se lo haga en fraude a la ley. En orden a su responsabilidad nuestro ordenamiento hace uso de lo que actualmente se conoce como teoría de la apariencia.

Consecuentemente, el socio aparente responderá frente a los terceros con un verdadero socio. Esta atribución de responsabilidad del socio aparente también encuentra su fundamento en el principio general de buena fe, porque los terceros se relacionan con una sociedad, en numerosos casos, en virtud de la confianza que genera el prestigio del socio aparente.<sup>236</sup>

La contracara del socio aparente es el socio oculto, que es quien celebra con otra u otras personas un contrato de sociedad, sin que su carácter de socio tenga exterioridad. En este caso el socio oculto será considerado como socio por los restantes co-asociados, pero esa calidad no podrá ser invocada por terceros aún cuando conocieran la naturaleza de la relación no exteriorizada.<sup>237</sup>

---

<sup>232</sup> MOSSET ITURRASPE, Jorge, “*Negocios...*”, p. 148.

<sup>233</sup> SALVAT-ACUÑA ANZORENA, T III, p. 226- BORDA, Guillermo “*Tratado.... “Parte General*, T. II, p. 350.

<sup>234</sup> E.D. 3-428.

<sup>235</sup> VIDELA ESCALADA, Federico N. “*Las sociedades civiles*”, Ed. Abeledo-Perrot, Bs. As. 1962, p.162

<sup>236</sup> SMITH, Juan C. en “*Código Civil y leyes complementarias*”. Belluscio(dir)Zannoni (Coord). Ed. Astrea, Bs. As. 1999 p. 574 y sus citas.

<sup>237</sup> Idem nota anterior.

## **Sección V.- El secreto en el contrato de depósito.**

En el caso de depósito regular, cuando las cosas son entregadas en cajas o bultos cerrados, el artículo 2207 del C.Civil, dispone que aún cuando medie autorización expresa o presunta del depositante para abrirlos, o cuando la apertura se produjera por otro acontecimiento por el cual el depositario llegara a conocer el contenido del depósito, éste tiene la obligación de guardar secreto a su respecto. En caso de violación de dicha obligación deberá responder de todo daño que para el depositante se deriven de la revelación. Sin embargo, el depositario es relevado de dicha obligación, si por la calidad de la cosa depositada, se viera expuesto a penas o multas, disposición ésta última de la cual se puede extraer una pauta concreta en cuanto a los límites del secreto. También se ha dispuesto que la exposición a ser sancionado por una falta o delito habilita, en primer lugar, a restituir inmediatamente la cosa- art. 2184.

Doctrinariamente en orden al deber de secreto del depositario se sostiene que si éste entiende que existe un delito de orden represivo ordinario o administrativo, tiene el derecho de efectuar la denuncia pertinente y de entregar a la autoridad la cosa depositada,<sup>238</sup> y si llega a conocer que la cosa hubiera sido hurtada, está obligado a avisar al dueño antes de proceder a la restitución -art. 2215 C.Civil. En cambio, si el descubrimiento simplemente implica un peligro material o personal, que no lo exponga a ser sancionado por la comisión de una falta o delito, sólo estará habilitado para restituir la cosa, pero en ese caso subsiste la obligación de secreto.

Finalmente, corresponde señalar que si bien la obligación de guardar el secreto ha sido prevista por el legislador lo ha sido teniendo en mira el caso de que las cosas se entreguen en bultos cerrados, corresponde hacer una interpretación extensiva y no limitarla a ese único supuesto, sosteniéndose que la obligación de no divulgar el contenido del depósito existe siempre que de las circunstancias del caso resulte que el depositante pueda tener interés en conservar el secreto.<sup>239</sup>

---

<sup>238</sup> SPOTA, Alberto G. “*Contratos*” Vol. VIII, Ed. Depalma, Bs.As.1983, p.395.

<sup>239</sup> MASSOT, Ramón P. y CALVO COSTA, Carlos, en, “*Código Civil y normas complementarias*” Bueres (dir) Highton (Coord) T. 4 E, Ed. Hammurabi, Bs.As. 2003, p. 161/162 y sus citas.

## **TITULO OCTAVO.- Límites del derecho al secreto**

### **Sección I. El orden público, la moral y las buenas costumbres.**

Si bien es cierto que las partes pueden decidir el uso de los medios que proporciona la técnica jurídica, como ocurre por ejemplo con la simulación, para preservar aquellos aspectos que se desean mantener en secreto, corresponde señalar que esa libertad está limitada, como en todos los casos, por el orden público, la moral y las buenas costumbres, no pudiendo desconocerse que el secreto engendra una atmósfera propicia para el ilícito y particularmente para el fraude a la ley o a terceros.

Es decir que el derecho a convenir secretos no puede afectar un derecho fundamental de modo tal que llegue a permitir un trato discriminatorio o inequitativo. Ello así porque la falta de explicación permitida por medio del secreto impide conocer y controlar cuál es su fundamento. En suma el derecho a callarse debe ceder frente al deber de explicarse.

Continuando con los límites al secreto, no cabe duda que el orden público puede justificar que se imponga la transparencia y que como consecuencia que no se admita el mismo. Esa interdicción puede estar justificada tanto en el orden público de dirección, como en el orden público de protección.

Es decir, que si bien se puede sostener que los contratantes pueden negociar en algunos casos ventajas suplementarias, y que éstas pueden ser confidenciales, no pueden hacerse sin una contrapartida real, atentando contra la transparencia del mercado, como puede ocurrir en un contrato de distribución en el cual se pacten ventajas secretas sólo para algún distribuidor, pues eso constituiría una cláusula contraria al orden público de dirección que exige una competencia libre y leal.

El denominado orden público de protección, por su parte, se distingue del orden público tradicional en el sentido de que procura proteger intereses particulares o alguna categoría de intereses y no simplemente el interés general. La idea de orden público de protección se ha desarrollado particularmente a partir de la legislación de protectoria de los consumidores y usuarios, o en situaciones en que se esté en presencia de un contratante que se presume débil.

En los ordenamientos protectorios, como ya se ha visto, se consagran obligaciones de información, lo que impide al proveedor mantener en secreto las

especificaciones del producto o servicio o sobre las condiciones de su comercialización.

De todas maneras, debe acordarse de que dichas exigencia no son sólo una restricción al secreto, sino que al mismo tiempo constituyen un medio de garantizar la transparencia del mercado.

## **Sección II. Límite derivado de la prohibición del ejercicio abusivo del derecho al secreto.**

En este caso se está en presencia de un tipo abuso denominado como abuso de prerrogativas contractuales.<sup>240</sup> Es función generalmente atribuida a las cláusulas de confidencialidad la de reservar el conocimiento y el uso de las informaciones que tienen, por alguna razón personal, o porque tienen un cierto valor económico o estratégico.

El abuso de la confidencialidad se concreta mediante una cláusula contractual, que establece el contenido del secreto y de las obligaciones que a él se refieren, es decir que normalmente se tratará de secretos subjetivos. Ese abuso puede producirse tanto al momento de la celebración del contrato mediante una cláusula impuesta por el acreedor de la obligación de secreto, o puede consistir en un uso abusivo de su prerrogativa. Las diferencias entre una cláusula abusiva y el ejercicio abusivo de una cláusula válida, ha sido explicitado con precisión en la causa “Automotores Saavedra.”<sup>241</sup>

Como ejemplo de cláusula abusiva puede citarse la cláusula contractual que contenga la exigencia de mantener la confidencialidad sobre la existencia de un pacto de no competencia. En cambio un supuesto de invocación abusiva del secreto, se presenta cuando ha cesado el interés que con el mismo se pretendía garantizar, como puede ocurrir si el *savoir faire* transmitido se ha vuelto totalmente obsoleto y carente de utilidad.

---

<sup>240</sup> CAURA, Virginie, op.cit. 1992, p.282 y sus citas

<sup>241</sup> CNApel. Com. sala B, “Automóviles Saavedra, S. A. c. Fiat Argentina, S. A” 08/05/1987, L.L. LA LEY 1987-D , 419.

Tratándose de secretos objetivos es difícil que se pueda configurar un abuso de prerrogativas, pero no puede excluirse necesariamente esa posibilidad, sobre todo cuando el abuso se comete al momento de invocar la cláusula contractual.

En cambio si se trata de secretos subjetivos cuya existencia es necesariamente convencional, es factible que el secreto pueda ser arbitrariamente impuesto, lo que conducirá a que se pueda solicitar su nulidad, porque si bien este tipo de cláusulas tienen como fundamento hacer respetar la voluntad individual de quien detenta la información de la cual es titular originario, esa voluntad no debe ser arbitrariamente impuesta al co-contratante.

El abuso también se puede configurar al momento de estipularse la cláusula si los datos que se pretenden preservar ya no eran secretos.

Finalmente se puede decir que la técnica contractual a utilizar para preservar la confidencialidad de una información depende esencialmente de la naturaleza de los datos transmitidos o a transmitir.

Si la voluntad de secreto versa sobre una información que constituye un elemento del contrato, como el objeto o la causa, el recurso a utilizar es la simulación que requiere de dos voluntades.

En cambio si la voluntad de secreto se funda en una información que pertenece a una de las partes se requerirá de una cláusula de confidencialidad o de secreto.

De todos modos, hay que recalcar que toda cláusula de confidencialidad estará condicionada tanto por el tipo de contrato, como por el tipo de información que por medio de la misma se pretenda proteger.

### **Sección III.- Límite derivado del derecho a su revelación.**

Revelar constituye una acción consistente en dar a conocer algo real, quien proporciona datos erróneos, podrá incurrir en una conducta injuriosa o calumniosa, pero no se trataría propiamente de una revelación.-

En ámbito C. Civil, advertimos en el contrato de depósito que el secreto puede ser revelado si por la calidad de la cosa depositada, el depositario, se viera expuesto a penas o multas, cuestión a la que ya se ha hecho referencia al tratar el contrato de depósito.

La legislación penal, represiva de la violación de secretos que interesan en el ámbito del derecho privado, se vincula con la violación del secreto de la correspondencia y particularmente con el secreto profesional.

Respecto del secreto profesional se parte de la idea de que no es un privilegio de éste, sino un deber y a su vez un derecho del cliente, criterio que ha sido receptado jurisprudencialmente al sostenerse que “La excepción a la obligación de guardar secreto deriva de la existencia de justa causa, y ello no depende de la conciencia profesional, sino del presupuesto de que el derecho la considere como tal”.<sup>242</sup>

Reconociendo al secreto como deber, la primera causa para su revelación consiste en la autorización del interesado, que según se sostiene “...no es su poseedor, ni quien lo lleva a noticia del obligado, sino aquel al que pertenece, se relaciona o afecta directamente el hecho que constituye el objeto del secreto”<sup>243</sup>

Además el ordenamiento, penal en determinados casos admite la revelación, aún en contra de la voluntad del interesado, en supuestos que puede ser equiparados a la legítima defensa.<sup>244</sup>

#### **Sección IV.- Límite derivado del derecho de emitir alertas.**

Se trata de una cuestión no prevista por nuestro ordenamiento, y consiste en la posibilidad de anticipar un peligro. Ciertas alertas están inscriptas en la rutina de la vida cotidiana y se producen inadvertidamente la mayor parte del tiempo, como al advertir a un peatón del riesgo al cruzar una calzada mal señalizada. También hay alertas efectuadas por una autoridad socialmente reconocida, como por ejemplo las meteorológicas, o cuando se impone a los médicos la obligación de notificar determinadas enfermedades.<sup>245</sup>

En general, se sostiene que el derecho de alertar está contenido en el derecho a la libertad de expresión, que reconoce a cada individuo la posibilidad de informar al público de la existencia de riesgos colectivos, como así también en el paulatino

---

<sup>242</sup> Cámara de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de Mercedes, sala I, 28/04/1994 • M., G. • LLBA 1994, 823 • AR/JUR/324/1994.

<sup>243</sup> NUÑEZ, Ricardo C. “*Tratado de Derecho Penal*” Ed. Lerner, Bs.As.1978, T. V,p.127.

<sup>244</sup> NUÑEZ, R. C. op. cit .p. 127.

<sup>245</sup> FERNANDEZ DO VALE, Carolina “*Secreto de negocio versus Riesgo de Alerta*” en “Derecho Sociedad y Riesgos” publicación de la Red Latinoamericana y Europea sobre Gobierno de Riesgos. Brasilia 2007, p. 393.

reconocimiento de las exigencias de transparencia que imponen informar a las poblaciones sobre los riesgos en materia de protección del ambiente o de la salud<sup>246</sup>.

Cuando se trata de vincular la emisión de alerta con el secreto, se advierte que la situación se produce cuando el alertante se encuentra ligado por una actividad profesional o laboral que le imponga mantener el secreto.

La situación más difícil es aquella en que el emisor se encuentra vinculado a una empresa, a un medio profesional o una institución, en cuyo caso el apuro de una voz pública crea una tensión entre tres centros de interés: el interés de la persona o del grupo portador de la señal de alarma, el interés de quien lo emplea o encuadra su actividad, y el interés general.

En los casos en que se proyecta su protección, como ocurre en el derecho francés, el emisor de alerta pública sólo tendrá derecho a protección, si obra de buena fe y si previamente, ha efectuado la advertencia internamente sin ser escuchado. Para ello se prevé que las empresas con más de diez empleados cuenten con un sistema interno de recepción de alertas. También se considera que esa protección se justifica cuando el alerta está dirigido a prevenir daños a la salud o al ambiente.<sup>247</sup>

En nuestro derecho, mientras no exista una disposición como la comentada corresponde aplicar las reglas generales en materia de secreto y las excepciones que admiten su revelación.

---

<sup>246</sup> NOIVILLE, Chistine. "Para una protección del emisor de alerta" en "Derecho Sociedad y Riesgos" publicación de la Red Latinoamericana y Europea sobre Gobierno de Riesgos. Brasilia 2007, p.141

<sup>247</sup> Proyecto de ley de Protección del emisor de alerta, en sitio de la Fundación Sciences Citoyennes, <http://ciencescitoyennes.org>.

## CONCLUSION DEL CAPITULO II

En función de las consideraciones precedentes se puede concluir que la presencia del secreto en el derecho positivo, si bien está dispersa no deja de ser importante y que del análisis de los casos particulares en que dicho deber es impuesto se pueden extraer algunas reglas y principios.

a) En primer lugar se puede decir que si bien el secreto puede convertirse en un buen auxiliar para la defensa de la vida privada o de otros derechos como los relativos a la salud, o la defensa en juicio, la calificación positiva dependerá del derecho que por su intermedio se pretenda garantizar.

b) Sin perjuicio de su aspecto positivo, no puede desconocerse que también puede constituir un medio para el fraude; para la opacidad del mercado; para perjudicar a las minorías o para la discriminación, razón por la cual en cada caso corresponderá hacer un juicio de ponderación entre los derechos que pretenden ser protegidos por su intermedio y los que pueden resultar afectados.

c) La distinción entre secretos objetivos y subjetivos constituye un buen sistema para establecer si el secreto debe o no ser protegido en función del derecho que lo justifique.

d) Los derechos objetivos no requieren del contrato para su nacimiento, aunque el mismo puede ser útil para su protección e incluso para establecer cómo se reparará su violación. En cambio, los secretos subjetivos dependen del contrato, tanto para su existencia como para su protección.

e) En ningún caso el derecho al secreto puede ser impuesto, ni ejercido abusivamente, ni ser contrario al orden público, la moral, las buenas costumbres y a la libre competencia.

f) Además, como derivación del principio general de buena fe; de la exigencia de un mínimo deber de lealtad y de colaboración entre las partes, el derecho al secreto debe ceder en favor del deber de información, particularmente en los contratos de

consumo, siendo su fundamento la asimetría informativa, en los contratos *intuitu personae* y en los de larga duración en los que debe garantizarse la confianza.

g) El secreto constituye una técnica que permite reforzar el lazo de exclusividad que une a una persona con los valores que la misma posee y constituye un elemento indisociable del poder de cada persona sobre sus propios datos. A su vez los medios para lograr esa protección pasan por la regulación de la simulación lícita, del mandato oculto o la posibilidad de que la sociedad tenga socios también ocultos, a lo que se debe agregar la posibilidad de convenir, que determinados datos, sean mantenidos en secreto.

## CONCLUSION FINAL

Podemos concluir que al menos en apariencia, las nociones de información y secreto aparecen como contradictorias. Sin embargo, a poco que se indaguen los supuestos en que el derecho al secreto es reconocido, y que se han tratado con algún detalle, se advierte que en realidad lo que se está garantizando por su intermedio es una información. Pero, más allá de ese dato no cabe duda que se hace necesario efectuar una adecuada conciliación de ambos términos en cada caso en concreto.

Para eso es necesario hallar una regla jurídica, o al menos un principio de orden jurídico, que supere esa aparente dicotomía, el que debe partir del reconocimiento de los intereses en juego que se pretenden proteger. Para eso resulta apropiada la distinción entre secretos objetivos y subjetivos, las que pueden aportar soluciones jurídicas a fin de priorizar uno u otro.

Si lo que se pretende proteger es el derecho a vida privada, a la salud, defensa en juicio o al producto de investigaciones, el secreto debe ser reconocido. Pero, aún cuando se pretenda defender esos derechos, en ningún caso el secreto puede ser ejercido abusivamente, ni atentar contra derechos fundamentales, como puede ser la prohibición de la discriminación.

Si en cambio lo que se pretende asegurar es la libertad contractual, posibilitar el cumplimiento del contrato o prevenir riesgos, la información constituye un instrumento adecuado para lograrlo.

Esa conciliación de intereses exigirá un juicio de ponderación que tenga en cuenta que no hay derecho a ser negligente y que en ningún caso se pueden afectar derechos fundamentales.

En suma, en el caso en que se deba decidir entre proteger el secreto o la información, necesariamente, deberá efectuarse un juicio de ponderación, que deberá partir de constatar, entre otros extremos, que efectivamente existen principios contradictorios; que el juicio de ponderación no esté prohibido, para luego buscar el

punto óptimo de equilibrio, para lo cual debe tratarse de bienes o derechos de rango equivalente.<sup>248</sup>

---

<sup>248</sup> LORENZETTI, Ricardo L. *“Teoría de la decisión judicial”* Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe 2008, p.256/261.

## APENDICE

Ya prácticamente concluido el presente trabajo, y a escasos días de vencer el plazo para su presentación, se ha dado a conocer que el día 24 de febrero, la comisión designada por el Poder Ejecutivo Nacional, integrada por los Drs. Ricardo Lorenzetti, Elena Highton de Nolasco y Aída Kemelmajer de Carlucci, ha elevado al Poder Ejecutivo Nacional el anteproyecto para la unificación de los Códigos Civil y Comercial.

Según algunos adelantos en el anteproyecto se regularía de manera autónoma el período de las tratativas contractuales, incluyendo el lapso anterior a la concreción de la oferta.

En la etapa precontractual se exigiría a las partes obrar de buena fe, pero sin imponer un deber general de informar.

También se habría incorporado el deber de confidencialidad respecto de las informaciones brindadas en la etapa de tratativas contractuales, disponiendo que en caso de incumplimiento se deba indemnizar a la otra parte que haya sufrido daño. En el caso de que con la revelación el incumplidor hubiera obtenido alguna ventaja, deberá indemnizar a la otra parte en la medida de su enriquecimiento.

En materia de vicios de la voluntad también se habría receptado la exigencia de que el error sea reconocible por parte del destinatario de la declaración, y se ha asimilado la omisión dolosa a la acción dolosa.

En cuanto a la forma del deber de información se incluirían mayores exigencias respecto del derecho de revocación concedido a los consumidores, tanto en los contratos celebrados fuera de los establecimientos comerciales como en los contratos a distancia. Se exigiría que en los documentos utilizados en la etapa de negociación se deba informar con caracteres destacados el derecho de revocación. De igual manera debe constar dicho derecho en el documento contractual, como disposición inmediatamente anterior a la firma.

En relación a los contratos de consumo cuando se utilicen medios electrónicos además del contenido mínimo exigible en un contrato de esa categoría y de hacer constar la facultad de revocar, se deberá hacer conocer todos los datos necesarios para utilizar adecuadamente el medio elegido, para comprender cuáles son los riesgos de esa forma de contratación y sobre todo establecer claramente quién asume dichos riesgos. También se impondría al oferente que utiliza este tipo de medio para formular ofertas que confirme por idéntica vía y sin demora la recepción de la aceptación.

## BIBLIOGRAFIA

- ABDALA Martín E. “*El deber de información*”, Ed. Abaco, Bs. As. 2007.
- “*El deber de información en la contratación*”. LA LEY 2006-F- 1437.
- ACHARES- DI IORIO, Federico.”*La acción individual de responsabilidad y la violación derecho de información*” RDCO, N°252-175.
- AGUINIS, Ana María, “*El derecho de información de los accionistas*” Revista de Derecho Comercial 1978.
- ALBADALEJO, Manuel, “*Derecho Civil*” T. I, Ed. Barcelona 1985.
- ALTERINI, Atilio Aníbal “*Contratos*” Civiles-Comerciales- de consumo. Ed. Abeledo-Perrot. Bs.As.1998.
- ALONSO PÉREZ, María Teresa “*Los contratos de servicios de abogados, médicos y arquitectos*”. Ed. Boch- Barcelona 1997.
- ALONSO, Analía, “*Acerca del derecho a la intimidad*”, Rev. La Ley Córdoba, 1994-81-1994.
- ANDORNO, “*El deber de información en la contratación moderna*”, en Responsabilidad por daños en el tercer milenio. Homenaje al Dr. Atilio A. Alterini, Ed. Abeledo- Perrot, Bs.As. 1997-B-
- BORDA, Guillermo. “*Tratado de Derecho Civil-Parte general*”. Ed. La Ley, Bs.As. 2008.
- BREBBIA, Roberto H., “*Responsabilidad precontractual*”, Ed. La Rocca, Buenos Aires 1987.
- BUSSO, *Código Civil Anotado, Obligaciones* Ed. Ediar, Bs.As. ,1958 C
- CAMARA, Héctor.”*La simulación en los actos jurídicos*” Ed. Depalma, Bs.As. 1958
- CASIELLO, Juan J. “*El derecho del consumidor y los contratos bancarios. El deber de información y buena fe*” L.L. 1999-B-269.
- CASTAN TOBEÑAS, José “*Derecho Civil Español Común y Foral*”, Ed. Reuss, Madrid 1962, T.I, Vol.2.
- CAURA, Virginie “*Secret et contrat*” Ed. Atelier National de Reproduction de Thésés, Lille, Francia, 1992.
- CICERON, Marco Tulio, “*Sobre los deberes*” Trad. GUILLEN CABAÑERO, Ed. Tecnos, Madrid, 1989.
- CIFUENTES, Santos “*Código civil y leyes complementarias. Comenctado, anotado y concordado*”. T. 4, Belluscio,(dir)- Zannoni (Coord), Ed.Astrea, Bs.As.1988.
- COLOMBO, Leonardo.”*Comentarios sobre cartas misivas*” L.L.57-799

DE LA MAZA GASMURRI, Iñigo “*Los límites del deber precontractual de información*” Ed. Thomson- Civitas, Navarra 2010.

DE VASCONCELLOS BENJAMIN, Antonio H., “*Comentários o Código de Proteção do Consumidor*”, Saraiva, 1991.

ECHEVERRY, Raúl Aníbal.”*Contratos asociativos, negocios de colaboración y consorcios*” Ed. Astrea, Bs.As. 2005.

EDWARDS, Carlos Enrique, “*El deber de confidencialidad del médico y la nueva postura de la Corte Nacional*”, Rev. La Ley -Suplemento de Derecho Penal, 2010- setiembre.

FACCO, Javier Humberto “*Ultraactividad de ciertos efectos contractuales*” Revista de Responsabilidad Civil y Seguros, 2009-VII, 16.

“*Responsabilidad precontractual*” Revista de Responsabilidad Civil y Seguros. 2008., 194.

FARINA, Juan, “*Defensa del consumidor y del usuario*” Ed. Astrea, Bs.As 2004 y 2008.

“*Contratos de licencia y de transferencia de tecnología*”, J. A. doctrina 1973, p. 23.

FERNANDEZ DOMINGUEZ, Juan José.”*Pruebas genéticas en el derecho del trabajo*”, Ed. Civitas, Madrid, 2008.

FERNANDEZ DO VALE, Carolina “*Secreto de negocio versus Riesgo de Alerta*” en “*Derecho Sociedad y Riesgos*” publicación de la Red Latinoamericana y Europea sobre Gobierno de Riesgos. Brasilia 2007, p. 393.

GALLI, Enrique V. “*Estudio jurídico de la correspondencia*” L.L. On line.

GARCIA CANTERO, Gabriel en CASTÁN TOBEÑAS– GARCIA CANTERO.”*Derecho civil español, común y foral*”, Ed. Reus, Madrid 1992, T. III.

GARCÍA GUILLÉN, Diego, “*La confidencialidad de los datos clínicos*” en *El secreto médico y la protección de datos sanitarios en psiquiatría*” Ed. Alfredo Calcedo Ordeñez- Editorial Media Latinoamericana.

GARCIA RUBIO, María P. “*La responsabilidad precontractual*”. Ed. Tecnos, Madrid 1991.

GETE ALONSO y CALERA, María del Carmen.”*Las tarjetas de crédito*” Ed. Marcial Pons, Madrid 1997.

GOMEZ CALLE, Esther. “*El deber precontractual de información*”, Ed. La Ley, Madrid 1994.

GOMEZ SEGADE, José Antonio, “*Notas sobre el derecho de información del consumidor*” Revista Jurídica de Cataluña, N°3, 1980.

HERNANDEZ SAIZ, Esther.”*El abuso de información privilegiada en los mercados de valores*” Ed.Thomson-Civitas, Navarra 2007.

HERNANDEZ, Carlos “*Información, accesoriadad y revisión en el contrato de fianza*” en *Revista de Derecho Comercial, del Consumidor y de la Empresa*”. Setiembre 2010- 213

JUNJENT BAS, Francisco-GARZINO, María Constanza “*El deber de información al consumidor*” LA LEY 16/04/2012, 1.

LARROUMET, Christian “*Droit Civil, Les obligations. Les contrats*”, T. III ,1° parte, Paris 2007

LAFUENTE, Jesús A- DE LOS HOYOS, Laura María, “*El Derecho a la Información es el eje central del sistema de defensa del consumidor*” RCyS2010-VI, 115

LORENZETTI, "Tratado de los contratos", Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe 2000, "Esquema de una teoría sistémica del contrato", LA LEY, 1999-E- 1168.

"Teoría de la decisión judicial", Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe. 2008.

"Justicia colectiva" Rubinzal-Culzoni, Santa Fe 2010.

"Comercio electrónico" Ed. Abeledo- Perrot- Bs.As.2001.

LOVECE, Graciela I.-GARCIA OCIO, Alejandro M., "*Derechos del Consumidor*", Ed. La Ley, Bs. As., 2005, p. 46.

LLAMBIAS, Jorge Joaquín. “*Código Civil Anotado*” Ed. Abeledo-Perrot, Bs.As.1979, T. II-B.

LOPEZ de ZAVALÍA, Fernando J. “*Teoría de los contratos- Parte General*”. Ed. Víctor P. de Zavalía, Bs.As. 1984.

MASNATTA, Héctor "*Know How y asistencia técnica*", R.D.C.O. año 4- 1971, p. 699.

MARIAGE, Valéry, en “*Le secret et le droit*” publicado por Atelier National de Reproduction de Thésés, Universidad de Lille, Francia.

MASSOT, Ramón P. y CALVO COSTA, Carlos, en”*Código Civil y normas complementarias*” Bueres (dir)Higthon (Coord) T. 4 E, Ed. Hammurabi, Bs.As. 2003.

MAZEAUD, Henri –TUNC, André “*Tratado práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual*” Ed. EJE, Bs. As. 1961, T. II, Vol. I.

MAZEAUD, Henri, MAZEAUD, Jean, MAZEAUD, León, CHABAS, Francois, “*Derecho civil*”, T. I. Ed. Zavalía , Bs.As. 1995, p.235.

MENDEZ SIERRA, Eduardo Carlos, “*La violación del deber de información precontractual. Ámbito en el que se despliegan sus consecuencias*” DJ 09/08/2006-1012.

MESSINEO, Francesco. “*Manual de derecho civil y comercial*” Trad. De Santiago Sentís Melendo, Ed. EJEA, Bs.As. 1954.

MOLINA SANDOVAL, Carlos A.”*Fronteras actuales del derecho de información del socio*” Revista de Derecho Privado y Comunitario, Ed. Rubinzal- Culzoni, 2003-2-

MOSSET ITURRASPE, Jorge, “*Negocios simulados, fraudulentos y simulados*” Ed. Ediar, T. I, Bs. As.1974

“*El ámbito de la responsabilidad contractual: lo extra, lo pre y lo poscontractual*” Revista de Derecho Privado y Comunitario, Rubinzal- Culzoni, nº 17 I.

“*Contratos*”. Ed. Rubinzal-Culzoni. Santa Fe, 1995.

MOSSET ITURRASPE, Jorge- LORENZETTI, Ricardo Luis. “*Defensa del consumidor*” Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe 1994.

MOSSET ITURRASPE, Jorge- WAJNTRAUB, Javier. “*Ley de Defensa del Consumidor*”. Ed. Rubinzal-Culzoni 2010.

MUGUILLO, Roberto A. “*Tarjeta de crédito*”. Ed. Astrea, Bs.As.1991

MULLER, Enrique Carlos “*Ejercicio regular y ejercicio abusivo de los derechos: Orden público y buenas costumbres o moral social*” Revista de Derecho Privado y Comunitario, Ed. Rubinzal-Culzoni, 2007-3.

NAGER, María Agustina “*El derecho a la información*” LLCABA2012 (febrero), 41.

NICOLAU, Noemí. “*Acerca de los derechos del paciente y de la relación médico-paciente.*” Revista de Derecho de Daños, Ed. Rubinzal -Culzoni, 2003-3.

NOIVILLE, Christine.”*Para una protección del emisor de alerta*” en “Derecho Sociedad y Riesgos” publicación de la Red Latinoamericana y Europea sobre Gobierno de Riesgos. Brasilia 2007.

NUÑEZ, Ricardo C. “*Tratado de Derecho Penal*” Ed. Lerner, Bs.As.1978, T. V.

OSSOLA, Federico -VALLESPINOS, Gustavo “*La obligación de informar*”, Ed. Hammurabi, Bs.As.2010.

PAOLANTONIO, Martín E. “*Régimen legal de la tarjeta de crédito*” Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe 1999.

PORTO MACEDO (Junior) Ronaldo. “*Privacidad, mercado e información*” Texto presentado en el seminario SELA 2000, Mar del Plata 1998.

PAZ ARES, Cándido. “*Principio de eficiencia y derecho privado*” en Estudios en homenaje a M. Brosseta Pont, T. II, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 1995.

PEREZ GARCIA, Pedro Antonio. “*La información en la contratación privada*”. Ed. Ministerio de Sanidad y Consumo. Instituto Nacional del Consumo. Madrid 1990.

PEREZ RUIZ, Carlos, “*La buena fe en el contrato de seguros y en especial en el de seguro de transporte*”, Revista LA LEY, t. 147.

PETIT LAVALL, María Victoria “*La protección del consumidor de créditos: las condiciones abusivas de crédito*” Ed. Tirat lo Blanch, Valencia 1995.

PITA, Enrique Máximo- MOGGIA DE SAMITIER, “*Comentarios a la ley 24240 de defensa del consumidor*” en Código de Comercio Comentado y Anotado. Rouillón Adolfo (Dir), Alonso, Daniel (Coord), T V, Ed. La Ley, Bs.As.2006

PIZARRO, “*El deber de información en los contratos informáticos*”, Revista de Derecho Privado y Comunitario, 1993, t. 3.

PUIG BRUTAU, José” *Fundamentos de Derecho Civil*”, Ed. Boch, Barcelona 1979, T. II, 1º

REZZÓNICO, Juan Carlos “*Principios fundamentales de los contratos*”, Ed. Astrea, Bs.As.1999.

ROITMAN, Horacio, AGUIRRE, Hugo, CHIAVASSA, Eduardo. “*Manuel de Sociedades Comerciales*” Ed. La Ley, Bs. As. 2009.

ROCHA PEREYRA, Jerónimo. “*Las asociaciones de usuarios ¿Pueden demandar en defensa de derechos subjetivos de carácter patrimonial e individual?*”, JA 2006-I-478.

ROJO AJURIA, Luis “*El dolo en los contratos*” Ed. Civitas. Madrid, 1994.

RUDDEN, Bernard, “*Le juste et l’inefficace por un non-devoir de renseignements*”, Revue Trimestrale de Droit Civil, Ed. Sirey 1985

ROUSSET, Guillaume “*L’influence du droit de la consommation sur le droit de la santé*” These de Droit, publicada por la Bibliothèque Numérique de Droit de la Santé et d’éthique médicale.

SANTARELLI, Fulvio Germán “Comentario al Artículo 4º” en “Ley de Defensa del Consumidor Comentada y Anotada, Sebastián Picasso y Roberto Vázquez Ferreyra, (Dir.), Tomo I, La Ley, 2009.

“Acciones contra la publicidad engañosa” DJ 2005-3, 565.

SMITH, Juan C. en “Código Civil y leyes complementarias”. Belluscio(dir), Zannoni (Coord). Ed. Astrea, Bs.As. 1999.

SANTO TOMAS DE AQUINO. “Summa Teológica” T. III. Biblioteca de Autores Cristianos. Madrid 1990.

SENINAGLIA, Roberto. “Acceso alle información e trasparenza” Ed. Cedam, Padova 2007.

SILVA, Rodrigo Gastón- TRÍPOLI, Pablo. “La acción colectiva por reparación de daños individuales” en Ley de Defensa del Consumidor, Comentada y Anotada, (Drs. Picasso-Vazquez Ferreyra, T. III- Parte Especial. Ed. La Ley, Bs.As.2009.

SOZZO, Gonzalo. “Antes del contrato” Ed. Lexis-Nexis, Bs.As. 2005.

”Interpretación y otros efectos de la complejidad contractual” RDPC, Rubinzal-Culzoni, 2007-2-327.

SPOTA, Alberto G. ”Instituciones de Derecho Civil- Contratos” T VIII, Ed. Depalma Bs. As.

STIGLITZ, Rubén S. “El deber de información y los vicios del consentimiento” L.L. 2005-C- 1444; Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales, Ed. La Ley Tomo I, 1073 y Tomo IV, 563

SUAREZ ESPINO, María Lidia, “El derecho a la intimidad genética “Ed. Marcial Pons, Madrid, 2008.T

TALLONE, Federico C.”Daños causados por productos elaborados”, Ed. Hammurabi, Bs.As. 2002.

”La importancia del consentimiento informado en la praxis médica” RCyS, 2004-574.

“Ausencia de consentimiento informado. Implicancias dentro de la responsabilidad civil médica” Revista de Derecho de Daños. Ed. Rubinzal-Culzoni, 2007-2-213.

TELLECHEA, Delinda Solange, en “Código de Comercio. Anotado y Comentado” Rouillón, Adolfo A. (dir), Alonso, Daniel E.(Coord), Ed. La Ley, Bs.As.2005.

TOBIÁS, JOSÉ W. “La protección de la voluntad en la contratación contemporánea” LA LEY 2010-B- 966.

TRIGO REPRESAS, Félix, A- COMPAGNUCCI de CASO, Rubén H. “*Código Civil Comentado, Obligaciones*, T. 1, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2006.

TRUJILLO DÍEZ, Iván Jesús, “*El sobreendeudamiento de los consumidores*” (Estudio jurídico en el marco de la colaboración entre la Dirección General de Consumo de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha y el Centro de Estudios del Consumo de la Universidad de Castilla-La Mancha- On line.

VIDELA ESCALADA, Federico N. “*Las sociedades civiles*” Ed. Abeledo- Perrot, Bs. As. 1962.

VISINTINI, Giovanna. “*La reticenza nella formazione dei contratti*” Ed. Cedam, Padua, 1972.

WAYAR, Ernesto C. “*Tarjeta de crédito y defensa del usuario*” Ed. Astrea, Bs.As. 2000.

“*Evicción y vicios redhibitorios*” Ed. Astrea, T. I, Bs.As. 1989, T. II, 1992.

WEINGARTEN, Celia.”*La confianza en el sistema jurídico*” Ediciones Jurídicas Cuyo, 2002.