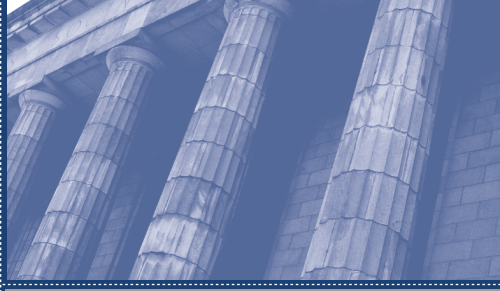

Revista Jurídica de Buenos Aires - año 50 - número 110 - 2025-I

Facultad de Derecho - Universidad de Buenos Aires

Departamento de Publicaciones

Derecho de los usuarios y consumidores

Juliana Yaquemet y Carlos E. Tambussi
Coordinadores

ABELEDOPERROT

ABELEDOPERROT

FEDYE
FONDO EDITORIAL
DE DERECHO Y ECONOMIA

Revista Jurídica de Buenos Aires - año 50 - número 110 - 2025-I

Facultad de Derecho - Universidad de Buenos Aires

Departamento de Publicaciones

Derecho de los usuarios y consumidores

Juliana Yaquemet y Carlos E. Tambussi
Coordinadores

Revista Jurídica de Buenos Aires - año 50 - número 110 - 2025-I

Facultad de Derecho - Universidad de Buenos Aires

Departamento de Publicaciones

Derecho de los usuarios y consumidores

Juliana Yaquemet y Carlos E. Tambussi
Coordinadores

ABELEDOPERROT

© Departamento de Publicaciones - Facultad de Derecho - UBA, 2024
© de esta edición, Thomson Reuters, 2024
Tucumán 1471 (C1050AAC) Buenos Aires
Queda hecho el depósito que previene la ley 11.723

Todos los derechos reservados
Ninguna parte de esta obra puede ser reproducida
o transmitida en cualquier forma o por cualquier medio
electrónico o mecánico, incluyendo fotocopiado, grabación
o cualquier otro sistema de archivo y recuperación
de información, sin el previo permiso por escrito del Editor y el autor.

All rights reserved
No part of this work may be reproduced
or transmitted in any form or by any means,
electronic or mechanical, including photocopying and recording
or by any information storage or retrieval system,
without permission in writing from the Publisher and the author.

ISSN 0326-7431

REVISTA JURÍDICA DE BUENOS AIRES
FACULTAD DE DERECHO, UBA

Director:
Pedro Aberastury

Subdirector:
Pablo Luis Manili

Secretaria de Redacción:
Paula Suárez

MIEMBROS DEL CONSEJO EDITORIAL
Griselda Capaldo (UBA/CONICET)
Carlos Mario Clerc (UBA)
Alberto Dalla Via (UBA)
Pablo Gallegos Fedriani (UBA)
M. Susana Najurieta (UBA)
Silvia Nonna (UBA)
Mónica Pinto (UBA)
Renato Rabbi-Baldi Cabanillas (UBA)
María Elsa Uzal (UBA)
Leandro Vergara (UBA)

COMITÉ EVALUADOR EXTERNO
Javier Barnes (Universidad de Huelva, España)
Daniel Bonilla (Universidad de los Andes, Colombia)
Jean Philippe Dérosier (Université de Lille, Francia)
Olivier De Frouville (París II, Francia)
Diego Fernández Arroyo (Sciences-Po, Paris, Francia)
Ricardo García Macho (Universidad Jaume I, Castellón, España)
Carla Huerta (UNAM, México)
Ricardo Perlingeiro (Universidade Federal Fluminense, Brasil)
Alberto Puppo (ITAM, México)
Karl-Peter Sommermann (Universidad de Ciencias Administrativas, Speyer, Alemania)
Sébastien Touzé (Institut International des Droits de l'Homme, Strasbourg, Francia)

Colaboradores del Consejo Editorial
Carlos Mariano Liszczynski y Meneca Djedjean

AUTORIDADES DE LA FACULTAD DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES

Decano: Leandro Vergara
Vicedecana: Silvia Nonna

CONSEJO DIRECTIVO DE LA FACULTAD DE DERECHO

CLAUSTRO DE PROFESORES

Consejeros titulares: Mary Beloff, Juan Pablo Mas Velez, Marcela Basterra, Daniel Vitolo, Leila Devia, Alejandro Alagia, Graciela Medina, Gonzalo Alvarez
Consejeros suplentes: Adelina Loianno, Marcelo Gebhardt, Silvia Nonna, Alfredo Vitolo, Nancy Cardinaux, Juan Pablo Mugnolo, María Blanca Noodt Taquela, Claudio E. Martyniuk

CLAUSTRO DE GRADUADOS

Consejeros titulares: Raul M. Alfosín, Silvia Bianco, Fabián Leonardi, Martín Río
Consejeros suplentes: Elisa Romano, Enrique Rodriguez Chiantore, Silvia Bordón, Romina Nieto Coronel

CLAUSTRO DE ESTUDIANTES

Consejeros titulares: Mateo Agustín Pedroni, Luciana Gallardo, Sebastián Fernández Jaichenco, Juan Martín Sala
Consejeros suplentes: Micaela Castañeda, Joaquín Santos, Trinidad Acuña Bianchi, Lucien Rocío Palacios Gava
Representante no docente: Lorena Castaño

SECRETARIOS

Secretario académico: Lucas G. Bettendorff
Secretario de Administración: Carlos A. Bedini
Secretario de Extensión Universitaria: Oscar M. Zoppi
Secretaria de Investigación: Luciana B. Scotti
Secretaria de Relaciones Internacionales: Marta R. Vigevano
Secretaria de Relaciones Institucionales: Carmen Virginia Badino Varela
Secretaria de Vinculación Estudiantil: Andrea Cristina Luciana Carreras Lobo

DEPARTAMENTO DE PUBLICACIONES

Directora: Mary Beloff
Subdirector: Luis R. J. Sáenz
Secretaria: Stefania Vujovich

ÍNDICE

REVISTA JURÍDICA DE BUENOS AIRES

AÑO 50, NÚMERO 110, 2025-I, BUENOS AIRES

PRESENTACIÓN

JULIANA YAQUEMET Y CARLOS E. TAMBUSSI 3

DOCTRINA

CLAUDIO F. LEIVA, CARLOS VALDEZ LÓPEZ y SILVINA FURLOTTI: Responsabilidad civil de las plataformas electrónicas..... 5

MARCELO C. QUAGLIA: La prevención del daño en los entornos digitales a través de la obligación de informar 19

TOMÁS MOJO: Los usuarios y consumidores como garantes democráticos frente a las *fake news* 41

CARLOS E. TAMBUSSI: Regulación publicitaria y acción contra la publicidad ilícita..... 69

RICARDO SEBASTIÁN DANUZZO: El régimen sobre información, publicidad e integración como regulaciones al mercado de consumo..... 99

ESTEBAN J. GONZÁLEZ: El beneficio de la justicia gratuita y su vinculación con el incidente de solvencia: ¿tutelando al vulnerable?..... 111

RESEÑA BIBLIOGRÁFICA

FERNANDA MARÍA OUTON: Director: Carlos Tambussi, *Relación de consumo*, 5ta edición, revista libro, Buenos Aires, Editorial Hammurabi, 2024, (ISBN 978-987-805-772-9)..... 125

Apéndice. Pautas para la presentación de originales 129

ÍNDEX

REVISTA JURÍDICA DE BUENOS AIRES

YEAR 50, NUMBER 110, 2025-I, BUENOS AIRES

PRESENTATION

JULIANA YAQUEMET Y CARLOS E. TAMBUSSI 3

DOCTRINE

CLAUDIO F. LEIVA, CARLOS VALDEZ LÓPEZ y SILVINA FURLOTTI: Civil Liability of Electronic Platforms 5

MARCELO C. QUAGLIA: The prevention of damage in digital environments through the obligation to inform 19

TOMÁS MOJO: The role of users and consumers as democratic guardians against fake news 41

CARLOS E. TAMBUSSI: Advertising regulation and action against illegal advertising..... 69

RICARDO SEBASTIÁN DANUZZO: The regime on information, advertising and integration as regulations to the consumer market 99

ESTEBAN J. GONZÁLEZ: The benefit of free justice and its link with the solvency incident: protecting the vulnerable?..... 111

BOOK REVIEW

FERNANDA MARÍA OUTON: *Relación de consumo*, 5ta edición, revista libro, Buenos Aires, Editorial Hammurabi, 2024 125

Apendix. Guidelines for the submission of articles 135

PRESENTACIÓN

PRESENTACIÓN

En esta entrega de la *Revista Jurídica de Buenos Aires,* vinculada con los derechos de usuarios y consumidores, cuya coordinación encaramos, acercamos al lector enfoques útiles como aportes al debate de temas actualmente vigentes, que han dado lugar a desafíos interpretativos, propuestas de modificaciones normativas, y un fuerte intercambio de fundamentos de criterios y polémica académica.

Uno de ellos, el que abre esta edición, es el que motiva el aporte de los Dres. Leiva, Valdez López y Furlotti, respecto a las plataformas de comercio electrónico, medio generalizado exponencialmente para las transacciones de los consumidores, y la problemática de la especial desprotección de estos en esos mecanismos, donde los deberes de los proveedores deben ser más rigurosos y donde se necesita una definición legislativa respecto a la responsabilidad civil de esos conglomerados digitales, tema actualmente objeto de jurisprudencia y doctrina muy dispar.

La segunda entrega encara el paradigma de la prevención en el comercio electrónico, encarnado desde la interdependencia de un actuar preventivo y la información debida a suministrar por el proveedor, a partir de un análisis de —por ahora— nuestras únicas normas legislativas nacionales sobre la materia, contenidas en el Código Civil y Comercial de la Nación vigente desde 2015.

Una mirada no tradicional de las implicancias de las noticias falsas en los usuarios de servicios informativos es el tema del ensayo del Dr. Tomas Mojo, a través de un estudio histórico, social e interdisciplinario de la comunicación masiva y la fenomenología actual de las *fake news,* así como sus efectos frente a los consumidores, al sistema republicano y a la garantía constitucional de la libertad de expresión.

Seguidamente, esta coordinación ha hecho su aporte mediante el trabajo sobre regulación publicitaria a nivel constitucional y legislativo, y presentó las tipologías de publicidad ilícita en su significado y analizó el novedoso camino que en materia de garantías inauguró el Código de Procedimientos para la Justicia en las Relaciones de Consumo de la CABA, al regular la acción de cesación publicitaria propuesta por el Código Civil y Comercial de la Nación.

La reflexión de Danuzzo respecto al impacto de esas temáticas como instrumento regulatorio del mercado enlaza con la temática que vincula a la información con la publicidad.

Cierra el aporte de doctrina la reflexión del Dr. González respecto a un principio rector del proceso de consumo que es el beneficio de gratuidad, sobre cuyos alcances amplios o restringidos sigue debatiendo la doctrina y la jurisprudencia en torno a la falta de claridad respecto del artículo 53 de la Ley de Defensa del Consumidor 24.240, con un énfasis especial en la figura del incidente de solvencia, prevista en la misma norma, pero de ausentes reflexiones doctrinales a ella referidos.

Y, finalmente, la Dra. Outon nos presenta un comentario bibliográfico sobre la revista libro *Relación de Consumo* cuya quinta edición se alumbró en 2024, como puesta en valor de la reflexión precisa sobre temas de utilidad para la cotidianeidad del ejercicio profesional de estos derechos.

Esperamos que esta entrega de la revista destinada a nuestra materia sea de utilidad práctica y merezca buena recepción por parte de los lectores.

Juliana Yaquemet y Carlos Eduardo Tambussi (*)

---

* YAQUEMET, Juliana. Abogada, Universidad de Buenos Aires (2022). Oficial Mayor en Juzgado de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo Tributario y de Relaciones de Consumo N.° 25. Ayudante de Segunda en Potestad Reglamentaria y Regulación, Facultad de Derecho, UBA. Ayudante de cátedra en la asignatura Protección Constitucional de Consumidores y Usuarios, Facultad de Derecho, UBA. Jefa de trabajos prácticos de la asignatura Derechos Humanos y Garantías de la Universidad de Flores.

TAMBUSSI, Carlos Eduardo. Abogado, Universidad de Buenos Aires (1991). Juez de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo Tributario y de las Relaciones de Consumo del Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Profesor adjunto regular: Universidad de Buenos Aires, Facultad de Derecho, Cátedra: Dr. Roberto Saba, en las asignaturas Derechos Humanos y Garantías y Protección Constitucional de Consumidores y Usuarios. Docente en seminarios y cursos de posgrado sobre derechos de consumidores y usuarios. Egresado del Programa de Actualización en Derechos del Usuario y del Consumidor, Departamento de Posgrado, Facultad de Derecho, UBA. Codirector del Programa de Actualización en Derecho del Consumo (Convenio AABA-UBA). Investigador asociado de la Cátedra Iberoamericana de Derecho del Consumidor (Universidad de Cantabria, Santander, España). Máster en Derecho del Comercio y Consumo (Universidad de Cantabria, Santander, España) Título propio. Autor de numerosos capítulos en obras colectivas y artículos sobre la especialidad en revistas nacionales y extranjeras.

RESPONSABILIDAD DE LAS PLATAFORMAS ELECTRÓNICAS

POR CLAUDIO F. LEIVA, CARLOS VALDEZ LÓPEZ y SILVINA FURLOTTI *

Resumen:

El trabajo trata la responsabilidad de las plataformas electrónicas en el ámbito de las relaciones de consumo, proponiendo una protección de los consumidores y usuarios ante su especial vulnerabilidad en las contrataciones digitales. Se propende a reforzar la protección del consumidor a través de una responsabilidad objetiva.

Palabras clave:

Protección del consumidor – Plataformas digitales - Contratación electrónica – Vulnerabilidad – Diversidad de supuestos - Responsabilidad objetiva.

CIVIL LIABILITY OF ELECTRONIC PLATFORMS

Abstract:

This paper is about electronic platform-related liability in the consumer relations area and proposes ways for protecting consumers and users in view of their special vulnerability in digital contracts. It aims at strengthening consumer protection through strict liability.

Keywords:

Consumer Protection – Digital Platforms – Electronic Procurement – Vulnerability – Strict Liability.

* LEIVA, Claudio Fabricio, profesor titular de Derecho del Consumidor y Defensa de la Competencia, Facultad de Derecho, UNCUYO.

VALDEZ LÓPEZ; Carlos, profesor, jefe de trabajos prácticos de Derecho del Consumidor y Defensa de la Competencia, Facultad de Derecho, UNCUYO.

FURLOTTI, Silvina, profesora titular de Derecho de las Obligaciones I y II, Facultad de Derecho, UNCUYO.

I. INTRODUCCIÓN

El escenario en el que se desarrollan las relaciones de consumo ha ido mutando en los últimos tiempos, modificando el modo de vinculación entre los consumidores y los proveedores. De alguna manera, se puede observar la vulnerabilidad acentuada que caracteriza al consumidor en los ámbitos digitales o electrónicos en los que se desenvuelve para la adquisición de bienes y servicios para su destino final.

La utilización de nuevas tecnologías ha impactado fuertemente en todos los ámbitos que se pueden imaginar. El derecho del consumidor no ha sido ajeno a este avance y, como ocurre con otras disciplinas jurídicas, la regulación normativa resulta escasa e insuficiente para adaptarse a los nuevos problemas que los avances tecnológicos van planteando.

La informática y las nuevas tecnologías han propiciado el auge global del comercio electrónico dando lugar a una nueva modalidad de acceso a los bienes y servicios por parte de los consumidores y usuarios: las relaciones de consumo por vía de medios electrónicos, en que las partes utilizan las redes de comunicación para emitir su declaración de voluntad [(1)].

La proliferación de los sitios *web* y de las aplicaciones para celulares especializados en la comercialización de bienes y servicios esconde detrás de sus algoritmos grandes limitaciones a la autonomía de la voluntad de sus usuarios, cuyo ejercicio se ve encofrado a seleccionar las opciones predispuestas por la plataforma, como así también al derecho a la información, pues es común que en las extensas condiciones generales y particulares de contratación que suelen poseer estos portales se reglen muchos aspectos contractuales que ni siquiera llegan a ser leídos por los consumidores. Las publicidades masivas efectuadas en el ciberespacio presentan particularidades muy especiales en la configuración de la oferta y en el perfeccionamiento de la aceptación en materia de consumo [(2)].

Los contratos electrónicos o celebrados de manera remota son más frecuentes de lo que alguna vez la sociedad pudo imaginar. Los avances tecnológicos relacionados con el acceso a la información y comunicación han propiciado el desarrollo económico y social de una "nueva realidad" que pretende legitimar las transacciones, a la vez que proteger la dinámica de consumo, la seguridad de la información, y velar por los principios de privacidad y confidencialidad de las partes contratantes [(3)].

[(1)] WEINGARTEN, Celia, "Contrato de consumo electrónico y plataformas de venta en línea. Algunas aristas de análisis", SJA 11/03/2020, 3 - cita: TR LALEY AR/DOC/439/2020.

[(2)] BIELLI, Gastón E. - ORDOÑEZ, Carlos J., "Contratos electrónicos de consumo y el 'botón de arrepentimiento'. Sobre la Resolución 424/2020 de la Secretaría de Comercio Interior y sus derivaciones jurídicas", LA LEY 2.020 – F, 35.

[(3)] POCIUS, Nadia Alejandra, "El derecho del consumo en la era de la economía digital. Dinámica de los contratos electrónicos. Armonización legislativa. Regulación nacional y regional (Mercosur). Firma electrónica vs. firma digital", RCCyC 2022 (junio), 295.

Las posibilidades de que los consumidores sufran perjuicios a través de los medios electrónicos de contratación han generado interrogantes interesantes sobre la responsabilidad que han recibido un tratamiento doctrinario y jurisprudencial creciente con el objetivo principal de hacer efectiva la protección de los derechos de los consumidores y usuarios frente a los proveedores que se vinculan a través de nuevos medios y de nuevas modalidades para la celebración de contratos.

II. EL CONSUMIDOR ELECTRÓNICO O DIGITAL

La tecnología aumenta la vulnerabilidad de los consumidores, y hasta en algunos aspectos puede ser excluyente, dado que para perfeccionar una contratación se requieren conocimientos, habilidades o "experiencia" informática, que no todas las personas de todas las edades están en condiciones de reunir.

La Ley de Defensa del Consumidor y el Código Civil y Comercial consideran consumidor a la persona física (o humana) o jurídica que adquiere o utiliza, en forma gratuita u onerosa, bienes o servicios como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social. Queda equiparado a aquel quien, sin ser parte de una relación de consumo, como consecuencia o en ocasión de ella, adquiere o utiliza bienes o servicios, en forma gratuita u onerosa, como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social (art. 1º, ley 24.240, y art. 1092, Cód. Civ. y Com.).

Se destaca la existencia de un tipo específico de consumidor que se moviliza en un entorno virtual sin fronteras, estructurado alrededor de parámetros de tiempo y espacio muy distintos del mundo real, y en donde la oferta de productos y servicios se codifica en algoritmos para trasladarse de un lugar a otro y poder llegar en forma instantánea a un número indeterminado de consumidores. Estos destinatarios se valen de artefactos electrónicos de diversa naturaleza, a fin de hacer inteligibles esos contenidos y, en su caso, aceptarlos. Se trata de los consumidores electrónicos, que son aquellos consumidores de bienes y servicios caracterizados por el empleo de medios electrónicos o digitales para el perfeccionamiento del contrato de consumo, cuyas especiales características ameritan un abordaje específico [(4)].

III. CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA: CARACTERIZACIÓN. FORMACIÓN DEL CONTRATO

El sistema de comercio por medios electrónicos, lejos de atenuar la responsabilidad de los proveedores que lo utilizan, agrava sus obligaciones por-

[(4)] BIELLI, Gastón E. - ORDOÑEZ, Carlos J., "Contratos electrónicos de consumo y el 'botón de arrepentimiento'. Sobre la Resolución 424/2020 de la Secretaría de Comercio Interior y sus derivaciones jurídicas", LA LEY 2.020 – F, 35. DANESI, Cecilia C. – BARICCO PRATS, Macarena, "Reflexiones sobre los derechos del consumidor y el uso de IA en plataformas virtuales: convivencia y contradicciones", RCCyC 2022 (septiembre-octubre), 227.

que presupone el uso de una tecnología que exige un mayor conocimiento de su parte. Hay empresas que actúan profesionalmente y consumidores que no son expertos, en los que la distancia económica y cognoscitiva que existe en el mundo real se mantiene en el mundo virtual.

Debe tenerse en cuenta también que la tecnología es cada vez más compleja en su diseño, pero se presenta de modo simplificado frente al usuario, ocultando de este modo una gran cantidad de aspectos que permanecen en la esfera de control del proveedor. Incluso, se ha llegado a afirmar que la tecnología incrementa la vulnerabilidad de los consumidores, instaurada en un trato no familiar [5].

Los "contratos electrónicos" no cuentan con una tipificación exacta, sino que deben ser entendidos, a partir de las menciones de existencia de un entorno remoto o virtual, celebrados de acuerdo con la letra del Código Civil y Comercial "fuera del establecimiento" (conf. art. 1.104) "a distancia" (conf. art. 1.105) con "utilización de medios electrónicos" (conf. art. 1.106) incluso, complejizando la cuestión de estudio, refiriendo a los celebrados "entre ausentes" (arts. 1.147, 1.181 y 1.214).

El contrato electrónico puede ser definido como el acuerdo de voluntades cuya celebración se perfecciona sin la presencia física de las partes contratantes mediante la utilización de medios electrónicos, telemáticos o informáticos, sea en su conformación, desarrollo o extinción y pueden contar con elementos extranjeros objetivamente relevantes desde la mira de un ordenamiento jurídico determinado.

Lo cierto y común en este tipo de contratos es la inexistencia de "presencia física" de las partes contratantes al momento de perfeccionarse el consentimiento contractual, por ello es por lo que estarían comprendidos como parte del género "contratos a distancia" o "contratos entre ausentes", con idénticas características acerca de distancia geográfica entre partes y transcurso del tiempo que media entre la oferta y la aceptación [6].

El contrato electrónico reviste calidad de contrato de adhesión, donde las empresas en el ciberespacio colocan las ofertas de bienes y servicios masificados a disposición de los consumidores y usuarios indeterminados, sin perjuicio de lo cual la vía electrónica permite también direccionar la oferta a persona de-

[5] TAMBUSSI, Carlos E., "Relación de consumo y responsabilidad objetiva entre los usuarios de plataformas de venta y el proveedor del servicio", LA LEY 2.018 – C, 101. En las XXVIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, realizadas en Mendoza, los días 22, 23 y 24 de setiembre de 2.022, en la Comisión N° 5 de Derechos del Consumidor, se concluyó, en otras cuestiones, que el principio protectorio opera con mayor intensidad en los entornos virtuales, dada la situación de vulnerabilidad específica de los consumidores generada por la exposición al ambiente virtual, el marco regulatorio vigente y la brecha digital, que podrían incrementar las fragilidades.

[6] POCIUS, Nadia Alejandra, "El derecho del consumo en la era de la economía digital. Dinámica de los contratos electrónicos. Armonización legislativa. Regulación nacional y regional (Mercosur). Firma electrónica vs. firma digital", RCCyC 2022 (junio), 295.

terminada (v.gr., por vía de email a un sujeto determinado). Como contratos de adhesión, su contenido es formulado por las empresas, mediante la exhibición virtual de los productos o servicios y donde se establece las condiciones generales y particulares [7].

En materia de contratación electrónica, la oferta de bienes y servicios efectuada por vías electrónicas, y especialmente por internet, ofrece características distintivas que la diferencian de la contratación tradicional. Principalmente, se debe partir de la base de que, por lo general, son realizadas a través de condiciones generales preestablecidas. En la contratación electrónica en entornos *web* no suelen existir tratos preliminares propiamente dichos; hay solo una oferta predeterminada esperando el acercamiento del potencial aceptante, que deberá limitarse a aceptar su contenido, en el seno de una informatizada contratación de adhesión.

No obstante, esto se ha ido flexibilizando progresivamente, reduciendo la posibilidad de errores o vicios en las manifestaciones de voluntad de las partes. Es que, hoy en día, las personas que utilizan la red global pueden acceder en forma previa a las condiciones generales del contrato antes de adquirir el bien o servicio. La realidad demuestra que la economía de mercado solo puede funcionar bajo un sistema de ofertas masivas de bienes y servicios lanzadas de manera indiscriminada al público, sin perjuicio de que en casos puntuales se eche mano a la oferta de carácter individual.

El art. 980 del Código Civil y Comercial establece: "La aceptación perfecciona el contrato: a) entre presentes, cuando es manifestada; b) entre ausentes, si es recibida por el proponente durante el plazo de vigencia de la oferta". A su vez, el art. 1.108 menciona expresamente: "Las ofertas de contratación por medios electrónicos o similares deben tener vigencia durante el período que fije el oferente o, en su defecto, durante todo el tiempo que permanezcan accesibles al destinatario. El oferente debe confirmar por vía electrónica y sin demora la llegada de la aceptación".

Por aplicación conjunta de lo establecido en los arts. 980 y 1108, en el caso de los contratos electrónicos donde participen consumidores, se puede afirmar que dichos acuerdos se perfeccionan cuando el consumidor envía su aceptación de la oferta al proveedor, por la vía electrónica establecida en el respectivo portal *web*, y dicho proveedor le envía al consumidor, por esa misma vía, la confirmación de la aceptación [8].

[7] WEINGARTEN, Celia, "Contrato de consumo electrónico y plataformas de venta on line en línea. Algunas aristas de análisis", SJA 11/03/2020, 3 - cita: TR LALEY AR/DOC/439/2020.

[8] BIELLI, Gastón E. - ORDOÑEZ, Carlos J., "Contratos electrónicos de consumo y el 'botón de arrepentimiento'. Sobre la Resolución 424/2020 de la Secretaría de Comercio Interior y sus derivaciones jurídicas", LA LEY 2.020 – F, 35.

IV. LAS PLATAFORMAS ELECTRÓNICAS DE VENTA A CONSUMIDORES Y USUARIOS

Weingarten advierte que se trata de un sistema de redes contractuales o contratos conexos donde intervienen varias empresas, dándole una aparente seguridad jurídica y económica al usuario que se enfrenta con estos medios tecnológicos en un mercado virtual [9].

Desde lo jurídico estas estructuras empresariales se presentan a través de redes contractuales o contratos conexos que conforman una relación de consumo, en la que confluyen distintos vínculos jurídicos (v. gr., entre el usuario que adquiere un bien o servicio de un proveedor, entre este y el sitio *web* a través del cual accede, pudiendo vincular, asimismo, a quien gestiona el pago. Desde lo económico constituyen una única unidad económica independientemente de los vínculos jurídicos que los unen y por el que las empresas obtienen un beneficio común [10].

Advierte Tambussi que las plataformas electrónicas de ventas y subastas online de bienes registrables o no registrables, se definen, a sí mismas, como facilitadoras de contactos, acercadoras de la oferta y demanda, que si deciden vincularse lo hacen en forma independiente, convirtiendo al sitio en un espacio que suele autocalificarse como neutral a las partes conforme lo advierten en los términos y condiciones de obligatoria, imprescindible e irreflexiva aceptación que se presentan a los interlocutores en las contrataciones en los cuales unilateralmente se eximen de toda responsabilidad [11].

Las plataformas imponen términos y condiciones para su uso, respecto de las cuales el consumidor que accede tiene que acatar. Esta situación pone en evidencia que la relación que los une con el sitio, más allá de la modalidad de cada contratación es la de un contrato y que resultando de este la prestación de un servicio, cuando el que se introduce en el sistema es un consumidor final, se está ante una relación de consumo. Por ende, no es tan determinante la falta de una normativa concreta que atienda específicamente esta situación que bien puede regirse por las normas generales del Código Civil y Comercial sobre contratos a distancia, y las pautas de la ley 24.240 en cuanto a derechos protegidos, interpretación y régimen de responsabilidad y las demás cuestiones procesales y de fondo propias del régimen tuitivo [12].

[9] WEINGARTEN, Celia, "Contrato de consumo electrónico y plataformas de venta on line en línea. Algunas aristas de análisis", SJA 11/03/2020, 3 - cita: TR LALEY AR/DOC/439/2020.

[10] WEINGARTEN, Celia, "Contrato de consumo electrónico y plataformas de venta on line en línea. Algunas aristas de análisis", SJA 11/03/2020, 3 - cita: TR LALEY AR/DOC/439/2020.

[11] TAMBUSSI, Carlos, "Relación de consumo y responsabilidad objetiva entre los usuarios de plataformas de venta y el proveedor del servicio", LA LEY 22/05/2.018, 2.

[12] TAMBUSSI, Carlos E., "Responsabilidad objetiva de plataformas de venta en la web", LA LEY 13/08/2021, 13/08/2021, 1; cita: TR LALEY AR/DOC/2269/2021.

El objeto de ese contrato celebrado entre la plataforma y el usuario, sea comprador o vendedor, a través de ella, es la prestación de un servicio; las plataformas dicen y reconocen prestar un servicio similar en algunos casos al de los viejos avisos clasificados de los diarios "papel", lo cual resulta inexacto. Asimismo, y por no estar las plataformas fuera del espectro comprendido en el art. 2° de la ley 24.240, indicando además que todo proveedor está obligado al cumplimiento de la Ley de Defensa del Consumidor, el rol del portal de ventas se encuentra comprendido dentro de la noción y alcance de relación de consumo y a la vez, el que adquiera productos o servicios en esa sede constituya un consumidor, se verifica el presupuesto de aplicación del régimen tuitivo consumidor a su respecto [13].

Los proveedores, aun ocasionales, ante la necesidad de ejercer exitosamente el proceso de distribución de productos, acuden a otras empresas que realicen dichas funciones de manera especializada. Ante esta situación, nace la necesidad para las empresas de utilizar intermediarios que realicen tareas que no están a su alcance, como la llegada masiva al universo de consumidores. El intermediario es proveedor y se halla comprendido dentro del sistema de distribución y comercialización de los productos. Por ende, el portal protagoniza una relación de consumo, concepto más amplio que el de contrato, cuando se ofrece un bien o servicio a través de su espacio [14].

Pueden señalarse los siguientes tipos de comercio electrónico en función del modelo de ingresos: a) *Dropshipping*. Tiendas en línea que trabajan con proveedores externos en la gestión del stock y el envío de sus productos al consumidor; b) Venta al por mayor. Empresas que compran y revenden productos al por mayor a los minoristas; c) Etiquetado privado. Empresas que se asocian con fabricantes para crear productos personalizados con su propia marca; d) Marca blanca. Con este modelo de ingresos, la marca comprará una línea de productos ya hecha a un fabricante y le aplicará una marca propia antes de vender; e) Servicio de suscripción. Empresas que reciben pagos recurrentes a cambio de proporcionar productos o servicios con regularidad al cliente [15].

V. IMPORTANCIA DEL DEBER DE INFORMACIÓN EN LOS ENTORNOS DIGITALES

El art. 4° de la ley 24.240 dispone: "Información. El proveedor está obligado a suministrar al consumidor en forma cierta, clara y detallada todo lo relacionado con las características esenciales de los bienes y servicios que pro-

[13] TAMBUSSI, Carlos E., "Responsabilidad objetiva de plataformas de venta en la web", LA LEY 13/08/2021, 13/08/2021, 1; cita: TR LALEY AR/DOC/2269/2021.

[14] TAMBUSSI, Carlos E., "Responsabilidad objetiva de plataformas de venta en la web", LA LEY 13/08/2021, 13/08/2021, 1; cita: TR LALEY AR/DOC/2269/2021.

[15] https://www.hostinger.com.ar/tutoriales/tipos-de-comercio-electronico.

vee, y las condiciones de su comercialización". En este aspecto, cabe recordar que el deber de información, plasmado principalmente en el art. 4° de la ley, constituye una directriz central que se encuentra constitucionalizada en el art. 42 de la Carta Magna y que resulta fundamental en la relación de consumo.

El modo de esta obligación varía según el tipo de bien o servicio que se comercializa, y que demuestran la relevancia de la información para el esclarecimiento de la verdad, en todas las etapas de la relación de consumo. En una palabra, el art. 4° tiene una íntima relación con el art. 8° *bis*, en cuanto la información veraz y completa que tiene que prestar el proveedor al consumidor, y pone en juego una concepción personalista que atiende al respeto a la dignidad humana.

El deber de información es una verdadera obligación que pesa en cabeza del proveedor, que tiene raigambre constitucional y debe regir durante toda la relación entre las partes, tanto en la etapa precontractual, como en la contractual y poscontractual [(16)].

Ahora bien, la información al consumidor en el mercado digital está expresamente reconocida en el art. 1.107 del Código Civil y Comercial: "Si las partes se valen de técnicas de comunicación electrónica o similares para la celebración de un contrato de consumo a distancia, el proveedor debe informar al consumidor, además del contenido mínimo del contrato y la facultad de revocar, todos los datos necesarios para utilizar correctamente el medio elegido, para comprender los riesgos derivados de su empleo, y para tener absolutamente claro quién asume esos riesgos".

Además de las características del producto o servicio, de las condiciones de contratación y de la facultad de arrepentimiento, el precepto centra la atención en tres aspectos: la información necesaria para operar adecuadamente el medio elegido, la indispensable para conocer sus riesgos y, finalmente, la comprensión de quien se hará cargo de estos [(17)].

La información exigida en el marco de la relación de consumo debe tener aptitud para colocar al cocontratante en una situación de discernimiento en el aspecto técnico ventilado en el negocio. En tal sentido, la información debe cubrir la etapa genética y funcional ya que es cumplimiento del deber de buena fe la prestación de servicios informativos permanentes y actualizados. Además, debe estar relacionada con la complejidad del negocio y la educación del receptor, en cuanto a su extensión y exhaustividad. Su incumplimiento genera responsabilidad de carácter objetiva y podrá acarrear la acción de nulidad de

[(16)] JUNYENT BAS, Francisco - GARZINO, María Constanza, "El deber de información al consumidor", LA LEY 2012 - B, 1159; LA-FUENTE, Jesús A. - DE LOS HOYOS, Laura María, "El Derecho a la Información es el eje central del sistema de defensa del consumidor", RCyS 2010 - VI, 115.

[(17)] GASPARINI, Juan Andrés, "Venta a través de plataformas electrónicas y deber de información del proveedor en la utilización de medios digitales", SJA 02/06/2021, 3 - Cita: TR LALEY AR/DOC/612/2021.

plantearse en la etapa precontractual (art. 37 de la LDC), pero también puede tornar procedente el reclamo de daños y perjuicios y/o la acción de cumplimiento o la resolución contractual (art. 10 *bis* de la LDC). Si a raíz de la información defectuosa se han producido daños, siempre surgirá la responsabilidad solidaria del art. 40 de la LDC para todos los intervinientes en la producción del bien o servicio y en la cadena de comercialización [18].

El principio de confianza impone a quienes participan en el tráfico un particular deber de honrar las expectativas despertadas en los demás, en cuanto sean legítimas y fundadas, tanto en la etapa previa a la conclusión del contrato como en su desarrollo y en el tramo poscontractual. Se basa en un deber ético que no debe defraudar aquellas expectativas, pues son las palabras u actos de un sujeto determinado, los que determinan ese elemento espiritual con valoración jurídica que es la confianza. Ese deber influye en el desarrollo de los deberes de coherencia (art. 1067), confidencialidad (art. 992) y cooperación, cuya mayor y mejor expresión se halla constituido por el deber de información (art. 1100). Este último está presente en todas las etapas del proceso contractual; en la negociación, en la ejecución y en la extinción del contrato.

Nuestro ordenamiento jurídico no veda la posibilidad de que el consumidor puede asumir distintos riesgos en el marco de la contratación electrónica. No obstante, cuando el contenido contractual da cuenta de un desequilibrio de las prestaciones en perjuicio de aquel, entonces queda configurada la conducta antijurídica que genera la responsabilidad civil [19].

Así como las plataformas desarrollan conductas potencialmente nocivas de los derechos del consumidor, también son susceptibles de incluir las herramientas para su propio freno. Sea la exigencia provenga de regulaciones externas o de los propios usuarios, por la difusión de la información pertinente por las vías correspondientes, lo cierto es que las redes sociales ejercen un rol preponderante en la sociedad actual, lo que las hace adjudicatarias de responsabilidad por el bienestar de sus usuarios. El objetivo conjunto debiera dirigirse a prevenir potenciales daños y no a paliarlos cuando ya ocurrieron, de acuerdo a las previsiones de la función preventiva de la responsabilidad civil contenida en los arts. 1710 y ss. del Código Civil y Comercial [20].

[18] GASPARINI, Juan Andrés, "Venta a través de plataformas electrónicas y deber de información del proveedor en la utilización de medios digitales", SJA 02/06/2021, 3 - Cita: TR LALEY AR/DOC/612/2021.

[19] GASPARINI, Juan Andrés, "Venta a través de plataformas electrónicas y deber de información del proveedor en la utilización de medios digitales", SJA 02/06/2021, 3 - Cita: TR LALEY AR/DOC/612/2021.

[20] DANESI, Cecilia C. – BARICCO PRATS, Macarena, "Reflexiones sobre los derechos del consumidor y el uso de IA en plataformas virtuales: convivencia y contradicciones", RCCyC 2022 (septiembre-octubre), 227. Una opinión crítica puede verse: MARTINI, Luciano J., "La obligación de seguridad y la responsabilidad civil de las plataformas electrónicas en internet", LA LEY 10/02/2022, 1, cita: TR LALEY AR/DOC/456/2022.

VI. LA RESPONSABILIDAD DE LAS PLATAFORMAS ELECTRÓNICAS

A fin de determinar la responsabilidad de las plataformas, suele delimitarse las obligaciones que asume el titular de la plataforma de comercio electrónico. De modo general, parece relevante imponer un deber de protección, en los términos del art. 42 de la Constitución Nacional viabilizado a través del art. 5º y 6° de la ley de defensa del consumidor, que obligaría a adoptar las medidas necesarias para el control de los datos y de la identidad de aquellos que participan en el sitio como oferentes y aceptantes respectivamente. Este deber de obtener datos de identificación ha sido tratado por calificada doctrina y su cumplimiento opera a través de la formación del llamado "perfil de usuario". Esta obligación cabe al sitio de comercio, en su carácter de intermediario no vendedor ni oferente de bienes, lo que lleva a considerarlo como parte de la relación de consumo que se entabla entre ellos [21].

La actividad de las plataformas puede desempeñarse de diverso modo, con diferentes modalidades y con distinto grado de participación en el negocio subyacente. En efecto, muchos autores han propuesto diferenciar entre aquellos intermediarios que desarrollen una actividad "neutral" a los fines del intercambio, de aquellos que adopten un rol activo en la concertación y desarrollo del negocio. Existe una importante diferencia entre aquellos portales que desarrollan un rol activo en la comercialización de bienes respecto de otros, que únicamente brindan un espacio para la concertación del negocio entre las partes [22].

Se advierte que los primeros resultan proveedores indudables en los términos de la ley 24.240 y, como tales, siempre que se pretenda una interpretación armónica de la norma, serán pasibles de responsabilidad durante todo el desarrollo del negocio, desde las tratativas precontractuales hasta la etapa de responsabilidad post contractual con los alcances que establece dicha norma. En cambio, aquellos portales que prestan un servicio de mero alojamiento de datos a modo de "aviso clasificado", en principio asumen una serie de deberes mucho más limitados que los primeros [23].

Tambussi diferencia las siguientes situaciones:

a. La plataforma puede obtener una retribución por sus servicios. Si se concreta la venta, la plataforma le factura al vendedor una comisión; y hay

[21] CARFAGNO, Luciano E., "Una nueva mirada sobre los deberes de protección frente a los usuarios de plataformas de comercio electrónico", LA LEY 10/02/2022, 1; cita: TR LALEY AR/DOC/455/2022.

[22] CARFAGNO, Luciano E., "Una nueva mirada sobre los deberes de protección frente a los usuarios de plataformas de comercio electrónico", LA LEY 10/02/2022, 1; cita: TR LALEY AR/DOC/455/2022.

[23] CARFAGNO, Luciano E., "Una nueva mirada sobre los deberes de protección frente a los usuarios de plataformas de comercio electrónico", LA LEY 10/02/2022, 1; cita: TR LALEY AR/DOC/455/2022.

también un cargo por publicación al mismo sujeto. El servicio que presta resulta de beneficio económico para sí, realizándose mediante un espacio publicitario clasificado y cobrando comisiones por venta. Allí donde se obtiene un beneficio, debe existir una serie de deberes correlativos. En particular, se debe contar con sistemas de organización, previsión y seguridad para que el consumidor no resulte dañado, que son suficientes para sustentar un sistema de responsabilidad objetiva, para el caso de producirse daños.

b. La plataforma puede actuar como un receptor de avisos y no cobrar comisión; recibe la oferta, la publicita, ofrece publicidad en su sitio, permite el contacto y posibilita el intercambio, impone adherir a sus términos y condiciones. Genera una confianza en términos del art. 1.067 del Código Civil y Comercial y una apariencia que están asociadas por el consumidor al prestigio de la plataforma.

c. La plataforma puede ofrecer también actividades conexas como seguros, evaluaciones, medios de pago, verificación de identidad, ranqueo de sus propios usuarios, prestar formas de financiamiento, ofreciendo servicios conexos como depósito de mercadería, canales de envío propios, asistencia en la publicación de la oferta, entre otros. En el caso de los medios de pago, usualmente se presenta como una empresa distinta, cuando su intervención es impuesta por la principal, y requiere adherir nuevamente a términos y condiciones; así como, a su vez, estos son distintos para el que avisa en la plataforma y para el consumidor que compra por la plataforma. En este caso, aparece para el estudio el fenómeno de la conexidad contractual, dada la finalidad económica común entre la operación en sí y del canal de pago, con sus consecuencias jurídicas [(24)].

Como lineamientos generales, se observa que la responsabilidad en materia de derecho del consumidor es marcadamente objetiva, por lo que, en esta problemática, podrían extraerse del microsistema de protección, una serie de fundamentos para justificar esa objetivización del deber de responder en base al incumplimiento de la obligación o deber de seguridad (art. 42 CN y art. 5º LDC), al incumplimiento del deber de prevención del daño (art. 1710 Cód. Civ. y Com.), al riesgo de actividad (art. 1757 Cód. Civ. y Com.) y finalmente la existencia de un grado de diligencia calificado exigible a un proveedor profesional que se desempeña en un trasfondo enormemente riesgoso o peligroso para los consumidores que entablen relaciones de consumo en entornos digitales [(25)].

[(24)] TAMBUSSI, Carlos E., "Responsabilidad objetiva de plataformas de venta en la web", LA LEY 13/08/2021, 13/08/2021, 1; cita: TR LALEY AR/DOC/2269/2021. El deber de requerir datos que permitan esa identificación comporta una obligación de resultado, más allá de la veracidad en la información obtenida. (CARFAGNO, Luciano E., "Una nueva mirada sobre los deberes de protección frente a los usuarios de plataformas de comercio electrónico", LA LEY 10/02/2022, 1; cita: TR LALEY AR/DOC/455/2022)

[(25)] En las XXVIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, realizadas en Mendoza, los días 22, 23 y 24 de setiembre de 2.022, en la Comisión N° 5 de Derechos del Consumidor, se sostuvo, como una de las conclusiones unánimes, que los principios de seguridad, prevención

Para cerrar este apartado, se debe mencionar el problema adicional que radica en determinar los límites de la responsabilidad de estos sitios de venta; si abarca a todos los aspectos derivados de las operaciones concretadas a través de sus plataformas, incluido el riesgo o vicios de los productos y servicios adquiridos, o si por el contrario únicamente se circunscribe a la adecuada operatividad y funcionamiento del sistema en sí mismo. Se considera más adecuada y prudente la última postura que ciñe su responsabilidad a los daños provenientes de una defectuosa prestación del servicio que pone a disposición de los usuarios, como, p. ej., falta de entrega del bien —que son los supuestos más habituales— o cuando por fallas informativas o del sistema electrónico se realiza el pago por otro canal pero que luego son desconocidas [(26)].

VII. CONCLUSIONES

El cliente que opera con las plataformas digitales confía en que se encuentra seguro y es precisamente la frustración de esa confianza fundada en la apariencia, la buena fe y la seguridad el fundamento de su responsabilidad.

El proveedor debe cumplir con tal deber de seguridad que se traduce en la apariencia de un funcionamiento seguro que confluye con la confianza como valor intrínseco y básico de todo el mercado.

El uso de una plataforma electrónica es un medio predispuesto por el proveedor, para lograr así formalizar transacciones con un número indeterminado de potenciales destinatarios, por lo que pesa sobre aquel la obligación de seguridad, trato digno y de información a favor de quienes concurren como consumidores de los bienes y/o servicios que oferta.

Es clara la vulnerabilidad técnica que presenta el consumidor que usa las plataformas digitales, lo que propicia a sufrir mayores daños que si usa un medio de contratación presencial, por lo que la confianza y la apariencia jurídica son elementos fundamentales en el desarrollo del comercio electrónico.

En general, teniendo en cuenta que en materia de derecho del consumidor la responsabilidad es marcadamente objetiva, se propicia que las plataformas digitales, según las circunstancias, las modalidades y los diversos alcances de su actuación, respondan en forma objetiva.

de riesgos, protección de la confianza, apariencia e información constituyen directrices ineludibles en la solución de los problemas suscitados en torno a la responsabilidad de las plataformas digitales.

[(26)] WEINGARTEN, Celia, "Contrato de consumo electrónico y plataformas de venta en línea. Algunas aristas de análisis", SJA 11/03/2020, 3 - cita: TR LALEY AR/DOC/439/2020. Asimismo, parece relevante dejar sentado que el juez debe ponderar específicamente y en forma fundada la relación de causalidad existente entre la actuación o la actividad imputable a la plataforma y los daños reclamados por el consumidor o usuario. (CARFAGNO, Luciano E., "Una nueva mirada sobre los deberes de protección frente a los usuarios de plataformas de comercio electrónico", LA LEY 10/02/2022, 1; cita: TR LALEY AR/DOC/455/2022)

El fundamento podría extraerse del microsistema de protección en base al incumplimiento de la obligación o deber de seguridad (art. 42 CN y art. 5º LDC), al incumplimiento del deber de prevención del daño (art. 1710 Cód. Civ. y Com.), al riesgo de actividad (art. 1757 Cód. Civ. y Com.) y finalmente la existencia de un grado de diligencia calificado exigible a un proveedor profesional que se desempeña en un trasfondo enormemente riesgoso o peligrosos para los consumidores que entablen relaciones de consumo en estos entornos digitales.

La responsabilidad civil de los intermediarios proveedores de servicios en internet frente a daños provocados a terceros, reviste carácter objetivo, en su calidad de proveedor del servicio, aún en el caso de una plataforma electrónica de anuncios clasificados digitales, facilitando como intermediaria la compra y venta de servicios y bienes entre particulares fuera de la plataforma.

La actividad de las plataformas de comercio electrónico requiere una regulación legislativa específica, derivada de su enorme expansión, así como de los diversos daños que pueden resultar de su utilización, propiciando que se implemente un régimen de responsabilidad de carácter objetivo, característico del derecho del consumidor.

LA PREVENCIÓN DEL DAÑO EN LOS ENTORNOS DIGITALES A TRAVÉS DE LA OBLIGACIÓN DE INFORMAR

POR MARCELO C. QUAGLIA *

Los datos son valiosos, pero si no están refinados, en realidad no se pueden usar. El petróleo debe transformarse en gas, plástico, productos químicos, etc. para crear una entidad valiosa que impulse una actividad rentable; por tanto, los datos deben desglosarse y analizarse para que tengan valor.

Michael Palmer, en referencia a la frase "Los datos son el nuevo petróleo". (Clive Humby) (1)

Resumen:

A través de institutos y figuras caracterizadas por su transversalidad en el ámbito jurídico (abarcando diversas y numerosas situaciones), tales como la responsabilidad, las relaciones de consumo y la obligación de informar, analizamos la interacción de vínculos en el marco de los entornos digitales; principalmente atendiendo a la función que cumple la obligación de informar como mecanismo de prevención de daños, su eventual efecto expansivo en este marco y las probables consecuencias jurídicas de su incumplimiento, ponderando especialmente las particularidades del entorno en que se desarrolla.

Palabras clave:

Responsabilidad civil - Prevención - Consumidor - Información y Entornos digitales.

* Profesor protitular de Derecho de los Contratos Parte General, Derecho de los Contratos Parte Especial y Derecho del Consumidor (Facultad de Derecho y Ciencias Sociales del Rosario – UCA, Argentina); juez de Distrito Civil y Comercial en Rosario, Argentina. Instagram @marcelocarlosquaglia.

(1) https://www.forbes.com.mx/red-forbes-los-datos-son-el-nuevo-petroleo/, consultado el 31 de agosto de 2024.

THE PREVENTION OF DAMAGE IN DIGITAL ENVIRONMENTS THROUGH THE OBLIGATION TO INFORM

Abstract:

Through institutes and figures characterized by their transversality in the legal field (covering diverse and numerous situations), such as responsibility, consumer relations and the obligation to inform, we analyze the interaction of links within the framework of digital environments; mainly attending to the function that the obligation to inform fulfills as a mechanism for preventing damage, its eventual collateral effect in this framework and the probable legal consequences of non-compliance, especially considering the specifics of the environment in which it develops.

Keywords:

Civil Liability – Prevention – Consumer – Information and Digital Environments.

INTRODUCCIÓN: UNA SUMATORIA DE TRANSVERSALIDADES

Dentro de las múltiples funciones que desempeña la obligación de informar en el contexto de la relación de consumo [(2)] pretendemos, a través de estas breves líneas, focalizarnos el ámbito de la responsabilidad civil y, principalmente en el de la prevención del daño en el contexto de los llamados entornos digitales.

Varios y diferentes son los aspectos que puede abarcar esta cuestión, considerando principalmente la configuración de diversas transversalidades que se conjugan desde los distintos institutos y fenómenos que pretendemos analizar.

Así, en primer término, la responsabilidad civil se evidencia hoy como un área transversal del derecho, que interviene en innumerables supuestos y evidencia variadas intersecciones con diversas ramas del derecho, tales como el derecho de familia, el ambiental y el digital, entre otros. Esta transversalidad no se limita únicamente a las diferentes ramas del derecho, sino que también trasciende a los ámbitos donde, a través de sus diferentes funciones (reparadora, preventiva y sancionadora) la responsabilidad transita.

Y es que hoy en día las personas se desarrollan e interactúan en diversos entornos; tanto el natural (por ejemplo cuestiones vinculadas con fenómenos meteorológicos), como el artificial (los daños que pueden generase en materia de tránsito vehicular) y, finalmente, el digital [(3)] (cabe destacar que la diferenciación se efectúa a los fines de llevar adelante el presente análisis ya que los

[(2)] Las diferentes funciones que desempeña la obligación de informar son explicitadas en el punto 2 del presente trabajo, allí remitimos al lector.

[(3)] Para profundizar esta temática se recomienda consultar BOCZKOWSKI, Pablo; *Oxígeno Digital*, https://www.youtube.com/watch?v=AgZzDFkE9x0, consultado el 31 de agosto de 2024.

entornos enunciados se superponen e interactúan en el marco de la realidad, coexisten y conviven y, obviamente, se afectan recíprocamente [4]).

En estas líneas, y dentro del amplio espectro que presenta la cuestión procuraremos circunscribirnos al "entorno digital". Elección que obedece al hecho de que la digitalización ha llegado a nuestras vidas cotidianas: se trabajaba, estudia, ejercita, consulta al médico, festeja cumpleaños, juega y hasta se despide por última vez de un ser querido en el smartphone, la tableta o la computadora [5].

Es así como, a través del uso de las llamadas TIC (en el caso redes sociales, aplicaciones basadas en geolocalización, algoritmos sustentados en la *big data*, etc.), se han desarrollado vínculos y relaciones que el derecho debe receptar, aprender y aprehender y, en su caso orientar o reencausar.

Asimismo, dada la bastedad del tema, tanto por razones de espacio como de capacidad del autor, hemos optado por circunscribir la temática a la función de prevención del daño en el marco de las relaciones de consumo (fenómeno que también se evidencia con una transversalidad propia, que expande sus efectos a regímenes especiales que contienen situaciones particulares, abarcando así diversas regulaciones y figuras jurídicas [6]) y, específicamente, a través de la obligación de informar (la que, al desprenderse el principio de buena fe, también presenta esa vocación de transversalidad, y comprende diversas situaciones y supuestos [7]).

Pasemos entonces al análisis

I. LA OBLIGACIÓN DE INFORMAR: CONTENIDO, NATURALEZA JURÍDICA Y FUNCIONES

El conocimiento en nuestros días es fuente de poder [8], a partir de esta premisa puede evidenciarse la importancia que adquiere la obligación infor-

[4] QUAGLIA, Marcelo C. y MUTILIENGO, Ma. Victoria; "Los principios de derecho del consumidor en el marco de los entornos digitales", Edición Especial sobre *El Consumidor Digital* en la Revista El Derecho en adhesión a las XXVIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, dirigida por Carlos Hernández, 19 de septiembre de 2022, Cita Digital: ED-MMMCDLXXXVII-254.

[5] BOCZKOWSKI, Pablo J. y MITCHELSTEIN, Eugenia; *The Digital Environment: How we Live, Learn, Work, and Play now*, Ed. The Mit Press, Cambridge, 2021.

[6] C. 2ª Civ. y Com., sala II, "Prado". Asimismo, para ahondar en la cuestión puede consultarse, entre otros, QUAGLIA, Marcelo C.; "Relaciones que pueden suscitarse entre la inoponibilidad de la persona jurídica y la tutela de la persona consumidora (un supuesto de interseccionalidad jurídica)", *Revista Argentina de Derecho Societario* Nro. 26, abril 2024, Universidad Austral (director Dr. Sebastián Balbin, director ejecutivo: Dr. Emilio F. Moro), IJ Editores, 05/04/2024, IJ-V-CDLXXVIII-907.

[7] La transversalidad del deber de información se evidencia claramente en numerosas normas del CCyC, pudiendo enunciarse entre otras los arts. 59 (Consentimiento Informado); 992 (Tratativas Precontractuales e Información Confidencial); 1100 (Información en las Relaciones de Consumo); 1107 (Información sobre contratación por medios electrónicos); 1382 (Información periódica en contratos bancarios); etc.; trascendiendo además el CCyC (en, por ejemplo, la carga del asegurado de denunciar la agravación del riesgo —art. 37 de la ley 17.418—).

[8] Se debate aún hoy en día a quién adjudicar dicha frase. Principalmente se ha sostenido que la misma es un aforismo atribuido a sir Francis Bacon (1561-1626), quien la formuló ori-

mar. De esta forma, se constituye como un presupuesto básico de las relaciones y su violación puede aparejar efectos relevantes, llegando a generar obligaciones indemnizatorias [9].

Así, en el ámbito que nos compete, la información es una necesidad insoslayable de la contratación actual [10] y, como señala Sozzo [11], si bien el derecho la ha ponderado desde antaño en los códigos decimonónicos esta obligación no era tratada como tal, sino que subyacía en institutos como el error, el dolo o la responsabilidad por vicios redhibitorios. Hoy comienza a evidenciarse de manera autónoma, como un instituto propio en determinados ámbitos o campos jurídicos [12], aunque es propio de todo este (dado su natural desprendimiento del principio de buena fe al que ya hemos reseñado).

Ahora bien, los teóricos de la comunicación han observado que solo hay información en la medida en que lo recibido por el receptor es nuevo y original para él y que antes se encontraba solo en el ámbito del emisor [13]. De esta manera vemos que el término detenta una gran amplitud que es necesario circunscribir y delimitar a los fines de este trabajo.

Así, justamente a partir de esa vasta extensión de su contenido, se evidencia la existencia de diversas posiciones vinculadas con su naturaleza jurídica. Principalmente se ha considerado que la información puede constituir: a) el objeto de una verdadera obligación (cuando se particulariza de tal manera que pasa a ser un deber calificado o primario de conducta, objeto de una relación jurídica obligatoria –con la contracara en el derecho a ser informado–); b) un deber jurídico limitado o; c) una carga o simple deber secundario (este último por ejemplo en el caso de la carga de informar el siniestro que pesa sobre el asegurado) [14]. De allí que varios autores y fallos refieren a esta, calificándola a veces como una obligación, otras como un deber o también como una carga

ginalmente como *Scientia potentia est* (en latín: ciencia es poder). Es así que se afirma que la frase "El conocimiento es poder" en verdad se empleó la primera vez en la versión de 1668 del Leviatán de Thomas Hobbes (1588-1679), filósofo inglés que sirvió como secretario a Bacon durante su juventud (Fuente: https://concepto.de/el-conocimiento-es-poder/#ixzz8kUtJX0EP, consultado el 31 de agosto de 2024).

[9] HEDEMANN, J. W., *Tratado de derecho civil. Derecho de las obligaciones*, R.D.P., Madrid, 1958, vol. III, p. 51.

[10] VALLESPINOS, Carlos Gustavo y OSSOLA, Federico Alejandro; *La obligación de informar en los contratos*, Ed. Hammurabi, 1ed., Bs. As., 2010, p. 189.

[11] SOZZO, Gonzalo; "La posición sistémica actual del deber de información" en *Rev. De Derecho Privado y Comunitario* Nro. 21 p. 382 (Jurisprudencia: comentarios críticos - Contratos) Cám. Nac. Apel. Civ. y Com., sala B, 5-2-99, Zunghiri, H. J. c/Sánchez, Carlos, J. A. del 2-6-99, pp. 53 y ss.

[12] Por ejemplo, en el marco de las relaciones de consumo.

[13] MOLES, Abraham y ZELTMANN, Claude; *La Comunicación y Los Mass Media*, Ed. Bilbao, España, 1975, ISBN: 8427109482, pp. 136 y ss.

[14] VALLESPINOS, Carlos Gustavo y OSSOLA, Federico Alejandro; *La obligación de informar en los contratos*, Ed. Hammurabi, 1ed., Bs. As., 2010, p. 191 y 192.

(y a veces hasta en los mismos textos en referencia al término deber u obligación de manera indistinta [15]).

Entendemos que esta diversidad de criterios obedece al contenido multiforme que detenta la información, abarcando tanto cuestiones esenciales al vínculo relacional que se está generando (o se ha generado) como a elementos accesorios a este y hasta (como veremos más adelante) recomendaciones o consejos que pareciera que en principio ni siquiera son vinculantes. Es así como Vallespinos y Ossola, ya en el título de un trabajo sobre la materia, califican la información como obligación y deber y refieren a que en el Código Civil y Comercial (en adelante el "CCyC") se encuentran cientos de normas que regulan, de las más variadas maneras, actos jurídicos de comunicación con diversos efectos, según los intereses jurídicos en juego en cada situación particular [16].

Es evidente que la diferenciación reseñada obedecerá a una cuestión fáctica.

A los fines del desarrollo de este trabajo pretenderemos limitar nuestro análisis a aquellos supuestos en los que la información se evidencia como una verdadera obligación, exigible y demandable jurídicamente y, en caso de que la misma sea violada, quepa la posibilidad de plantear la configuración de un vicio de la voluntad (que afecte todo el negocio celebrado) o el reclamo de los pertinentes daños y perjuicios. Y es que, si bien la doctrina clásica negó durante décadas la existencia de un deber genérico de informar, salvo cuando la ley de manera expresa lo imponía o resultaba de los propios términos del contrato, no es este el criterio que predomina en la actualidad [17].

De tal forma, dada la existencia de fuentes múltiples vinculadas con la información que a su vez son las que generan obligaciones, deberes o cargas, a lo que nos permitimos adicionar facultades (en el caso del deber del consejo sobre el que volveremos), nos circunscribiremos en este análisis a las verdaderas obligaciones de informar, las que se configuran cuando la omisión del contenido a compartir genera un vicio de la voluntad o configura una causal de daños (obligación de informar agravada que trasunta en la llamada obligación de advertencia).

Podemos definir entonces la obligación de informar como aquella fundada en una regla accesoria de conducta cuyo contenido consiste en cooperar,

[15] Tal es el supuesto del texto de NAMÉN BAQUERO, Jeannette; BONILLA ALMANZA, Julio; PABÓN ALMANZA, Camilo y URIBE JIMÉNEZ, Iván David; "La obligación de información en las diferentes fases de la relación de consumo", en *Revist@ e – Mercatoria*, Volumen 8, Número 1 (2009), p. 1 (https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/3133602.pdf, consultado el 31 de agosto de 2024).

[16] VALLESPINOS, Carlos G. y OSSOLA, Federico Alejandro; "Obligaciones y deberes de informar (o comunicar) en el nuevo Código: la importancia de la teoría general", *RCCyC* 2015 (agosto), 141, TR LALEY AR/DOC/2486/2015.

[17] PIZARRO, Ramón D.; "El deber de información en los contratos informáticos" en *Revista de Derecho Privado y Comunitario* Nro. 3 Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1993, p. 215.

desde la etapa de tratativas previas en adelante, con quien se haya disminuido con relación a la persona que dispone de la información [18], lo que determina su contenido y alcance en la prevención de vicios de la voluntad o la configuración de eventuales daños y perjuicios [19].

Asimismo, dado que el contenido de la obligación no es otro que comunicar, se rige por las reglas de las obligaciones de hacer, sin perjuicio de que en algunos casos la prestación se cosifica a través de la entrega de ciertos documentos [20].

Reiteramos, la información relevante y que debe compartirse es aquella cuya omisión puede entrañar un vicio del consentimiento [21] o generar un perjuicio: la que de conocerse hubiera llevado a no celebrar el contrato o a celebrar uno diferente (se evita así que la contraparte incurra en error). De esta manera la información no necesariamente deberá limitarse al objeto del contrato (el bien o el servicio en sí) sino también a sus accesorios, condiciones de comercialización, etc. [22].

Como puede advertirse, la falta de información disminuye o puede disminuir la capacidad de discernimiento, intención o libertad de cocontratante y por ende afectar su voluntad llegando incluso a poder plantearse la nulidad del contrato o de una de sus cláusulas [23]. Pero, el contenido de esta obligación no

[18] DOMONT-NAERT, Francoise; "Les relations entre professionnels et consomamteurs en droit belge" en *La protection de la parteie faible dans les rapports contractuels*, L.G.D.J., Paris, 1996, n.9, p. 224.

[19] Referimos a la accesoriedad con relación un negocio principal, dado que esta obligación en principio no constituye la prestación nuclear (diferente seria por ejemplo el supuesto en que se celebre un contrato de asesoramiento, o se requieran los servicios de un investigador), sin perjuicio de que su importancia es tal que el incumplimiento conlleva relevantes efectos con relación a esta. Por tanto, le son aplicables las reglas de la accesoriedad (arts. 856 y 857 del CCyC) (VALLESPINOS, Carlos G. y OSSOLA, Federico Alejandro; "Obligaciones y deberes de informar (o comunicar) en el nuevo Código: la importancia de la teoría general", *RCCyC 2015* (agosto), 141, TR LALEY AR/DOC/2486/2015).

[20] VALLESPINOS, Carlos G. y OSSOLA, Federico Alejandro; "Obligaciones y deberes de informar (o comunicar) en el nuevo Código: la importancia de la teoría general", *RCCyC* 2015 (agosto), 141, TR LALEY AR/DOC/2486/2015.

[21] FABRE-MAGNAN, Muriel; *De l´obligation d´information dans les contrats*, L.G.D.J., Paris, 1992, n. 401, p. 322.

[22] Este es el criterio adoptado expresamente por el art. 4° de la ley 24.240 que exige se informen no solo las características esenciales de los bienes y servicios, sino también sus condiciones de comercialización (MOLINA SANDOVAL, Carlos A.; "Reformas Sustanciales", en *Reforma a la Ley de Defensa del Consumidor* director Roberto Vázquez Ferreyra, abril de 2008, ed. La Ley, Bs. As., p. 92), disposición que es ampliada aún más en el art. 1100 del CCyC que agrega a dicho enunciado "…y toda otra circunstancia relevante para el contrato".

[23] En este sentido, conforme el art. 271 del CCyC la aserción de lo falso o disimulación de lo verdadero se califica como acción dolosa, estableciendo que la omisión dolosa conlleva los mismos efectos a la acción y que, conforme el art. 272 del CCyC, conllevará la nulidad del acto si es grave, determinante de la voluntad, causa un daño importante y sino ha habido dolo por ambas partes. Asimismo, la ley 24.240 de defensa de los consumidores y usuarios (en adelante "LDC") dispone expresamente en su art. 37 que "en caso en que el oferente... transgreda el deber de información... el consumidor tendrá derecho a demandar la nulidad del contrato o la

puede limitarse únicamente a este aspecto: no debe dejar de considerarse también que la carencia de información puede significar que la contraparte utilice el bien objeto de la relación de manera errónea, con el consiguiente perjuicio que ello podría ocasionarle [24].

De esta manera vemos como la obligación de informar debe cubrir básicamente tres aspectos:

a) Lograr un consentimiento pleno y válido;

b) evitar daños (muchas veces a través de una específica aplicación de la obligación de informar entendida como el deber de advertencia) y;

c) evitar la inferioridad negocial que puede generarse sino se suministran los datos relevantes del negocio o se suministran datos erróneos (permitir así el pleno ejercicio de los derechos que el acto jurídico otorgue a la contraparte).

Hoy esta obligación se encuentra reconocida de manera expresa en el marco de las relaciones de consumo (desde el año 1993 a través de la sanción de la LDC), con exigencias de gratuidad (desde el 2008 a través de la modificación impuesta por la ley 26.361) y cuenta además con jerarquía constitucional dentro de dicho ámbito (conforme la modificación del art. 42 CN del año 1994 [25]), replicándose a partir del año 2015 en el CCyC (art. 1100 [26]) [27].

Sin perjuicio de ello, al ser una derivación del principio de buena fe evidentemente excede el ámbito dentro del cual se le ha otorgado un expreso

de una o más cláusulas". De esta manera, la norma, en beneficio del consumidor, establece una presunción iure et de iure en el sentido de que, violada la obligación de informar se entiende configurada la acción dolosa (por tanto, viciada la voluntad del contratante) y por ende el contrato o una o más cláusulas de este serán consideradas nulas.

[24] "La información detallada del art. 4° ley 24.240 tiende a facilitar la transparencia con que el consumidor debe prestar su asentimiento, ayudándole a formar su criterio, clara y reflexivamente. Se quiere, además, que el consumidor posea toda la información necesaria, en razón de que el deber de información, relacionado con la buena fe, se proyecta en la etapa de ejecución del contrato" (XV Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Mar del Plata, 1995, Comisión N.º 3: "La protección del consumidor en el ámbito contractual", Conclusión de lege lata Nro. I.13, *CONGRESOS y JORNADAS NACIONALES DE DERECHO CIVIL*, Ed. La Ley, Bs. As., 2005, p. 148).

[25] Cabe, en este sentido, destacar que el texto constitucional, dentro de los derechos fundamentales del consumidor enumera el acceso a una información adecuada y veraz en miras a la libertad de elección de este (conforme señaláramos en relación a la acción u omisión dolosa).

[26] No podemos dejar de destacar la metodología del codificador, quien incorpora la información dentro de la Sección 2da. del Capítulo 2do. Del Título III del Libro III, capítulo que denomina justamente "Formación del Consentimiento".

[27] Señala con acierto Irigoyen Testa que el art. 4° LDC fue derogado en el año 2008 en razón de una deficiente técnica legislativa (IRIGOYEN TESTA, Matías; *Deber de información: derogación del artículo 4º de la Ley de Defensa del Consumidor*, LA LEY 28/11/2018, 1, Cita: TR LALEY AR/DOC/2512/2018.

Más allá de que la aseveración es técnicamente correcta la obligación de informar ha contado con reconocimiento expreso en el ámbito del consumo no solo por su incorporación a la LDC, sino también por su reconocimiento en el texto constitucional (art. 42 CN) y en el CCyC (art. 1100), normas que prácticamente anulan los efectos de esa derogación.

reconocimiento, y opera como un subprincipio del derecho [28] aun cuando no esté regulada de manera expresa en la normativa de fondo.

Y es que la obligación de información se integra y dimana de deberes y principios de gran amplitud: la cooperación, la obligación de no dañar, etc., todos ellos derivados de la buena fe debida [29], llegando incluso a abarcar cuestiones procesales, como el deber de colaboración de las partes en dicho marco (art. 53 LDC) [30]. Es así como esta obligación puede sustentarse en otros fundamentos. Por ejemplo, Sozzo, con relación a la obligación de informar generada en el ámbito precontractual, afirma que su fundamento es la libertad de contratar y contractual ya que la información mejora el discernimiento para arribar a la libre decisión, libertad tutelada por nuestra constitución nacional (de manera tácita [31]) y por el art. 42 al garantizar al consumidor la libertad de elección [32].

I.1. La obligación de informar y la debida diligencia de las partes

Más allá del reconocimiento expreso de vulnerabilidades y desigualdades en el marco de las relaciones y vínculos que se generan, en principio cada quien debe ser "guardián de sus propios intereses y debe en consecuencia informarse a sí mismo" [33].

Sin embargo, como señala Alegría [34], existe un permanente diálogo entre los principios de la autonomía de la voluntad, la igualdad de las partes en los contratos, las condiciones generales, las cláusulas vejatorias y la distinción entre contratos paritarios y no paritarios; todo lo cual lleva a que la autonomía de la voluntad, no como dogma o mito sino como respeto a las potencialidades de la persona y a su voluntad, evidencie límites de respeto al otro y reglas legales inderogables, y reconozca así fronteras que antes no se advertían.

[28] PÉREZ GARCÍA, Pedro Antonio; *El deber de información en la contratación privada. En torno al deber de informar en la ley general para la defensa de los consumidores y usuarios*, ed. del Ministerio de Sanidad y Consumo de España, Madrid, 1990, p. 56.

[29] Así lo destacan STIGLITZ, Gabriel A. y STIGLITZ, Rubén S; *Protección y defensa del consumidor. Ley 24.240*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1994, p. 160.

[30] Así lo hemos sostenido en QUAGLIA, Marcelo C; *La dimensión constitucional del proceso de consumo*, LA LEY 08/08/2024, 1, Cita: TR LALEY AR/DOC/2000/2024.

[31] Si bien dicha libertad no figura entre los derechos enumerados por nuestra Constitución Nacional, como señala Bidart Campos, podemos considerarla implícita (BIDART CAMPOS, Germán, *Tratado elemental de Derecho Constitucional Argentino. Tomo 1*, ed. Ediar, Buenos Aires, 1988, p. 298).

[32] SOZZO, Gonzalo en "Publicidad y período precontractual" en el comentario al fallo Cám. Nac. Com., sala C, 01/01/1998, "Superintendencia de Administradoras de Fondos de Jubilaciones y Pensiones c/ Máxima AFJP" (ED 15-3-199), en *Revista de Derecho Privado y Comunitario* Nro. 20 "Seguros II", p. 299.

[33] RIPERT, Georges; *La régle morale dans les obligations civiles*, L.G.D.J., Paris 1949, n. 48, p. 89.

[34] ALEGRÍA, Héctor; *El Derecho Privado hoy y la innovación jurídica*, Bs. As., La Ley, 29/05/2013, Citar online: AR/DOC/2014/2013.

De esta forma, la obligación de informar, más allá de la debida diligencia del sujeto activo que debe ser informado, se evidencia como uno de estos límites. En efecto, esta obligación genera una responsabilidad netamente objetiva: la persona que por su oficio o profesión notoriamente dispone de información o debería disponerla, no puede ignorar la importancia de esta para la contraparte [35]: el sujeto pasivo de la obligación de informar conoce o debe conocer la relevancia que el sujeto activo atribuye a la misma.

De esta forma, se advierte que nos encontramos en presencia de una obligación de resultados, distinción que ha sido, finalmente, receptada en el CCyC (arts. 1723 y 1768) y que conlleva a establecer un factor de atribución objetivo. La cuestión se relaciona (nuevamente) con el carácter multiforme del contenido de la información. Desde la óptica y aspecto que lo tratamos en estas líneas la obligación de informar es de resultados, cuestión que no obsta que, en otros supuestos diferentes se la considere de medios. Así, Vallespinos y Ossola afirman que, cuando quien informa detenta una posición de fortaleza el deber jurídico consiste en la obtención de un resultado concreto pero, cuando es la parte débil quien debe informar (por ej., un paciente que indica al médico los dolores que sufre, para luego ser asistido), el deber tiende a ser de medios, y debe valorarse la incidencia de esta conducta en lo que a la situación jurídica respecta bajo el prisma de la debida diligencia, evidenciándose así diferentes factores de atribución de la responsabilidad ante su incumplimiento [36].

Como vemos esta premisa no resulta absoluta, sino que es necesario adaptarla a cada caso concreto, conforme las características y particularidades de las partes, para obtener el debido equilibrio entre la conducta del deudor y la del acreedor de la información. En síntesis, el alcance y la amplitud con que debe efectivizarse la obligación dependerá del caso concreto.

En la debida ponderación de los diversos contextos, y ya ubicándonos en el marco de las llamadas relaciones de consumo, cabe recordar que nos encontramos ante la configuración de un vínculo dispar, caracterizado por la existencia de una vulnerabilidad estructural en cabeza del consumidor, vulnerabilidad que justifica todo el régimen de tutela y que hoy tiene un reconocimiento normativo expreso [37].

[35] En este sentido se expide PHILIPE, D. en "La bonne foi", rapport belge, en *Travaux de l´Association Henri Capitant*, tome XLIII, Litec, Paris, 1992, p. 64.

[36] VALLESPINOS, Carlos G. y OSSOLA, Federico Alejandro; "Obligaciones y deberes de informar (o comunicar) en el nuevo Código: la importancia de la teoría general", *RCCyC* 2015 (agosto), 141, TR LALEY AR/DOC/2486/2015.

[37] Destaca Garzino que la noción de consumidor y su especial protección se fundamentan en la vulnerabilidad o debilidad estructural de este frente al proveedor en el mercado, lo que impuso la necesidad de equilibrar a las partes mediante normas y principios positivos (GARZINO, M. Constanza; *La protección del consumidor hipervulnerable a través del "diálogo de fuentes" y la necesidad de una previsión equilibrada*, ponencia presentada en el marco del XVII Congreso Argentino de Derecho del Consumidor (https://www.derechouns.com.ar/wp-content/uploads/2018/05/01-Garzino-Consumidores-hipervulnerables.pdf, consultado el 31 de

De esta forma, la obligación de informar que pesa sobre los hombros del proveedor (en su calidad de profesional experto) será agravada, de resultados y de calidad netamente objetiva. La objetividad señalada llega al extremo de no poder alegarse por parte del deudor de la información el desconocimiento de esta (no la posibilidad de presuponer que el destinatario de esta la conoce [38]): cada contratante tiene el deber de informarse de manera adecuada acerca de los caracteres esenciales de la prestación a su cargo para cumplir con la obligación de informar [39].

En virtud de lo expuesto se generan varias conductas o deberes en el ámbito de la información (todos ellos sustentados en el principio de la buena fe):

a) En un primer momento el deudor de la información debe "autoinformarse" a fin de poder cumplir en forma plena y cabal con su obligación;

b) en un segundo momento el deudor cumple con su obligación (lo cual también demanda un determinado actuar diligente como veremos *infra*) y;

c) en el otro extremo el acreedor de la información, actuando con la debida diligencia, deberá también procurarse información a los fines de la celebración del contrato (obligación que puede verse morigerada ante diversas situaciones de vulnerabilidad, como por ejemplo cuando el sujeto activo sea un consumidor).

Conforme lo señalado, la obligación información y su contracara: la carga de autoinformarse, pesan sobre ambas partes y deben circunscribirse a límites de la razonabilidad [40], adecuándose en cada supuesto al caso concreto: no será el mismo la obligación que deba efectivizarse en un contrato de consumo [41] que en un contrato entre empresas. Y, aun en este último supuesto, no podemos

agosto de 2024). A través de la Resolución 310/2020 de la Secretaría de Comercio Interior, se ha internalizado en nuestro derecho la Resolución 36/2019 del Grupo Mercado Común, norma que, además de reconocer expresamente esa vulnerabilidad estructural que caracteriza al consumidor, enuncia varios de los principios fundamentales en materia de tutela de los consumidores y usuarios.

[38] Puede advertirse la configuración de dicho supuesto en los términos del art. 18 LDC, norma que plantea la no aplicación en el ámbito de las relaciones de consumo de la solución del anterior art. 2170 del Cód. Civl. (actual 1053 CCyC) que no admite la configuración de la garantía por vicios ocultos cuando el adquirente los conoció o debía conocer.

[39] ANDORNO, Luis O.; *Las proyecciones del estatuto de defensa del consumidor en el derecho de daños*, JA 2004-III-874.

[40] Así LORENZETTI, Ricardo Luis ejemplifica lo señalado citando el art. 1938 del código civil que impone a los terceros la obligación de requerir al representante la exhibición de sus poderes (*La responsabilidad precontractual como atribución de los riesgos de la negociación*, LL 1993-B-718).

[41] En el ámbito de la obligación de informar la cuestión ha llegado a tal extremo tal que se ha entendido que "la naturaleza de por sí peligrosa de los dardos con punta metálica, peligrosidad que de por sí es evidente, no puede eximir al comerciante de efectuar las aclaraciones y previsiones necesarias para la protección de la salud de la población" ("Carrefour Argentina S.A. c/ Secretaría de Comercio e Inversiones - Disp. DNCI. 2135/96" CNACAF, SALA IV- elDial - AH1DDF).

entender que se configurará con la misma intensidad entre empresas en igualdad de condiciones (por ejemplo, empresas con el mismo poder negocial) que entre empresas que no están en esa igualdad de condiciones (generalmente por carecer de los mismos conocimientos o experiencia).

Conforme lo señalado, el profano, si bien es acreedor de la información, se halla obligado a la ejecución de una conducta cuidadosa y diligente tendiente a obtenerla, cuya intensidad y diligencia deberá ponderarse en el caso concreto. "El profano no tiene un derecho adquirido a la pasividad ni a un comportamiento que solo traduzca expectativas con relación al activismo del otro" [(42)].

¿Cuál es entonces el criterio que debe seguirse en este aspecto? Nos inclinamos por recomendar que se tomen en cuenta las circunstancias personales en cada caso concreto (en especial las aptitudes del acreedor para informarse a sí mismo y la diligencia razonable que podía esperarse de este).

Como vemos nos encontramos ante una obligación de bajo costo económico que puede, en paralelo, configurar importantes beneficios y evitar conflictos posteriores que frustren el negocio: atribuir la obligación de informar a quien se halle en mejores condiciones de conocer implica, simplemente, redistribuir de manera equitativa las cargas contractuales [(43)].

II. LA OBLIGACIÓN DE INFORMAR EN EL MARCO DE LOS ENTORNOS DIGITALES: EL ART. 1107 DEL CCYC

Ahora bien, siendo tan variable y dúctil esta obligación, ¿cuál debe ser su alcance en el marco de un vínculo digital? ¿Cómo determinar su "intensidad" o alcance en el contexto de los llamados entornos digitales?

En nuestro país encontramos una norma que, expresamente, otorga una respuesta a este interrogante, aunque circunscripta al marco de las llamadas relaciones de consumo (sin perjuicio de ello, en el correspondiente diálogo entre el sistema, los subsistemas y los microsistemas nada impide que la solución planteada en el contexto de un microsistema [(44)] trascienda

[(42)] STIGLITZ, Rubén S.; *La obligación precontractual de información. El deber de consejo* en JA 1997-II-764.

[(43)] En este sentido CABANILLAS SÁNCHEZ, A; *Las cargas del acreedor en el derecho civil y en el mercantil*, ed. Montecorvo, Madrid, 1988, p. 50 y ss.

[(44)] Nicolau define los microsistemas como "pequeños conjuntos de normas que, sin demasiado orden ni relación entre sí, tratan de realizar una justicia todavía más concreta y particular (que la del sistema y de los subsistemas), para sectores aún más determinados" (NICOLAU, Noemí L.; "La tensión entre el sistema y el microsistema en el Derecho Privado", en *Revista de Estudios del Centro*, Universidad Nacional de Rosario, Facultad de Derecho, Centro de Investigaciones de Derecho Civil, Nº 2, 1997, p. 80. NICOLAU, Noemí L.; "La tensión entre el sistema y el microsistema en el Derecho Privado", en *Revista de Estudios del Centro*, Universidad Nacional de Rosario, Facultad de Derecho, Centro de Investigaciones de Derecho Civil, N.º 2, 1997, p. 80).

el mismo y se aplique en el sistema o subsistema, fenómeno que ya se ha evidenciado [45]).

En efecto, el art. 1107 CCyC, titulado "Información sobre los medios electrónicos", determina que el proveedor debe informar al consumidor todos los datos necesarios para utilizar correctamente el medio elegido, para comprender los riesgos derivados de su empleo, y para tener absolutamente claro quién asume esos riesgos.

Amén de la posibilidad de extender la solución propuesta más allá del marco de las relaciones de consumo, ya que la obligación de informar se plantea como un subprincipio (derivado del principio de la buena fe) del derecho todo, cabe considerar también la especial circunstancia de que, el usuario de entornos digitales generalmente se encuentra en una situación de vulnerabilidad mayor dado el contexto en el que se ubica, donde muchas veces interactúa con cosas o servicios que son considerados como riesgosos o peligrosos y en relación a los cuales no ha sido debidamente capacitado en su uso (como por ejemplo los servicios de *homebanking* [46]).

[45] Consideramos que el vínculo entre el sistema, los subsistemas y los microsistemas opera en forma bidireccional, abrevando los microsistemas del sistema y subsistemas, pero también estos últimos, en ciertas ocasiones pueden tomar o adoptado soluciones propias del microsistema, pretendiendo darles un efecto expansivo que se aplique también a aquellos (en tal sentido, por ejemplo, se ha propugnado aplicar el efecto vinculante delas precisiones contenidas en la publicidad a los contratos de derecho común —XXII Jornadas Nacionales de Derecho Civil – V Congreso Nacional de Derecho Civil, Córdoba, septiembre 2009—, posición receptada en la sentencia CNCom., sala C, 2002/02/22, "L'Donna S.R.L. c/ Saint Denis S.R.L." en *RCyS* 2003-603 o la recepción por parte del sistema de la regulación de las cláusulas abusivas, originariamente contenida en el marco de las relaciones de consumo únicamente).

[46] En tal sentido puede destacarse la regulación del BCRA vinculada con "Requisitos Mínimos de Gestión, Implementación y Control de los Riesgos Relacionados con la Tecnología Informática, Sistemas de Información y Recursos Asociados para las Entidades Financieras" (Última comunicación incorporada: "A" 7370).

También la doctrina sostiene que las plataformas digitales son susceptibles de calificarse como cosa riesgosa, ponderando especialmente los medios empleados o las circunstancias de su realización (ARIAS, Carolina Isabel; GERSCOVICH, Carlos G., "Responsabilidad bancaria en entornos digitales", Publicado en: *RCCC* 2021 (septiembre), 5 y FOSSACECA, Carlos Alberto y SABAT MARTÍNEZ; José María; "Responsabilidad en torno a la figura del influencer. Palpitando las Jornadas Nacionales de Derecho Civil"; en *Derecho, Innovación & Desarrollo Sustentable,* Revista de El Derecho, febrero 2024, N.º 17, cita digital ED-V-CCCXLIX.707, entre otros). Y, desde tal óptica, ponderando que las plataformas de servicios financieros generan nuevas formas o maneras de vulnerar la seguridad de los usuarios que eran impensadas en la modalidad de gestión presencial, así como que tales riesgos han sido introducidos por el proveedor en forma unilateral y muchas veces imponiéndolos al consumidor, se justifica que el riesgo generado por las herramientas digitales quede a cargo de las entidades bancarias (STIGLITZ, Gabriel; HERNÁNDEZ, Carlos y BAROCELLI, Sebastián; *La protección del consumidor de Servicios Financieros y Bursátiles*, Cita online: TR LA LEY AR/DOC/2991/2015).

Finalmente, la jurisprudencia también ha seguido esta línea (CCyC de Pergamino; "Piccardo, María Albertina c. Banco Santander Río S.A. s/ nulidad acto jurídico", 27/09/2022, Cita: TR LALEY AR/JUR/149929/2022, entre otros.), destacándose que los

Advirtiendo esta circunstancia, ya las Directrices de Naciones Unidas para la Protección del Consumidor y la res. 37 del Mercosur (internalizada en Argentina por Resolución SCI N.° 270/2020), demandan un igual grado de protección para los consumidores en entornos digitales que para el analógico (reflejando el principio de equiparación de derechos [47]). Y, sin llegar a la conclusión que aseveran algunos autores (calificando al usuario digital como hipervulnerable [48]), la cuestión fue materia de análisis en las XXVIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Comisión 5) del año 2022, donde en la conclusión 2.1. de manera unánime, se determinó que el principio protectorio "opera con mayor intensidad en los entornos virtuales, dada la situación de vulnerabilidad específica de los consumidores generada por la exposición al ambiente virtual, el marco regulatorio vigente y la brecha digital, que podrían incrementar las fragilidades".

Justamente en línea con estos concepto, en las XXVIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Comisión 5: Derecho de los consumidores) ya citadas, se asevera que, en virtud del principio protectorio que rige en materia de consumo, el art. 1107 in fine del CCyC debe ser interpretado en el sentido de que quien asume los riesgos de la utilización del medio electrónico no puede ser otro que el proveedor, que es quien ha generado el riesgo al ofrecer sus productos y servicios a través de plataformas, aplicaciones, dispositivos o canales de dicha naturaleza (Conclusión 2.5 unánime).

Cabe a ello adicionar la calidad de prosumidor que asume el usuario de la plataforma donde muchas veces el proveedor le encomienda (o impone) funciones propias o específicas de la cadena de producción o comercialización que quedan impuestas en cabeza del consumidor, quien carece de los conocimientos y capacitaciones propias y necesarias a tal fin [49].

Se ha destacado en este sentido que en la medida que el proveedor delega tareas y funciones al consumidor (o prosumidor) se presume su responsabilidad (XXVIII Jornadas Nacionales, Mendoza, 2022, Comisión N.º 3 "Derecho de Daños", punto B.8). Asimismo, la jurisprudencia ha reseñado que "cuando

eventuales descuidos o conductas del consumidor (usualmente incentivados por terceros) no pueden calificarse como un factor de interrupción del nexo causal ya que las secuencias dañosas se producen por la inobservancia de los deberes de vigilancia de la entidad bancaria, además de ser hechos (o conductas) previsibles para el proveedor en el marco de estos sistemas.

[47] Art. 1° inc. 14 de la res. 36/2019 Mercosur, internalizada por la res. 310/2020 SCI y Directriz I, N.º 63 de las Directrices de la ONU para la Protección del Consumidor.

[48] MENDIETA, Ezequiel, "Reconocimiento Judicial de la categoría de Consumidor Hipervulnerable. A propósito de la resolución 139/2020", *Revista de Derecho del Consumidor*, 9, diciembre 2020, Cita: IJCMXXXVI26 y "Transporte aéreo, comercio electrónico y la protección del consumidor turista electrónico. Comentario al fallo 'Despegar.com.ar SA c. GCBA s/ recurso directo sobre resoluciones de defensa al consumidor", *Revista de Derecho del Consumidor*, 8, abril 2020, Cita: IJCMXII100.

[49] QUAGLIA, Marcelo Carlos; "Vulnerabilidades 4.0: la figura del prosumidor", publicado en *RCCyC* 2022 (febrero), 15/02/2022, 54.

el consumidor digital asume la calidad de prosumidor, incorpora otra condición de vulnerabilidad" [50].

De tal forma, y en el entendimiento que el art. 1107 CCyC reconoce que el uso de canales electrónicos implica incurrir en determinados y mayores riesgos cabe inferir que la distribución de estos no puede violar las pautas del art. 37 LDC y 988 CCyC, ss. y cc., no quedando otra opción (como se reseñara en las Jornadas Nacionales ya citadas) que imputar los mismos en cabeza del proveedor.

En efecto, cuando se utilizan tecnologías, la utilización que de ellas se haga debe ser seguro, por lo que se requiere que el consumidor conozca cabalmente cuáles son las condiciones normales para su uso, que las pueda dominar, que se le informe cómo hacerlo correctamente, y que se determinen cuáles son los riesgos que puede sufrir su seguridad y qué mecanismos preventivos debe asumir [51].

II.1. La exigencia agravada del art. 1107 CCyC: ¿deber de información, consejo o asesoramiento?

Conforme el desarrollo expuesto entendemos que el art. 1107 CCyC, en línea con los principios generales que deben orientar la materia, determina una particular obligación de informar, con una alcance y amplitud mayor a la que usualmente se requiere, en virtud de la complejidad y los riesgos que se evidencian en el entorno en el cual las actividades se desarrollan.

En efecto, no podemos dejar de detenernos en el hecho que la norma no solo refiere a la obligación de informar, sino que demanda, además, que el proveedor se asegure de que el destinatario de esa información llegue efectivamente a comprender los términos y alcances de esta.

Y es que en estos contextos la información muchas veces puede evidenciarse como insuficiente, principalmente por dos razones:

a) El hecho de que el consumidor digital, con sustento en el principio de confianza no lee, o si lee no llega a comprender cabalmente, los términos y condiciones de la contratación que se le ofrece.

En tal sentido cabe destacar el informe elaborado hace ya algunos años por Visual Capitalist [52], conforme el cual un usuario necesitaría en promedio 250 horas para leer todos los acuerdos de todos los servicios que usualmente

[50] CCyC de Sta. Fe, sala I, 26/03/2024 (NBSF S.A. c/ Sec. de Ccio. Interior de Sta. Fe y NBER c/ SCISF).

[51] FALEIRO, Johanna Caterina y BAROCELLI, Sergio S.; *La protección del consumidor en el comercio electrónico. Un caso de responsabilidad de los intermediarios comerciales de Internet*, LL 2017B, 275.

[52] https://www.infobae.com/america/tecno/2020/05/19/cuanto-te-llevaria-leer-todos-los-terminos-y-condiciones-de-las-aplicaciones-mas-populares-en-tu-celular/, consultado el 31 de agosto de 2024.

emplea en su celular o computadora (en referencia solo a los términos y condiciones de uso, los que no siempre incluyen la política de privacidad –apartado diferente que requiere otro tiempo extra de lectura–). Asimismo, se reseña que Facebook, Google, Instagram, LinkedIn, Microsoft, Snapchat y Dropbox incluyen los documentos legales más sencillos de entender (los que podrían ser comprendidos sin dificultad por alumnos de los últimos años de secundario), mientras que el resto de los servicios analizados reportan una dificultad de lectura mayor, evidenciándose como los más complejos de comprender los de Slack, Niantic, Twitter, Uber, Zoom, Spotify y TikTok.

En esta misma línea, Frúgoli refiere a un experimento social donde, en el transcurso de 4 meses, se efectuaron 3000 descargas de un *software* del que solo una de cada mil personas leyó la cláusula final del "Acepto términos y condiciones" (la que prometía USD 1000 al usuario que la respondía) [53].

b) La llamada sobreinformación, donde el suministro de información se da en exceso, o con suma complejidad, sin las aclaraciones necesarias para que sea asequible a su destinatario o que, de cualquier manera, impida la adecuada comprensión del mensaje.

Esta última cuestión ha sido receptada por los recientes proyectos de Código de Defensa del Consumidor, determinando que la sobreinformación tiene los mismos efectos que el incumplimiento de la obligación de informar [54].

Una solución interesante, y que ya se ha evidenciado como apropiada con relación a esta temática, es la llamada ley de etiquetado frontal (ley 27.642) donde a través de información precisa, concreta y apropiada, se definen las principales características de los alimentos.

Más allá de esta cuestión, señala acertadamente Müler que el deber de buena fe del que deriva la obligación de información no se satisface con la entrega de una copia del contrato (ni su publicación en una página *web*), el alcance de la obligación de información (que justamente el autor circunscribe al marco de los contratos de consumo) es mucho más extenso y amplio abarcando obviamente la advertencia, pero bajo ciertas condiciones también el consejo, el cual le permitirá comprender con claridad, completitud y eficacia la situación fáctica y el marco jurídico configurado, permitiéndole así tomar la decisión más adecuada [55].

[53] FRÚGOLI, Martín A.; *Análisis económico y conductual del Derecho (Behavioral Law & Economics*, www.saij.gob.ar, Id SAIJ: DACF210109, consultado el 31 de agosto de 2024.

[54] Art. 15 del Proyecto de Código de Defensa del Consumidor con actual estado parlamentario (Senado expte. S 337/2023).

Si bien el texto legal no está vigente, cabe recordar que el texto proyectado (cuando aún era un anteproyecto) fue receptado jurisprudencialmente con el argumento de que recogía la fecunda labor de la doctrina (CSJ de Tucumán, 14/08/2019, "Asociación Mutual Asis c/ Cubilla").

[55] MÜLER, Germán, "Hacia el deber de asesoramiento a la persona consumidora", *RCCyC*, Año IX, N.º 5, octubre 2023, pp. 58 y ss.

En esta línea, no basta con que los términos de la relación jurídica entablada puedan resultar claros y, frente a las desavenencias planteadas durante el curso de la misma y los diferentes reclamos realizados, el proveedor está obligado a brindar la información necesaria a los fines de despejar las inquietudes del consumidor [56]. De esta manera, se han impuesto sanciones punitivas al proveedor que no brindó el debido asesoramiento al consumidor, y se le advirtió o informaron las opciones que se brindaban en el mismo contrato por adhesión que le había hecho suscribir (justamente, en el entendimiento que el contrato no se lee o no se llega a comprender) [57], lo que generó así efectos jurídicos a ese deber de consejo que en principio se considera como no vinculante [58].

Justamente, se sostiene que el proveedor tiene la obligación de advertir al consumidor acerca de determinadas circunstancias que puedan aparejar consecuencias negativas a sus intereses [59]. De esta forma, la mayor certeza en cuanto al resultado probable del negocio reduce los niveles de riesgo y facilita la planificación y la maximización de la tasa de beneficio [60]; lo que evidencia, así como la información, no solo contenida en deber de advertencia sino también en de consejo, puede actuar como instrumento de prevención de daños previsibles, resguardando los derechos de los consumidores en todas las etapas del contrato [61].

Como señala acertadamente Müler [62], otro argumento que sustenta esta función ampliada de la obligación de informar se fundamenta en la obligación de seguridad, que tiene fuente constitucional (art. 42 CN) y recepción legal expresa (art. 5° LDC) en el marco de las relaciones de consumo. “La idea

[56] C6ªCiv. y Com. Córdoba, “Garay Miguel Ángel c. Autoinversiones SRL s/ abreviado s/ cobro de pesos” - Expte. 6065730, 03/07/2018.

[57] Juzg. 1ra. Inst. Civil y Comercial 14ta. Nom., “Orfalli, Luciano y Otros c/ CEC FISHERTON S.A.”, CUIJ 21-02955556-4.

[58] Conforme señala Casiello, el consejo, si bien resulta recomendable desde una perspectiva amplia de la buena fe negocial, no puede considerarse imperativo (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. 44). De esta forma, en principio no puede generarse responsabilidad alguna fundada en el deber de consejo, a menos que medie en el mismo un factor de atribución subjetivo (por ejemplo, que sea dado de mala fe —ÁLVAREZ LARRONDO, Federico; “Las responsabilidades de las celebridades por su participación en publicidades”, *RCyS* Feb. 2010, año XII, N.º 2 pág. 53—). Como vemos esta solución difiere en el marco de los entornos digitales con fundamento en el texto del art. 1107 CCyC.

[59] SANTARELLI, Fulvio, *Contrato y mercado*, La Ley, Buenos Aires, 2018, p. 38.

[60] WEINGARTEN, Celia, *Derechos en expectativa del consumidor*, Astrea, Buenos Aires, 2004, p. 7.

[61] FRUSTAGLI, Sandra, *Contratos en el Código Civil y Comercial de la Nación*, dirigida por NICOLAU, Noemí L. y HERNÁNDEZ, Carlos, La Ley, Buenos Aires, 2018, p. 456.

[62] MÜLER, Germán; “El deber de asesoramiento en el contrato de círculo de ahorro”; *JALitoral* 2024 (mayo), 1, Cita: TR LALEY AR/DOC/884/2024.

es extender la garantía de indemnidad a todas aquellas situaciones que estén causalmente vinculadas a la actuación del proveedor", quien se encuentra en mejores condiciones y puede, a un costo menor, "adoptar todas las medidas de prevención que resulten adecuadas para la evitación del perjuicio dentro del ámbito de actuación que le es propio" [63].

Como vemos, nuevamente estamos hablando de una distribución de costos y riesgos.

No podemos dejar de recordar que el usuario del entorno digital, salvo algún caso particular, se evidenciará como un inexperto, a quien se le presentan una enorme cantidad de situaciones, opciones y escenarios a imaginar. Dicha inexperiencia implica no solo la falta de destreza negocial, sino también la ausencia de los conocimientos necesarios para llevar a cabo este tipo de transacciones. Esta situación ya ha sido reconocida por la doctrina y la jurisprudencia, destacando como se generan o agravan vulnerabilidades en este marco, vulnerabilidades que quien ofrece sus bienes en el entorno digital debe asumir, paliar, morigerar o menguar, muchas veces a través del cumplimiento de esta obligación de informar agravada, sea advirtiendo, sea asesorando o sea aconsejando.

Acertadamente (aunque lamentablemente circunscripta al ámbito de los contratos de ahorro previo [64]), la Inspección General de Justicia en el art. 3° de la res. 40/2020 vincula esta cuestión con el necesario trato digno y equitativo que se debe al consumidor en el marco de la relación de consumo, destacando el trato que las administradoras deben dispensar a sus clientes en la interacción que tengan en el entorno digital, y obligándolas a suministrar información y responder todos los interrogantes que les planteen.

No podemos dejar de destacar que, sin perjuicio de la obviedad de la norma (que impone que se contesten las dudas del cliente), su reconocimiento expreso es un pequeño avance en la materia (y decimos pequeño dada que muchas veces los interrogantes pueden llegar a no generarse atento la ausencia de conocimientos en el tema).

En nuestra propuesta, pretendemos que el prestador del servicio digital de un paso más y se adelante al potencial interrogante, brindado las respues-

[63] JAPAZE, María Belén, "El derecho a la salud y a la seguridad del consumidor", en *Manual de derecho del consumidor*, RUSCONI, D., Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2015, pp. 236 y 251.

[64] Limitación que se evidencia como relativa si referimos al principio de igualdad ante la ley (art. 16 CN), o a otros propios del ámbito de las relaciones de consumo, tales como el de progresividad y no regresión, el del acceso al consumo, el de protección especial para consumidores en situación de vulnerabilidad y de desventaja, el de respeto a la dignidad de la persona humana, el de antidiscriminación, el de armonización y el de equiparación de derechos, entre otros (QUAGLIA, Marcelo C. y MUTILIENGO, Ma. Victoria; "Los principios de derecho del consumidor en el marco de los entornos digitales", Edición Especial sobre *El Consumidor Digital* en la Revista El Derecho en adhesión a las XXVIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, dirigida por Carlos Hernández, 19 de septiembre de 2022, Cita Digital: ED-MMMCDLXXXVII-254).

tas y orientando al cliente en forma genérica (por ejemplo, simplemente a través de un listado de preguntas frecuentes) y con relación a la situación en concreto.

.CONCLUSIONES

1. La órbita de la responsabilidad civil, especialmente considerada a través de sus diversas funciones de prevención, reparación y punición, se presenta como un fenómeno transversal, que no solo abarca diferentes ramas del derecho, sino también comprende los diversos entornos en los que la persona se desenvuelve.

2. Idéntica situación se plantea con relación a la obligación de informar y el marco de las relaciones de consumo, cuyos contenidos multiformes trascienden los vínculos y relaciones y se adaptan a los interlocutores y contextos en que se desenvuelven.

3. Asimismo, esta obligación de informar puede evidenciarse como una herramienta necesaria a los fines de prevenir la generación del daño en el entorno digital, no solo en su calidad agravada de obligación de advertir, sino a través del necesario incremento de su prestación, abarcando ya no el deber sino la obligación de consejo, recomendación o asesoramiento.

4. Y es que ante la existencia de desproporciones en la relación o el vínculo (lo que usualmente se configura en el marco de los entornos digitales, donde una de las partes es un neófito en la materia y se enfrenta generalmente a un profesional), el sujeto pasivo de la obligación de informar debe extremar los recaudos en su cumplimiento considerado puntualmente las subjetividades del sujeto activo de dicha obligación, lo que muchas veces evidencia que no bastará con que la información se encuentre a su disposición, siendo necesario además una orientación, consejo, recomendación, explicación o sugerencia cuyo incumplimiento generará efectos vinculantes.

Todo ello caracterizado como una obligación de resultados y de carácter netamente objetivo.

5. La posición que sustentamos se ve respaldada por el derecho positivo argentino a través del art. 1107 del CCyC, relativo a información sobre medios electrónicos (aunque limitado al marco de las relaciones de consumo), norma que demanda no solo que se informe sino también que el destinatario de dicha información la pueda comprender cabalmente, especialmente con relación a los riesgos derivados de su empleo.

6. De tal forma, la comprensión que se demanda en estos contextos exigirá que la obligación de informar se vea agravada, no solo abarcando el deber de advertencia, sino también comprendiendo el de consejo, sugerencia o asesoramiento agravado, especialmente considerando los mismos como relevantes herramientas a la hora de prevenir futuros daños (con fundamento también en la obligación de seguridad).

BIBLIOGRAFÍA

Libros

BIDART CAMPOS, Germán, Tratado elemental de Derecho Constitucional Argentino. Tomo 1, ed. Ediar, Buenos Aires, 1988.

BOCZKOWSKI, Pablo J. y MITCHELSTEIN, Eugenia; The Digital Environment: How we Live, Learn, Work, and Play now, Ed. The Mit Press, Cambridge, 2021.

CABANILLAS SÁNCHEZ, A; Las cargas del acreedor en el derecho civil y en el mercantil, ed. Montecorvo, Madrid, 1988.

CONGRESOS y JORNADAS NACIONALES DE DERECHO CIVIL, Ed. La Ley, Bs. As., 2005.

FABRE-MAGNAN, Muriel; De l´obligation d´information dans les contrats, L.G.D.J., Paris, 1992.

FRUSTAGLI, Sandra, Contratos en el Código Civil y Comercial de la Nación, dirigida por NICOLAU, Noemí L. y HERNÁNDEZ, Carlos, La Ley, Buenos Aires, 2018, p. 456.

HEDEMANN, J. W., Tratado de derecho civil. Derecho de las obligaciones, R.D.P., Madrid, 1958, vol. III.

MOLES, Abraham y ZELTMANN, Claude; La Comunicación y Los Mass Media, Ed. Bilbao, España, 1975, ISBN: 8427109482, pp. 136 y ss.

PÉREZ GARCÍA, Pedro Antonio; El deber de información en la contratación privada. En torno al deber de informar en la ley general para la defensa de los consumidores y usuarios, ed. del Ministerio de Sanidad y Consumo de España, Madrid, 1990.

RIPERT, Georges; La régle morale dans les obligations civiles, L.G.D.J., Paris 1949, n. 48.

SANTARELLI, Fulvio, Contrato y mercado, La Ley, Buenos Aires, 2018, p. 38.

STIGLITZ, Gabriel A. y STIGLITZ, Rubén S; Protección y defensa del consumidor. Ley 24.240, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1994.

VALLESPINOS, Carlos Gustavo y OSSOLA, Federico Alejandro; La obligación de informar en los contratos, Ed. Hammurabi, 1ed., Bs. As., 2010.

WEINGARTEN, Celia, Derechos en expectativa del consumidor, Astrea, Buenos Aires, 2004.

Capítulos de libros

CASIELLO, Juan José; "El deber de información precontractual", *Homenaje a Dalmacio Vélez Sarsfield*, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba, 2000, t. II, p. 44).

DOMONT-NAERT, Françoise; "Les relations entre professionnels et consommateurs en droit belge" en *La protection de la parteie faible dans les rapports contractuels*, L.G.D.J., Paris, 1996, N.º 9, p. 224.

JAPAZE, María Belén, "El derecho a la salud y a la seguridad del consumidor", en *Manual de derecho del consumidor*, RUSCONI, D., Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2015, p. 236.

MOLINA SANDOVAL, Carlos A.; "Reformas Sustanciales", en *Reforma a la Ley de Defensa del Consumidor*, director Roberto Vázquez Ferreyra, abril de 2008, ed. La Ley, Bs. As., p. 92.

PHILIPE, D. en "La bonne foi", rapport belge, en *Travaux de l´Association Henri Capitant*, tome XLIII, Litec, Paris, 1992, p. 64.

Artículos de revistas

ALEGRÍA, Héctor; *El Derecho Privado hoy y la innovación jurídica*, Bs. As., La Ley, 29/05/2013, Citar online: AR/DOC/2014/2013.

ÁLVAREZ LARRONDO, Federico; "Las responsabilidades de las celebridades por su participación en publicidades", *RCyS* Feb. 2010, año XII, N.º 2 pág. 53.

ANDORNO, Luis O.; *Las proyecciones del estatuto de defensa del consumidor en el derecho de daños*, JA 2004-III-874.

ARIAS, Carolina Isabel; GERSCOVICH, Carlos G., "Responsabilidad bancaria en entornos digitales", *RCCC* 2021 (septiembre), 5.

FALEIRO, Johanna Caterina y BAROCELLI, Sergio S.; *La protección del consumidor en el comercio electrónico. Un caso de responsabilidad de los intermediarios comerciales de Internet*, LL 2017B, 275.

FOSSACECA, Carlos Alberto y SABAT MARTÍNEZ; José María; "Responsabilidad en torno a la figura del *influencer*. Palpitando las Jornadas Nacionales de Derecho Civil"; en *Derecho, Innovación & Desarrollo Sustentable*, Revista de El Derecho, febrero 2024, Nro. 17, cita digital ED-V-CCCXLIX.707, entre otros).

IRIGOYEN TESTA, Matías; *Deber de información: derogación del artículo 4º de la Ley de Defensa del Consumidor*, LA LEY 28/11/2018, 1, Cita: TR LALEY AR/DOC/2512/2018.

LORENZETTI, Ricardo L.; *La responsabilidad precontractual como atribución de los riesgos de la negociación*, LL 1993-B-718.

MENDIETA, Ezequiel, "Reconocimiento Judicial de la categoría de Consumidor Hipervulnerable. A propósito de la resolución 139/2020", *Revista de Derecho del Consumidor*, 9, diciembre 2020, Cita: IJCMXXXVI26.

MENDIETA, Ezequiel, "Transporte aéreo, comercio electrónico y la protección del consumidor turista electrónico. Comentario al fallo 'Despegar.com.ar SA c. GCBA s/ recurso directo sobre resoluciones de defensa al consumidor", *Revista de Derecho del Consumidor*, 8, abril 2020, Cita: IJCMXII100.

MÜLER, Germán; "El deber de asesoramiento en el contrato de círculo de ahorro"; *JALitoral* 2024 (mayo), 1, Cita: TR LALEY AR/DOC/884/2024.

MÜLER, Germán, "Hacia el deber de asesoramiento a la persona consumidora", *RCCyC*, Año IX, N.º 5, octubre 2023, pp. 58 y ss.

NICOLAU, Noemí L.; "La tensión entre el sistema y el microsistema en el Derecho Privado", en *Revista de Estudios del Centro*, Universidad Nacional de Rosario, Facultad de Derecho, Centro de Investigaciones de Derecho Civil, N.º 2, 1997, p. 80.

PIZARRO, Ramón D.; "El deber de información en los contratos informáticos" en *Revista de Derecho Privado y Comunitario* N.º 3 Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1993, p. 215.

QUAGLIA, Marcelo C; *La dimensión constitucional del proceso de consumo*, LA LEY 08/08/2024, 1, Cita: TR LALEY AR/DOC/2000/2024.

QUAGLIA, Marcelo C.; "Relaciones que pueden suscitarse entre la inoponibilidad de la persona jurídica y la tutela de la persona consumidora (un supuesto de interseccionalidad jurídica)", *Revista Argentina de Derecho Societario* Nro. 26, abril 2024, Universidad Austral (director Dr. Sebastián Balbin, director ejecutivo: Dr. Emilio F. Moro), IJ Editores, 05/04/2024, IJ-V-CDLXXVIII-907.

QUAGLIA, Marcelo Carlos; "Vulnerabilidades 4.0: la figura del prosumidor", publicado en *RCCyC* 2022 (febrero), 15/02/2022, 54.

QUAGLIA, Marcelo C. y MUTILIENGO, Ma. Victoria; "Los principios de derecho del consumidor en el marco de los entornos digitales", Edición Especial sobre *El Consumidor Digital* en la Revista El Derecho en adhesión a las XXVIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, dirigida por Carlos Hernández, 19 de septiembre de 2022, Cita Digital: ED-MMMCDLXXXVII-254.

SOZZO, Gonzalo; "La posición sistémica actual del deber de información" en *Rev. De Derecho Privado y Comunitario* N.º 21 p. 382 (Jurisprudencia: comentarios críticos - Contratos) Cám. Nac. Apel. Civ. y Com., sala B, 5-2-99, Zunghiri, H. J. c/Sánchez, Carlos, J. A. del 2-6-99, pp. 53 y ss.

SOZZO, Gonzalo en "Publicidad y período precontractual" en el comentario al fallo Cám. Nac. Com., sala C, 01/01/1998, "Superintendencia de Administradoras de Fondos de Jubilaciones y Pensiones c/ Máxima AFJP" (ED 15-3-199), en *Revista de Derecho Privado y Comunitario* Nro. 20 "Seguros II", p. 299.

STIGLITZ, Rubén S.; *La obligación precontractual de información. El deber de consejo*, JA 1997-II-764.

STIGLITZ, Gabriel; HERNÁNDEZ, Carlos y BAROCELLI, Sebastián; *La protección del consumidor de Servicios Financieros y Bursátiles*, Cita online: TR LA LEY AR/DOC/2991/2015

VALLESPINOS, Carlos G. y OSSOLA, Federico Alejandro; "Obligaciones y deberes de informar (o comunicar) en el nuevo Código: la importancia de la teoría general", *RCCyC* 2015 (agosto), 141, TR LALEY AR/DOC/2486/2015.

Material de internet

BOCZKOWSKI, Pablo; Oxígeno Digital, https://www.youtube.com/watch?v=AgZzDFkE9x0, consultado el 31 de agosto de 2024.

FRÚGOLI, Martín A.; Análisis económico y conductual del Derecho (Behavioral Law & Economics, www.saij.gob.ar, Id SAIJ: DACF210109, consultado el 31 de agosto de 2024.

GARZINO, M. Constanza; La protección del consumidor hipervulnerable a través del "diálogo de fuentes" y la necesidad de una previsión equilibrada, ponencia presentada en el marco del XVII Congreso Argentino de Derecho del Consumidor (https://www.derechouns.com.ar/wp-content/uploads/2018/05/01-Garzino-Consumidores-hipervulnerables.pdf, consultado el 31 de agosto de 2024).

https://concepto.de/el-conocimiento-es-poder/#ixzz8kUtJX0EP, consultado el 31 de agosto de 2024.

https://www.forbes.com.mx/red-forbes-los-datos-son-el-nuevo-petroleo/, consultado el 31 de agosto de 2024.

https://www.infobae.com/america/tecno/2020/05/19/cuanto-te-llevaria-leer-todos-los-terminos-y-condiciones-de-las-aplicaciones-mas-populares-en-tu-celular/, consultado el 31 de agosto de 2024.

NAMÉN BAQUERO, Jeannette; BONILLA ALMANZA, Julio; PABÓN ALMANZA, Camilo y URIBE JIMÉNEZ, Iván David; "La obligación de información en las diferentes fases de la relación de consumo", en Revist@ e – Mercatoria, Volumen 8, Número 1 (2009), p. 1 (https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/3133602.pdf, consultado el 31 de agosto de 2024).

Jurisprudencia

C. 2ª Civ. y Com., sala II, "Prado".

C6ªCiv. y Com. Córdoba, "Garay Miguel Ángel c. Autoinversiones SRL - abreviado - cobro de pesos" - Expte. 6065730, 03/07/2018.

CCyC de Pergamino; "Piccardo, María Albertina c. Banco Santander Río S.A. s/ nulidad acto jurídico", 27/09/2022, Cita: TR LALEY AR/JUR/149929/2022.

CCyC de Sta. Fe, sala I, 26/03/2024 (NBSF S.A. c/ Sec. de Ccio. Interior de Sta. Fe y NBER c/ SCISF.

CNACAF, SALA IV, "Carrefour Argentina S.A. c/ Secretaría de Comercio e Inversiones - Disp. DNCI. 2135/96" - elDial - AH1DDF.

CNCom., sala C, 2002/02/22, "L'Donna S.R.L. c/ Saint Denis S.R.L." en RCyS 2003-603.

CSJ de Tucumán, 14/08/2019, "Asociación Mutual Asis c/ Cubilla".

Juzg. 1ra. Inst. Civil y Comercial 14ta. Nom., "Orfalli, Luciano y Otros c/ CEC FISHERTON S.A.", CUIJ 21-02955556-4.

LOS USUARIOS Y CONSUMIDORES COMO GARANTES DEMOCRÁTICOS FRENTE A LAS *FAKE NEWS*

POR TOMÁS MOJO *

Resumen:

El trabajo aborda el rol de la libertad informativa como garante democrático, enfatizando la posición trascendental de los usuarios y consumidores. Se exponen las tipologías de libertad existentes, marcando la importancia del valor jurisdiccional como mecanismo de resguardo republicano, particularmente en un contexto global de alta asequibilidad informativa y baja legitimidad intrínseca, alertando sobre las dificultades que al orden democrático llevan.

Palabras clave:

Fake news – Democracia – Derechos humanos – Información – Libertad.

THE ROLE OF USERS AND CONSUMERS AS DEMOCRATIC GUARDIANS AGAINST FAKE NEWS

Abstract:

This work addresses the role of freedom of information as a democratic guarantor, emphasizing the transcendent position of users and consumers. It outlines existing typologies of freedom, highlighting the importance of jurisdictional value as a republican safeguard mechanism, particularly in a global context of high information accessibility and low intrinsic legitimacy, warning of the challenges this poses to the democratic order.

Keywords:

Fake news – Democracy – Human Rights – Information – Freedom.

* Bachiller Universitario en Derecho (UBA), Abogado (UBA), Diploma de Honor (UBA). Especialista en Derecho Constitucional (UBA), Especialista en Delitos Económicos Complejos y Prevención del Lavado de Activos (ECAE) y Docente Universitario (UBA),Dirección electrónica: tomasmojo@derecho.uba.ar

INTRODUCCIÓN

Nuestro presente se encuentra marcado por numerosas tensiones propias de las sociedades modernas. La comunicación ha sido uno de los valores fundamentales de la vigencia democrática, aportando validez y trascendencia al valor verdad y permitiendo a quien detenta la titularidad de la soberanía, esto es, el pueblo, la posibilidad de expresarse, conocer las medidas que a su respecto se adopten y ejercer libremente sus derechos.

El constitucionalismo –y, consecuentemente, las constituciones– principalmente a partir del siglo XVIII, se ha visto impregnado por los influjos del movimiento liberal, al igual que la regulación de los mercados y la vida en sociedad. El valor de la libertad goza de autonomía intrínseca y se erige como un derecho polifacético: no nos referimos simplemente a la libertad como unidad gnoseológica, sino que lo hacemos como una universalidad conformada por múltiples aristas que convierten el bien jurídico primario en una concepción multipolar que requiere una efectiva tutela. Libertad implica locomoción, expresión, contratación, desplazamiento.

El mundo, particularmente en un contexto de amplio uso de tecnologías y globalización, tiene depositado en la libertad una universalidad de valores jurídicos que hace funcionar a las sociedades.

Esta implicancia de la modernidad no puede ser comprendida sino dentro de lo que autores han dado en llamar la cuarta revolución industrial [(1)] y nos referimos, en particular, al efecto producido por la informática. Hoy el mundo es conducido por numerosos mecanismos automatizados que han venido a modificar lo que Kunz [(2)] llamara paradigmas clásicos, es decir, generando una conceptualización completamente divergente de infinidad de sucesos, mecanismos y modalidades de interacción social. Hace algunos años era impensado poder contar con mecanismos portátiles que agilizaran la geolocalización internacional e hicieran posible que una familia que antes tardaba meses en comunicarse por vía epistolar lo haga en cuestión de segundos merced a la telecomunicación. La computación, internet, los teléfonos celulares y las redes sociales han hecho que la comunicación diera un giro copernicano respecto de la tríada clásica que conocemos entre emisor, mensaje y receptor. Ello produjo una conceptualización multipolar de intervención diversificada que tiene por sujetos emisores a conjuntos, por mensajes a contenidos encriptados, automatizados, carentes de contenido real y por receptores a entes ideales, jurídicos y hasta inexistentes. Hace algunos años, pensar que las comunicaciones jurisdiccionales se producirían por vía digital, que los magistrados firmarían sus

[(1)] Tales como Klaus Schwab, quien acuñó el término. En igual sentido se manifiestan H. Arnold, T. Weber, M. Beigl, G. Reihardt, entre otros (N. del A.)

[(2)] KUNZ, George, *The paradox of power and weakness: Levinas and an alternative paradigm of Psychology,* New York, State University of New York, 1998

sentencias empleando *tokens* y que sus sueldos serían percibidos –al igual que los honorarios de los letrados– por medios de pagos completamente digitales, carentes de necesidad de interacción subjetiva –como sucede con los mecanismos *contactless*–, hubiera parecido propio de una creación de mentes brillantes como la de Orson Wells.

Pero en el mundo de hoy las comunicaciones y sus interacciones han virado completamente. La digitalización –con eufemismos como la despapelización, la alfabetización digital, la modernización– son una realidad y la información no es extraña a ello.

Antiguamente la comunicación era concebida como una interacción entre un profesional del relato informativo –periodista– y un receptor. Esto ha variado a lo largo de los años, particularmente durante el siglo XX. Pasamos del consumo clásico del papel escrito –principalmente pegatinas, como las que inundaban París desde el siglo XVIII en los albores de la Revolución Francesa y fueron brillantemente inmortalizados por autores de la talla de Beraud [3]– a la radiofonía para hacer lugar luego a la televisión. Con posterioridad llegaron los portales digitales y hoy, un diario de la talla del New York Times no cuenta con edición escrita. Probablemente si se hubiera preguntado a H. Raymond y G. Jones hace más de 150 años cuando fundaron el periódico que cuenta con millones de lectores *–entradas únicas*– por día, no darían crédito de lo que logró la tecnología en tan solo una centuria y media [4].

Esta mutación drástica en materia comunicacional no es ajena al mundo del derecho. Bien sabido es que la ley regla aspectos de la interacción social y viene a conferir previsibilidad, seguridad y equilibrio a la vida en sociedad, asegurando la plena vigencia de los derechos y las garantías que el constituyente, como representación de una voluntad popular primigenia, ha plasmado en un texto escrito, las constituciones nacionales.

De todos modos, esta interacción entre la comunicación y el derecho ha tenido grises y complejidades a lo largo de su historia. Y son estas tensiones, precisamente, las que intentaremos abordar a lo largo de la presente reflexión.

I. LAS *FAKE NEWS*

Entonces nos preguntamos **¿qué son las** *fake news*? Si bien no contamos con una definición formal o legal dado que es un fenómeno que se ha proble-

[3] Obras como La Colonne Morris, de Jean Beraud, nombre que llevaban los espacios de publicación informativa popular (N. del A.).

[4] Actualmente el *New York Times,* según su propia información, tiene una circulación de más de 2 millones de ejemplares diarios según datos aportados al WAN-IFRA World Press Trend Report. El diario de mayor circulación global es el Yomiuri Shimbun de Japón (N. del A.).

matizado modernamente –más allá de su antigüedad–, podemos decir que es un anglicismo que define aquellas noticias o informaciones que careciendo de un basamento fáctico sobre el cual reposar son presentadas como tal con el objetivo de generar hostilidad o negatividad respecto de un tercero individual o colectivo. Además, están relacionadas íntimamente con las teorías conspirativas y son propias de la modernidad en tiempos de *posverdad*.

Existen distintas morfologías que pueden adoptar las *fake news*, partiendo de "noticias periodísticas" hasta propaganda política. Tienen por fin generar dos efectos esenciales en el público en general: distorsión o lesión de una verdad y, por otro, puesta en duda y crisis permanente de la comunicación tal como la conocemos.

A menudo la sátira es comprendida como *fake new*, pero nos permitimos disentir de dicha premisa desde que la sátira configura una modificación de un sustrato fáctico de manera deliberada, que es presentada como tal en un contexto determinado y tiene por voluntad la puesta en crisis de un pensamiento –generalmente político– mediante un discurso de sorna que es más asequible y de mayor inteligibilidad para los terceros.

Nos encontramos, entonces, ante postulados que son presentados como noticias, con visos de realidad –ya sea por su contextualización social, económica, política, etc.– que tienen por sujeto una personalidad, institución o tercero de relevancia social, política o institucional –por ejemplo, una persona famosa, un deportista de renombre, un primer mandatario, un magistrado, una institución o un país– y tienen por efecto la generación de un daño en la imagen y el honor de esas personas o grupo de personas o, en algunos casos, obtener un rédito de algún tipo –económico, discursivo, político, entre otros–.

En definitiva, son postulados presentados *como* noticias pero que carecen de todos los elementos que estas cuentan: fuentes, verificación, fidelidad a la realidad, relato circunstanciado, fiabilidad, entre otros caracteres propios del periodismo, base medular de la convivencia democrática.

Por ello, y si han existido desde la antigüedad, ¿por qué preocuparnos ahora? La preocupación toma lugar con motivo de la proliferación, asequibilidad y capacidad de adquisición de ellas por terceros.

Actualmente, la garantía de la libertad de expresión estructural –como veremos–permite que los sujetos vivan – y ejerzan– la *democracia informativa*. Esa facultad se vehiculiza a menudo mediante el uso –y abuso– de plataformas de interacción digital, las cuales adoptan diversas modalidades: medios de comunicación tradicionales donde los sujetos pueden tener una columna de opinión, *blogs* propiamente dichos que pertenezcan a la persona, sitios web personales –bitácoras de opinión, reflexión, etc.–, redes sociales –Facebook, Instagram, X, LinkedIn, TikTok, entre otras– y medios de intercambio de mensajes –WhatsApp, Telegram, Signal, Messenger, entre otros, dependiendo del país–. Si bien algunos de los agentes propietarios de estas plataformas han

intentado regular esta situación [5], ello se ha dado como corolario de algunas situaciones en extremo graves que luego serán abordadas.

Asimismo, las *fake news* tienen una teleología informativa determinada: minar la confianza del receptor del mensaje. Se invisibiliza el valor del emisor y su contenido y, dentro de la tríada clásica de la comunicación –emisor, mensaje, receptor–, el objetivo está puesto en el segundo de ellos, rompiendo la estructura de confianza y base de realidad, la que se ve alterada por una información presentada como verdad, aunque no lo sea.

Las noticias falsas, en definitiva, minan la confianza en el discurso bajo la aplicación de mecanismos de distorsión comunicacional y generan, de manera inmediata, un significativo aumento en la vulnerabilidad del sujeto o la institución apuntada.

Este mecanismo, como dijéramos, se trata ni más ni menos que de una técnica o herramienta de retórica clásica *–argumentum ad hominem–* que ya era empleada en la Antigua Grecia. El problema es que la verificación de la información –así como su producción– en la actualidad resulta en extremo dificultosa dado que existen diversos medios de aplicación de la noticia.

Es por ello, y bien sabido es, que las matrices regulatorias siempre generan una limitación, y dicho acortamiento en la extensión de las potestades debe ser mensurada en extremo de manera cautelosa, principalmente para no generar un detrimento no querido en la extensión de la democracia. Derecho e información son garantes de su vigencia: un pueblo que conoce sus derechos y los hace valer es un pueblo que vive democráticamente.

Los gobiernos –aunque también los privados– han intentado generar mecanismos de limitación de la información con el objeto de distorsionar el ejercicio del poder y violentar las autonomías personales en pos de esa desviación que John Acton llamara "absoluta" [6].

Nos enfrentamos a una interacción normativa de tipo protectoria: el derecho viene a conferir un marco de seguridad a los usuarios y consumidores en tanto informados, a los periodistas y sus fuentes en tanto profesionales y, también a los gobiernos, en tanto democracias, que deben hacer saber a sus súbditos los actos de gobierno adoptados, sea cual fuere la esfera de aplicación del poder en que se actúen, es decir, ejecutiva, judicial o legislativa.

Y es aquí que irrumpen las necesarias preguntas ¿son las *fake news*, noticias falsas, una lesión a la democracia? ¿Puede la información, que el derecho

[5] Nos referimos a medidas como las adoptadas por Google. Facebook, WhatsApp o X, entre otras (https://www.perfil.com/noticias/equipo-de-investigacion/campana-facebook-instagram-whatsapp-twitter-google-virus-fake-news.phtml) mediante el uso de *bots* o *stories* en sus redes sociales que contienen información o avisos sobre conflictos de salud pública como el COVID-19

[6] Nos referimos a la denominada *dictum de Acton* que postula que el poder corrompe y el poder absoluto corrompe absolutamente. Esta fue acuñada a fines del Siglo XIX (N. del A.).

protege, convertirse en perniciosa para el propio entramado institucional? ¿Es dable punir la desviación informativa o nos encontramos frente a un conflicto de libertades? Las preguntas son numerosas, innumerables podríamos aventurar, pero intentaremos desandarlas.

En un mundo donde las noticias falsas proliferan generando daños sociales, económicos y culturales de difícil cuantificación es deber de los operadores jurídicos preguntarse cuál es el rol de su materia al respecto.

Las noticias falsas –*fake news*– constituyen un complejo entramado discursivo que atenta contra la democracia. Sus productores emplean las protecciones clásicas de los influjos libertarios constitucionales con el objetivo de tornar permeable la producción de contenidos maliciosos, lesivos y dañosos de la subjetividad intrínseca del sujeto que en verdad debe protegerse. En prieta síntesis configuran una lesión ampliamente extendida a la vida democrática y la coexistencia, por lo que es nuestro deber generar mecanismos que nos orienten a una verdadera democracia comunicacional y aplicar los existentes con el objeto de resguardarla y garantizarla.

Las *fake news* nos traen una *realidad irreal* y solo el derecho puede reestablecer un marco de existencia concreto sin minar el valor verdad, generando una verdadera problemática en cuanto a la capacidad de creación de una realidad semántica por parte de grupos de poder que tiene capacidad de influencia y modificación fáctica de la realidad. Lo que conocemos vulgarmente como "*relato*", frecuente en el entramado político-discursivo.

Las noticias falsas han venido a proponer un nuevo desafío a las sociedades en su faz regulatoria y es una obligación de los juristas generar un entramado normativo que permita acompañar los cambios necesarios que garanticen la plena y máxima vigencia de la libertad de expresión, piedra angular de la democracia, a la par que impidan la creación de una ficción fáctica que atente contra la representatividad real propiamente dicha.

Una sociedad democrática requiere la existencia de medios de comunicación de amplio acceso ya sea desde la faz productiva como de consumo donde el público pueda expresar sus opiniones. La comunicación –las noticias, en su faz práctica– suponen uno de los vehículos de las democracias modernas y sus mecanismos de producción y promoción se han visto alterados de modo negativo en los últimos años.

Un pueblo informado es un pueblo donde la democracia tiene una tangibilidad intrínseca superior desde que no solo conoce los actos emanados de los representantes –sea cual fuere el poder en cuestión– sino que además lo lleva a poder cuestionar y, en definitiva, elegir una representación política que se adecúe al plan de vida que él o ella y su grupo familiar o núcleo primario decidieron llevar adelante. *La comunicación implica libertad de elección*.

Aquí es trascendental comprender que cuando hablamos de acceso a la información lo hacemos desde el punto de vista del consumo como derecho humano. El acceso al entramado informativo, su producción y dispersión, son

nodos esenciales de la coexistencia poblacional y requieren una tutela permisiva desde todo punto de vista.

Siguiendo dicha tesitura también podemos sostener que la comunicación está íntimamente relacionada con la soberanía. Si bien el ejercicio es detentado por un grupo de personas temporalmente circunstancial, su residencia permanente es en el pueblo y el modo que sus integrantes tienen para medir la calidad y consistencia de los actos adoptados se relaciona con las facultades de comunicación, las que deben ser libres de toda incidencia externa pública o privada.

Por eso podemos afirmar que la comunicación es un conflicto de soberanía. Si decidimos vivir en una democracia donde la soberanía reside en el pueblo lo cierto es que la viabilidad comunicacional es el medio merced el cual dicha democracia aumenta sustancialmente su calidad.

Esto nos lleva a pensar un segundo postulado: *cuanto más sólida es la garantía comunicacional en materia de libertad de expresión estructural, mayor es la vigencia democrática*.

II. EL ACCESO A LA INFORMACIÓN COMO DERECHO HUMANO

Derecho y conflictividad son dos vocablos que tienen una vinculación de larga data. El primero ha intentado regular al segundo históricamente con el objetivo de generar puentes de convivencia. Brinda un marco de actuación que prevé soluciones al segundo, cuando colisiona entre potestades intrínsecas que dos facciones se adjudican.

Es probable que siempre que hablemos de derechos también lo hagamos de tensiones, de limitaciones, reconocimientos. Se trata de núcleos con un valor jurídico socialmente asignado que se encuentran, colisionan y requieren un reconocimiento en su extensión generando un mérito –o demérito– en torno a un sujeto o grupo de ellos. Ese es el objetivo de la función jurisdiccional: encontrar una respuesta a una controversia entre posiciones opuestas que hacen valer una interpretación particular en cuanto a la adjudicación y extensión de una potestad que consideran propia.

Tal vez sea este acontecer el que hace que el derecho en su faz práctica, en el ejercicio profesional –sea en el plano legislativo, en el jurisdiccional o en el ejecutivo de desarrollo de políticas públicas– genere asimetrías, descreimientos y conflictos. Es probable que el hecho de afirmar la razón de una posición frente a la otra, lo que siempre genera disconformidad, violente la credibilidad del sujeto que se somete a un tercero imparcial que viene a poner fin al pleito.

Partimos de pactos sociales que nos permiten reconocernos como pares. Estas ficciones de mutuo reconocimiento son imprescindibles para generar un orden social que cohesione la funcionalidad humana. Si tomamos como ejemplo la Declaración Universal de Derechos Humanos, encontraremos una creación normativa que sustenta la vida en democracia: nos hace partir de la base

que todos nacemos libres e iguales [7]. Esto es una construcción, una posición, que otorga el punto de partida para el mutuo reconocimiento de la extensión de los derechos y permite dar funcionalidad al sistema. Nunca, ni siquiera dos personas nacidas en un mismo seno familiar, son absolutamente libres y/o iguales: cada una tendrá sus limitaciones –físicas, psíquicas, económicas, sociales– y el derecho las coloca en un plano de igualdad ficta con el objetivo de permitirles, en la vida democrática, gozar de una posición igualitaria en relación de alteridad con los demás sujetos jurídicos.

El derecho, en definitiva, le facilita el ejercicio de la función jurídico normativa más ello no implicaría hacer creer al operador jurídico que no se trata de una construcción social, dado que sostener lo contrario importaría negar la individualidad, la creación personal y la facultad del individuo de guiar sus pasos conforme su plan de vida [8].

Siguiendo la construcción temporal de la teoría filosófica alemana, en cabeza de Hegel [9], si entendemos al tiempo como una continuidad, podemos afirmar que existen *tiempos de derechos*, como el renombrado Norberto Bobbio titulara a una de sus más brillantes obras. Esta temporalidad, este devenir histórico-normativo, está asociado a dos funciones: por un lado hacemos referencia a una temporalidad histórica, fáctica, una construcción de carácter cronológica colmada de circunstancias objetivas, actos y causas con sus respectivas consecuencias que han hecho que el derecho avance en una concatenación de reconocimientos y ampliaciones y, por otro lado, tenemos que comprender que ese avance se produce a la luz del surgimiento de nuevas tensiones jurídicas, conflictividades emergentes que proponen una atención particular en circunstancias específicas, tal como sucede en materia comunicacional con las noticias falsas.

Entonces podemos decir que nos enfrentamos a dos tiempos complementarios: el del reconocimiento paulatino y progresivo de derechos que tiene impacto predominantemente en las mayorías y, por otro, el surgimiento de tensiones que cambian la focalidad para producir nuevas formas de reconocimiento, vigencia y fortalecimiento de las minorías que las integran, cuyos derechos pueden verse vulnerados en los avances precitados. Se trata de una relación complementaria: el reconocimiento del derecho de las mayorías hace necesaria la protección de las minorías, excluidas de ese avance o, precisamente, surgidas a la luz de él. Damos un ejemplo práctico: el reconocimiento de la libertad de comercio y asociación, postulado clásico del

[7] Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 1°.

[8] El movimiento de publicización del derecho privado ha hecho que, incluso, el Código Civil y Comercial de la Nación Argentina (art. 1738) haga referencia a la protección del proyecto de vida. En igual sentido se expresan instrumentos internacionales de derechos humanos como el Pacto de San José de Costa Rica (N. del A.).

[9] LITVINOFF, Diego, *El concepto de Historia de Hegel a Marx*, XII Jornadas Departamentos de Historia, Universidad Nacional del Comahue, 2009.

liberalismo jurídico, permitió crear consorcios multinacionales de provisión de servicios.

Ahora bien, la posición dominante de estos hizo necesario generar un marco de actuación de defensa de la competencia –respecto de sus iguales– pero fundamentalmente un derecho de protección de los usuarios y consumidores que se ven quebrantados en su reconocimiento jurídico por su capacidad y presencia en el entramado normativo.

Volviendo a Bobbio, es él quien nos dice que los derechos fundamentales o derechos humanos son derechos históricos [10]. El autor toma como punto fundacional en perspectiva el inicio de la Edad Moderna y la concepción individualista de la sociedad, convirtiéndose en uno de los indicadores principales del progreso histórico.

Compartimos que "… una definición de qué son los derechos humanos jamás puede ser exhaustiva en sentido geográfico (es decir, para cualquier lugar del mundo), ni en el sentido histórico (o sea, para toda época), ni en el filosófico y ni siquiera en el jurídico, ya que, sin desconocer el principio de universalidad al que más abajo nos referiremos, la elaboración del concepto en sí siempre va a estar incluida por el entorno en que se desempeña el autor de la definición*"* [11].

En síntesis, hemos estado hablando de un movimiento jurídico denominado constitucionalismo, el cual ha permitido diversas conquistas y avances en materia de derechos fundamentales. Es por ello que el principio de progresividad y no regresividad se erigen como valores esenciales que impiden vulnerar el "piso" de derechos acordado.

Sostiene Nikken que "... el principio de progresividad es de gran importancia en la protección de los derechos colectivos como derechos humanos al interior de la jurisdicción […]. En virtud de los mandatos constitucionales, las instituciones del Estado deben buscar el desarrollo y el fortalecimiento de los recursos de los que disponen los ciudadanos para ver materializados los deberes y las obligaciones del Estado frente a ellos, a través de medios eficaces y eficientes, con un enfoque progresista en lugar de una regresividad en la implementación de mecanismos de protección, que garanticen un acceso a la jurisdicción y un fallo judicial efectivo" [12].

De todos modos, si seguimos dicha premisa, lo cierto es que el último de los *tiempos* al que hemos hecho referencia está caracterizado por los derechos de incidencia colectiva. La protección del medioambiente, así como los derechos de los usuarios y consumidores se han convertido en una realidad

[10] BOBBIO, Norberto *El tiempo de los derechos*, Ed. Sistema, Madrid, 1991

[11] MANILI, Pablo, *Manual de Derechos Humanos*, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2017

[12] NIKKEN Pedro, *La protección internacional de los derechos humanos -su desarrollo progresivo-*, Madrid, Civitas, 1967

constitucional que, a partir de finales de la década de 1980, ha tenido impacto en los textos fundamentales.

El conflicto estriba en que "... mientras la ciencia jurídica avanza con la incorporación de los derechos humanos como preocupación y objeto de estudio, las formas de vulnerarlos y desnaturalizarlos se diversifican, se hacen más sutiles. El progreso técnico-científico y el desarrollo industrial amenazan destruir el planeta en que habitamos, lo cual motiva el surgimiento de la formulación de un derecho al medio ambiente sano y su correlato de un consumo también sustentable..." [13].

Esa lesividad a la que hemos aludido es la más conflictiva desde que la vulneración de derechos no solo resulta irreparable en numerosos casos, sino que además demuestra la asimetría existente de la que se valen aquellos que detentan una posición de mayor fortaleza o preponderancia frente a los demás, lugar que el derecho está encargado de regular con fines protectorios. Es por ello, incluso en el derecho argentino, que las garantías procesales constitucionales como el amparo se encuentran en el mismo articulado, desde que "...la denuncia de incumplimientos o amenazas sobre derechos y garantías fundamentales es el objeto a esclarecer..." [14], espacio procesal donde cobra mayor vigencia la función a la que venimos haciendo referencia.

Se ha dicho que hoy nos encontramos ante una nueva temporalidad y esta viene dada por la informática. Pero aquí nos permitimos formular una precisión semántica en torno al vocablo. A nuestro entender, esta relación inescindible entre el último tiempo expresado y el anterior tiene que ver con la *información*. No hablamos simplemente de la informática, sino que en la última generación lo que se ha venido protegiendo es la información, sea cual sea la faz en la cual la comprendamos.

Señala Sabsay, citando a Dalla Vía, que cuando hacemos referencia a los derechos de incidencia colectiva, que como dijéramos en el caso de la Constitución Nacional Argentina se han consagrado primordialmente en el artículo 42, "…los valores jurídicos protegidos por esta disposición son la salud, la seguridad y el patrimonio de usuarios y consumidores a quienes el Estado busca proteger mediante el control del derecho a una *información veraz*, en especial cuando se trata de medio de propaganda. La norma intenta establecer una igualdad real en las condiciones jurídicas de las relaciones sociales (igualdad sustancial) y a establecer las bases de una sociedad más equilibrada, asegurando la protección del mercado y la competencia…" [15] (el destacado nos pertenece).

[13] TAMBUSSI, Carlos., *Los derechos de usuarios y consumidores son derechos humanos*, en Lex - Revista de la Facultad de Derecho y Ciencia Política, vol. 12, núm. 13, UAP, Perú, 2014

[14] GOZAINI, Osvaldo., *Derecho Procesal Constitucional*, Primera Parte, Principios Generales del Derecho Procesal Constitucional. Apuntes de la Carrera de Especialización en Derecho Constitucional (F. Derecho-UBA)

[15] SABSAY, Daniel, *Manual de derecho constitucional*, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2015

Esta cita encierra la condensación de lo que venimos trazando previamente: este último es el tiempo de la protección de la información, la cual debe ser veraz, dado que ello guarda una relación sustancial con la democracia y la forma de administración de la vida social en su conjunto.

Cuando hablamos de noticias, sean falsas o no, en verdad de lo que hablamos es de información, eje medular de la democracia que garantiza y oxigena la vida republicana.

Por tanto, el acceso a la información no solo abarca la garantía de poder hacerse del núcleo informativo *per se* –incluso entendido en sentido amplio– sino que principalmente debe garantizar toda la cadena comunicacional abarcando no solo la posibilidad, por ejemplo, de acceder libremente a los medios de comunicación y las redes sociales –como no sucede en muchos países–, sino que el contenido intrínseco de los postulados goce de legitimidad, generando mecanismos de asequibilidad en torno a la posibilidad de acción informativa y el modo en que ello repercute en la vida cotidiana de los sujetos.

No podemos más que afirmar el carácter de derecho fundamental del acceso a la información, en tanto entendida como precedentemente se afirmó, constituye una de las piedras angulares de la democracia republicana, no solo como medio de información, sino como ejercicio de control del poder de turno.

III. USUARIOS Y CONSUMIDORES

La concurrencia de oferentes y demandantes en el mercado clásico está garantizada por la producción de la infraestructura estatal –caminos, escuelas, administración de justicia, seguridad– y esa concurrencia se produce en la medida de la voluntad y posibilidades de los sujetos. Cuando existe una distorsión –natural o no– es función del Estado regular su existencia. A ello lo llamamos defensa de la competencia y el sujeto más débil en esa relación es siempre el consumidor.

En materia comunicacional sucede algo igual: el mercado informativo es infinito y la condicionalidad de acceso viene dada por las facultades de incorporación de oferentes y demandantes. Si lo deseo consumo redes sociales, sistemas de mensajería instantánea o un diario, sino no. Ahora bien, esa concurrencia pertenece a un mundo no solo ideal, sino privado, donde la regulación estatal suele estar ausente, por ser una convención entre privados. Servidores, buscadores, todos son privados.

Hasta aquí no avizoramos el conflicto, pero se produce cuando existen elementos informáticos que hacen que esa concurrencia a un "mercado informativo perfecto" se convierta en imperfecto. A tal fin contamos con dos instrumentos que son de esencial participación: los *bots* y los *trolls*. En el primero de los casos nos referimos a un término de la jerga informática que tiene por sentido definir a programas –*softwares*– automatizados que cumplen órdenes prerealizadas ante supuestos lógicos. Suelen ser tareas sistémicas, reiterativas o permanentes que funcionan con esquemas simples de activación. Es un me-

canismo lógico que responde a condiciones predeterminadas: si *p* entonces *q* y eso permite una respuesta orientada ante una orden.

La ventaja del uso de *bots* es que reemplaza el empleo de humanos y tienen la facultad de intervenir directamente en la totalidad del universo informativo. Para tener un marco de referencia, según la empresa X un 15% de sus usuarios son *bots* [16], es decir, programas que mediante algoritmos pueden dar respuestas que parecen "humanas" y dan visos de realidad a un contenido inexistente. Lo mismo sucede cuando intentamos comunicarnos con una prestataria de servicios al público que antiguamente era un o una operador u operadora y hoy son robots con capacidad de dialogar hasta por horas con preguntas y respuestas condicionadas preacordadas por su creador.

De todos modos, los mecanismos de inteligencia artificial no son solo perniciosos. En muchos países [17] se han desarrollado entrevistas a sobrevivientes del Holocausto donde se graba un número dado de preguntas –entre 500 y 1000– y, en un futuro, cuando la persona fallezca, un tercero podrá interactuar con este a fin de conocer relatos sobre su vida privada mediante el uso de dispositivos digitales [18].

Por el otro lado nos encontramos frente a su complemento: los *trolls*. En la jerga de internet, un *troll* es aquel que contraviene permanentemente –llegando al discurso de odio o al acoso, en numerosos casos– a un sujeto. Un ejemplo muy común es alguien que se expresa contra un político y luego cientos de miles de usuarios –a menudo *bots*– inundan sus redes con agresiones, amenazas, insultos.

Los *trolls* son provocativos y en muchos casos son reales, más el empleo de estos en consonancia con los *bots* –es decir *bot trolls*– producen un ejército de falsas personas –asimilables a la inteligencia artificial– que pueden o bien desperdigar una información con visos de realidad en cuestión de segundos a cientos de millones de personas o, por otro lado, atacar a una persona con el mero objeto de dañar su honra, reputación o psiquis. En esencia, este fin dañoso es el gran cometido de las *fake news*.

Tal como hemos afirmado previamente, este tiempo de derechos se ha caracterizado por el rol que los usuarios y consumidores han tomado en la vida social. Hoy no entendemos a estos como simples mecanismos orgánico-funcionales, sino como una piedra angular del ejercicio democrático, pasando de un rol de debilidad institucional en la relación de alteridad, a un rol de tutela permanente por parte de las instituciones públicas, siendo precisamente la contracara de *bots* y *trolls*.

[16] https://www.elmundo.es/tecnologia/2017/03/15/58c81891e5fdea634b8b45f1.html

[17] Argentina, Estados Unidos, Francia, entre otros. Principalmente se ha hecho en fundaciones relacionadas a la preservación de la memoria tal como Museos y Memoriales.

[18] Esto funciona en la actualidad y es muy productivo desde que da por tierra con los negacionistas y permiten prevalecer la memoria en un mundo donde cada día hay menos sobrevivientes del Holocausto.

Esta mirada amplia del consumidor, con las correspondientes garantías constitucionales que el derecho le ha reconocido de forma rápida y expedita, constituye una de las formas más genuinas de la garantía democrática. Y la información, precisamente, no es ajena a este consumo popular, encontrándose en igualdad de condiciones el sujeto frente al entramado discursivo, siendo fundamental la defensa férrea de su libertad de expresión en todas sus fases, como seguidamente explicaremos.

IV. LAS TRES LIBERTADES DE EXPRESIÓN

La libertad de expresión es la piedra angular de los sistemas democráticos, permitiendo garantizar la igualdad y la vida en sociedad tal como la conocemos. Obviamente, se trata de una relación género-especie para con la libertad, y allí radica la importancia de su explicación previa.

Hablar de libertad de expresión implica hacer referencia a los contrapuntos de diversos aspectos que el derecho ha reglado a nivel internacional, permite explicar la vigencia y extensión de esos derechos y, en particular, su difusión, conocimiento y aplicación.

Ratifica lo antedicho la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina cuando señala que "... con respecto a la libertad de expresión, esta Corte ha declarado en forma reiterada el lugar eminente que ella tiene en un régimen republicano". En este sentido ha dicho desde antiguo que "... entre las libertades que la Constitución Nacional consagra, la de prensa es una de las que posee mayor entidad, al extremo de que sin su debido resguardo existiría tan solo una democracia desmedrada o puramente nominal...". *(Fallos: 248:291, 325)* [19].

Sostenía el maestro Bidart Campos [20] que la libertad de expresión "… es el derecho a hacer público, a transmitir, a difundir y a exteriorizar un conjunto de ideas, opiniones, críticas, imágenes, creencias, etc., a través de cualquier medio: oralmente, mediante símbolos y gestos; en forma escrita, a través de la radio, el cine, el teatro, la televisión, etc.". Nuestro grandioso jurista, desgraciadamente, no llegó a poder imaginar las condiciones que la tecnología impondría a las esferas comunicacionales.

Siguiendo esta estructura de pensamiento bidimensional en torno a la libertad de expresión y partiendo de la tesis formulada por Saba [21] en torno a las tres formas de igualdad, entendemos que en materia comunicacional y expresiva, existen tres dimensiones del derecho a la libertad de expresión: la expresión formal, la material y la estructural.

[19] CS, Fallos 331: 1530.

[20] BIDART CAMPOS, Germán., *Manual de la Constitución Reformada*, T II, Ed. Ediar, Buenos Aires, 1997.

[21] SABA, Roberto, *(Des) Igualdad estructural*, en *Visiones de la Constitución*, Amaya J. (ed.), UCES, 2004.

La *libertad de expresión formal* es aquella que permite a los sujetos expresarse libremente desde y en su fuero íntimo, esto es, en el núcleo primario, sin turbaciones ni represiones de algún tipo, consagrando el sentido más esencial del derecho a la expresión y teniendo en consideración la libertad de pensamiento como faz autónoma del sujeto que le permite vivir en sociedad.

Este aspecto es el más simple de defender y comprender, desde que importa una defensa de más fácil ejercicio incluso ante un contexto adverso. Se trata de un supuesto prácticamente colindante con la libertad de pensamiento. De hecho, podemos esgrimir que es la faz posterior: tal como acontece en el derecho penal, luego de la ideación, el desencadenante que concomita es la conducta. La libertad de expresión formal está dada, a nuestro juicio, por la capacidad de formulación personal y extrapolación de ese saber o entender fruto de la actividad cerebral que se expresa *ínter pares*, ya sea por un medio de comunicación, de modo oral o artístico.

Es decir que nos encontramos frente a la faz *productora* de la información y la capacidad que los sujetos tenemos de compartirla con terceros, piedra angular del entramado democrático.

Por otro lado, un segundo elemento estaría dado por la *libertad de expresión material.* Está configurada por el acceso y conocimiento de los sucesos que rodean la vida de las personas. Es la contracara de la libertad formal, dado que es la capacidad del sujeto de acceder a la producción informativa –sea una opinión, un relato de la libertad, etc.– de manera que pueda, incluso, generar un marco de entendimiento y unión o disidencia con quienes confluyen en una línea de pensamiento particular.

La existencia de la prensa escrita –otrora pegatinas callejeras, hoy *e-books* y diarios en formato digital– permitió el conocimiento de los sucesos en diversos puntos y latitudes. Antiguamente, la información solo obraba en poder de quien ejercía el poder de turno. La publicidad de los actos de gobierno residía en las bibliotecas, lejos del público y su capacidad de comprensión, desde que el analfabetismo y la imposibilidad de acceso eran la constante en las poblaciones.

La paulatina alfabetización hizo que, por ejemplo, dichos actos tuvieran su representación formal en lo que hoy conocemos como Boletín Oficial –Gaceta, Diario, etc., dependiendo del país– que permite a cualquier ciudadano acceder a la información respecto de los tres poderes del Estado. Incluso al día de hoy dicha información se encuentra digitalmente disponible y es asequible.

Esta libertad de expresión material es la que permite a los sujetos el mero acceso a la información ya sea por vías convencionales como lo son los libros, diarios y revistas o, más modernamente, mediante las redes sociales, las publicaciones digitales y los medios tecnológicos de reproducción tales como plataformas de video y comunicación. Y es, obviamente, abarcativa del derecho a la información pública, previamente citado.

El acceso a la información pública es una potestad de los gobernados que implica la facultad de acceder de manera irrestricta –con las limitaciones que la seguridad nacional y demás premisas normativas como los secretos fiscales o bancarios imponen para no poner en peligro la vida democrática siempre en una mínima extensión, es decir, como *ultima ratio*– a toda información, sea de carácter privada o pública, siempre que exista una relación de alteridad estatal, esto es, que reciban fondos públicos o ejerzan cargos de igual tenor. Obviamente, el límite de ello viene dado por el derecho a la intimidad en la esfera de reserva.

Entonces podemos observar cómo en ese acceso a la información, segundo eslabón de la relación en la materia, importan no solo la capacidad fáctica sino la no existencia de medios alternativos que puedan sesgar o reducir el influjo informativo del que abrevan los ciudadanos. La libertad de expresión material es aquella que garantiza el acceso a la información de manera irrestricta y sin limitaciones, con la extensión referida.

Ahora bien, hasta aquí nos hemos referido a las dos caras de un mismo derecho: la producción y difusión de ideas, de un lado, y del otro la capacidad de acceso a ella, nodos esenciales de la vida democrática que garantizan el republicanismo. A mayor abundamiento podemos decir que "…desde el punto de vista del bien jurídico protegido como ya hemos visto, la libertad de expresión tiende a sustentar una serie de contenidos que se relacionan, por un lado, con la vigencia del sistema democrático en su conjunto. Por el otro, observando la cuestión desde la esfera individual, se aspira a apoyar el acceso a la instrucción, a la información, a los más variados intercambios entre los seres humanos en el campo del conocimiento, etc." [(22)].

Por eso, llegados a este punto, nos adentramos al último de los eslabones de este complejo entramado jurídico y es la que podemos denominar *libertad de expresión estructural*.

La libertad de expresión estructural hace referencia a dos cuestiones básicas: la capacidad *real* de acceso a la información y, por otro lado, el valor de verdad intrínseco de esta. En otras palabras: la libertad de expresión estructural garantiza que todos puedan acceder efectivamente a todos los discursos existentes y que gocen de veracidad intrínseca, esto es, que no se trate de tergiversaciones malintencionadas, discursos de odio y demás violaciones flagrantes a los derechos humanos.

Esto, indefectiblemente, está relacionado con la capacidad productiva de los sujetos, su intervención en un mercado informativo que se supone perfecto –en términos monetaristas– y que permitiría, *prima facie*, poder acceder a todo tipo de contenido y producción. Esto implica eliminar las barreras formales e informales de acceso a la información para equilibrar el saber y la capacidad performativa de los sujetos de desarrollar sus vidas conforme su proyecto.

[(22)] SABSAY, Daniel., *La libertad de expresión y la prensa. Su importancia para el Estado de derecho*,

Aquí hablamos de libertad de expresión en términos de democracia. Cuando nos referimos a ello nos enfrentamos a dos tipos de *barreras* o limitantes: las formales y las informales o no tradicionales. Las primeras están dadas por las capacidades de limitación que pueden ser ejercidas por terceros, ya sea de entidad pública como privada, mientras que las segundas son aquellas barreras que tal como acontece en materia aduanera, no suponen una limitación expresa, pero se terminan convirtiendo en tales.

En el primer grupo nos encontramos con leyes que limitan el acceso bajo premisas o eufemismos de garantizar derechos como la propiedad [23]. También es frecuente encontrar gobiernos que impiden el uso de plataformas de búsqueda de información [24] o bien de manera omisiva –comisión por omisión, en otros términos– aquellos supuestos donde la inexistencia de una ley que permita acceder a la información haga imposible su posesión [25].

Por otro lado, contamos con limitantes de tipo informal o no tradicionales que amén de las barreras lingüísticas –incluso el analfabetismo– tienen que ver en muchos casos con previsiones tecnológicas de acceso a un medio informático, a internet o a un dispositivo móvil que permita formular opiniones, acceder a las de terceros o las de carácter público de manera indiscriminada, democrática y amplia.

Hemos dejado la capacidad interior de los sujetos para hablar de condicionalidades *estructurales*. Al igual que sucede con la infraestructura estatal cuya carencia impide el desarrollo, la comunicación o el acceso a productos, lo mismo sucede con las limitantes estructurales a la información: también impiden el desarrollo.

Hoy los ciudadanos son productores de información y contenidos, tarea que antiguamente solo estaba relacionada con los profesionales de la comunicación, los periodistas. En nuestros días un fotógrafo ocasional se convierte en multipremiado o testigo ocular de un delito y, del mismo modo tiene la facultad de contar con plataformas de interacción digitales de carácter gratuito que permiten producir, intercambiar y recibir información, tal como sucede en espacios como *blogger* o *WordPress*.

La catalización del conocimiento merced a los motores de búsqueda –Google, etc.– permiten acceder a la información de modo indiscriminado, pero el conflicto viene dado porque esto no es tan así: la existencia de algoritmos y programaciones específicas hacen que los vectores de viabilidad y

[23] Aquí podemos mencionar leyes como la SOPA (Stop Online Piracy Act) de Estados Unidos en 2011, que suscitó gran controversia a nivel internacional. Lo mismo sucedió con la ley PIPA (Preventing Real Online Threats to Economic Creativity and Theft of Intellectual Property Act).

[24] Por ejemplo, en la República Popular China el motor de búsqueda es Baidu, encontrándose limitados otros motores de búsqueda en su extensión.

[25] Hoy la República Argentina cuenta con la ley 27.275 de acceso a la información pública que regula expresamente estas conflictividades.

circulación informativa se encuentren direccionados respondiendo a lógicas de consumo, intereses económicos o partidarios. Esto es, en definitiva, una flagrante violación a los derechos humanos de incidencia colectiva en su faz de consumo, desde el punto de vista del derecho a la información del consumidor.

Cuando hablamos de consumo no efectuamos juicios valorativos respecto del objeto que la relación asienta, por lo que la información también constituye un elemento que goza de tal carácter. Ahora bien, ello no obsta la posibilidad de formular un juicio valorativo respecto del valor verdad que contiene, dado que ello encuentra conexidad directa con la democracia y el respeto al trato equitativo y digno al consumidor [(26)].

Si bien hoy contar con conexión digital a internet resulta de mayor asequibilidad, incluso en contextos de gran dificultad económica, tecnológica y social, lo cierto es que la capacidad de producir contenido y que sea realmente pasible de ser consumido no goza de igual facilidad.

Por otro lado, el eslabón continente de la estructuralidad viene dado por la sustancia intrínseca de la información. No se trata meramente de creación de contenido y posibilidad de acceso, sino que de lo que hablamos aquí es de *verdadera* información, y es el valor verdad en términos jurídicos el que cobra vigencia en tal sentido. Necesitamos que la democracia comunicacional sea verdaderamente sustancial, es decir, que no se acabe en la formalidad productiva o materialidad de consumo, sino que sea información verídica, fiable y democráticamente accesible sin condicionamientos directos o indirectos de ningún tipo. La libertad de expresión estructural es una parte esencial de la vida democrática y garantiza el republicanismo como morfología organizativa de coexistencia social pacífica.

V. EL ROL DE GARANTE DEMOCRÁTICO

Tal como venimos sosteniendo, cuando hablamos de derecho a la información en su faz de contenido verídico, en verdad estamos hablando de la defensa de la democracia.

Hoy podemos comprender que existe un doble panorama en relación al bienestar y la vida en sociedad. Por un lado, existe un interés individual que se asocia a las necesidades a satisfacer por el sujeto como unidad, pero por el otro lado debe comprenderse que hay un punto de convergencia que atraviesa la necesidad colectiva reconocida como individual. De este modo, en algunas ocasiones la cesión del interés individual en pos de un bien mayor, esto es, el interés colectivo, constituye en verdad obtener el propio interés personal.

En este esquema es que se inscriben, también, las relaciones jurídico-interestatales, las cuales con el cometido de defender las posiciones locales –individuales y colectivas– generan lazos de cooperación y asistencia recí-

[(26)] Art. 42 Constitución Nacional.

proca que luego tienen como corolario su cristalización en instrumentos internacionales, muchos de los cuales tienen por objetivo la tutela esencial a los derechos humanos.

No obstante ello, la ruptura del esquema individuo-colectividad que durante años vio canalizadas sus necesidades mediante la estructuración de democracias representativas de tipo partidario hoy se ve en crisis con el surgimiento de nuevas formas de cohesión social y liderazgo merced las nuevas tecnologías emergentes y las condiciones de posibilidad que brindan. La democracia tal como la conocíamos ha mutado, y en muchos casos no nos hemos dado cuenta del fenómeno en cuestión.

En un contexto de democracias plebiscitarias y fenómenos de masas, el control social mediante mecanismos tecnológicos debe entenderse como la facultad de tornar asequibles los medios de decisión directa y avanzar, en ese sentido, hacia un esquema de estructuras de mayor participación que mediante el involucramiento general hagan ceder el ascetismo que la delegación produce.

Es un interés propio de la representación que lesiona la vigencia democrática la generación de descrédito respecto del sistema, produciendo una falsa idea de lejanía entre representantes y representados, con el fiel objetivo de vulnerar la tríada que citáramos previamente. Un pueblo que carece de interés en el involucramiento institucional pone en riesgo la igualdad, el control recíproco de los poderes y la legitimación de las decisiones que en consecuencia se adopten.

Esta conflictividad moderna entre la función de la burocracia, entendida clásicamente como imparcial –prácticamente mecanizada– que hace a la función institucional de las democracias debe acompasarse con la política, la cual tiene como característica la pasión y el liderazgo, tal como afirmara Weber [(27)]. Y es este binomio cuya conjugación requiere armonía para garantizar el quehacer democrático desde que la tecnología, al servicio de la comunicación, hoy ha modificado los esquemas clásicos de participación y viabilidad decisoria.

Actualmente hay compañías cuyo valor de cotización bursátil supera el producto bruto interno de países, motivo por el cual la capacidad de coordinación de acciones se ha visto modificada de modo total. Aquí se comprende por qué la defensa de los derechos de usuarios y consumidores, así como lo atinente a las cuestiones medioambientales, suponen la consagración normativa y vigencia de los derechos humanos frente a conglomerados no convencionales que tienen un poder de acción –y daño– incluso superior al que en muchas oportunidades puede tener la implementación de una solución bélica.

Un detentor de información –falsa, verídica– puede convertirse en un productor de un contenido que distorsione la lógica funcional de la democracia mediante la producción de conceptos tales como las noticias falsas, que ponen en serio riesgo la coexistencia pacífica y el pacto social.

[(27)] SERRAFERO, Mario, *Max Weber y la democracia plebiscitaria*, Revista Internacional de Sociología, vol. 78, 2016.

Este marco de actuación definido tiene un sentido esencial en la presente reflexión: por un lado, explicar los mecanismos por los cuales las decisiones populares se viabilizan y, por otro lado, trazar un paralelo entre el entramado de igualdad y la expresión.

Es esa concurrencia de voces, amplia, horizontal, igualitaria, que debería caracterizar a las democracias, la que precisamente hoy las pone en grave riesgo merced a los conflictos propios de la comunicación y la divergencia de opiniones que concurren al mismo canal de interacción, entendido en el más amplio sentido posible.

Entender que la libertad de expresión ha sido la base y sustento de la democracia es esencial –tanto como la democracia misma– para poder magnificar la conflictividad que encarnan las noticias falsas dado que suponen la modificación de la realidad, atentatoria contra las instituciones clásicas, posibilitando la desviación de poder mediante el empleo de cánones decisorios sustentados en información no fidedigna.

VI. USUARIOS, CONSUMIDORES, NOTICIAS Y DEMOCRACIA

Definiendo finalmente las líneas de acción descriptas previamente, cabe referirnos al derecho y las lesiones sufridas por el entramado normativo en virtud de las *fake news*.

En un marco como el citado, existen dos nodos esenciales que entran en conflicto: por un lado, la libertad de expresión en todas sus dimensiones y, por otro, la democracia con el valor verdad como corolario.

En cuanto a la libertad de expresión ha quedado clara no solo su magnitud y trascendencia sino las implicancias que tiene en el sistema democrático, así como su funcionamiento. Las noticias falsas, perniciosas de por sí, vienen a producir la dispersión de teorías conspirativas, daños a la imagen de terceros y descreimiento respecto de situaciones fácticas no controvertidas.

Es menester comprender las dificultades que encarna la coexistencia entre un marco regulatorio adecuado y, por otro lado, la plena vigencia informativa. Cuando hablamos de libertad de expresión, recordemos, hablamos también de consumo informativo, de calidad sustancial del contenido, por lo que una distorsión fáctica –que incluso, como dijéramos, produce la pérdida de cientos y hasta miles de vidas– redunda en una afectación directa a la extensión del derecho.

Por otro lado, el conflicto viene dado por la democracia. El Estado constitucional de derecho requiere contar con un marco regulatorio específico y determinado que brinde previsibilidad en el accionar y contención en las lesiones que pudieran existir. Por lo tanto, es fundamental contar con herramientas que permitan impedir la producción y diseminación de las noticias falsas dado que ellas lesionan ampliamente la democracia, poniendo en duda el valor verdad y distorsiona los hechos.

Una democracia sólida es aquella donde la información permite a los ciudadanos contar con las herramientas necesarias para tomar una definición o elegir un camino de vida determinado, de esto se trata la igualdad, en definitiva. Así, cuando contamos con elementos que impiden el ejercicio del derecho democrático –cristalizado en el sufragio– de manera adecuada, desde que se ha alterado su marco funcional, nos enfrentamos a un problema. Podemos estar ante una dictadura comunicacional orquestada digitalmente, transfronteriza y de difícil asequibilidad, como referiremos en el próximo acápite.

Ahora bien, el *quid* de la cuestión se halla en determinar cuál es el límite a la libertad de expresión cuando en aras de ejercerse se pone ella misma en riesgo junto a la democracia y el republicanismo como forma de vida. Es un mecanismo perverso el de las noticias falsas: atentan contra la libertad de expresión, pero su cercenamiento podría perjudicar al mismo derecho que se viene a tutelar.

Y es aquí donde nunca debemos perder de vista las facultades de opinión de las que gozamos los sujetos, cuyo límite es encontrado en la contraposición con otros bienes jurídicos tutelados o protegidos: el límite a la libertad de expresión viene dado por el honor y la dignidad de los demás. Tal como indicamos precedentemente, hablamos de esferas públicas y privadas, individuales y colectivas. Tanto el honor subjetivo como objetivo del que gozamos requieren tutela y protección. No podemos permitir que la incitación a cometer delitos, el discurso de odio o cualquier morfología que las noticias falsas puedan adquirir o lo pongan en serio riesgo, como suele acontecer.

La protección de la dignidad humana se relaciona íntimamente con la individualidad de los sujetos y la plena vigencia de los derechos fundamentales dado que constituye un vector tangencial a diversas garantías que debe dar el derecho a los sujetos, tal como conducir su vida de acuerdo a su proyecto y necesidades.

Por lo tanto, el ejercicio de mensurar ese impacto que sufren los derechos es trascendental, dado que cercenar la extensión de un bien jurídico frente a otro debe ser hecho con la más elevada de las cautelas.

La dinámica precitada pone en el eje de la discusión a los usuarios y consumidores como elementos fundamentales del vínculo democrático: incluso aquellos que no ejercen la democracia formal, esto es, el derecho al voto, sí se ven interpelados por estas conflictividades, siendo un ejemplo claro los niños, niñas y adolescentes.

Es fundamental garantizar no solo los mecanismos de acceso, sino las vías procesales que garanticen que quienes acceden al medio informativo lo hagan de modo libre e igualitario y no bajo premisas que intentan solapar el entramado discursivo dominante en determinados contextos que harían pensar que un acceso indiscriminado a la información y la horizontalización es garante de la posición de los usuarios y consumidores, así como la vida democrática.

Es por ello que, llegados a este punto, cobra vigencia un quehacer moderno que podríamos denominar la *Parábola de la Democracia Informativa* (PDI, en adelante). Esta construcción nos permite afirmar que si bien el contexto tecnológico actual nos hace considerar o creer que el acceso a la producción informativa es cada vez mayor –puedo generar mis *posts* en mis cuentas de Facebook, X o Instagram, puedo expresar mis ideas en *blog* y *sitios web*, puedo publicar mis ideas como *podcast* en sistemas como Spotify o *Pandora*– lo cierto es que la capacidad de verificación de la certeza informativa es cada vez más difícil. En otras palabras: cuanto mayor es la capacidad de generación de información por medios digitales, menor es su facultad de verificación intrínseca y esto, en esencia, es una grave afectación a la libertad de expresión estructural y, en definitiva, a la democracia entendida como tal.

Esto es paradójico dado que cuando se creía que internet permitiría democratizar el conocimiento mediante el acceso informativo, la producción y el consumo de datos, ha generado una alteración de la realidad tal que un flujo informativo malintencionado puede comprometer la estabilidad de un sistema.

Vayamos a un ejemplo práctico positivo y uno negativo. En 2011, el mundo norteafricano y medio oriental se vio sacudido por lo que se dio en llamar "La Primavera Árabe". Tuvo por objetivo derrocar regímenes violadores de los Derechos Humanos, anquilosados en estructuras de poder vetustas que solo servían para perpetuar dictadores en países como Libia, Egipto o Túnez. Tal es así que *X* permitió acceder a la información de lo que estaba pasando en dichos países, aún en casos como el egipcio, donde el gobierno de turno censuró la red social de manera absoluta como la propia red social publicó [(28)]. Este es un aspecto positivo del fenómeno que venimos describiendo.

Por el otro lado, pondremos un ejemplo posterior en el tiempo: durante la pandemia internacional fruto del COVID-19, el presidente en ejercicio de los Estados Unidos de América, Donald Trump, gran utilizador de la red social *X*, manifestó en una conferencia de prensa –que luego fue distribuida digitalmente de modo indiscriminado– que el consumo de dióxido de cloro –producto similar a la lavandina, agua lavandina o lejía– podría mitigar los efectos del virus. Acto seguido las ventas del producto de mayor comercialización en el país –Clorox– estallaron y no solo cientos de personas sufrieron intoxicación por consumo de sustancias venenosas, sino que algunas de ellas murieron. Lo mismo sucedió en diversos países del mundo luego del discurso de Donald Trump, aunque luego expresó que se trataba de una "afrenta" a los periodistas [(29)]. Este ejemplo –negativo– incluso pone en evidencia el rol que intentó asumir el presidente, al situarse en el mismo lugar que los periodistas, a quienes adjudicaba ocultar o tergiversar información esencial para el común de la población.

[(28)] https://www.thecairoreview.com/essays/free-speech-in-the-age-of-twitter/

[(29)] https://www.bbc.com/mundo/noticias-52417742

Aquí podemos verificar la perniciosidad de la PDI: si bien organizaciones internacionales con incontrovertido reconocimiento y experiencia [30] habían expresado que el consumo del dióxido de cloro era lesivo de la salud humana mediante infinitos estudios que así lo han comprobado a lo largo de décadas, lo cierto es que la expresión de un discurso con visos de verdad por parte de alguien que tiene por función velar por la salud e integridad de los ciudadanos, dio rienda suelta al consumo mundial de un tóxico de manera indiscriminada.

Aquí podemos ver la tragedia que la PDI supone dado que si bien por un lado nos permite acceder a información que antes hubiera sido imposible –Egipto, garantía de la libertad de expresión estructural–, lo cierto es que la verificación de las fuentes es de prácticamente imposible ejercicio y ello va en detrimento de la propia comunicación –Donald Trump y el dióxido de cloro–.

No importa qué motivó la actitud de Trump, pero la imposibilidad de verificación informativa, la producción y fácil acceso de esta, en manos de personas que ostentan poder y capacidad performativa del discurso, es la que pone al derecho en un nuevo lugar, un espacio de necesidad regulatoria frente al peligro del sistema republicano.

La capacidad de producción y consumo informativos –libertad de expresión material– hoy en día, es prácticamente infinita dado el acceso a limitadas herramientas e incluso en el contexto más difícil e inhóspito, donde lo cierto es que un sujeto al azar se convierte en un productor de contenido. De todos modos, el conflicto viene dado por la capacidad de acceso a dicho flujo informativo –direccionamiento intencionado por parte de grupos empresarios de tecnología, algoritmos de modificación, entre otros– así como la verificación del contenido de dicho mensaje.

Todo lo antedicho es trascendental cuando hablamos de *derecho*, particularmente en lo que importa a la libertad de expresión. Hoy asistimos a un marco de tensiones jurídicas que pone en jaque la extensión de la libertad –en su faz comunicacional– desde que requiere la limitación de la comunicación frente a la posibilidad de generación de un daño mayor. El derecho debe regular la producción de contenidos ajenos a la realidad que tengan una función perniciosa o lesiva de la convivencia democrática, y son las *fake news* la modalidad que ello ha adquirido a los fines de tornarse posible, como seguidamente veremos.

CONCLUSIÓN

Así las cosas, a lo largo de esta reflexión nos hemos referido a varios conceptos: libertad de expresión, democracia, valor verdad, justicia, equidad, dignidad. Derechos humanos, para ser conglobantes.

Además nos adentramos en un fenómeno no regulado que son las *fake* news, antiguas en su origen pero modernas en sus implicancias y morfología,

[30] https://www.bbc.com/mundo/noticias-52303363

comprendiendo que si bien se trata de la cristalización de las conspiraciones históricas que vulneran la vida en comunidad, dado que colocan a los demás en un plano de irracionalidad e incomprensión tal que, vehiculizados por medios tecnológicos, llevan a la proliferación del discurso de odio y la falta de empatía, lo cierto es que del otro lado nos encontramos frente a la libertad de expresión en todas sus facetas.

Desandamos metodologías de enfrentamiento e interpelación de los sujetos que adscriben a noticias falsas –un punto esencial es que todos fuimos y seremos víctimas de ellas, por mejor informados que nos encontremos– con el objetivo de mejorar esa convivencia popular y reforzar el empoderamiento de los terceros, dejando en claro cuál es el rol y límite de intervención del Estado en la materia.

Son prácticas antiguas que, en la modernidad, gracias a fenómenos como la posverdad, han adquirido un cariz diferenciado. Se han enfatizado, viabilizados por mecanismos informáticos, y han generado una merma no solo en el valor verdad como concepto clásico sino en la capacidad intelectiva de los sujetos.

Tanto la propaganda como la desinformación afectan la democracia, como sostuviera el relator especial para la libertad de expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos [31], por lo que la devolución de la vigencia institucional es un deber colectivo.

Esto requiere enfatizar la credibilidad en las instituciones, particularmente en los medios de comunicación, en el entendimiento que si bien se trata de empresas con un interés particular y diferenciado –tal como acontece en Estados Unidos con cadenas como Fox News o CNN, cuya adscripción partidaria es harto conocida– ello no implica favorecer o siquiera permitir una tergiversación la realidad.

Hoy debemos dirigirnos hacia una comunicación democrática que garantice las tres aristas de la libertad de expresión: su faz formal, material y estructural. Todos tenemos derecho a expresar nuestras ideas sin censura previa, poder consumir las noticias cuya adscripción política o visión del mundo se condice con la nuestra y, por otro lado, producir y acceder equitativa y democráticamente a ese contenido sin injerencias de terceros, ya sean individuos, instituciones o Estados.

La democracia comunicacional es un compromiso popular que refuerza el empoderamiento de la gente en tanto requiere asumir un deber personal e indelegable respecto a la fiabilidad informativa, su producción y dispersión. Si todos somos agentes comunicacionales, abiertos al mundo, entonces también debemos ser responsables sobre lo que compartimos, decimos y consumimos.

Por tanto, entendemos que existe un ejercicio de carácter tripartito que es dable realizar por los sujetos cuando nos enfrentamos al conflicto de las

[31] https://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=1057&lID=2

noticias falsas frente a la plena vigencia de la libertad de expresión. Así, los elementos a considerar:

- *Plano personal*: el primer paso, ante una información, es preguntarnos cuál es el origen y la intencionalidad que presenta. Luego, verificar las fuentes –en caso de existir– y la conformidad que debe guardar el texto con su titular. A menudo, como dijimos, existen discordancias totales. Una vez hecho ello, debemos comprender la importancia del pensamiento crítico, el cual viene de la mano de la información y el aumento educativo por parte de cada uno. Entonces, el primer compromiso con el combate contra las noticias falsas parte de la individualidad, del sujeto, y está en verificar el contenido y origen de la noticia, poniendo en duda la información cuando su fiabilidad o posibilidad de verificación es prácticamente nula o muy dificultosa.

- *Plano colectivo*: un segundo eslabón tiene que ver con la responsabilidad social o colectiva. Un medio de comunicación no puede cometer el exabrupto de publicar noticias falsas para luego desmentirse, no solo porque vulnera su credibilidad sino porque pone en riesgo el derecho a réplica, el cual no es un mero postulado formal, es un elemento sustancial de la vida democrática.

- *Plano estatal*: dentro de un marco democrático del Estado de derecho, la incidencia estatal en materia de libertad de expresión siempre tiene que suponer la *ultima ratio*, desde que cualquier injerencia puede generar una desviación del poder y sojuzgar a las minorías. En este sentido, la acción estatal debe limitarse a la macroregulación de los fenómenos y la aplicación de los cánones punitivos previstos para la vulneración de los derechos humanos entendidos como bienes jurídicos tutelados –integridad, dignidad, honor, principalmente–. Así, de este modo, se produce una tutela efectiva de derechos, garantizando el acceso a la justicia, más no regulando el contenido o los medios de producción como sucede en numerosos casos, donde bajo la premisa de regular las noticias falsas, por ejemplo, se ha avanzado respecto de la vida democrática y la coexistencia pacífica.

Entonces, podemos ver que se trata de un compromiso tripartito: el sujeto con la verdad, la comunidad con la libertad de expresión y el Estado cumpliendo su rol esencial que es el de garantizar la vigencia de los derechos con una mínima intervención en las autonomías personales.

Al referirnos a las noticias falsas, necesariamente, nos encontramos en un plano fáctico que pareciera, en numerosas oportunidades, no guardar una relación directa con el derecho, pero ello es todo lo contrario. Las *fake news* interpelan a los sujetos en el plano individual, colectivo y hasta de alteridad estatal, generando un marco reflexivo atinente a las democracias, el valor de la información y las implicancias de la educación formal y no formal.

Cuando hablamos de *fake news* hablamos de derechos humanos, de relación de consumo como tal y del rol que debe asumir el Estado para garantizar su acceso, fiabilidad y capacidad de dispersión, principalmente porque el valor

que se encuentra en juego es la democracia, sus instituciones y el republicanismo como tal.

Es por lo antedicho que nos permitimos afirmar que las *noticias falsas* son una afrenta a la democracia. El uso de terceros con el objetivo de producir y difundir discursos de odio, atentar contra el honor y la dignidad de las personas y minar el contenido del discurso en tanto cristalización de la libertad de expresión suponen una vulneración en extremo grave al Estado constitucional de derecho.

El mecanismo de empleabilidad es exactamente igual al de cualquier relación de consumo no solo desde la función protectoria y garante del Estado –en sus tres esferas, legislativa, ejecutiva y judicial–, sino también respecto de la aplicación de sanciones ante el incumplimiento o la vulneración de los mentados derechos.

La incapacidad argumentativa basada en tergiversaciones de la verdad tiene por consecuencia la creación de realidades paralelas que dañan el sentido más esencial de la vida en comunidad, del pacto social tácito que suscribimos los habitantes de una sociedad.

Si partimos de la base de entender que la coexistencia armónica entre las personas se encuentra cristalizada en la democracia como marco común de actuación, suponiendo ello su existencia plena y la vigencia de los derechos fundamentales, entonces es simple comprender que las *fake news* vienen a dañar la posibilidad de creación de una vida común.

El sentido de comunidad requiere la comprensión del otro como un igual. Si desconozco –sea el motivo que fuere– la entidad de los que cohabitan en un mismo espacio, en verdad lo que hago al negar su entidad –o reafirmar su inequidad– es vulnerar la democracia.

Las noticias falsas tienen un valor esencial de todos modos. Nos han interpelado sobre los preceptos más trascendentes de la democracia, la vida en comunidad y el establecimiento de pactos ciudadanos de coexistencia que permitan a cada persona el desarrollo de sus planes de vida. Las *fake news* encarnan la cara más práctica de la ignorancia que, en tiempos de asequibilidad y fácil transmisión merced los medios de comunicación y las tecnologías disponibles, impiden comprender una vida plena respetando la vigencia y extensión de los derechos de los otros. Ponen en evidencia la crisis de las relaciones de consumo, los roles dominantes y los atentados democráticos que ello produce.

En este sentido, la punición se erige como la *ultima ratio* que permite al Estado garantizar el ejercicio libre de la libertad de expresión y, al mismo tiempo, velar por la plena vigencia de la dignidad y el honor de los habitantes, pero queremos remarcar algo fundamental: no debemos perder de vista el compromiso personal y colectivo que como ciudadanos-usuarios y consumidores nos compete.

En un mundo donde la provisión estatal se ha convertido en numerosos espacios territoriales en una forma de viabilizar las necesidades básicas de la

población, el sentido de comunidad y la responsabilidad social de la comunicación se han visto profundamente perjudicadas. Este accionar pernicioso ha hecho invisible el valor individual y la responsabilidad que cada individuo tiene respecto de la producción, adquisición y diseminación informativa. La facilidad que supone intervenir en las redes ha hecho que dichas acciones sean en extremo realizables en cualquier contexto.

Debemos entender que la propia existencia depende del otro [32] y la armonía de la vida democrática se garantiza en la plena conciencia del reconocimiento mutuo como iguales. Seguir una tesitura contraria, esto es, negar la extensión y subjetividad de los demás, nos lleva irremediablemente a una desviación en la administración de las relaciones de poder y, en definitiva, a vulnerar los derechos fundamentales de los demás.

Es por todo lo expuesto que entendemos que garantizar un mundo libre de noticias falsas implica ejercer un compromiso ético con la vida democrática, la verdad y el conocimiento, como fuentes de emancipación y coexistencia social.

Garantizar la vigencia de los derechos fundamentales haciendo hincapié en los usuarios y consumidores como viabilizadores de la reducción de asimetrías estructurales permiten no solo visibilizar las fallas existentes, sino que pone de relevancia el rol que el Estado debe adoptar para tornarlo viable en cuanto a su ejercicio.

Contamos con las herramientas que el derecho procesal constitucional nos brinda, los sujetos con capacidad decisoria para llevarlo adelante y, por último, el compromiso ciudadano con el consumo responsable como garantía de la democracia.

Si consumimos información, debemos bregar por nuestro rol en la relación, la exigibilidad de su valor intrínseco y el rol que el Estado debe asumir en consecuencia. Informar es democratizar.

BIBLIOGRAFÍA

ALBERDI, Juan, Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina, Ed. Losada, Buenos Aires, 1999.

BASTERRA, Marcela, El derecho al honor y los medios de comunicación. El caso argentino, en http://marcelabasterra.com.ar/el-derecho-al-honor-y-los-medios-de-comunicacion-el-caso-argentino

BIDART CAMPOS, Germán, Manual de la Constitución Reformada, T II, Ed. Ediar, Buenos Aires, 1997.

BOBBIO, Norberto, El tiempo de los derechos, Ed. Sistema, Madrid, 1991.

COLAUTTI, Carlos, la libertad de expresión en el Pacto de San José de Costa Rica, Revista Jurídica de Buenos Aires, Buenos Aires, 1989.

[32] LEVINAS, Emmanuel, *Difícil libertad*, Ed. Caparros, Buenos Aires, 2004.

FOUCAULT, Michel., El origen del discurso, Ed. Tusquets, Buenos Aires, 2011.
GARGARELLA, Roberto, Comentarios de la Constitución de la Nación Argentina, Tomo I, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2016.
GONZÁLEZ, Joaquín V, Manual de la Constitución Nacional Argentina, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2008.
GOZAINI, Osvaldo, Derecho Procesal Constitucional, Primera Parte, Principios Generales del Derecho Procesal Constitucional. Apuntes de la Carrera de Especialización en Derecho Constitucional (F. Derecho-UBA), 2016.
LEVINAS, Emmanuel., Difícil libertad, Ed. Caparrós, Buenos Aires, 2004.
LITVINOFF, Diego, El concepto de Historia de Hegel a Marx, XII Jornadas de Departamentos de Historia, Universidad Nacional del Comahue, 2009.
LOIANNO, Adelina, Incidencia de la jurisprudencia de la Corte Interamericana y de las recomendaciones de la Comisión en el derecho interno, en Gordillo, A., Derechos Humanos, Fund. de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 2007.
LÓPEZ ALFONSÍN, Marcelo, El medio ambiente y los derechos colectivos en la reforma constitucional, Ed. Estudio, Buenos Aires, 1995.
MANILI, Pablo, Manual de Derechos Humanos, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2017.
___, Constitucionalismo Social, Ed. Ediar, Buenos Aires, 2016.
___, Evolución de la jurisprudencia de la Corte Suprema, Ed. Ediar, Buenos Aires, 2017.
NIKKEN Pedro, La protección internacional de los derechos humanos –su desarrollo progresivo–, Ed. Civitas, Madrid, 1967.
RECALDE, Cecilia, El desarrollo humano como tarea del Congreso de la Nación: la noción actual de prosperidad en la Constitución Nacional, Universidad Católica Argentina, Buenos Aires, 2016.
SABA, Roberto., (Des) Igualdad estructural, en Visiones de la Constitución, Amaya J. (ed.), UCES, 2004.
SABSAY, Daniel, y MANILI, Pablo, Constitución Nacional, T. I. y T.III, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2010.
SABSAY, Daniel., La libertad de expresión y la prensa. Su importancia para el Estado de derecho.
SUSSTEIN, C., Democracy and the problem of free speech, Ed. Free Press, 1995.
TAMBUSSI, Carlos, Los derechos de usuarios y consumidores son derechos humanos, en Lex - Revista de la Facultad de Derecho y Ciencia Política, vol. 12, núm. 13, UAP, Perú, 2014.
KUNZ, George, The paradox of power and weakness: Levinas and an alternative paradigm of Psychology,Ed. State University of New York, New York, 1998.

REGULACIÓN PUBLICITARIA Y ACCIÓN CONTRA LA PUBLICIDAD ILÍCITA

POR CARLOS E. TAMBUSSI *

Resumen:

El articulo analiza el panorama constitucional y legislativo sobre publicidad en nuestro país desde la óptica de los derechos de usuarios y consumidores. Analiza las distintas categorías que determinan la ilicitud de un mensaje publicitario y su interpretación doctrinal y jurisprudencial, culminando con el estudio del diseño procesal de la acción contra la publicidad ilícita regulado en el Código de procedimientos para la Justicia en las Relaciones de Consumo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

Palabras clave:

Publicidad – Consumidores – Legislación – Publicidad ilícita – Acciones judiciales.

ADVERTISING REGULATION AND ACTION AGAINST ILLEGAL ADVERTISING

Summary:

The work addresses the role of freedom of information as a democratic guarantor, emphasizing the transcendental position of users and consumers. The existing typologies of freedom are exposed, highlighting the importance of jurisdictional value as a republican protection mechanism, particularly in a global context of high information affordability and low intrinsic legitimacy thereof, warning about the difficulties that they bring to the democratic order.

Keywords:

Advertising – Consumers – Legislation – Illegal advertising – Legal actions.

* Abogado, Universidad de Buenos Aires (1991). Juez de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo Tributario y de las Relaciones de Consumo del Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Profesor adjunto regular: Universidad de Buenos Aires, Facultad de Derecho. Investigador asociado de la Cátedra Iberoamericana de Derecho del Consumidor (Universidad de Cantabria, Santander, España). Máster en Derecho del Comercio y Consumo (Universidad de Cantabria, Santander, España) título propio.

I. LAS PUBLICIDADES ILÍCITAS EN NUESTRA LEGISLACIÓN

Conforme el art. 1101 del Cód. Civ. y Com., está prohibida toda publicidad que:

> "a) Contenga indicaciones falsas o de tal naturaleza que induzcan o puedan inducir a error al consumidor, cuando recaigan sobre elementos esenciales del producto o servicio.b) Efectúe comparaciones de bienes o servicios cuando sean de naturaleza tal que conduzcan a error al consumidor.c) Sea abusiva, discriminatoria o induzca al consumidor a comportarse de forma perjudicial o peligrosa para su salud o seguridad".

Por su parte, la ley antidiscriminatoria. 23.592, dispone:

> "Art. 1°. Quien arbitrariamente impida, obstruya, restrinja o de algún modo menoscabe el pleno ejercicio sobre bases igualitarias de los derechos y garantías fundamentales reconocidos en la Constitución Nacional, será obligado, a pedido del damnificado, a dejar sin efecto el acto discriminatorio o cesar en su realización y a reparar el daño moral y material ocasionados. A los efectos del presente artículo se considerarán particularmente los actos u omisiones discriminatorios determinados por motivos tales como raza, religión, nacionalidad, ideología, opinión política o gremial, sexo, posición económica, condición social o caracteres físicos.
>
> Art. 3°. Serán reprimidos con prisión de un mes a tres años los que participaren en una organización o realizaren propaganda basados en ideas o teorías de superioridad de una raza o de un grupo de personas de determinada religión, origen étnico o color, que tengan por objeto la justificación o promoción de la discriminación racial o religiosa en cualquier forma. En igual pena incurrirán quienes por cualquier medio alentaren o iniciaren a la persecución o el odio contra una persona o grupos de personas a causa de su raza, religión, nacionalidad o ideas políticas".

Finalmente, la Ley de Medios Audiovisuales 26.522 al tratar la publicidad determina:

> "Art. 81 Emisión de publicidad. Los licenciatarios o autorizados de los servicios de comunicación audiovisual podrán emitir publicidad conforme a las siguientes previsiones: (incisos pertinentes)
>
> "a) Los avisos publicitarios deberán ser de producción nacional cuando fueran emitidos por los servicios de radiodifusión abierta o en los canales o señales propias de los servicios por suscripción o insertas en las señales nacionales.

"b) En el caso de servicios de televisión por suscripción, solo podrán insertar publicidad en la señal correspondiente (...).

"f) No se emitirá publicidad subliminal entendida por tal la que posee aptitud para producir estímulos inconscientes presentados debajo del umbral sensorial absoluto.

"g) Se cumplirá lo estipulado para el uso del idioma y la protección al menor.

"h) La publicidad destinada a niñas y niños no debe incitar a la compra de productos explotando su inexperiencia y credulidad.

"i) Los avisos publicitarios no importarán discriminaciones de raza, etnia, género, orientación sexual, ideológicos, socioeconómicos o nacionalidad, entre otros; no menoscabarán la dignidad humana, no ofenderán convicciones morales o religiosas, no inducirán a comportamientos perjudiciales para el ambiente o la salud física y moral de los niños, niñas y adolescentes.

"j) La publicidad que estimule el consumo de bebidas alcohólicas o tabaco o sus fabricantes solo podrá ser realizada de acuerdo con las restricciones legales que afectan a esos productos (…).

"l) Los anuncios, avisos y mensajes publicitarios promocionando tratamientos estéticos y/o actividades vinculadas al ejercicio profesional en el área de la salud, deberán contar con la autorización de la autoridad competente para ser difundidos y estar en un todo de acuerdo con las restricciones legales que afectasen a esos productos o servicios.

"m) La publicidad de juegos de azar deberá contar con la previa autorización de la autoridad competente".

II. LA PUBLICIDAD EN LAS RELACIONES DE CONSUMO

El consumidor tiene condicionamientos determinantes. No puede no consumir y debe forzosamente acudir al mercado a proveerse de los bienes y servicios necesarios para su subsistencia y calidad de vida. En esa ineludible y constante excursión al mercado, con esos fines tan básicos, se encuentra a merced de abusos de su situación y de la imposición de condiciones por parte los proveedores. Actúa movido por la necesidad, consume irreflexivamente y realiza un acto que encuentra basamento en la confianza, dada su docta ignorancia al adquirir bienes o contratar servicios: ignora calidades, formas de producción, composición de materiales; modos de uso, precios y formas de pago, vidas útiles, nada sabe respecto de la aptitud del producto o servicio que contrata, al punto de su relación con la necesidad que persigue satisfacer. Generalmente, cuenta con poco tiempo para comparar, discutir, consultar. Y todo ello, con el apremio de la necesidad e influido muchas veces por las sugestiones de la publicidad y la propaganda.

Esta situación material define a la posición del consumidor frente a la relación de consumo, como la de su parte más vulnerable (situación de débil jurídico). A tal desigualdad natural, se propicia corregirla mediante desigualdades jurídicas, que desembocan en el establecimiento del régimen tuitivo consumidor.Sin duda, la publicidad es un factor que puede contribuir en gran medida a la acentuación del desequilibrio. La publicidad comercial es el recurso del que se valen las empresas para colocar sus productos y servicios. Y el signo de los tiempos es que la información no es precisamente el denominador común de la actividad publicitaria en el presente. Tal como viene siendo desarrollada, muchas veces la publicidad presiona sobre el consumidor y afecta su capacidad crítica.

Ello así, en cuanto a que el bombardeo publicitario induce y cataliza el negocio consumista, configurando un verdadero "ataque", con influencias tanto sobre los consumidores a quienes se dirige, como sobre los demás agentes del mercado, que pueden ser competidores con el anunciante [1].

Dada esta influencia, las expresiones de los mensajes —adelantamos— deben estar contestes con el principio de buena fe —lealtad, en resguardo de los intereses y derechos en juego—, que son la debida satisfacción del derecho a la información del consumidor (visto en este caso como deber del proveedor) y la transparencia o las buenas conductas de mercado (responsabilidad social empresaria).

III. LA PUBLICIDAD EN LA CONSTITUCIÓN DE LA CABA. (REMISIÓN A PRIMERA PARTE, CAPITULO CUARTO PUNTO I.C.)

III.1. Publicidad e información

Si bien la publicidad no tiene como objeto informar, sino vender [2], suele poner el acento muchas veces grandilocuentemente sobre las bondades del producto o servicio, navegando cerca de las fronteras de la inexactitud o la falsedad.

De ahí la consideración especial que merece la publicidad en la ley 24.240 en cuanto a que obliga al oferente y se tiene por incluida en el contrato con el consumidor (art. 1103), que replica el Código Civil y Comercial.Dicho lo cual conviene indicar que la jurisprudencia señaló, con relación a la cuestión que comentamos que "la publicidad puede ser persuasiva, pero debe informar, no se permite el abuso de las técnicas de la publicidad, la información brindada debe resultar suficiente" [3].

[1] Muguillo, Roberto, "Publicidad, consumidores y publicidad correctiva", La Ley 2007-E, p. 950.0

[2] Messina de Estrella Gutiérrez, Graciela "Infoderecho", La Ley 2005-F, p. 1425.

[3] Cám. Cont. Adm, Sala 2. Causa 3.993/07. "Danone Argentina S.A c. DNCI – DISP 31/07", Idem Sala 5. Causa 2413/04. "Aerolíneas Argentinas SA C/ DNCI – DISP 1341/03",

Información y publicidad deben ser aspectos del mismo fenómeno, y la segunda contener necesariamente a la primera, por ello se debe hacer fuerte hincapié en que la publicidad genera una gran expectativa en el consumidor y es el estado quien debe resguardar que esta no sea forzada ni frustrada, mediante normativa protectoria ante la vulnerabilidad de las expectativas generadas y garantizando la libre elección.

III.2. Concepto de publicidad

Tomaremos aquel que la define como el conjunto de medios destinados a informar al público y a convencerlo de la necesidad de adquirir un bien o servicio. Su acción a la vez estimula, sugiere y persuade. En este punto se contrapone al contenido del deber de información que está directamente relacionado con la transparencia, la objetividad, decir lo que es.

La publicidad abreva en las fuentes del *marketing*, entendido como el conjunto de actividades y operaciones que transcurren desde la creación de un producto o servicio hasta su destrucción o término de vida útil en manos del consumidor final. Es un complejo análisis del mercado, del producto o servicio en sí, su sistema de distribución y la información y la publicidad. El marketing se introduce en la psiquis de los consumidores para captar su voluntad, utilizando técnicas de publicidad muchas veces engañosas o inductivas, por ejemplo, ofreciendo créditos para acceder al consumo de productos sobre los que no se tiene conciencia de su necesidad, creándose la confusión entre deseos y necesidades, generando la inducción cultural al consumo en busca de estatus o pertenencias, no necesariamente correlativas a necesidades reales que satisfacer.

III.3. Principios de la publicidad

La libertad (en el marco de la libertad del mercado y de las regulaciones que ordenan su desenvolvimiento).

La identificación (que el destinatario tome conciencia que se trata de publicidad comercial, con fin de vender, como contracara de del anuncio clandestino y subliminal).

La veracidad o exacta correspondencia entre el contenido del mensaje y las características del producto o servicio.

La lealtad: orientada a la relación con otros empresarios.

El orden público: ya que el interés general está comprometido en el fenómeno regulado, descartando la publicidad abusiva discriminatoria o desconocedora de derechos.

Idem, Sala 4. CAUSA 24.588/05. “Asociación Filantrópica y de Beneficencia C/ DNCI - DISP 454/05”, citados en Chiesa Laura y Rodriguez Bibiana, “La publicidad en la relación de consumo y el rol del Estado”, elDial.com - DC18DE.

En tal carácter, debe reputarse ilícita toda publicidad o mecanismo de venta que vulnere la dignidad de la persona o atente contra valores y derechos protegidos por la Constitución Nacional, las leyes, o los tratados internacionales.

III.4. Relación con la libertad de expresión

Además de lo incluido en la ley 24.240 (artículo 8°) con referencia al carácter vinculante de la oferta a público indeterminado, la norma que citaremos de la ley de lealtad comercial y la ley antidiscriminatoria, se constituye el nuevo Código en uno de los pocos instrumentos legislativos que contienen regulación en materia de publicidad, aspecto que otras normativas han regulado seria y democráticamente.

En nuestro ámbito doméstico, el ambiente publicitario gozaba de una notoria escasez de regulación específica, que debe suplirse con otras normas como las señaladas, o por autorregulación mediante los parámetros éticos empresariales, habiendo sido siempre "cauteloso" el legislador en este tópico, so pretexto del resguardo de la libertad de expresión [(4)]. En esa línea, el artículo 12 del DNU 274/19 proscribe todo control previo o autorización de campañas publicitarias, consignando que toda consecuencia de la fiscalización se hará valer sobre mensajes ya emitidos y difundidos en el mercado, en un acertado criterio que entronca el debido resguardo de la libertad de expresión y la exclusión de la censura previa.

La publicidad debe respetar en todas sus formas tanto la Constitución como el resto del orden jurídico, sin mengua del derecho a la libertad de expresión en materia de publicidad y la protección de la libertad de comercio que expresa esta actividad.

Ese valor constitucional no obsta a que el aporte del Código deba necesariamente conjugarse con otras regulaciones futuras que defiendan el juego armónico entre la libertad y el deber de informar adecuadamente.

[(4)] Nota del autor: señalamos nuestra coincidencia con este criterio jurisprudencial: "A diferencia de los mensajes serios o valiosos —políticos, religiosos, filosóficos o artísticos—, existe una categoría de mensajes menos valiosos —publicación habitual de fotografías y textos de carácter obsceno, referidos al comercio sexual— sobre los cuales puede recaer una mayor restricción a fin de evitar daños —en el caso, a niños y adolescentes en plena formación—, sin incurrir en censura previa constitucionalmente descalificable, pues no se trata de una expresión de la libertad de prensa, que por sobre todo intenta asegurar el respeto de las ideas de todas las personas" (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala L,04/11/2003,"R. R., A. c. Diario Clarín S.A. y otros" La Ley 2004-E p. 278). Y en igual sentido: "Cabe revocar la resolución que, al acoger un planteo cautelar, ordenó a una empresa abstenerse de hacer referencia a la marca de un competidor en forma expresa o tácita, implícita o explícita, en la promoción y difusión de sus propios productos, pues al exceder el marco de las publicidades emitidas, publicadas y difundidas por el demandado, proyectándose a eventuales comerciales futuros, importa el ejercicio de un control con carácter previo a su ingreso en el circuito de la libre expresión, lo que resulta inconstitucional por afectar el derecho a expresar ideas sin censura previa, garantizado en el art. 14 de la Constitución Nacional" (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, sala I, 19/05/2005, "Cervecería y Maltería Quilmes c. Casa Isenbeck" RCyS 2005, p. 489).

Las "especies publicitarias prohibidas" en el Código Civil y Comercial de la Nación:

El Cód. Civ. y Com. en su artículo 1101, prohíbe la publicidad engañosa, la comparativa en cuanto se base en falsedades y devenga a la vez en engañosa. Además, repudia la publicidad la abusiva, la discriminatoria más la inductiva de conductas perjudiciales.

Compartimos la crítica de no incluir a la publicidad subliminal entre las reprochadas [5]. Este tipo de publicidad se caracteriza por ingresar al consumidor por medio de la manipulación psicológica, por ser imperceptible al consciente de quien recibe el mensaje, afectando de manera violenta la libertad de elección, la intimidad y la dignidad, viciando el consentimiento y afectando la buena fe. Por la forma en que el mensaje ingresa o llega, el consumidor no tiene posibilidad de repeler el ataque, porque no lo detecta. Debió ser también prohibida por la legislación.

Las directivas europeas también proscriben la publicidad subliminal (aquella que no se presenta como tal) calificándola de abusiva, cuando no puede ser percibida fácilmente como publicidad, debiendo ser claramente distinta al resto del programa [6].

En el MERCOSUR los derechos del consumidor y el usuario que resultan de la Resolución N.° 124/96 del Grupo Mercado Común del 13 de diciembre de 1996 sobre Derechos Básicos del Consumidor y de la Declaración Presidencial de Derechos Fundamentales de los Consumidores del MERCOSUR de Florianópolis, del 15 de diciembre de 2000 reconocen los derechos a la vida, la salud y la seguridad; a la libertad de acceso al consumo; a la información suficiente y veraz; *a la protección contra la publicidad no permitida;* a la adecuada prestación de servicios públicos y privados; a la educación para el consumo; a la asociación en organizaciones que tengan por objeto la defensa del consumidor; al acceso a la justicia "mediante procedimientos ágiles y eficaces"; a la prevención y al resarcimiento de daños [7] (destacado nuestro).

III.4.1. Publicidad engañosa

El inciso a) del art. 1101 del Cód. Civ. y Com. prohíbe toda publicidad que "[c]ontenga indicaciones falsas o de tal naturaleza que induzcan o puedan inducir a error al consumidor, cuando recaigan sobre elementos esenciales del producto o servicio".

Así, se incorpora al Código la prohibición de la llamada publicidad engañosa, que ya figuraba en la ley de lealtad comercial, en su texto original

[5] Lovece, Graciela "Las relaciones de consumo y la publicidad. El anteproyecto de Código Civil", Microjuris, MJ-DOC-5831-AR | MJD5831.

[6] Nota del autor: Directiva 84/450 de la UE.

[7] Alterini, Atilio A. "Las reformas a la ley de defensa del consumidor. Primera lectura, 20 años después", La Ley 09/04/2008, p. 1.

desde la década del 80 [8] castigando el engaño producido por falsedades u ocultamientos.

La doctrina ha señalado que en el Cód. Civ. y Com. se ha omitido la cuestión del ocultamiento sobre las características del producto (que figura en la norma antecedente), y por ende no se ha superado la pauta reguladora de la ley de lealtad comercial, por lo que podría advertirse un retroceso en este punto [9], aunque subsiste la punición del ocultamiento en términos del DNU 214/19 [10] —art. 11— que reformara la ley 22.802 de lealtad comercial. La que apuntamos es una importante falta, ya que las infracciones más frecuentes que cometen las empresas cuando ofrecen un producto y/o servicio suelen ser tanto por exceso en la descripción o ponderación de las propiedades de un producto, como en la ocultación, omisión intencional o insuficiencia de la información necesaria para el consumo de un producto o sobre sus características [11], utilización de valores inadecuados, emisión de avisos disfrazados de información común, implementación de técnicas de comercialización prohibidas, rotulación e identificación inadecuada de un producto alimenticio, u otras.

No obstante, por vía interpretativa conglobante en materia protectoria, debemos incluir el ocultamiento de atributos o limitaciones de lo promocionado que le formen al consumidor un panorama opuesto a las aplicaciones reales de lo que se ofrece, y pueden causar su inducción a error, atento el ya mencionado art. 11 de la norma sobre lealtad comercial, que se integra como marco protectorio, conforme el art. 3° de la ley 24.240.

El sistema del inciso a) del art. 1110 entiende a la publicidad engañosa, como aquella que tiene la capacidad de generar en el consumidor un estado de error, o confusión respecto del producto que va a consumir, que puede direc-

[8] Ley de lealtad comercial. 22802. Art. 9° (actual art. 11 del DNU 274/19): "Queda prohibida la realización de cualquier clase de presentación, de publicidad o propaganda que mediante inexactitudes u ocultamientos pueda inducir a error, engaño o confusión respecto de las características o propiedades, naturaleza, origen, calidad, pureza, mezcla, cantidad, uso, precio, condiciones de comercialización o técnicas de producción de bienes muebles, inmuebles o servicios".

[9] Nota del autor: la Resolución 789/98 de la entonces Secretaría de Industria, Comercio y Minería regula lo que se conoce como «prohibición de publicidad engañosa», en tanto impone incluir toda información de cuya omisión puede resultar que el mensaje publicitario de que se trate pueda inducir a error, engaño o confusión a sus destinatarios, de las características o propiedades, naturaleza, origen, calidad, pureza, mezcla, cantidad, uso, precio, condiciones de comercialización o técnicas de producción, de los bienes o servicios ofrecidos (art. 1°).

[10] Tambussi, Carlos "El Decreto de Necesidad y Urgencia 274/2019, la competencia desleal y la ley de lealtad comercial" Erreius, Temas de Derecho Comercial, Empresarial y del Consumidor (junio de 2019), págs. 469-490.

[11] Nota del autor: en la mayoría de los casos, la confusión que genera en la conciencia del individuo una publicidad engañosa está íntimamente relacionada con el ocultamiento de la información que la ley exige que el proveedor de bienes y servicios le suministre al usuario, conforme lo establece el artículo 42 de la Constitución Nacional, y el artículo 4º ley 24.240. (véase Shina, Fernando "La Publicidad Engañosa", elDial.com - DC1630).

cionarse en creencias equivocadas sobre las bondades del producto, su calidad, prestaciones distintas a las ofrecidas o en general cualquier dato que de ser conocido hubiera motivado la no adquisición del bien o servicio.

La publicidad engañosa o falsa "constituye una deformación de la publicidad comercial que presenta el producto a vender o el servicio a prestar y que tiene por objeto obtener la adhesión de la clientela mediante un mensaje inexacto o tramposo" [12].

La real o potencial causación de engaño debe verse, según la doctrina, de acuerdo con los parámetros de un consumidor medio [13], conforme las personas a las que la publicidad va destinada [14], rigiendo en caso de duda el principio *in dubio pro consumidor*.

-Engaño y precio:

En cuanto a la satisfacción del deber de información en la publicidad respecto al precio, como característica esencial del producto o servicio, el art. 8° de la res. 7/02, complementaria de la ley de lealtad comercial, determina que "cuando se publiciten voluntariamente precios de bienes muebles o servicios por cualquier medio (gráfico, radial, televisivo, cinematográfico, Internet u otros), deberá hacerse de acuerdo con lo establecido en la citada resolución, especificando además junto al bien publicitado, la marca, el modelo, el tipo o medida y el país de origen del bien, debiendo precisar, en cada pieza publicitaria, la ubicación y el alcance de los servicios cuando corresponda, como así también la razón social del oferente y su domicilio en el país, o la indicación expresa de tal circunstancia cuando no la hubiere. Siempre la información deberá exhibirse en caracteres tipográficos legibles, de buen realce, destaque y visibilidad; debiendo, para la indicación del país de origen, utilizarse caracteres de tamaño no inferior a los que se utilicen para colocar la denominación del producto y su marca. Cuando se publiciten bienes o servicios con reducción de precio deberán consignar en forma clara el precio anterior del producto o servicio junto con el precio rebajado. El precio anterior deberá exhibirse en caracteres tipográficos de similar tamaño a los que informan el precio rebajado, de buen realce y visibilidad. Cuando se trate de una reducción porcentual del precio de un conjunto de bienes muebles o servicios, bastará con su indicación genérica sin necesidad de que conste individualmente en cada artículo o servicio rebajado".

[12] Picod Yves-Davo Hélène, "*Droit de la consommation*", Colin, París, 2005 N.° 127, p. 68 citado por Rubén Stiglitz, "Lealtad comercial, prácticas comerciales abusivas y publicidad en el Código Civil y Comercial de la Nación", Sup. Especial Nuevo Código Civil y Comercial 2014 (noviembre), p. 103.

[13] Lorenzetti, Ricardo Luis, "Consumidores", Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2009, p. 189.

[14] "A fin de analizar la aptitud engañosa de un aviso publicitario, debe tenerse en cuenta que no se recurre tanto a parámetros como el 'buen padre de familia' u hombre diligente frecuentemente aplicados en el derecho de daños o contractual, sino a estándares menos rígidos, teniendo en cuenta las características de la audiencia a que se dirige la publicidad" (Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo de Mar del Plata, 30/09/2010, "Cablevisión S.A c. Municipalidad de Tandil", JA 2011-I , p. 514).

Por la res. 241/2020 [15] de la Secretaría de Comercio, reglamentaria del DNU 274/2019, se mantiene la ampliación de la definición de publicidad engañosa que figuraba en la derogada Resolución 248/2019, en el sentido de demarcarla como la publicidad en donde la información suministrada sea incomprensible debido a la velocidad en su alocución.

Esta prohibición apunta a los anuncios publicitarios radiales en donde los "legales" (remisión a página web o teléfono gratuito del anunciante para conocer más información sobre lo promocionado —vigencia territorial, temporal, stock disponible—) casi siempre son difundidos con el viejo recurso de "cortar el aire" entre palabras, haciendo inentendibles a estas, debido a la velocidad de su alocución. Más allá de este recurso, que podría eventualmente obedecer a los altos costos del segundo en radio y TV, y su consecuente ahorro al reducir el tiempo de las publicidades, lo cierto es que con la velocidad que se locutan los legales de muchos de los anuncios en esos medios, su comprensión se torna imposible. Cabe tener presente, respecto a su fiscalización, que la radiofonía es un tema de competencia federal.

También se mantiene la ampliación de la definición de publicidad engañosa que figuraba en la derogada res. 248/2019, en el sentido de definirla como la publicidad en donde la información suministrada sea incomprensible, debido al tamaño de su letra. Cabe señalar a este respecto que durante casi veinte años estuvo vigente la res. SICyM 789/1998 hasta que fue derogada por la res. SC 915/2017 (12) que hoy, con sus modificaciones vigentes, establece los requisitos legales para las publicidades incluidas en los arts. 11 y 14 del DNU 274/2019 y en los arts. 4º y 36 de la ley 24.240. El art. 4° de la resolución reglamentaria determina como engañosa, a la publicidad en la que la información suministrada sea incomprensible, "... en razón de cualquier otra característica que la desvirtúe".

Así, las previsiones incluidas en la vieja res. 789/1998 se *aggiornaron* en desmedro de los potenciales consumidores, y aquella determinación que obligaba a consignar en las publicidades emitidas por cualquier medio, la información que resultare esencial para la salud, seguridad e intereses de los consumidores y usuarios, los llamados "legales", devinieron en un permiso del nuevo marco legal, que permite a los proveedores anunciantes escatimar difusión de información, mediante una simple remisión a página web o teléfono gratuito de la empresa anunciante, en donde sí figuren esos datos de vital importancia para comprender lo publicitado.

En la Ciudad de Buenos Aires, desde el año 2014, rige la ley 4827 de Exhibición y Publicidad de Precios, dedicando la norma varios artículos a la publicidad voluntaria de precios, a la tipografía mínima obligatoria a utilizarse en ella, a la publicidad de precios sugeridos y a la publicidad que incluya figuras humanas retocadas digitalmente, siendo pionera la jurisdicción en estas regulaciones.

[15] Surín Jorge y Tambussi Carlos, "Reglamentación del DNU 274/19 por parte de la res. 241/2020 (S.C. Int.)" ADLA2020-11, p. 61 Cita Online: AR/DOC/3080/2020.

En el caso de la Dirección General de Defensa y Protección al Consumidor del GCBA (DGDyPC), se ha mostrado particularmente activa en la detección y sanción de incumplimientos a la Ley de Lealtad Comercial y a la Ley 4827 de Exhibición y Publicidad de Precios de la Ciudad de Buenos Aires [16].

Ya en el año 2004 la Sala III de la CACAyT de la Ciudad confirmó la sanción de multa de $250.000 aplicada por la DGDyPC a un conocido shopping de la Ciudad, a raíz de una actuación de oficio por publicidad engañosa. El citado centro comercial había publicitado en un diario de gran tirada que "ya había entregado un premio de un millón de pesos" cuando nunca había efectivizado ese pago [17]. Cabe destacar que la aludida sanción fue destacada en la tapa de uno de los diarios de mayor circulación en la Argentina. Y fue la multa más alta impuesta por publicidad engañosa y de las confirmadas por la justicia desde el año 2000 en que se había creado el organismo.

En septiembre del año 2016 la Justicia porteña dejó firme una sanción de multa de $300.000 aplicada por la DGDyPC a una empresa de transporte aerocomercial, a raíz de una actuación de oficio por publicidad engañosa, ya que se publicitaba en vía pública y en forma destacada el precio de cada cuota de un pasaje, que se comercializaba en 12 cuotas, informando el precio final en forma considerablemente menos destacada que el de cada cuota [18].

Ese mismo año y al año siguiente se confirmaron también dos sanciones de multa de $100.000 dictadas a raíz de actuaciones de oficio iniciadas en el organismo porteño aludido, a dos empresas internacionales de pastas dentífricas por publicidad engañosa, ya que en una de ellas publicitaban ser "la número uno recomendada por odontólogos, para dientes sensibles" y la otra ser "la número uno recomendada por odontólogos", no pudiendo acreditar fehacientemente lo afirmado [19]. Cabe mencionar que, luego de la confirmación de las sanciones aludidas, los proveedores dejaron de incluir esas expresiones engañosas.

[16] Del Pino, Miguel "Pasado, presente y futuro del Régimen de Lealtad Comercial en Argentina" https://www.thomsonreuters.com.ar/content/dam/openweb/documents/pdf/arg/white-paper/suplemento-especial-competencia-desleal-analisis-del-decreto-274-2019.pdf, disponible al 22 de agosto de 2021.

[17] Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la CABA, sala III "Galerías Pacífico SA contra G.C.B.A. sobre otras causas con trámite directo ante la Cámara de Apelaciones", Expediente N.º RDC-749/0. Fuente: Juristeca. Base de datos jurisprudenciales del Consejo de la Magistratura de la CABA.

[18] Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la CABA, sala II "Aerolíneas Argentinas SA s/GCBA s/ recurso directo sobre resoluciones de defensa al consumidor" Exp. D27034-2015/0, 02/09/16. Fuente: Juristeca. Base de datos jurisprudenciales del Consejo de la Magistratura de la CABA.

[19] Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la CABA, Sala III "Glaxosmithkline Argentina SA c/ GCBA s/ recurso directo sobre resoluciones de defensa al consumidor", Exp D65239-2013/ 0, 15/09/16 y de la misma sala "Colgate Palmolive Argentina SA c/ GCBA sobre otras causas con trámite directo ante la Cámara de Apelaciones" 05/11/17. Fuente: Juristeca. Base de datos jurisprudenciales del Consejo de la Magistratura de la CABA.

En el año 2017 se sancionó con multa de $500.000 a una empresa de telefonía celular, a raíz de una actuación de oficio por publicidad engañosa. Se trataba de una promoción por la cual se podían obtener cientos de celulares a $1. Y se constataron irregularidades en las bases y condiciones, en el horario de comienzo de la promoción y en las comunicaciones efectuadas vía mail a los participantes, de donde surgía que habían ganado el celular a $1, cuando en realidad no resultaba ser así. La multa fue abonada y cabe mencionar que la actuación de Defensa al Consumidor de la Ciudad fue difundida y destacada en portada de un conocido matutino nacional [20].

Asimismo, en abril de 2019 la Justicia de la Ciudad confirmó una multa de $1.000.000 dictada por la autoridad de aplicación porteña contra un hipermercado, por infringir el art. 9º, inc. a) de la ley 4827, ya que se verificó que en uno de sus locales comerciales no exhibía precios de más de quinientos productos comercializados [21]. Es importante destacar que la presente sanción impuesta por la DGDyPC es la multa más alta dictada por el aludido organismo en materia de lealtad comercial y confirmada por la Justicia porteña hasta el presente.

Una práctica muy sancionada como publicidad engañosa es la diferencia de precio, entre el valor exhibido en góndola y el que efectivamente se debe abonar en línea de caja de los Autoservicios, Supermercados e Hipermercados. Por ejemplo, en un precedente del año 2019, estando aún vigente la ley 22.802, que confirmó una sanción de multa dictada por la DGDyPC contra un hipermercado, se afirmó que "la exhibición de un producto en la góndola de un supermercado es precisamente una forma de 'presentación' de aquel susceptible de ser comprendida dentro del concepto previsto en el artículo 9° de la ley 22.802". Y se agregó que "si en dicha presentación se indica un precio determinado, que luego resulta ser otro cuando debe abonarse su valor en la línea de cajas, la conducta —incluso si tal no fue la intención del proveedor— tiene entidad suficiente para inducir a error, engaño o confusión a los potenciales consumidores…», recalcando que «los valores precisados en la presentación del producto deben coincidir con los que efectivamente debe abonar el consumidor" [22].

Uno de los momentos de mayor captura de voluntades de tomar decisiones de relaciones de consumo es, en el supermercadismo, la exhibición de precios en góndolas. Atrayentes ofertas a veces difíciles de entender, descuentos basados en la segunda unidad, formulas poco claras de expresar las ventajas del ofrecimien-

[20] "Huawei Tech Investment Co Ltd s/ inf. ley 22.802 y otras" EE 22337476-16 Disposición 1775/17.

[21] Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la CABA "Coto CICSA c/GCBA s/ recurso directo sobre resoluciones de defensa al consumidor", Sala I, 07/04/2019 Exp. 336/2018-0. Fuente: Juristeca. Base de datos jurisprudenciales del Consejo de la Magistratura de la CABA.

[22] "INC SA c/GCBA s/ recurso directo sobre res. de def. al cons." EXP 3221-16-1, Sala III CACAyT. 12/2/19 Fuente: Juristeca. Base de datos jurisprudenciales del Consejo de la Magistratura de la CABA.

to, suelen invadir al consumidor que se acerca a esos grandes establecimientos a hacer sus compras generales atraído por múltiples artículos y propuestas.

El momento más vulnerable por la ocasión, es el paso por la caja [23]. Ritmos acelerados de lecturas de códigos de barras, tiempo de espera en las filas, miradas de los que están atrás en las colas esperando su atención, deseos de retirarse, y muchas otras causas conspiran contra la posibilidad siquiera remota que el consumidor controle que el precio que visualizó mientras paseaba por amplios pasillos se corresponda con el que efectivamente le cobran. Para ello debe parar el ritmo vertiginoso, mirar a medida que los productos son "pasados", o esperar el ticket para una revisión. Es muchas veces material y anímicamente imposible. Este dato es conocido por el proveedor.

En esos casos se informa un precio diferente en góndola al que efectivamente se cobra, siendo en ese punto donde reside el efectivo engaño, el error sobre una característica esencial del producto (su precio) provocado al consumidor, que cree adquirir algo que finalmente se le cobra más caro al llegar a la caja, aprovechándose de una situación donde su atención no se encuentra básicamente plena en vigilar la correspondencia entre lo ofrecido y lo efectivamente abonado. De ahí la manifiesta abusividad de la práctica, que no puede ser excusada —sin ser a la vez expresada como reconocimiento— aludiendo un mero error de los empleados, sin intencionalidad, que el fallo califica además de indemostrable.

La correspondencia entre precios es exigible razonablemente al proveedor, que tiene la obligación de comportarse hasta con exceso de celo en el llenado de este deber ante los destinatarios de las ofertas a público. Como ha sido señalado, el profesional proveedor quien ha de obrar con mayor prudencia [24], en un comportamiento acorde con su objetivo económico, para coadyuvar tanto a la seguridad y confiabilidad del tráfico comercial, pero a la vez respetuoso del derecho del consumidor. El proveedor debe actuar regido por el estándar del «buen profesional», y a los efectos de la satisfacción del deber de información, "claridad" es completitud, e importa en términos de una de sus acepciones "un argumento o un razonamiento de muy fácil comprensión" [25].

Más allá de lo expuesto y la jurisprudencia conteste al respecto de considerar "publicidad engañosa" a la diferencia de precio entre góndola y caja, sería apropiado que en la ley local 4827 CABA, se incorpore específicamente en el artículo 9° la práctica aludida como engañosa (autoservicios, super e hipermercados) a fin de facilitar la tipificación de la conducta en análisis.

[23] Tambussi, Carlos "Prácticas abusivas en materia de precios. Diferencias en el tránsito de la góndola a la caja" LLCABA 2018 (agosto), p. 5. Cita en línea: AR/DOC/1513/2018.

[24] CNCom, sala B, "Feder, Marcelo c/Citibank SA y otro", Expte. 49242/98, 19/07/2001 (inédito).

[25] Tambussi, Carlos "De nuevo sobre precios en caja distintos a los de las góndolas" LL CABA, abril 2019 p. 5.

-Efectos de la publicidad engañosa:

El efecto de la publicidad engañosa es la frustración de la legítima expectativa que el consumidor tenía respecto del bien o servicio objeto del contrato y de la cobertura de la necesidad que con este procuraba atender. Traiciona la veracidad como valor, y la confianza como principio y presupuesto del acto de consumo, ante la revelación de la mera apariencia o el descubrimiento del ardid, por lo que puede involucrar aristas vinculadas con el derecho penal.

Entre los agentes económicos y en relación con el funcionamiento del mercado significa una peligrosa tergiversación de su equilibrio y transparencia, en detrimento de los intereses individuales y colectivos involucrados.

Ha dicho la jurisprudencia, caracterizando a la publicidad engañosa tanto a los fines sancionatorios de la autoridad de aplicación, como también reparatorios:

Son ejemplos de las primeras:

> "Es procedente la multa impuesta por la Dirección Nacional de Comercio Interior a quien publicó en una página web información relativa a un producto que comercializa y al cual le atribuyó facultades curativas de ciertas dolencias, ya que las abundantes inexactitudes presentes en la publicidad pueden conducir al engaño o error haciéndole creer al lector que efectivamente las enfermedades allí mencionadas pueden curarse con el dispositivo en cuestión" [(26)].

> "La publicidad de un producto que incluye expresiones que se refieren a mejoras en el campo de la salud física provocadas por su uso sin la debida corroboración de esos resultados —en el caso, un electro estimulador que produciría alivio del stress y de dolores musculares— resulta engañosa, ello debido a su aptitud para confundir al potencial consumidor, que es una conducta vedada por el ordenamiento vigente en la materia. —art. 9º, ley 22.802—" [(27)].

> "Incurre en la infracción a los arts. 4°, 8° y 9° de la ley 24.240, la empresa prestadora del servicio de televisión por cable que publicitó la transmisión del campeonato mundial de fútbol, pues, resulta una publicidad engañosa por cuanto daba a entender a los posibles clientes que se comprometía a emitir todos los partidos que conformaban el evento deportivo, cuando

[(26)] Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso administrativo Federal, sala V, 25/08/2009, "D'Angelo Daniel Osvaldo c. DNCI -Disp. 779/08", La Ley en línea, AR/JUR/36089/2009.

[(27)] Cámara Nacional de Apelaciones en lo contencioso administrativo Federal, sala II, 26/06/2014, Amerilab S.A. c/. D.N.C.I. - Disp. 75/13 (Ex. S01:14.202/11), La Ley 2005 A, p.71.

no poseía los derechos para ello, omitiendo informar de manera cierta y detallada que la oferta implicaba, en realidad, la transmisión de algunos partidos y programas "colaterales" lo cual no difería del servicio que el consumidor podía recibir gratuitamente a través de los canales de aire" [28].

"En el caso, corresponde confirmar la resolución dictada por la administración, en cuanto impuso a una entidad bancaria una sanción pecuniaria, por infracción al artículo 9º de la ley 22.802. Ahora bien, la lectura de la publicidad de la entidad bancaria induce al consumidor a la creencia de que si se adhiere al débito automático para el pago de sus boletas de luz se le descontará durante tres periodos de facturación el 20% del costo del servicio (…). No obstante ello, la Dirección General de Defensa y Protección al Consumidor constató que del estudio de la publicidad gráfica, como del de las bases publicadas en internet, que lo que el banco ofrece a los potenciales usuarios es un descuento, para aquellos que se adhieran al sistema de débito automático, de hasta pesos $30 por mes en cada factura del servicio de luz y no un ahorro del 20% del monto de las facturas. Es evidente, entonces, que el comportamiento de la apelante puede inducir a confusión al consumidor en el momento de decidir si realiza el pago o no, de sus facturas de luz mediante el servicio de débito automático que ofrece el banco, pues la información que brinda la firma no resulta veraz. En suma, si con la publicidad de una determinada promoción se induce a los consumidores a la creencia, de que si se adhiere al débito automático para el pago de sus boletas de luz se le descontará durante tres periodos de facturación el 20% del costo del servicio, pero, en los hechos, el banco ofrece un descuento de hasta pesos $30 por mes en cada factura del servicio de luz y no un ahorro del 20% del monto de las facturas de ese servicio, resulta claro que tal conducta encuadra en la descripción genérica contenida en el artículo 9° de la ley 22.802" [29].

En materia reparatoria citamos las siguientes:

"El ente descentralizado que administra y fiscaliza el juego oficial en la Provincia de Mendoza debe indemnizar por daño punitivo a los consumidores reclamantes, pues incurrió en una conducta negligente al publicitar engañosamente la venta con descuento de entradas para recitales en un Casino, con lo que explotó la inexperiencia y credulidad de los adolescentes

[28] Cámara de Apelaciones en lo contencioso administrativo de Mar del Plata, 30/09/2010, "Cablevisión S.A c. Municipalidad de Tandil", JA 2011-I, p. 514.

[29] Cámara de Apelaciones Contencioso, Administrativo y Tributario de la CABA, sala I, 18/07/2008, "Banco Río de la Plata SA c/ GCBA s/ otras causas con tramite directo ante la Cámara de Apelaciones". Fuente: Juristeca Base de datos del Consejo de la Magistratura de la CABA.

a los que la propaganda estaba dirigida, y propició el acceso de estos a un lugar que les era prohibido" (30).

"Corresponde el reintegro del 50% de lo abonado en concepto de cuotas y matrícula por un curso de profesorado, si resultó engañosa la publicidad con que se lo promocionó en cuanto a la salida laboral y al otorgamiento de puntaje por la Junta de Calificación pertinente" (31).

"La circunstancia de que las bases y condiciones de un concurso publicitario dispongan que la participación es "sin obligación de compra" tiene por efecto sortear la prohibición expresa del art. 10 de la ley 22.802 —lealtad comercial—, por lo cual el carácter gratuito no impide encuadrar el vínculo habido entre las partes como contrato de consumo —art. 1°, ley 24.240 modificada por la 26.361— de carácter aleatorio y accesorio, puesto que se trata de un sistema de publicidad destinado a la captación de un mayor número de clientes y por ello sujeto a las disposiciones destinadas a proteger a los consumidores de la publicidad engañosa y al deber de brindar información clara y precisa" (32).

"Corresponde hacer lugar a la acción de daños y perjuicios deducida por quien ganó un automóvil en un sorteo realizado con el número de la factura que le había sido otorgada al adquirir un electrodoméstico, en virtud de no haberse hecho efectivo su premio toda vez que, el proceder de la demandada configura un supuesto de publicidad engañosa destinada a captar la voluntad del cliente indeciso, en clara violación de los arts. 1°, 7° y 8° de la ley 24.240" (33).

III.4.2. Publicidad comparativa

El inciso b) del art. 1101 del Cód. Civ. y Com. la prohíbe cuando "efectúe comparaciones de bienes o servicios de naturaleza tal que conduzcan a error al consumidor".

La publicidad comparativa, hasta el momento considerada solamente por el derecho marcario (34), o como práctica desleal conforme el art. 159 del Códi-

(30) Cámara 3a de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Minas, de Paz y Tributaria de Mendoza, 06/06/2012, "Protectora Asociación de Defensa al Consumidor y otros c. Instituto Provincial de Juegos y Casinos s/ amparo", La Ley Online, AR/JUR/41938/2012.

(31) Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala A, 28/09/2005, "Galliotti, Pablo A. y otros c. Club Atlético Vélez Sarsfield" JA 2005-IV, p. 483.

(32) Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala K, 04/07/2008, "Machuca, Augusto Antonio c. Pepsico de Argentina S.R.L.", La Ley 18/11/2008, p. 4.

(33) Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Morón, sala I, 17/03/2006, "Caravante, Alberto c. Simoa S.A." LLBA 2006 (junio), p. 576.

(34) Nota del autor: fundamentalmente para su ilicitud, por considerar que: a) al valerse de la mención de la marca competidora, se está aprovechando del prestigio o buen nombre de esta

go Penal, es ahora tratada por la codificación, introduciendo normativamente el interesante aspecto de su prohibición solamente y en tanto conduzca a error al consumidor y desde su punto de vista.

El legislador no ha dado parámetros para calificar como tal a la publicidad. No obstante, podemos entenderla como aquella en la que el anunciante coteja su oferta o producto con los de otros competidores, con el fin de resaltar las ventajas del propio, siendo determinante para su licitud que se realice sobre parámetros comprobables y ciertos, es decir sin mala fe, que quedaría demostrada en el caso de comprobarse falsedades.

Han sido consideradas como ventajas de esta publicidad:

- La promoción de la competencia, al incitar a mejorar la calidad de productos y servicios, insertar innovaciones, considerar los precios, y redunda en mayor información a los consumidores. De no poder comparar en los mensajes, quedaría a salvo el mal empresario de bajo nivel de prestaciones, alterando la libertad de elección del consumidor.

- A través de la comparación, se satisface de mejor manera el derecho constitucional de los consumidores a una información adecuada y veraz.

- Antes de la sanción del Código, no existía norma alguna que lato sensu prohíba la publicidad comparativa, por lo que por aplicación del principio de legalidad constitucional (art. 19) no se trataba de una conducta ilícita.

En contrario, se ha argumentado que la comparación puede peligrosamente llevar a denigrar las marcas de los adversarios o a aprovecharse de la fama o prestigio del comparado para difundir el propio producto.

Irrumpe entonces esta consideración, el marco de competencia de los anunciantes en un sistema de libertad de expresión, y el derecho a la información veraz respecto a los consumidores.

En el DNU 274/2019, la publicidad comparativa se trata en el art. 16 que arroja precisiones y aporta a la regulación preexistente del Cód. Civ. y Com., proporcionando:

- Un concepto de publicidad comparativa: es la que alude explícita o implícitamente a un competidor, o a su marca, o a los productos o servicios ofrecidos por él.

- Una ampliación de las pautas para su calificación como ilícita, consignando en sentido contrario las "condiciones para su licitud" que son las siguientes: a) que no induzca a engaño o confusión entre bienes o servicios de anunciante y competidor, b) siempre y cuando compare bienes y servicios que satisfagan la misma finalidad y la comparación sea objetiva, entre características esenciales, pertinentes, representativas y comprobables de los bines

última; b) el uso de la marca es exclusivo de quien la ha registrado para sí y c) toda comparación es denigratoria (Véase Santarelli, Fulvio "Bases para la admisión de la publicidad comparativa ", RCyS 2005, p. 487).

o servicios —incluso precio— c) su finalidad sea informar las ventajas de lo publicitado, d) no desacredite ni denigre derechos de propiedad intelectual o industrial de un competidor, e) no obtenga ventajas de la reputación de marca o denominación de origen de un competidor, f) no se hagan imitaciones de bienes o servicios con marcas protegidas y g) para denominaciones de origen solo pueden compararse productos de la misma denominación.

-Modalidades que puede revestir la publicidad comparativa [35]:

Directa: compara un producto o servicio propio con un producto o servicio competidor, identificándolo expresamente (referencia explícita) o permitiendo que este sea identificable (referencia implícita).

Indirecta: efectúa la comparación con el resto de los competidores, sin referirse a ninguno en especial.

Puede revestir carácter objetivo o subjetivo, según si los aspectos o parámetros en que se basa la compulsa son comprobables o no.

Muchas veces busca resaltar caracteres exclusivos del producto, que pretenden distinguirlo de los otros, y hacerlo superior. En ese caso, las ventajas comparativas deben ser objetivamente determinables y ciertas, en base a aspectos importantes del producto o de su uso, que puedan ser verificables desde el mensaje y por supuesto por el consumidor. El cotejo debe realizarse respecto de productos de características similares (de la misma naturaleza).

La publicidad comparativa prohibida desde la óptica del derecho del consumidor es aquella que no se basa verdad y lo cierto, y que por esa razón conduce a error al consumidor. Ese es el sentido del Código al cual se ciñe el análisis, ya que no se está refiriendo el codificador al ámbito interempresarial, sino regulando los contratos de consumo.

Por esa razón hay puntos de contacto claros entre la publicidad comparativa hecha en base a parámetros no objetivos, y la publicidad engañosa, en cuanto la objetividad de la información es el componente que satisface su efectivo cumplimiento, y también la comparación debe completarla y contenerla, para posibilitar la libre elección del consumidor.

El centro de la preocupación en este punto es el consumidor, para satisfacer el deber de información precontractual que puede perseguir la publicidad, admitiéndose la comparación publicitaria de productos en la medida que el confronte se refiera a productos o servicios confrontados que cubran la misma necesidad, cotejados en forma objetiva y desde el punto de vista de esa necesidad, entendiendo que beneficia al consumidor escoger entre distintas alternativas y gozar de información veraz, permaneciendo en la ilicitud todo aspecto negativo de la comparación que no esté justificada por parámetros ciertos [36] y determinables.

[35] Mercuriali Carlos y Giay Gustavo, "Publicidad comparativa. Un aporte al debate sobre su legalidad o ilegalidad", La Ley 02/03/2005, p. 1

[36] Santarelli, Fulvio, ob. cit.

-La publicidad comparativa prohibida como práctica desleal [37]:

Por ser contrarias a los usos comerciales honestos, violatorias de los derechos de los competidores comparados, devienen ilícitas las siguientes publicidades comparativas:

Denigratorias: Es aquella publicidad que compara la marca propia con la del competidor para menospreciarla o denostarla.

Engañosa: Es aquella que por falsedad, inexactitud o ambigüedad induce o puede inducir a error a sus destinatarios.

Inexacta: Es la comparación que emplea pautas incompletas o no aplicables al producto o servicio de un tercero que se utiliza para realizar la comparación.

Podemos mencionar también la que utiliza en forma denigrante la parodia, la que exagera desmesuradamente y la que compara productos absolutamente diferentes.

La codificación recoge las condiciones referidas en la Directiva de la Unión Europea 97/5 que ha fijado las condiciones de admisibilidad de la publicidad comparativa sujetas a que no exista posibilidad de error en el consumidor; confusión entre los oferentes que entran en comparación; o se denigre al competidor.

Así se ha señalado en los tribunales europeos que:

> "Una publicidad comparativa que verse sobre el nivel general de precios aplicados por dos competidores a una determinada gama de productos que comercializan, puede resultar de mayor utilidad para el consumidor que una información comparativa limitada al precio de un producto" [38].

-Recepción jurisprudencial anterior al Cód. Civ. y Com.:

> "Es procedente la medida cautelar innovativa (art. 50, Acuerdo ADPIC) tendiente a hacer cesar la publicidad de los servicios de una empresa por la cual se intenta desacreditar la marca de su competidora pues no satisface el estándar ético del art. 953 del Código Civil e infringe, a través de una competencia desleal, el art. 10 *bis* del Convenio de París (ley 17.011)" [39].

> "Es de suma importancia que el actor obtenga una declaración de certeza no solo para evitar la reiteración de la publicidad comparativa, sino también para dar certeza al público consumidor, el que debe ser protegido por

[37] Mercuriali, Carlos, ob. cit.

[38] Tribunal de Justicia de la Unión Europea, 26/06/2007; "Lidl Belgium GmbH & Co KG c. Etablissementen Franz Colruyt NV", La Ley 13/12/2006, p. 6.

[39] Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, sala I, 26/06/2007, "Los Cipreses S.A. c. Lumary S.A." JA 2007-III, p. 267.

ser el más desvalido en la lucha de intereses que implica la publicidad. (Del voto del doctor Craviotto)" [40].

"Nuestra legislación marcaria no prohíbe la publicidad comparativa, pues beneficia al consumidor. Solo prohíbe el uso de una marca ajena como si fuera propia, pero no el uso de una marca ajena como ajena con el fin de comparar los productos. En el primer caso siempre habrá infracción a los derechos marcarios, en el segundo ello dependerá de las circunstancias del caso, pues la referencia a una marca ajena puede constituir una actitud legítima. (Del voto del doctor Farrell)" [41].

III.4.3. Publicidad abusiva, discriminatoria o inductora de hábitos perjudiciales

Es la prohibida por el inciso c) del art. 1110 del Cód. Civ. y Com., que se refiere al mensaje abusivo, discriminatorio o que induzca al consumidor a comportarse de forma perjudicial o peligrosa para su salud o seguridad.

-Publicidad abusiva:

La publicidad abusiva se basa e insiste en emociones, motivaciones y sugerencias directas. Apela al vértigo y la discriminación, miedo o creencias. Genera o exacerba ansiedades, ataca la libre elección o se entromete en la intimidad del consumidor.

Su fuente se halla constituida por lo que dispone el artículo 37 inciso c) del Código de Defensa del Consumidor de Brasil: "es abusiva...la publicidad discriminatoria de cualquier naturaleza, que incite a la violencia, explote el miedo o la superstición, se aproveche de la deficiencia del análisis y experiencia de los menores, desprecie los valores ambientales, o sea capaz de inducir al consumidor a comportarse de forma perjudicial a su salud o seguridad".

Asimismo, resulta abusiva la que utiliza el miedo o la superstición, o la que incita a la violencia. Se ha considerado también con este carácter a aquella que incite a la violencia, se valga de la credulidad del destinatario del mensaje, o su falta de madurez, desprecie valores ambientales, entre otras.

Algún criterio no conceptual respecto de publicidad abusiva puede encontrarse en la ley de medios audiovisuales (ley 26.522, art. 81).

-Publicidad discriminatoria

Puede referirse a cualquier categoría de menoscabo, pudiendo hallarse referida a la raza, al sexo, a la preferencia o inclinación sexual, a la condición social, a la nacionalidad, a la profesión y a las convicciones religiosas o políticas, la edad, entre otros. Es de aplicación, además del régimen del Código, lo previsto en la ley 23.592, en especial sus artículos 1° y 3°.

[40] Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, sala I, 30/12/1993, "Axoft Argentina S. A. c. Megasistemas S. A.", La Ley 1994-C, p. 8.

[41] Ídem cita anterior.

En el derecho comparado, el Código Brasileño de Defensa del Consumidor establece como política nacional de relaciones de consumo el "Atender necesidades de consumidores: su dignidad, salud, calidad de vida". Prohíbe la publicidad discriminatoria de cualquier tipo, respaldada con normas penales, incluyendo agravantes en caso de que la publicidad se haga en detrimento de personas portadoras de deficiencia mental.

La prohibición de este tipo de publicidad se relaciona con el valor dignidad, que como hemos señalado tiene íntima relación con los derechos humanos, categoría a la cual pertenece el derecho del consumo.

Recepción jurisprudencial:

> "Corresponde procesar en orden al delito previsto en el art. 3° de la ley 23.592 a una persona de cuyo domicilio procede una página web donde se ventilan actos y notas que promueve la ideología nazi, ya que la publicidad de dicha ideología resulta un medio eficiente como incentivo a terceros sobre actos de discriminación contra toda inmigración no europea, superando el grado de resguardo constitucional previsto en el art. 19 de la Constitución Nacional" [(42)].

-Publicidad inductiva de conductas perjudicialesSe centra en la interdependencia de los derechos de usuarios y consumidores, que ya hemos desarrollado con respecto al derecho a la información y el consiguiente deber del proveedor, ahora vinculada a la protección de la salud, prohibiendo toda práctica publicitaria que lleve a conductas nocivas, adictivas o perjudiciales para el estado de salud de los destinatarios.

Como antecedente, la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, estableció en su artículo 46 (parte pertinente) que "[l]a ciudad garantiza la defensa de los consumidores y usuarios de bienes y servicios, en su relación de consumo (…). Debe dictar una ley que regule la propaganda que pueda inducir a conductas adictivas o perjudiciales o promover la automedicación" [(43)].

López Alfonsín, al comentar este artículo [(44)], afirma que su texto es prácticamente igual a la norma contenida en el artículo 42 de la Constitución Nacional, pero es novedosa la remisión que se hace al legislador para el dictado de una ley que regule la publicidad inductiva de conductas perjudiciales o que promueva la automedicación.

[(42)] Cámara Federal de Apelaciones de San Martín, 06/05/2010, "B., L. y otros", La Ley 08/06/2010, p. 6.

[(43)] Nota del autor: ttambién existen previsiones en otras constituciones provinciales como la de la Provincia de Salta: (1998): "La legislación regula la publicidad para evitar inducir a conductas adictivas o perjudiciales o promover la automedicación y establece sanciones contra los mensajes que distorsionen la voluntad de compra del consumidor mediante técnicas que la ley determine como inadecuadas" (art. 31).

[(44)] López Alfonsín, Marcelo Alberto, "Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires". Estudio. Buenos Aires, 2000, p. 44.

El Cód. Civ. y Com. introduce un aspecto necesario y significativo que es coadyuvar mediante el poder normativo del estado a reglar y regular un mercado más justo, transparente, con resguardo de la competencia y la libertad de elección y con armonía y equilibrio tanto entre los proveedores como entre estos y los consumidores y usuarios.

Es necesario que, con las herramientas legales, la jurisprudencia futura basada en el CPJRC ayude a depurar el estigma por el cual la eficacia persuasiva de la publicidad es directamente proporcional a la escasez de la información. Contará para ese fin con acciones preventivas y medidas eficientes que los jueces pueden dictar para que toda la comunidad tome conocimiento de los errores o engaños publicitarios y a la vez, sean sancionados debidamente los responsables tanto con medidas pecuniarias como con la contrapublicidad, mucho más efectiva como medida persuasiva.

Y una vez más, no estará todo en manos del sistema protectorio, ni ha de temérsele en los ámbitos empresariales, si arraiga una verdadera conciencia de la responsabilidad social empresaria, un buen criterio de autorregulación, y un compromiso de publicidad honesta, verdadera y respetuosa de las leyes.

-Casos especiales del tabaco [45] y el alcohol:

La ley 26.687 y la resolución del Ministerio de Salud 497/2012 regulan la publicidad, y la promoción de tabaco; con el objetivo de la protección de la salud de la población y evitar la iniciación en el vicio de los menores y limitar el consumo de los ya iniciados. Su art. 4° Inc. d. define a la publicidad y la promoción de productos como toda forma de comunicación, recomendación o acción comercial con el fin, el efecto o el posible efecto de promover directa o indirectamente el consumo de productos elaborados con tabaco; y en el art. 5° expresamente se prohíbe la publicidad o promoción de tabaco por cualquier medio de difusión. Por último, el art. 7° establece las pautas respecto a los mensajes y advertencias sanitarias que deben contener los anuncios publicitarios que se realicen.

La ley 24.788 prohibe en todo el territorio nacional, el expendio de todo tipo de bebidas alcohólicas a menores de dieciocho años (art. 1°) y establece que las bebidas alcohólicas que se comercialicen en el país deberán llevar en sus envases, con caracteres destacables y en un lugar visible, la graduación alcohólica correspondiente a su contenido. También se consignarán las siguientes leyendas: “Beber con moderación”. “Prohibida su venta a menores de 18 años” (art. 5°). Por último, el art. 6° prohíbe toda publicidad o incentivo de consumo de bebidas alcohólicas, que: a) Sea dirigida a menores de dieciocho (18) años; b) Utilicen en ella a menores de dieciocho (18) años bebiendo; c) Sugiera que el consumo de bebidas alcohólicas mejora el rendimiento físico o intelectual de las personas; d) Utilice el consumo de bebidas alcohólicas

[45] Lovece, Graciela, “La publicidad de tabaco y la prevención en materia sanitaria (a propósito de la ley 26.687)”, DJ 21/06/2012, p. 99.

como estimulante de la sexualidad y/o de la violencia en cualquiera de sus manifestaciones: e) No incluya en letra y lugar visible las leyendas "Beber con moderación". "Prohibida su venta a menores de 18 años".

III.5. La publicidad en los contratos bancarios

El art. 1385 establece que los anuncios del banco deben contener "en forma clara, concisa y con un ejemplo representativo, información sobre las operaciones que se proponen. En particular deben contener: a) los montos mínimos y máximos de las operaciones individualmente consideradas, b) la tasa de interés y si es fija o variable, c) las tarifas por gastos y comisiones con indicación de los supuestos, y la periodicidad de su aplicación, d) el costo financiero total de las operaciones de crédito, e) la existencia de eventuales servicios accesorios para el otorgamiento del crédito o la aceptación de la inversión y los costos financieros a tales servicios y f) la duración propuesta del contrato".

Esta norma debe considerarse en consonancia con el nuevo art. 36 de la ley 24.240 modificado por la ley 26.993, con la misma finalidad:

> "Art. 58. — Sustitúyese el artículo 36 de la Ley de Defensa del Consumidor 24.240 por el siguiente:
>
> "Artículo 36: Requisitos. En las operaciones financieras para consumo y en las de crédito para el consumo deberá consignarse de modo claro al consumidor o usuario, bajo pena de nulidad:
>
> "a) La descripción del bien o servicio objeto de la compra o contratación, para los casos de adquisición de bienes o servicios;
>
> "b) El precio al contado, solo para los casos de operaciones de crédito para adquisición de bienes o servicios;
>
> "c) El importe a desembolsar inicialmente —de existir— y el monto financiado;
>
> "d) La tasa de interés efectiva anual;
>
> "e) El total de los intereses a pagar o el costo financiero total;
>
> "f) El sistema de amortización del capital y cancelación de los intereses;
>
> "g) La cantidad, periodicidad y monto de los pagos a realizar;
>
> "h) Los gastos extras, seguros o adicionales, si los hubiere.
>
> "Cuando el proveedor omitiera incluir alguno de estos datos en el documento que corresponda, el consumidor tendrá derecho a demandar la nulidad del contrato o de una o más cláusulas. Cuando el juez declare la nulidad parcial simultáneamente integrará el contrato, si ello fuera necesario.

> "En las operaciones financieras para consumo y en las de crédito para consumo deberá consignarse la tasa de interés efectiva anual. Su omisión determinará que la obligación del tomador de abonar intereses sea ajustada a la tasa pasiva anual promedio del mercado difundida por el Banco Central de la República Argentina vigente a la fecha de celebración del contrato.
>
> "La eficacia del contrato en el que se prevea que un tercero otorgue un crédito de financiación quedará condicionada a la efectiva obtención de este. En caso de no otorgamiento del crédito, la operación se resolverá sin costo alguno para el consumidor, debiendo en su caso restituírsele las sumas que con carácter de entrega de contado, anticipo y gastos este hubiere efectuado.
>
> "El Banco Central de la República Argentina adoptará las medidas conducentes para que las entidades sometidas a su jurisdicción cumplan, en las operaciones a que refiere el presente artículo, con lo indicado en la presente ley.
>
> "Será competente para entender en el conocimiento de los litigios relativos a contratos regulados por el presente artículo, en los casos en que las acciones sean iniciadas por el consumidor o usuario, a elección de este, el juez del lugar del consumo o uso, el del lugar de celebración del contrato, el del domicilio del consumidor o usuario, el del domicilio del demandado, o el de la citada en garantía. En los casos en que las acciones sean iniciadas por el proveedor o prestador, será competente el tribunal correspondiente al domicilio real del consumidor, siendo nulo cualquier pacto en contrario".

III.6. La acción de cesación publicitaria en el Código Procesal para la Justicia en las Relaciones de Consumo de la CABA (CPJRC, ley 6407)

III.6.1. Introducción

El CPJRC abreva en la base del art. 1102 del Cód. Civ. y Com., por el cual "los consumidores afectados o quienes resulten legalmente legitimados pueden solicitar al juez: la cesación de la publicidad ilícita, la publicación, a cargo del demandado, de anuncios rectificatorios y, en su caso, de la sentencia condenatoria".

La norma de fondo establece la posibilidad para el afectado o quienes se encuentren legalmente legitimados (incluso un proveedor), de solicitar al juez la cesación de la publicidad ilícita [46], la publicación o difusión de un aviso rectificatorio y eventualmente la sentencia condenatoria, cuyos gastos estarán a

[46] Nota del autor: el precedente geográficamente más cercano es el Código de Defensa del Consumidor de Brasil (ley 8078 del 11 de septiembre de 1990), en el que se contempla la contrapublicidad (art. 56, XII) cuando el proveedor incurriera en la práctica de publicidad engañosa o abusiva, siempre a expensas del infractor (art. 60), debiendo ser divulgada por el responsable, en la misma forma, frecuencia y dimensión, y preferentemente por el mismo medio, lugar, espacio y horario, de forma capaz de eliminar el perjuicio de la publicidad engañosa o abusiva (art. 69, párr. 1).

cargo del demandado. Lo primero conlleva una función limitativa de los daños que genera la publicidad ilícita, y lo segundo apunta a un objetivo de prevención general y de advertencia a los que ya fueron afectados.

La cesación y la rectificación de la publicidad ilícita son medidas de garantía a la defensa de los legítimos intereses de los consumidores y usuarios, a través de las cuales se puede lograr la eliminación de una actividad publicitaria para limitar la expansión de los efectos dañosos o bien la modificación de alguna de ellas en cuanto haya sido difusora de un error o ilícito a fin de evitar la producción de nuevos daños y a la vez advertir sobre la deficiencia. El fundamento del control debe encontrarse en que las fuerzas del mercado dejadas en libertad plena y los deberes jurídicos generales no resultan suficientes para impedir las prácticas publicitarias, abusivas, engañosas, o de carácter ilícito que causan un impacto grave sobre los consumidores, con especial consideración a los más vulnerables. En el punto el avance del Cód. Civ. y Com. es notorio, ya que no se trata de un supuesto que estuviera contemplado en la ley de defensa del consumidor.

III.6.2. Legitimación

La circunstancia que se reconozca legitimación en la norma de fondo tanto al afectado como a quienes estén legalmente legitimados, está en línea con la manda constitucional del art. 43 y las disposiciones de la Ley de Defensa del Consumidor.

En concordancia, el art. 248 del CPJRC dispone que están legitimados para el ejercicio de esta acción los indicados en el art. 35 del mismo ordenamiento (remisión a Segunda Parte, Capítulo Undécimo, Punto IV).

Consideramos afectado a cualquier consumidor expuesto a la publicidad, sin que sea exigible un daño concreto e individualizable en su persona.

La acción se dirige contra el autor del mensaje publicitario considerado ilícito. En este punto se ha señalado en doctrina la posibilidad de incluir como demandada a la agencia publicitaria interviniente, o a los *influencers* o celebridades que aportan al mensaje con su fama [47].

III.6.3. Plazo de interposición

Conforme el mismo artículo, la acción podrá interponerse mientras el mensaje publicitario se encuentre en curso de emisión o hasta los diez (10) días después de haber concluido su difusión, términos que deben interpretarse en términos del principio *pro actione* sin estrictez, toda vez que las pautas para el comienzo del cómputo del plazo no siempre pueden conocerse por parte del

[47] Japaze, María Belén "Acciones contra la publicidad ilícita" en Comentarios al Código Procesal de la Justicia en las Relaciones de Consumo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires IJ Editores cita IJ-MCCLVIII-794.

afectado, sin perjuicio que la inteligencia de la acción autónoma de cesación es la inmediatez con el hecho de su difusión.

III.6.4. Tipo de proceso y contenido de la demanda

En términos del art. 213 *in fine* CPJRC, esta acción no requiere el cumplimiento de instancia prejudicial alguna y conforme el art. 249 únicamente podrá aplicarse a esta acción el proceso ordinario.

En el art. 250 del CPJRC se determina que el actor deberá justificar, especificando con claridad y precisión, que el mensaje publicitario cuestionado se encuentra comprendido en las previsiones del art. 1101 del Código Civil y Comercial de la Nación o de cualquier otra norma nacional o local vigente o que se dicte en el futuro regulando la actividad publicitaria. Esto es, encuadrar el mensaje cuestionado judicialmente dentro de las características y tipología de alguna o algunas de las publicidades consideradas ilícitas.

En materia probatoria se propone a la actora que, de estar a su alcance, acompañe en soporte físico o magnético el mensaje publicitario ilícito, e indicar los medios de comunicación que según su conocimiento difunden el mensaje sin perjuicio de la aplicación de las previsiones del art. 166 CPJRC referidas a prueba anticipada. Ese acompañamiento es facultativo, pudiendo ordenar el juez las medidas necesarias para hacerse en forma urgente con algún soporte que acredite el contenido y la difusión del mensaje cuestionado.

III.6.5. Trámite

De acuerdo con art. 251, y en razón que la publicidad involucrada en presunta ilicitud puede estar difundiéndose, el juez podrá, una vez recibida la demanda, de oficio y sin audiencia del demandado:

1) En caso de que no encuentre siquiera mínimos indicios de encuadramiento en un supuesto de ilicitud, rechazar in límine la acción dentro de los dos (2) días de interpuesta, por resultar manifiestamente inadmisible. La decisión es apelable. La apelación se concede con efecto no suspensivo.

2) Verificada con la apreciación de las medidas cautelares la verosimilitud del derecho y el peligro en la demora, ordenar a el demandado o los demandados la cesación de la publicidad ilícita cuando se encuentren involucradas la salud, integridad o seguridad de las personas, o en el supuesto del inciso c) del art. 1101 del Código Civil y Comercial de la Nación, referido a la publicidad abusiva, discriminatoria o inductiva de conductas perjudiciales. La decisión es apelable como medida cautelar.

Consideramos que la acción de cesación puede traer aparejada la del reclamo por los daños y perjuicios que se deriven, aunque no se incluya expresamente esta posibilidad, por derivación de los principios generales de la

responsabilidad civil, teniendo especialmente en cuenta la gran difusión de muchas publicidades, su constante reiteración y la posibilidad que se generen daños tanto individuales como masivos.

La ley de defensa del consumidor aclara expresamente la posibilidad de la tutela preventiva, entendida como aquella que no requiere que el perjuicio se haya efectivamente producido, pero que a la vez exigirá una razonable certeza acreditada de su posibilidad, con visos de razonabilidad, con "indudables posibilidades de efectivizarse" [48].

Sostienen los precedentes que:

> "Se justifica el cese de la publicidad gráfica de una bebida sin alcohol bajo la denominación aguas saborizadas, así como la publicidad televisiva que identifica el producto con la inscripción H2O, dispuesta por el Instituto Nacional de Alimentos, toda vez que puede llevar a error, engaño o confusión, en cuanto contraviene la definición, composición y denominación del producto según el Código Alimentario" [49].

> "Debe acogerse la medida precautoria tendiente a que una empresa cese en la difusión no autorizada de la marca de un competidor a través de un aviso gráfico donde se exponen los productos de ambas compañías —en el caso, botellas de cerveza cuyas etiquetas aparecen ampliadas con un 'efecto lupa'–, si por medio de tal publicidad se intenta establecer la idea de que el producto del demandado es superior, con fundamento en inexactitudes relativas a la composición y características del producto del actor —componentes y fecha de vencimiento o consumo preferencial—, pues ello puede inducir a error al consumidor a fin de que, sobre dicha base, efectúe una transacción que de otro modo no habría realizado" [50].

> "Debe ordenarse a un medio de prensa que cese en la publicación de fotografías de personas en posturas obscenas donde se ofrecen servicios de prostitución, homosexualidad, bisexualidad y similares, así como también que limite los textos de los avisos referidos a la comercialización de tales actividades en la forma descripta, a fin de evitar preventivamente la producción de un daño a niños y adolescentes en plena formación, pues se trata de un supuesto en el que la prevención del daño se impone como única protección judicial efectiva. Art. 25, Pacto de San José de Costa Rica" [51].

[48] Bersten, Horacio Luis "Derecho Procesal del Consumidor", Ed. La Ley, Buenos Aires, 2004, p. 442.

[49] Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico, sala B, 19/08/2005, "Redonhielo S.A.", JA 2005-IV, p. 349.

[50] Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, sala I,19/05/2005, "Cervecería y Maltería Quilmes c. Casa Isenbeck", RCyS 2005, p. 489.

[51] Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala L, 04/11/2003, "R. R., A. c. Diario Clarín S.A. y otros", La Ley 2004-E, p. 278.

El curso procesal continúa (art. 252 CPJRC) en el supuesto de resultar admitida la acción, y en forma conjunta con el traslado de la demanda, el juez intimará a la/s demandada/s por el plazo de un (1) día a denunciar en autos la pauta publicitaria contratada al respecto del mensaje cuestionado que deberá ineludiblemente contener período contratado, medios de comunicación difusores y frecuencia de los mensajes emitidos.

El objetivo es conocer la medida o volumen, forma y tiempo en que fue emitido el aviso ilícito, lo que será de importancia para la publicidad rectificatoria. El requerimiento perentorio de esos datos al proveedor reside en la imposibilidad absoluta del actor de conocer esa información. A su vez, permite al juez poder dimensionar el impacto por masividad de la difusión cuestionada [52].

En caso de que el proveedor no cumpla la intimación y sin perjuicio de las demás consecuencias procesales que el magistrado estime aplicables, podrán solicitarse de oficio los contenidos de las pautas a los medios que la actora denuncie en la demanda, por lo que la renuncia del demandado a su deber de colaboración procesal puede ser a la vez sancionada como suplida por los pedidos de informes correspondientes que ordene el tribunal.

Trabada la litis se continuará el trámite del proceso ordinario, dictándose resolución después de la audiencia de vista de causa. En particular, la previsión del art. 253 del CPJRC determina los posibles contenidos del decisorio final, en caso de hacerse lugar a la demanda:

- La sentencia puede emplazar al anunciante para eliminar los aspectos ilícitos del mensaje publicitario objeto de la acción o la cesación definitiva de la emisión del mensaje ilícito. Una u otra dirección del resolutorio se basará en el grado de ilicitud del mensaje y de sus consecuencias.

- A su vez, de haber sido solicitado por la parte o si el juez lo considerase necesario, puede disponerse la difusión de publicidad correctiva determinando el contenido de aquella y sus modalidades y plazos, que deberán ser proporcionales a la pauta publicitaria ejecutada del mensaje ilícito y a costa del anunciante (de aquí la conexión con la intimación a denunciar la pauta del art. 252 CPJRC).

Entendemos que más allá del daño que pueda causar a un consumidor, violar esta ley afecta al interés general de la comunidad, por lo cual debe ser publicada la sentencia [53]. La comunidad en general, en tanto se erige como consumidor potencial "debe ser informada de las acciones disvaliosas en que incurran los posibles oferentes de productos y servicios" [54].

[52] Japaze, Maria Belén, ob. cit.

[53] Farina, Juan M., ob. cit. p. 471 y ss.

[54] Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, sala II, 04/08/2011, "Garbarino S.A. c. Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ otras causas con trámite directo ante la Cámara de Apelaciones", LLCABA 2011 (diciembre), p. 676.

Entendemos que la publicación debe hacerse tanto en el Boletín Oficial como en medios de gran circulación, ya que "el fin es hacer conocer a la población el ilícito cometido para que esta pueda verificar las empresas que registran infracciones, habida cuenta de que el ciudadano común no accede en general a este tipo de publicaciones —se refiere al Boletín Oficial—" [55].

En materia de actuaciones administrativas, La Corte Suprema de Justicia ha dicho que la publicación del acto sancionatorio corresponde siempre, cualquiera sea la sanción principal y con prescindencia de la gravedad o levedad de la infracción [56].

Para Bersten [57], es la más efectiva de las sanciones dispuestas, si se tiene en cuenta que las empresas invierten importantes sumas de dinero en construir una imagen mediante la publicidad, con el objeto de ganar la confianza del consumidor para que adquiera sus productos o servicios. La publicación afecta esa imagen y provoca la disminución de confianza, en cambio las multas pueden ser consideradas un gasto más en la estructura de costos empresaria.

En todos los casos podrán dictarse las medidas bajo apercibimiento de sanciones conminatorias en caso de incumplimiento.

[55] Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, sala II, 24/08/2004, "ABN Amro Bank NV c. Ciudad de Buenos Aires", DJ 2004-3, p. 1359.

[56] CS, Fallos 324:1741, "Bansud c. Secretaría de Comercio e Inversiones".

[57] Bersten, Horacio Luis, ob. cit. p. 444.

EL RÉGIMEN SOBRE INFORMACIÓN, PUBLICIDAD E INTEGRACIÓN COMO REGULACIONES AL MERCADO DE CONSUMO

POR RICARDO SEBASTIÁN DANUZZO *

El derecho detecta a quienes se encuentran en planos inferiores en la sociedad y acude en su ayuda para elevarlos a través de una protección más intensa. (1)

La protección del consumidor es derecho fundamental del hombre y componente esencial de un mercado fuerte, justo y democrático, y preocupación de todos los pueblos civilizados. (2)

Conviene recordar aquí que el gran tema del derecho civil es el hombre. No el hombre comerciante o trabajador o campesino o profesional. Simplemente, el hombre, hombre a secas. Es, por excelencia, la rama humanista del derecho. (3)

Resumen:

El presente trabajo tiene por propósito explicar cómo el mercado de consumo se encuentra fuertemente regulado por normas de naturaleza indisponible con la finalidad de proteger a los consumidores como sujetos débiles estructurales en las relaciones de mercado. En tal sentido las regulaciones vinculadas al deber de información, a la publicidad y la integración del contrato son claramente engranajes claves para garantizar el pleno goce de los consumidores de sus derechos fundamentales consagrados por la Constitución Nacional.

* Abogado UNNE (1997). Doctor en Derecho UNNE (2013). Magister en Derecho Empresario UNNE (2021). Profesor titular ordinario de la materia Derecho de los Contratos y Derecho de Daños, Catedra "B", de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales y Políticas de Universidad Nacional del Noreste. Profesor titular interino de la materia Derecho de los Contratos de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad de la Cuenca del Plata.

(1) Augusto M. Morello citado por STIGLITZ, Gabriel y SAHIAN, José "El nuevo derecho del consumidor" Thomson Reuters - LA LEY, p. XV.

(2) Declaración del V Congreso Internacional de Derecho de Daños - (Buenos Aires, año 1997).

(3) BORDA, Guillermo A., El derecho comercial contra el derecho civil, LA LEY 1973, 803 – Derecho Comercial Doctrinas Esenciales Tomo 1, 105, TR LALEY AR/DOC/2770/2009.

Palabras clave:

Sociedad civil – Mercado – Consumidores – Regulaciones de mercado – Fragmentación del tipo contractual genérico – Calificación e integración del contrato –información, publicidad e integración como regulaciones al mercado de consumo.

THE REGIME ON INFORMATION, ADVERTISING AND INTEGRATION AS REGULATIONS FOR THE CONSUMER MARKET

Abstract:

The purpose of this work is to explain how the consumer market is strongly regulated by rules of an undefined nature in order to protect consumers as weak structural subjects in market relations. In this sense, the regulations linked to the duty of information, advertising and the integration of contracts are clearly key tools to guarantee consumers' full enjoyment of their fundamental rights enshrined by the National Constitution.

Keywords:

Civil society – Market – Consumers – Market Regulations – Fragmentation of the Generic Contractual Type – Qualification and Integration of the Contract – Information, Advertising and Integration as Regulations to the Consumer Market

I. LA SOCIEDAD CIVIL

Es una afirmación pacíficamente aceptada en nuestros días, que la sociedad civil no tiene una conformación homogénea [(4)]. Es más bien heterogénea, llena de desigualdades y asimetrías. Ya se han superado en la actualidad, viejos paradigmas vigentes en el siglo XIX que consideraban a la sociedad como un ente homogéneo conformado en plenitud por personas libres e iguales y con sentimiento fraterno.

Los estados más desarrollados han reconocido esta realidad y en función de ello surgen disciplinas como el derecho laboral o el derecho del consumidor que son claras expresiones del derecho moderno, que se caracterizan por una fuerte impronta tuitiva o protectoria de las personas vulnerables o de los débiles jurídicos.

[(4)] Bobbio, Norberto, Estado, *Gobierno y sociedad - Para una teoría general de la Política* - Año 1989 – Editorial Fondo de Cultura Económica.

El principio *favor debilis*, entendido como el mandato de protección de la parte débil, que es la manifestación primaria del principio protectorio fue reconocido en nuestro país en los ámbitos académicos en las X Jornadas Nacionales de Derecho Civil realizadas en Corrientes entre julio y agosto de 1985 [5], en la que se recomendó su incorporación al derecho común.

Esta nueva realidad y la existencia de nuevos tipos contractuales, distintos del contrato paritario es reconocida por el Código Civil y Comercial de la Nación, vigente en nuestro país desde el primero de agosto del dos mil quince que estructura su teoría general de los actos jurídicos y del contrato en base a una nueva trilogía de base, la de los contratos paritarios, los contratos de adhesión y los contratos de consumo. Este fenómeno se conoce en doctrina como la fragmentación del tipo contractual.

II. EL MERCADO. LA MERCANTILIZACIÓN DE LA SOCIEDAD

El mercado ha sido definido como el ámbito físico o virtual donde se produce la interacción de oferta y demanda de bienes y servicios.

La sociedad se comercializa o mercantiliza a partir de la "sociedad industrial", del auge de la productividad y el consumo. El fenómeno del "consumismo", del afán desmedido y "casi demencial" por adquirir bienes y servicios es notable en los países del tercer mundo, en la medida en que la gente va logrando "capacidad de adquirir", que encuentra acceso al mercado. Es paradójico, en el mundo aludido, cómo al lado de una buena parte de la población que carece de "acceso al consumo", por el desempleo o las condiciones de subempleo o de indigencia, otra parte de la población "consume sin límites", lo necesario y lo suntuario, como en desenfrenada carrera.

La sociedad de consumo necesita ser regulada por un derecho del consumo, del tráfico de la vida negocial. Esa apetencia de un derecho propio del mercado, de lo económico, incluye la separación tajante del derecho específico de la sociedad civil residual, disminuido, casi inexistente. Nosotros preferimos en cambio, que el derecho privado sea el derecho de la sociedad civil, integrada con su mercado y no separada de él [6].

[5] X JNDC - Comisión N.º 2: "Favor debitoris".

I. La regla *favor debitoris* es un precepto residual, que debe ser entendido en el sentido de protección de la parte más débil en un contrato.

II. En caso de que en el contrato no exista una parte notoriamente más débil, la interpretación debe favorecer la mayor equivalencia de las contraprestaciones.

III. La regla *favor debitoris* no se aplica a las obligaciones que tienen su origen en un hecho ilícito. De *lege ferenda*: Recomendar la incorporación al Código Civil como principio la protección de la parte más débil, sin distinguir si se trata de un deudor o acreedor.

[6] IRTI, *Societá civile* cit., p. 174; RESCIGNO, Pietro, "La societá intermedia", p. 48, citados por Mosset Iturraspe, Jorge "Cómo contratar en una economía de mercado", Editorial Rubinzal-Culzoni, año 1996, pp. 103/104.

III. EL CONSUMIDOR COMO CENTRO DE LA REGULACIÓN DEL MERCADO: LA SÍNTESIS DE LA DEBILIDAD JURÍDICA A LA BÚSQUEDA DE "ALTERNATIVAS SATISFACTORIAS"

La tradición jurídica observaba el fenómeno de la debilidad a través de la posición del deudor; el horizonte estaba acotado a la obligación, urgido por la fuerte impronta subjetiva que el vínculo obligacional presentaba. La perspectiva desde el consumidor traslada la cuestión al marco del contrato, detectando la debilidad en la posición contractual más que en la idea del débito. En efecto, la búsqueda del "contrato justo o equilibrado" traslada la discusión de la "justicia de las relaciones patrimoniales" otrora en sede obligacional, a la sede del contrato.

Y en sede del contrato la trascendencia de la regla interpretativa confluye en la equidad [7]. Empero, el concepto del *favor debitoris* cobija un valor que es preciso rescatar: su conexión con el *favor libertatis* [8]; liberación en términos del cerrojo obligacional, desde que el ligamen implicaba un recorte a la libertad de hacer, de no hacer, de un individuo. Hoy, emplazada la relación entre fuertes y débiles en el marco contractual, este no es sino un reflejo de la realidad del mercado. Dicha polaridad, leída en términos de "liberación" de la "opresión", hoy debe entenderse en términos de falta de alternativas satisfactorias en el mercado. Es decir, la existencia de alternativas constituye el presupuesto fáctico del ejercicio de la opción, de la posibilidad real de elección. El presupuesto de toda posibilidad de autonomía contractual transita por la posibilidad de elección, lo cual requiere opción.

La preservación de la existencia de alternativas altera el orden de prioridades de las miradas preocupadas por el equilibrio del contrato, que posaban la mirada –preeminentemente– en el *favor debitoris* o en la teoría general de los vicios, de modo de ampliar sus horizontes conceptuales clásicos y de comprender nuevas formas de inequidad; o, en el derecho del consumidor, dotándolo de garantías, que en algún punto se vuelve pirotecnia estéril, si es que no se comienza por la protección de la existencia de alternativas y opciones reales de contratación.

Así, es necesario llenar de sentido a la regla de "protección de los intereses económicos del consumidor [9]", la cual se define por la posibilidad de una elección de consumo eficiente, en relación con sus necesidades e inquietudes.

[7] CASIELLO, Juan J., "La regla de interpretación favor debitoris", L.L. 1985-C-1227.

[8] SCHIPANI, Sandro, "Principios y reglas relativos a la deuda externa. Perspectiva romanista-civilista", Suplemento Especial "Deuda externa", diciembre/2004, La Ley, Buenos Aires.

[9] La reglamentación de la protección de los consumidores y usuarios tiene en los ordenamientos jurídicos europeos y latinoamericanos un eje de protección similar, variando en su intensidad y eficacia; no obstante, propende: 1) a la protección de los derechos económicos del consumidor en la contratación; para ello establece el deber de información en la etapa de formación del contrato; reglamenta la publicidad; restablece ciertas formalidades en la contratación como modo de asegurar el consentimiento del consumidor; otorga la facultad de arrepentimiento de este según el modo en que accede al consumo; régimen de cláusulas abusivas, entendien-

III.1. Surgimiento del derecho del consumidor y sus grados de evolución

Señalan con acierto Rubén Stiglitz y Gabriel Stiglitz [10] que la vigencia de la ley de defensa del consumidor termina de consolidar la presencia de un sistema de protección jurídica, que anteriormente estaba fundado solo en normas sustantivas y adjetivas generales, no dirigidas directa y específicamente al amparo de los consumidores (Códigos Civil, de Comercio y Procesal, leyes de abastecimiento, lealtad comercial y defensa de la competencia, etc.).

El derecho del consumidor es definido por el jurista brasilero Antonio Benjamín como *un sistema global de normas, principios, instituciones e instrumentos de implementación, consagrados por el ordenamiento jurídico en favor del consumidor, para garantizarle en el mercado una posición de equilibrio en sus relaciones con los empresarios* [11].

En orden a la evolución comparatista de los sistemas jurídicos nacionales de protección de los consumidores, pueden describirse algunas etapas suficientemente claras.

Una *primera etapa*, durante la cual las relaciones de consumo comienzan a revelar al consumidor como parte débil (masificaciones, desigualdades reales, desinformación, etc.), menesteroso de tutela jurídica, pero aún sin respuesta alguna del derecho positivo. Es el tiempo anterior a la reforma del Código Civil de Vélez y a la sanción de las leyes de abastecimiento, lealtad comercial y defensa de la competencia.

Un *segundo período*, a partir de la vigencia de las citadas normas, permite diseñar un sistema de protección del consumidor, a través de soluciones que, aunque genéricas y no específicamente dirigidas a aquel fin, importan de todos modos un avance notorio en orden a la equidad en las relaciones de consumo: a) Las reglas de la justicia contractual, b) El régimen de responsabilidad objetiva por daños derivados de productos elaborados. La *tercera etapa* en la evolución del derecho del consumidor se inicia en la Argentina con la vigencia de la ley 24.240.

do como un sistema de expurgación de las consecuencias del desequilibrio contractual, etc.; 2) a la protección de la integridad física del consumidor y de su grupo familiar estableciendo un régimen de responsabilidad por productos elaborados, el cual básicamente se asienta en la accesibilidad a la reparación mediante la tendencia a la objetivación de la responsabilidad de todos aquellos que intervinieron en el proceso de elaboración, manufactura, comercialización y transporte del producto que daña al consumidor; 3) a organizar modos alternativos de acceso a la justicia, es decir, implementar procesos, sea en sede administrativa, creando tribunales especiales o adecuando los procesos ordinarios a este tipo de contiendas y sus particularidades (implementando tribunales de menor cuantía, o bien adecuando los procesos al fenómeno de las demandas colectivas); en este marco también se inscribe la acogida que los ordenamientos otorgan a las asociaciones de consumidores y usuarios como vehículos de control de cumplimiento de las normas de protección y de los intereses de la colectividad; 4) otro punto de preocupación lo constituye la implementación de políticas de educación al consumidor.

[10] Stiglitz, Rubén S. Stiglitz, Gabriel A. "Comentarios a la Ley de Defensa del Consumidor ley 24.240", Editorial Juris, año 1993, pp. 35/44.

[11] Benjamín, Antonio, "El derecho del consumidor", en JA N.º 5830 del 26-5-93, p. 5

Una cuarta etapa con la elevación de los derechos del consumidor a la máxima jerarquía jurídica con su consagración como derechos constitucionales expresamente plasmados en el art. 42 de la Constitución Nacional.

III.2. La reforma constitucional de 1994

Sin lugar a dudas, uno de los puntales trascendentes en la evolución del derecho del consumidor fue la reforma constitucional del año 1994, ya que en ella los derechos del consumidor elevan su jerarquía jurídica al rango de normas constitucionales al ser expresamente consagrados en esta, generando una sólida fuente en la tarea de construcción de soluciones jurídicas en base al dialogo de fuentes.

IV. LA PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR ES PROTECCIÓN DEL MERCADO: LA DEBILIDAD JURÍDICA NO SE AGOTA EN EL CONSUMIDOR

La enumeración de tópicos que comprenden los ordenamientos de defensa del consumidor sirve para destacar que en ellos no se agota la protección. Los ordenamientos protectorios, en verdad, no lo son "del consumidor contra el mercado", sino que los regímenes de defensa del consumidor constituyen un nuevo diseño del mercado que reconoce al consumidor como participante protagónico, adecuando sus normas de juego de conformidad a su inclusión [(12)]. La mirada adversarial del binomio mercado versus consumidores es –además de contraproducente y estéril– incorrecta desde la mirada de una economía social de mercado, lo que lleva a la conformación estatuaria del derecho del consumidor, integrándolo no solo dentro de la normativa privatista, sino también en aquellas que regulan la competencia.

El fortalecimiento de este núcleo normativo es la única respuesta a la erosión de las regulaciones de derecho público que ha ocasionado la globalización económica, idóneas para ordenar los grandes poderes económicos trasnacionales, quienes se mueven por los mercados imponiendo su propia ley conforme a sus intereses [(13)].

Señala Santarelli [(14)] que la realidad normativa nacional, y en ocasiones la autoral y jurisprudencial, no dan cuenta de la comprensión de este fenómeno, pero resulta anacrónico que ciertos fenómenos del mercado se sigan analizando desconociendo cabalmente la integración e interacción del consumidor en ellos. Ejemplo de las regulaciones al mercado son la

[(12)] ALPA, Guido, *La stagioni del contratto*, Il Mulino, Bologna, 2012, p. 119.

[(13)] FERRAJOLI, Luigi, "Democracia y derechos fundamentales frente al desafío de la globalización", LL 2005-F-1999

[(14)] Santarelli, Fulvio, *Contrato y Mercado*, año 2018, Editorial Thomson Reuters-La Ley p. 63.

publicidad, el régimen de la competencia, el control de fusiones y adquisiciones, etcétera.

La conformación del estatuto del consumidor impone un nuevo prisma de interpretación a la legislación que involucra, superando la visión de estatuto protectorio particular de una especie de contratante; ahora comprende a las normas que refieren a la organización del mercado en su conjunto, haciendo eje en la protección del consumidor, enancando a este segmento normativo sobre el derecho público y el privado.

De este modo, el art. 3° de la ley 24.240 [15] admite una doble lectura: por un lado, como pauta de interpretación en la aplicación de la normativa del consumidor, en términos de integración de las normas dictadas en el presente en el área de la competencia y de la lealtad comercial; pero por otro lado constituye una norma fundacional de la necesaria cosmovisión del concepto de mercado. En efecto, es una pauta para el legislador avanzar hacia una protección efectiva del consumidor, ahondando en normas protectorias de la transparencia del mercado en las adyacencias del contrato, permitiéndole a este concertarse en un campo más fértil.

V. NECESIDAD DE UNA ADECUADA CALIFICACIÓN DEL VÍNCULO SEGÚN EL TIPO CONTRACTUAL

Frente a esta realidad normativa resulta necesaria una adecuada la calificación jurídica ya que distintas serán las soluciones según que el vínculo sea considerado paritario, de adhesión o de consumo [16]. En este sentido han concluido las XXIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil que han puesto de relieve la importancia de una correcta calificación del vínculo contractual, señalando las distintas consecuencias que se derivan en uno u otro caso [17].

[15] En su parte pertinente, dispone: "… Las disposiciones de esta ley se integran con las normas generales y especiales aplicables a las relaciones de consumo, en particular la ley 25.156 de Defensa de la Competencia y la ley 22.802 de Lealtad Comercial o las que en el futuro las reemplacen. En caso de duda sobre la interpretación de los principios que establecen esta ley prevalecerá la más favorable al consumidor…" (artículo sustituido por el art. 3°, ley 26.361, BO del 7/4/2008).

[16] Ponencia presentada por el suscripto en coautoría con el Profesor Carlos Silvero Fernández en las XXIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil, realizadas en septiembre del 2024 en la localidad de Pilar, Provincia de Bs. As.

[17] XXIX JNDC, Comisión N.º 5: Contratos. conclusión N.º 6 EL FRACCIONAMIENTO DE LA TEORÍA DEL CONTRATO Y LOS CONTRATOS DE LARGA DURACIÓN. "Los contratos de larga duración producen efectos diferenciales según se expresen de modo paritario, por adhesión o en el ámbito de las relaciones de consumo. En estas últimas se potencia el deber de información, se restringe la facultad rescisoria a favor del proveedor y se facilita la correspondiente al consumidor, entre otros efectos relevantes".

VI. EL RÉGIMEN SOBRE INFORMACIÓN, PUBLICIDAD E INTEGRACIÓN COMO REGULACIONES AL MERCADO DE CONSUMO

Señalan Mosset Iturraspe y Wajntraub [18] que la reforma de la ley 26.361 sustituyó el artículo 4º de la Ley de Defensa del Consumidor en su versión original y estableció que el proveedor está obligado a suministrar al consumidor en forma cierta, clara y detallada todo lo relacionado con las características esenciales de los bienes y servicios que provee, y las condiciones de su comercialización.

Resulta claro 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 del servicio. Como el contrato de consumo enfrenta a un profesional con un inexperto, por la vía de la información se busca "acercar" a las partes en sus conocimientos, limar esas asimetrías de base, con la finalidad de lograr un cierto equilibrio en la relación. Es innegable, empero, que la información no ha de producir el milagro de transformar al "ignorante" en "sabio", pero respecto del concreto negocio que se celebra, de las características del bien o del servicio, otorga al careciente saberes determinados que posibilitan una mejor decisión y realizan su derecho fundamental a la libre elección.

El derecho a la información, considerado en la actualidad un derecho fundamental, es de aparición relativamente reciente. Para los clásicos del siglo XIX y seguidores del Código Francés, los principios de igualdad, libertad y fraternidad hacían innecesaria o superflua toda información, ya que la igualdad suponía capacidades similares, aptitudes semejantes; la libertad no se compadecía con la imposición por el Estado de ciertos deberes, a la hora de contratar, y la fraternidad despejaba toda duda sobre una negociación equitativa. La desinformación era atribuida a "torpeza", abandono o negligencia; quien carecía de conocimientos, se pensaba, sobre la base de la posibilidad cierta de adquirirlos sin mayores esfuerzos, no era merecedor de la tutela estatal, del apoyo del legislador.

El nacimiento de un fuerte derecho a la información es hijo de la economía de los tiempos más recientes, de la masificación, de la toma de conciencia sobre la "debilidad" estructural, del avance de los principios de solidaridad y dignidad de la persona, de la necesidad muy sentida de combatir usuras o aprovechamientos.

La nueva norma suprime las referencias que contenía el texto original acerca de "quienes produzcan, importen, distribuyan o comercialicen" cosas o presten servicios, por entender que la información debe existir o mediar en

[18] Mosset Iturraspe, Jorge Wajnatraub, Javier H. "Ley de defensa del consumidor", ley 24.240., "Protección procesal de usuarios y consumidores" por Gozaíni, Osvaldo Alfredo, Editorial Rubinzal Culzoni, año 2008, pp. 18 a 21.

la relación directa entre proveedor y consumidor o usuario; que se informa al consumidor final por parte de quien le entrega el bien o le presta el servicio; que ello no quita que la información deba originarse, las más de las veces, en el propio fabricante, a través de instrucciones escritas, exteriorización de detalles sobre el bien o servicio, prevenciones, etcétera. Recordemos, una vez más, que la responsabilidad por la falta de información, su inadecuación, oscuridad o parcialidad, alcanza a todos los intervinientes en la cadena de comercialización, que no ha menester, la responsabilidad originada en su falta o carencia, de la demostración de dolo o culpa, por originarse el deber de resarcir los daños en la creación de riesgos o peligros, nacidos de la desinformación que se traduce en daños.

Insistimos en que mientras la información apunta a evitar los riesgos de dañosidad, la desinformación es creadora de tales riesgos. A través de la información se opera la denominada "distribución de los riesgos".

Se señala que la información adjudica o distribuye los riesgos; a la vez que se hacen conocer cuestiones "esenciales", se deja en claro aquello que cada uno de los celebrantes "debe soportar"; de donde, reiteramos, con la información va de la mano la distribución, adjudicación o asunción de los riesgos.

El derecho a la información adecuada y veraz es un derecho fundamental de los consumidores y usuarios en la relación de consumo, consagrado por el art. 42 de la C.N.

Como correlato de ese derecho, la legislación establece y regula el deber de información en cabeza de los proveedores en los artículos 4° de la ley 24.240 y 1100 del Código Civil y Comercial de la Nación.A su turno también se regula de la publicidad tanto en las leyes especiales como en los art. 7° y 8° de la ley 24.240 y 1101 al 1102 del Código Civil y Comercial de la Nación.

También la facultad de integración consagrada en el art. 8° del régimen especial de la ley 24.240 representa una regulación importante al mercado de consumo.

En efecto el art. 8° en su primer párrafo expresamente establece: Efectos de la publicidad. "Las precisiones formuladas en la publicidad o en anuncios, prospectos, circulares u otros medios de difusión se tienen por incluidas en el contrato con el consumidor y obligan al oferente". En los casos en que las ofertas de bienes y servicios se realicen mediante el sistema de compras telefónicas, por catálogos o por correos, publicados por cualquier medio de comunicación, deberá figurar el nombre, domicilio y número de CUIT del oferente. (Artículo sustituido por punto 3.2 del Anexo II de la ley 26.994 B.O. 08/10/2014 Suplemento. Vigencia: 1° de agosto de 2015, texto según art. 1° de la ley 27.077 B.O. 19/12/2014).

Surge claro entonces el mandato legal de integrar el contrato con todas las precisiones formuladas en la publicidad, más allá de lo que finalmente se vuelque por una o ambas partes de contenido, en el reglamento contractual que redacten.

CONCLUSIONES

No caben dudas a esta altura del desarrollo del presente trabajo que las normas que conforman el régimen sobre información, publicidad e integración del contrato, el consumidor se erige en el actor fundamental del mercado, que debe continuar siendo el centro de toda la atención legislativa.

Es que como ya avizoraba el maestro santafecino Jorge Mosset Iturraspe [19] el gran tema de los próximos años será la relación entre la persona y el mercado y su regulación por el derecho. Por una parte, con la invocación de la libertad – de contratar o no, de incorporar tales o cuales cláusulas, de aceptar o rechazar, respecto de la persona, y la libertad de iniciativa económica, de acceder, promover, competir –en lo que hace al mercado y de la autorresponsabilidad por el obrar sin compulsión, se predica un "derecho mínimo" para un "mercado máximo". No obstante que el mercado lo invade todo, avanza sobre las esferas de actuación comunitaria, la regulación jurídica conforme predican los más recientes, pero rancios vientos ideológicos de la corriente de pensamiento que se pretende imponer en estos días, debe "dejar hacer", confiando en el orden espontáneo y en la "soberanía del consumidor". Pero no dejamos de pensar evocando al maestro Mosset Iturraspe que, por otro lado, se piensa en la "vulnerabilidad" de las personas, de algunas o de muchas, frente al mercado, a los proveedores o empresarios, a la "violencia de los negocios" y a la "piratería económica". Se busca preservar las decisiones del consumidor de interferencias nocivas que van desde los monopolios a la publicidad. La iniciativa económica no puede volverse contra la utilidad social, con daño la seguridad, a la libertad o a la dignidad humana.

Señalan Hernández y Stiglitz [20] que, en el ámbito del derecho del consumidor, la dignidad de la persona humana puede admitirse como un principio jurídico [21], del cual se derivan deberes de comportamiento exigibles al proveedor como así también prohibiciones de ciertas conductas, conforme surge del párrafo primero el art. 1097 del Código Civil y Comercial de la Nación, cuando dispone que "[l]os proveedores deben garantizar condiciones de atención y trato digno a los consumidores y usuarios. La dignidad de la persona debe

[19] Mosset Iturraspe, Jorge "Como contratar en una economía de mercado", Editorial Rubinzal-Culzoni, año 1996, pp. 38/39.

[20] Stiglitz, Gabriel y Hernández, Carlos A. "Tratado de Derecho del Consumidor", Tomo I, Parte general relaciones de consumo, prácticas comerciales, Editorial Thomson Reuters La Ley año, 2015, p. 606/607.

[21] Sozzo, Gonzalo, "Consumo digno y verde: humanización y ambientalización del derecho del consumidor", cit., pp. 149 y ss. Y también del mismo autor: "Derecho a la dignidad en las relaciones de consumo", Revista de Derecho privado y comunitario, 2009-1, pp. 578 y ss.

ser respetada conforme a los criterios generales que surgen de los tratados de derechos humanos".

Se trata de un texto que tiene una profunda significación por su virtualidad para preservar la dimensión humana del consumidor ante los embates del mercado que la amenazan, minando sus atributos esenciales [22]. Cabe destacar también, la raigambre constitucional de esta norma que refleja el derecho del consumidor al trato digno enunciado en el art. 42 de la CN y la remisión formulada a los Tratados de Derechos Humanos [23]. Además, puede entenderse que esa remisión abre cauce a la aplicación de criterios elaborados en el campo de la teoría de los derechos humanos para determinar los alcances de la dignidad del consumidor.

Es que como afirma el maestro Ciuro Caldani [24] el régimen justo ha de ser humanista y no totalitario, es decir, debe tomar a cada humano como un fin y no como un medio. Si todos los humanos somos fines en nosotros mismos, en grado lo es el conjunto de los humanos. El carácter de cada humano, del pasado, el presente y el futuro /porvenir como fin legitima a los humanos que vendrán y deslegitima cualquier intento de sustituir a la humanidad que surja de la evolución de la especie.

BIBLIOGRAFÍA

BENJAMÍN, Antonio, "El derecho del consumidor", en JA N.º 5830 del 26-5-93, p. 5.

BORDA, Guillermo A., "El derecho comercial contra el derecho civil", La Ley 1973, 803 – Derecho Comercial Doctrinas Esenciales Tomo 1, 105, Thomson Reuters-La Ley AR/DOC/2770/2009.

HERNÁNDEZ Carlos A., FRUSTAGLI Sandra Analia, SANTARELLI Fulvio "El Derecho Privado en el Siglo XXI", Tomo I, Homenaje a la Prof. Dra. Noemí. Nicolau, Editorial Thomson Reuters-La Ley, año 2022.

[22] Señala con acierto Gabriel Stiglitz, que "…se trata de asegurar al consumidor a través de las herramientas jurídicas de protección, que al `procurar la obtención de los bienes y servicios aptos para la satisfacción de sus necesidades vitales, no se encuentre sometido a sacrificar atribuciones esenciales que hacen a su dignidad como ser humano", en *La defensa del consumidor en Argentina. 30 años de Derecho*, sin políticas, ob. cit., p. 65.

[23] La dignidad de la persona como derecho fundamental aparece contemplada en distintos instrumentos internacionales, entre otros cabe citar: el art. 11 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, donde se determina que toda persona tiene derecho al reconocimiento de su dignidad; los arts. 1ª y 22 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales que aluden a la "dignidad inherente a la persona humana". También mencionan la dignidad los arts. 5ª y 11 del Pacto de San José de Costa Rica.

[24] Hernández Carlos A., Frustagli Sandra Analía, Santarelli Fulvio "El Derecho Privado en el siglo XXI", Tomo I, Homenaje a la Prof. Dra. Noemí. Nicolau, Editorial Thomson Reuters-La Ley, año 2022, p. 13).

MORELLO Augusto M. citado por STIGLITZ, Gabriel y SAHIAN, José "El nuevo derecho del consumidor" Thomson Reuters - La Ley, p. XV.
MOSSET ITURRASPE, Jorge WAJNTRAUB, Javier H. "Ley de defensa del consumidor", ley 24.240., "Protección procesal de usuarios y consumidores" por Gozaíni, Osvaldo Alfredo, Editorial Rubinzal Culzoni, año 2008, pp. 18 a 21.
MOSSET ITURRASPE, Jorge "Como contratar en una economía de mercado", Editorial Rubinzal-Culzoni, año 1996.
SANTARELLI, Fulvio, Contrato y Mercado, año 2018, Editorial Thomson Reuters- La Ley.
STIGLITZ Rubén S., STIGLITZ Gabriel A. "Comentarios a la ley de defensa del consumidor ley 24.240", Editorial Juris, año 1993, pp. 35/44.
STIGLITZ, Gabriel y SAHIÁN, José "El nuevo derecho del consumidor" Thomson Reuters - La Ley.
STIGLITZ, Gabriel y HERNÁNDEZ, Carlos A. "Tratado de derecho del consumidor", Tomo I, Parte general relaciones de consumo, prácticas comerciales, Editorial Thomson Reuters La Ley año, 2015, p. 606/607.

EL BENEFICIO DE JUSTICIA GRATUITA Y SU VINCULACIÓN CON EL INCIDENTE DE SOLVENCIA: ¿TUTELANDO AL VULNERABLE?

POR ESTEBAN J. GONZÁLEZ *

Resumen:

El beneficio de justicia gratuita en el ámbito de las relaciones de consumo reposa sobre fundamentos diferentes a los del conocido beneficio de litigar sin gastos. Sin embargo, la posibilidad de plantear un incidente de solvencia pareciera obedecer a cuestiones más cercanas al beneficio de litigar sin gastos que al de justicia gratuita. Por ello el presente artículo pretende analizar las consecuencias de dicha concepción

Palabras clave:

Consumidor – Ley 24.240 – Art. 53 - Beneficio de justicia gratuita – Beneficio de litigar sin gastos – Incidente de solvencia- Vulnerable.

THE BENEFIT OF FREE JUSTICE AND ITS LINK WITH THE SOLVENCY INCIDENT: PROTECTING THE VULNERABLE?

Summary:

The benefit of free justice in the field of consumer relations rests on different foundations than the well-known benefit of litigating without costs. However, the possibility of raising a solvency incident seems to be due to issues closer to the benefit of litigating without costs than to free justice. Therefore, this article aims to analyze the consequences of said conception.

Keywords:

Consumer – Law 24.240 – Sec. 53 – Benefit of Free Justice – Benefit of Litigating Without Expenses – Solvency Incident – Vulnerable.

I. ANTECEDENTES NORMATIVOS

El texto sancionado por el Congreso Nacional en octubre de 1993 —ley 24.240— fue el hito normativo que marcó el inicio de la conformación paulatina de lo que hoy conocemos como el régimen legal argentino de defensa de los usuarios y consumidores.

Desde entonces, podemos afirmar que el avance de dicha materia en nuestro ordenamiento jurídico ha sido constante, configurándose un verdadero y amplio sistema de protección del consumidor, que parte del reconocimiento de la situación de inferioridad en la que se encuentra, dentro del marco de las relaciones de consumo, con respecto al proveedor de bienes y servicios.

Como consecuencia de ello, desde su inicio la defensa de los derechos de los consumidores y usuarios persigue nivelar o equiparar una relación que desde su origen se caracteriza por una asimetría entre sus partes (proveedores de bienes o servicios y demandantes), donde una de ellas debe ser protegida de forma activa por la legislación, teniendo en consideración su esencia vulnerable.

Es decir, el derecho del consumidor nace y se estructura sobre un pilar básico que le da sentido a todo el sistema: la existencia de desigualdad sustantiva y estructural en las relaciones de consumo. Una desigualdad que requiere de la intervención niveladora del derecho —en todos sus niveles y potencialidades— para evitar las injusticias que de ella resultan [1].

El derecho del consumidor ha mostrado una fortaleza expansiva y nadie duda de su autonomía: tiene fuente constitucional, legislación especial, órganos de aplicación cada vez más especializados, doctrina y principios particulares. Existe una clara autonomía ya que la base de sustentación del sistema es el principio protectorio de base constitucional, lo que significa un estatuto protectorio de las personas vulnerables, apartándose así de la igualdad general basada en la noción de "ciudadano" en que se fundó el nacimiento del Código Civil y del Código Comercial [2].

Afirmar que el consumidor es vulnerable implica admitir que cuando a diario celebra transacciones está ubicado en un plano desigual en relación con quienes se vincula. La noción de vulnerabilidad, entonces, puede adherirse conceptualmente —aunque más no fuera en forma parcial— a la de desigualdad. La relación de consumo lleva ínsita una disparidad que impide al consumidor el pleno goce de sus prerrogativas constitucionales [3].

[1] Galeazzi, Mariela y Verbic, Francisco "Acciones colectivas y beneficio de justicia gratuita", La Ley 2014-E, 462.

[2] Lorenzetti, Ricardo Luis; "Teoría de la decisión judicial. Fundamentos de Derecho", Rubinzal – Culzoni, Santa Fe, 2006, p. 38.

[3] KRIEGER, Walter, "El beneficio de gratuidad en la ley de defensa del consumidor y el proceso eficaz", LA LEY 2014-D, 407.

II. EL BENEFICIO DE *"*JUSTICIA GRATUITA*"*

Ahora bien, siguiendo la lógica anteriormente descripta, en redacción original del artículo 53 del Proyecto de ley 24.240 —en su parte pertinente—, el legislador previó el "beneficio de justicia gratuita" para toda actuación judicial iniciada de conformidad a dicho régimen legal.

Sin embargo, previo a su sanción, la norma en cuestión sufrió un veto parcial por parte del Poder Ejecutivo mediante el dec. 2089/1993. En tal sentido expresó que "dado que el beneficio de litigar sin gastos, o carta de pobreza, se encuentra regulado en forma específica por las leyes provinciales locales y torna innecesaria la previsión del artículo 53, la que por otra parte podría alentar la proliferación de acciones judiciales injustificadas" (art. 8°).

De lo transcripto podemos inferir entonces que el veto presidencial insinuó que "beneficio de justicia gratuita" fue entendido y concebido en semejanza al "beneficio de litigar sin gastos" del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, lo cual desde ya adelantamos, se considera desacertado, por las razones que luego se expondrán.

Con posterioridad, la reforma constitucional del año 1994 profundizó la tutela introducida por la ley 24.240, al consagrar que "… los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección y a condiciones de trato equitativo y digno" [(4)], otorgando así jerarquía constitucional al principio protectorio del usuario o consumidor.

Como ya fuera señalado, el avance del régimen normativo de los derechos de los usuarios y consumidores fue constante. Así, en el año 2008 la ley 24.240 tuvo su primera reforma integral a través de la sanción de la ley 26.361. Dicha reforma trajo consigo varios avances en la materia, entre los cuales, y en lo que resulta pertinente al presente, cabe señalar la propuesta concreta de modificar el art. 53 de la ley 24.240, reinstalando el "beneficio de justicia gratuita" para todos los procesos iniciados en su mérito, que fuera vetado de su redacción original al promulgarse la ley 24.240 como se indicare anteriormente.

Sin embargo, dicho beneficio fue incorporado con un aditamento: se estableció la posibilidad de que la parte demandada alegue y demuestre la solvencia del consumidor, en cuyo caso cesará el beneficio [(5)].

Ahora bien, dado que el legislador no ha explicitado en forma clara y concreta qué se entiende por "beneficio de justicia gratuita", forzoso es aceptar que el juez se enfrenta a un concepto jurídico indeterminado cuyo alcance debe definir. A ese fin y puesto que las palabras —como primera fuente para la interpretación— no aportan una idea nítida, parece adecuado ponderar las fina-

[(4)] Art. 42 de la Const. Nac. 1994.

[(5)] Art. 26 de la ley 26.361 (B.O. 7/4/2008).

lidades tenidas en cuenta por el legislador (segunda fuente de la interpretación conforme los preceptos del Código Civil y comercial de la Nación).

Del debate parlamentario llevado adelante para la reforma, se pueden extraer las siguientes conclusiones: a) según el razonamiento de los legisladores el "beneficio de justicia gratuita" es sinónimo del "beneficio de litigar sin gastos" —en los términos del art. 78 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación—; interpretación que se funda en lo explicitado en el veto que el PE efectuó al originario art. 53 (dto. 2089/93). Por ello, cabe sostener que la exención prevista en la ley 24.240 comprendía no solo el pago de la tasa de justicia sino también las costas que se impusieran a quienes impetraran una acción en los términos fijados por la ley; b) la distinción entre los conceptos "beneficio de justicia gratuita" y "beneficio de litigar sin costas" obedeció a que en el último se incluye la tasa de justicia; así, al constituir tal tributo un recurso de orden local, su exención no podía —por respeto a las autonomías provinciales— figurar en una ley de fondo, por lo que la única interpretación posible es que en las provincias el "beneficio de justicia gratuita" comprende las costas que irrogue un proceso judicial iniciado de conformidad a la LDC —con las salvedades allí establecidas— sin que se incluya dentro de este a la tasa judicial, aspecto sobre el cual habrá de estarse a lo que dispongan las respectivas jurisdicciones.

Por otra parte, resulta apropiado ponderar lo precisado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el sentido de que al preverse en los arts. 53 y 55 de la ley 24.240 el "beneficio de justicia gratuita", lo que se ha pretendido es establecer un mecanismo eficaz para la protección de los consumidores "… evitando que obstáculos de índole económica pudieran comprometer su acceso a la justicia…" [6].

En consecuencia, en el orden nacional, cabe asimilar ambos beneficios ("de justicia gratuita" y "de litigar sin gastos") conforme lo estatuido en el art. 78, Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación, por lo que el actual art. 53 de la LDC incluye no solo la tasa de justicia sino también las costas que irrogue un proceso judicial iniciado conforme dicha normativa, siempre que aquellas sean impuestas a su promotor y no prospere el incidente de solvencia al que se encuentra facultada la demandada.

Por último, y en este mismo orden de ideas, la reforma sustituyó el texto del artículo 55 de la primigenia ley de Defensa del Consumidor e incorporó el referido beneficio de justicia gratuita a las acciones judiciales iniciadas en defensa de intereses de incidencia colectiva [7].

[6] CSJN, "Consumidores Financieros Asociación Civil p/ su Defensa c/ Nación Seguros S.A. s/ ordinario", considerando 6°, Fallos 338:1344, sentencia del 24/11/2015; en igual sentido: CS "ADDUC y otros c/ AySA SA y otro s/ proceso de conocimiento" (CAF 17990/2012/1/RH1), Fallos: 344:2835, sentencia del 14/10/2021.

[7] Art.28 de la ley 26.361 (B.O. 7/4/2008).

III. EL INCIDENTE DE SOLVENCIA

Tal como se adelantare, con la reforma integral producida a través de la sanción de la ley 26.361 en el año 2008, se incorporó al artículo 53 de la ley 24.240 no solo el "el beneficio de justicia gratuita" sino también, como contrapartida a este, "el incidente de solvencia".

Así, la nueva redacción del artículo 53 de la ley 24.240 quedó de la siguiente forma:

> "Normas del proceso. En las causas iniciadas por ejercicio de los derechos establecidos en esta ley regirán las normas del proceso de conocimiento más abreviado que rijan en la jurisdicción del tribunal ordinario competente, a menos que a pedido de parte el juez por resolución fundada y basado en la complejidad de la pretensión, considere necesario un trámite de conocimiento más adecuado.
>
> "Quienes ejerzan las acciones previstas en esta ley representando un derecho o interés individual, podrán acreditar mandato mediante simple acta poder en los términos que establezca la reglamentación.
>
> "Los proveedores deberán aportar al proceso todos los elementos de prueba que obren en su poder, conforme a las características del bien o servicio, prestando la colaboración necesaria para el esclarecimiento de la cuestión debatida en el juicio.
>
> "Las actuaciones judiciales que se inicien de conformidad con la presente ley en razón de un derecho o interés individual gozarán del beneficio de justicia gratuita. La parte demandada podrá acreditar la solvencia del consumidor mediante incidente, en cuyo caso cesará el beneficio".

Como puede apreciarse, la nueva redacción del art. 53 de la ley 24.240 lleva el título "Normas del Proceso". Por lo tanto, de lo que se trata es, en rigor, de la interpretación de uno de los aspectos contenidos en un precepto de índole procesal que, aunque incorporado a una ley sustantiva o de fondo, no deja de tener tal carácter. En idéntico sentido, pues no hay razón para diferenciar, cabe pensar en orden al art. 55 de la misma ley.

Sin embargo, en ambos casos, la exégesis no habrá de basarse en criterios diferentes de los que son aplicables con relación a la ley en general de acuerdo a lo establecido por el art. 2º del Código Civil y Comercial de la Nación, pues no hay una teoría autónoma de la interpretación de las normas procesales [(8)].

De tal forma que, el artículo 53 en su versión vigente aborda, además del tipo de proceso por el que deben tramitar las acciones individuales de consumo previstas en el artículo 52 de la ley de Defensa del Consumidor y ciertas reglas

[(8)] Conf. Palacio, L., Derecho Procesal Civil, Buenos Aires, 1986, t. I, p. 65, N.° 11.

procesales en materia de representación y prueba, el beneficio de justicia gratuita y el novedoso incidente de solvencia del consumidor.

Ahora bien, esta nueva redacción con su actual contenido normativo, ha producido diversas interpretaciones tanto en doctrina como en jurisprudencia, en especial en cuanto al alcance del referido "beneficio de justicia gratuita" y su diferenciación respecto al "beneficio de litigar sin gastos".

Sin embargo, más allá del consenso existente respecto a la interpretación amplia de su contenido, ya sea en acciones iniciadas en defensa de intereses de incidencia colectiva [9] por las asociaciones de consumidores y usuarios, como en aquellas iniciadas en defensa de intereses individuales [10], lo cierto es que resulta curioso que dicho beneficio pueda ser desvirtuado con fundamentos o causas diferentes a aquellas sobre las cuales se erige.

Como dijimos, la finalidad del legislador siempre ha sido la de otorgar una tutela especial diferenciada en favor del consumidor para garantizar la defensa eficaz de sus derechos dentro de una relación en la cual una de las partes se caracteriza por su condición de vulnerabilidad frente a la otra.

En efecto, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 1º y 2º del Código Civil y Comercial, el concepto amplio de justicia gratuita para los consumidores encuentra asidero interpretativo no solo si se tienen en cuenta las palabras utilizadas en la norma, sino también si se las coteja armónicamente con la finalidad de la Ley de Defensa del Consumidor —de innegable carácter protectorio— y con los principios y valores jurídicos que inspiran a toda la normativa de defensa del consumidor desde la propia Constitución Nacional y en sus puntos de conexión con los instrumentos internacionales de derechos humanos: "protección estatal al débil jurídico", "*in dubio pro consumidor*", "protección a los intereses económicos", "acceso a la justicia", "principio *pro homine*", entre otros [11].

En tal sentido, es necesario recordar que el derecho del consumidor nace para dar respuesta a una significativa asimetría técnica, informativa y socioeconómica, entre proveedores y demandantes de bienes y servicios, con la finalidad de lograr un equilibrio frente a la situación de vulnerabilidad de estos últimos respecto de los primeros.

La ponderación de si un régimen normativo determinado conculca el derecho a la tutela judicial o de acceso a la justicia, debe centrarse en la verificación de si impone o no condiciones impeditivas u obstaculizadoras, y de si los obstáculos legales son innecesarios, excesivos o carentes de razonabilidad y proporcionalidad respecto de los fines que lícitamente puede perseguir el

[9] CSJN "ADDUC y otros c/ AySA SA y otro s/ proceso de conocimiento" (CAF 17990/2012/1/RH1), Fallos: 344:2835, sentencia del 14/10/2021

[10] CNACom. en pleno, "Hambo, Débora Raquel c/ CMR Falabella SA s/ sumarísimo", sentencia del 21/12/2021, La Ley AR/JUR/199174/2021.

[11] Darcy, Norberto C., "Otro fallo que reaviva la incertidumbre sobre el beneficio de justicia gratuita en las acciones de defensa del consumidor", La Ley 2019-E, 490

legislador. Incluso la ponderación debe centrarse en si el régimen normativo de que se trate puede constituir no ya condiciones impeditivas u obstaculizadoras, sino meramente limitativas o disuasorias del ejercicio de las acciones o recursos legalmente habilitados para la defensa jurisdiccional de derechos e intereses legítimos. En consecuencia, debe apreciarse si el obstáculo del acceso al proceso obedece o no a razonables finalidades de protección de bienes e intereses constitucionalmente protegidos y si guarda o no proporcionalidad con la carga de diligencia exigible a los justiciables [12].

En sentido concordante, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha expresado que cualquier norma o medida del orden interno que imponga costos o dificulte de cualquier otra manera el acceso de los individuos a los tribunales, y que no esté justificada por las razonables necesidades de la propia administración de justicia, debe entenderse contraria al artículo 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos [13]; si bien resulta claro que el derecho al acceso a la justicia no es absoluto y, consecuentemente, puede estar sujeto a algunas limitaciones discrecionales por parte del Estado, con tal que ellas guarden "… correspondencia entre el medio empleado y el fin perseguido y, en definitiva, no pueden suponer la negación misma de dicho derecho…" [14].

A mayor abundamiento, la jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derecho Humanos, interpretando los arts. 8° y 25 del Pacto de San José de Costa Rica (tratado de derechos humanos cuya relevancia para la interpretación de la ley también resulta del art. 2° del Código Civil y Comercial de la Nación), ha dicho que para satisfacer el derecho de acceso a la justicia se requiere que "… quienes participan en el proceso puedan hacerlo sin el temor de verse obligados a pagar sumas desproporcionadas o excesivas a causa de haber recurrido a los tribunales…", de modo que el cobro de honorarios profesionales no debe imponer una carga desmedida y transformarse, "… en definitiva, en un elemento obstructor de la efectiva administración de justicia…" [15].

Sin embargo, por el otro lado la Corte Interamericana de Derechos Humanos también ha expresado, poniendo límite a lo anterior, que el cobro de un monto "… no constituye per se una obstrucción al acceso a la justicia…" y, en

[12] Conf. Tribunal Constitucional de España, Sala 1ª, 16/3/1989, sentencia N.º 60 en Recurso de amparo N.º 963/1987; íd., en pleno, 21/7/2016, sentencia N.° 140 en Recurso de inconstitucionalidad N.° 973/2013, y sus citas en el punto 5 de los fundamentos jurídicos.

[13] Art. 8.1 C.AD.H.: "Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter".

[14] CIDH, "Cantos c/ Argentina", considerando N.º 54, sentencia del 28/11/2002.

[15] CIDH, "Cantos c/ Argentina", considerando N.º 56, sentencia del 28/11/2002.

su caso, le corresponde a quien lo invoca demostrar que dicho cobro es irrazonable o representa un perjuicio grave a su capacidad económica [16].

Por ello, teniendo en consideración el fundamento de la tutela legal que consagra la Ley de Defensa del Consumidor, resulta acertado afirmar que la finalidad del "beneficio de justicia gratuita" es posibilitar al consumidor el acceso a los tribunales disminuyendo las barreras que obsten a un reclamo efectivo, que no están dadas únicamente por la pertenencia de los consumidores a una condición humilde o de escasos recursos, sino que *se sustentan en la posición de debilidad en la que el consumidor se encuentra*, en principio, porque posee menos información y también por el hecho de poder estar en una situación de inferioridad o asimetría en relación a la cuantía de su reclamo y los gastos fijos mínimos que puede insumir la defensa de su derecho.

En cambio, el beneficio tradicional —beneficio de litigar sin gastos— se encuentra supeditado a la condición de pobreza del beneficiado, o al menos a la demostración de un grado de dificultad económica importante al momento de tener que afrontar los costos y costas del proceso.

Sin embargo, tal como puede apreciarse de la propia letra de la norma, los fundamentos o razones sobre los que se erige "el incidente de solvencia" parecieran ser bastante disímiles de aquellos: "La parte demandada podrá acreditar la solvencia del consumidor mediante incidente, en cuyo caso cesará el beneficio".

De esta forma, se entiende que, ante la promoción del incidente de solvencia por la parte demandada, los jueces deberán ponderar la proporcionalidad entre el monto reclamado, los costos del juicio y la situación patrimonial del consumidor al momento de decidir sobre él e imponer las costas del proceso.

Considero que las consecuencias que trae dicha concepción del instituto resultan perjudiciales, no solo para los consumidores y usuarios, sino también para los proveedores y, lo que es peor, para el propio sistema de protección del consumidor.

En primer lugar, de acuerdo con la lógica de la redacción, pareciera que aquellos consumidores que poseen solvencia económica, por el solo hecho de poseerla: dejarían de encontrarse en la posición de vulnerabilidad que los caracteriza en su condición de consumidores, desaparecería mágicamente la asimetría de la relación de consumo, pasarían automáticamente a poseer la información y los recursos necesarios para estar en una posición de igualdad frente al proveedor, etc.

A priori, la conclusión sería entonces que los consumidores con solvencia económica no serían iguales a aquellos que no la poseen.

Como contrapeso, algunas legislaciones locales han impuesto ciertos requisitos o limitaciones al referido incidente. Así, podemos citar como ejemplo al Código Procesal de la Justicia en las Relaciones de Consumo de la CABA,

[16] CIDH, "Mémoli c/ Argentina", considerando N.º 193, sentencia del 22/8/2013.

que establece como condición para que el demandado pueda promover un incidente de solvencia, que los reclamos sean superiores a un monto que exceda las 100 (cien) unidades de medida arancelaria (UMA) [17], hoy establecida en $97.519 [18].

Ergo, un consumidor que llega a la Justicia en las Relaciones de Consumo de la CABA por un reclamo referido, por ejemplo, al plan de ahorros de un vehículo [19] —que suele ser una de las causas más habituales— lo más probable es que deba afrontar el encontrarse en la situación de no saber si, en el peor de los casos, deba hacerse cargo de los honorarios de la representación letrada de la demandada, dado que conforme el baremo utilizado por la norma, resultaría ser un consumidor "solvente".

Por otra parte, los proveedores pueden utilizar el incidente de solvencia como una estrategia procesal, siendo su promoción un método tendiente a desincentivar al consumidor en el avance de su reclamo y lograr así una mejor posición frente a una negociación extrajudicial.

Así, si el sujeto vulnerable, que en términos generales soporta una aguda desproporción de recursos con el proveedor potencialmente demandado, corre con la incertidumbre de cargar con los costos del litigio, es probable que no lo promueva, a pesar de haber sufrido un daño injusto.

De esta forma, los proveedores aprovechándose nuevamente de la vulnerabilidad que continúa latente en los consumidores, por más que su reclamo supere 100 UMAS, podrán desvirtuar la finalidad que el legislador tuvo en miras al establecer el "beneficio de la justicia gratuita" para toda actuación judicial iniciada en el marco de las relaciones de consumo: proteger al consumidor vulnerable frente a *la posición de debilidad en la que se encuentra ante* la existencia de desigualdad sustantiva y estructural que la relación con el proveedor presenta.

Así, la posibilidad de promover el incidente en los términos que la norma propone termina produciendo un efecto de "miedo" en aquellos consumidores que sean informados por sus abogados de los riesgos que la promoción de su demanda encierra, generando un efecto distributivo regresivo.

Sin embargo, las connotaciones negativas del incorrecto encuadre del fundamento del incidente de solvencia no se agotarían allí. Como contrapartida a lo hasta aquí expuesto, el carácter "automático" del beneficio de justicia gratuita, sin perjuicio de los innegables beneficios que aporta, puede conllevar en sí mismo un pequeño, pero no por ello, menos importante peligro.

Este tipo de decisiones omiten el deber de adjudicar al perdidoso el costo del proceso y, por tanto, lo eximen de afrontar las consecuencias de su actuar

[17] Art. 69 de la ley 6407.

[18] Res. SAGyP N.º 528/2024.

[19] $19.291.000 cuesta el vehículo 0 km más barato en el mercado automotor argentino —Fiat Mobi— según la Cámara de Comercio Automotor en el mes de octubre 2024.

lesivo, generando de ese modo incentivos para mantener prácticas violatorias de derechos cuya finalidad en la promoción de las acciones judiciales no es aquella para la cual su gratuidad fue prevista.

Lo indicado pareciera ser algo descabellado, sin embargo, podemos afirmar con certeza que este tipo de prácticas procesales se dan en la actualidad, promovidas por letrados cuyo único objetivo resulta ser la obtención de honorarios. Como ejemplo de ello, en el fuero Contencioso Administrativo y Tributario de la CABA se han visto proliferar demandas de amparo en los términos de la ley 104 de Acceso a la Información [20], que se rige bajo los principios de *in dubio pro petitor*, buena fe y gratuidad, y que además se encuentra exenta del pago de la tasa judicial [21].

IV. LA PROPUESTA

Como se expuso a lo largo del presente, la *ratio legis* del Beneficio de Justicia Gratuita para toda actuación judicial iniciada en el marco de las relaciones de consumo, lejos está de radicar en una presunción de carencia de recursos económicos por parte de los consumidores. A *contrario sensu* su razón de ser pareciera estar instaurada en la protección buscada por el sistema normativo teniendo en consideración la posición de vulnerabilidad inherente a todo consumidor y usuario por su condición de tal. Si el sujeto vulnerable, que en términos generales soporta una aguda desproporción de recursos —no solo económicos— con el proveedor potencialmente demandado, corre con la incertidumbre de cargar con los costos del litigio, es probable que no lo promueva, a pesar de haber sufrido un daño injusto.

Y es que, tal como fuera expuesto, el Beneficio de Justicia Gratuita se justifica en la debilidad jurídica que caracteriza al consumidor en sus relaciones de consumo, garantizándole al consumidor el acceso a la justicia por su condición de tal, sin otro requisito y con la intención de dotar de mayor efectividad a los derechos del consumidor, ya sea en forma individual o en su representación colectiva.

En dicha inteligencia, la razón de ser del "incidente de solvencia" no debería radicar en la mayor o menor capacidad económica del consumidor, sino más bien, en evitar el abuso que pudiera generarse del marco tuitivo implementado por el legislador —beneficio de justicia gratuita— mediante maniobras o técnicas procesales que desvirtúen la finalidad para la cual fue previsto.

Así, el incidente en cuestión debería tener en miras lograr demostrar, en caso de que así lo considere el proveedor demandado, la temeridad, la malicia, la pluspetición inexcusable o incluso el abuso del derecho, por parte del consumidor. Es decir, aquellos casos de significativa gravedad, donde se compruebe

[20] Art. 12 de la ley 104, CABA.

[21] Art. 3°, inc. L de la ley 327, CABA.

inexistencia del daño invocado, exageración injustificada en el monto del reclamo, hechos manifiestamente falsos, entre otros supuestos.

Por supuesto, para que ello sea posible sin perder de vista la protección de los consumidores, el rol de los jueces al momento de tramitar este tipo de planteos resultará fundamental, debido a que serán los magistrados quienes deberán no solo poner coto a los reclamos manifiestamente improcedentes deducidos en abuso del beneficio de justicia gratuita, sino también impedir que el referido incidente sea utilizado por los demandados con fines persuasivos.

RESEÑA BIBLIOGRÁFICA

REVISTA LIBRO *RELACIÓN DE CONSUMO* N.º 5, DIRECTOR: CARLOS TAMBUSSI, EDITORIAL HAMMURABI, 2024, 399 PÁGINAS, (ISBN 978-987-805-772-9)

POR FERNANDA MARÍA OUTON *

Relación de Consumo es una revista-libro que busca acercar los temas del derecho de usuarios y consumidores a un enfoque práctico y directo, sobre cuestiones actuales y permanentes de la disciplina.

Ya lleva cinco números; en este comentario presentamos el último, publicado en octubre de 2024, donde el lector podrá encontrar autores diversos, muchos de ellos de primera publicación, y a la vez mucha doctrina de autores consagrados, que dan su mirada sobre esta materia y acercan al abogado litigante doctrina, análisis de jurisprudencia y elementos útiles para la práctica profesional.

Se trata de una revista de divulgación con especial énfasis en su estilo de lectura amena y sencilla, a través del lenguaje claro y la sencillez del comentario que por estas características no deja de tener un profundo contenido jurídico, pero lo hace sin rodeos, excesos de erudición o referencias de poca aplicación en la vida profesional.

El análisis temático reúne los ejes más frecuentes de la litigiosidad en materia de derecho del consumo: los contratos, la responsabilidad por daños, las normas procesales tanto judiciales como administrativas y un baño de doctrina de otras especialidades, en el necesario enfoque interdisciplinario del fenómeno del consumo que nutre el análisis del problema e ilumina al operador jurídico.

Los comentarios jurisprudenciales incluyen fallos que marcaron tendencia, más allá de su actualidad, pero reafirmando su vigencia junto a las novedades propias del activismo judicial en temas de trascendencia y los despliegues de criterios divergentes entre tribunales o jurisdicciones para mejor ilustración.

* Abogada UBA (1994). Prosecretaria coadyuvante de la Justicia en las Relaciones de Consumo de la CABA. Egresada de la Diplomatura sobre Implementación de la Justicia en las Relaciones de Consumo en el Poder Judicial de la CABA del Centro de Formación Judicial del Consejo de la Magistratura de la CABA. Egresada del Posgrado de Actualización en Derecho del Consumidor y del Usuario del Departamento de Posgrado de la Facultad de Derecho de la UBA. Autora de diversos artículos y trabajos publicados en temas de derechos de los consumidores y usuarios.

Finalmente, las novedades legislativas llevan al lector las perspectivas de los recientes textos legales, en una etapa de constante desarrollo, a veces evolución y adaptación a los tiempos del maravilloso régimen tuitivo consumidor. En ella han sido publicadas modificaciones normativas en materia de mecanismos de tratamiento de conflictos como la propuesta de la figura del defensor del cliente, o en aspectos más estructurales modificaciones más ambiciosas como encarar la actualización de la ley de lealtad comercial y la gran reforma a la ley de defensa de la competencia, que reavivan la discusión respecto a estos dos pilares integrativos con el derecho del consumo como disciplina y con los consumidores en particular, ya que la tipificación e ilicitud de prácticas desleales y la reformulación de la protección de la transparencia de mercado, el acceso y la permanencia de competidores en este repercuten directamente en derechos fundamentales como el trato equitativo y digno, la libre elección, los intereses económicos del consumidor, solo por enumerar algunos.

Se incluyeron debates sobre grandes aportes al estudio y desarrollo de nuestra disciplina con la novedad del texto y presentación del anteproyecto de reforma de la ley 24.240, o Código de Defensa del Consumidor, elaborado por una comisión de juristas designada por los ministerios de Producción y Trabajo y Justicia de la Nación en 2018, y relanzada en 2024, a fin de acercar al lector esa propuesta integral de adaptación de la norma madre de nuestro derecho a los tiempos actuales, su organización sistemática, y las primeras respuestas a temas sobre los que no existía legislación hasta el presente o bien que presentaban soluciones jurisprudenciales contradictorias.

Siempre en la senda de acercar al abogado litigante doctrina, análisis de jurisprudencia y elementos útiles para la práctica profesional, importantes doctrinarios del derecho del consumo aportan en sus sucesivas ediciones sus opiniones sobre temas atientes al consumo bancario, planes de ahorro, anatocismo, responsabilidad de fabricantes de automotores, comercio electrónico, y otros de gran actualidad y litigiosidad, y también polémicos en plena discusión, como la cuestión de los daños punitivos y otros novedosos tales como la publicidad engañosa conforme la ha tratado la jurisprudencia reciente.

Asimismo, usualmente se presentan como aportes modelos de escritos para planteos y demandas de gran vigencia en la problemática judicial actual, que sirven de guía para la preparación de las presentaciones judiciales y que, desde ya, no suplen la pericia del profesional que los adopte ni su pertinencia para el caso que le toque en suerte plantear al lector.

El enfoque interdisciplinario está presente en sus ediciones, conjugando la mirada jurídica con otras materias como lo ambiental, la discapacidad, la sociología, las neurociencias, por solo nombrar algunas, aportando argumentos teóricos y técnicos para los casos que presenten los abogados.

Una obra plural, profunda y sencilla a la vez, con la concisión necesaria para una publicación de doctrina clara y accesible, de utilidad e implicancias prácticas directas para el profesional, que contribuye a la ya más que merecida

mayoría de edad y autonomía disciplinaria del derecho de usuarios y consumidores, el más cotidiano de los derechos, aquel cuyo objeto se verifica más repetidamente en nuestra vida de todos los días, aquel del cual nadie puede escapar en una relación de consumo.

PAUTAS PARA LA PRESENTACIÓN DE ORIGINALES

La *Revista Jurídica de Buenos Aires*, fundada en 1957 bajo la dirección del Dr. Ignacio Winizky, es una publicación bianual de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires que contiene trabajos de doctrina de juristas del medio local y del extranjero. En los últimos años se ha adoptado la modalidad de publicar números temáticos, bajo la dirección de un/a coordinador/a, que concentran trabajos sobre una determinada área de estudio, sistematizándolos de modo tal que el/la lector/a pueda acceder a distintas visiones al respecto.

Los trabajos presentados para su publicación deben ser originales, inéditos y no pueden postularse simultáneamente en otras revistas u órganos editoriales. Además, deben contener aportes de singular relevancia para la disciplina. Las colaboraciones pueden ser artículos, ensayos o reseñas de libros, referidos a temas jurídicos o afines. Se recibirán textos redactados en español, portugués o inglés, o bien traducciones de trabajos escritos en lenguas extranjeras.

PROCESO DE EVALUACIÓN

Los textos recibidos serán sometidos a evaluación por pares nacionales e internacionales especialistas en la temática, en parte externos a la entidad editora, bajo la modalidad de referato doble ciego: anonimato de autores y examinadores durante el proceso de evaluación.

El proceso de evaluación consta de tres fases:

1. La Dirección y el Consejo Editorial seleccionarán, de acuerdo con los objetivos de la Revista, aquellos trabajos que resultan relevantes y oportunos para ser sometidos a evaluación y para su posible publicación.

2. Los trabajos escogidos serán enviados (bajo anonimato de los/as autores/as) a un/a evaluador/a externo/a experto/a en la temática. Desde la fecha de recepción, el/la evaluador/a tendrá 30 (treinta) días para evaluar el trabajo y devolverlo junto a su dictamen.

Los posibles resultados de la evaluación por pares son:

a) Se recomienda su publicación.

b) Se sugieren revisiones o modificaciones para su eventual publicación posterior.

c) No se recomienda su publicación.

3. Los/as autores/as de los trabajos propuestos recibirán información, de parte de la entidad editora, acerca de los resultados del proceso de evaluación. Los/as autores/as que deban realizar modificaciones las realizarán dentro del lapso fijado por la Dirección de la Revista, quien remitirá al/a la evaluador/a correspondiente el texto modificado para su aceptación o rechazo. Una vez que se devuelva la evaluación a la Dirección, se comunicará a los/as autores/as la decisión respecto de la publicación.

REQUISITOS Y ENVÍO

1. La entrega de los artículos para el primer número de cada año se realiza en diciembre del año anterior, mientras que la de los artículos destinados al segundo número se realiza en mayo del año en curso. Todos los artículos deben tener relación con la temática específica propuesta para cada número de la *Revista*.

2. Cada número deberá contener una presentación por parte del/de la coordinador/a.

3. Los artículos deben tener como mínimo 6000 palabras y como máximo 10000, sin incluir la bibliografía.

4. Los originales deberán cumplir los requisitos aquí enumerados y observar las pautas de estilo y cualquier consulta que surja deberá remitirse a la Dirección de la Revista o al Departamento de Publicaciones.

5. Los trabajos se presentarán ante la Dirección de la Revista a través del/de la coordinador/a por correo electrónico. El archivo deberá contener, respecto de cada trabajo, los siguientes datos: nombre del artículo, nombre del/de los autor/es, fecha de finalización del documento y fecha de entrega. Los archivos deben estar en una versión actualizada de formato Word, preferentemente en sus últimas versiones.

6. Junto al artículo, los/as autores/as deberán aportar un resumen biográfico que incluya: nombre/s y apellido/s completo/s, profesión, cargo actual, afiliación institucional (con indicación del país y la ciudad donde se radica la institución), nacionalidad, teléfono, dirección postal y electrónica. Cada trabajo que se publique incluirá, al menos, una dirección de e-mail de alguna/o de sus autores/as.

PAUTAS DE ESTILO

1. El texto debe presentarse en tamaño de página A4, con márgenes superior e inferior de 2,5 cm, derecho e izquierdo de 3 cm. Debe emplearse fuente Times New Roman, tamaño 12. El interlineado debe ser simple y cada párrafo tendrá una sangría de primera línea de 1 cm. No deben emplearse espacios adicionales antes o después de los párrafos. En las notas a pie de página se colocará sangría de primera línea de 1 cm, se empleará Times New Roman, tamaño 10 y el interlineado será también simple. El texto y las notas deben estar justificados.

2. El **título** del trabajo deberá expresarse en el idioma del artículo, en mayúscula y centrado.

3. Si el artículo presentado es una traducción, esto deberá indicarse en la primera nota al pie con formato símbolo *, a continuación del título, de acuerdo con la siguiente estructura y completando los datos señalados en el modelo:

* Publicado originalmente como <título en inglés> en <fuente de donde fue extraído el artículo original>. Traducción al español realizada por <nombre y apellido del/de la traductor/traductora, cargo o profesión, lugar donde estudia o trabaja>.

4. El nombre del autor debe ubicarse debajo del título del artículo, seguido de "Por", alineado a la derecha y en mayúscula. Allí debe incluirse una nota a pie con formato símbolo * (o ** en caso de contar con la nota del caso del punto 3) donde debe consignarse el cargo o profesión del/de la autor/a y una breve referencia académica indicando cargo docente (si corresponde) e institución. Asimismo, pueden incluirse agradecimientos del/de la autor/a.

5. A continuación debe incluirse un **resumen** del trabajo que no exceda de 250 palabras (en notas y trabajos breves bastará con 100 palabras) y un **listado de cinco palabras clave**. Los títulos "Resumen:" y "Palabras clave:" serán en negrita y su texto en cursiva y ambos con sangría de primera línea de 1 cm. Deberán expresarse en el idioma del artículo.

6. Inmediatamente después, debe colocarse la traducción al inglés del título del artículo en mayúscula, centrado y debajo de este el resumen traducido al inglés (Abstract) junto con las palabras clave (Keywords) con similar pauta de estilo.

7. Las fuentes empleadas deberán especificarse correctamente mediante el empleo de **referencias bibliográficas**, así como en el **listado de bibliografía**. Deberán seguirse las siguientes indicaciones:

7.1. Las citas directas que superen (aproximadamente) los 330 caracteres se escribirán en párrafo aparte, separadas por un espaciado superior y uno inferior del cuerpo, sin interlineado, en tipografía redonda (sin comillas ni cursivas), justificadas y con sangría de 2.5 cm, izquierda y derecha. Las citas directas con menos de 330 caracteres, en cambio, respetarán el formato del cuerpo del texto, consignándose entre comillas y en tipografía redonda.

7.2. Se deberán incluir a pie de página las notas y referencias bibliográficas. Estas deberán realizarse de la siguiente manera: los apellidos del/de la autor/a irá en mayúscula, el nombre en minúscula, los títulos de libros irán en cursiva sin comillas, seguido de la ciudad de publicación (en castellano), la editorial, el año de publicación y el número de la/s página/s en ese orden. Si se trata de un artículo, el título irá entre comillas y el nombre de la revista en cursiva. Si se trata del capítulo de un libro colectivo, el título irá en comillas, seguido del apellido y nombre de las/os editores/as del volumen, los títulos de libros irán en cursiva sin comillas, seguido del lugar de publicación, la editorial, el año de publicación y el número de la/s página/s en ese orden. Los textos provenientes de páginas web deberán indicar luego del título la indicación de la procedencia y la fecha de última consulta.

A modo de ejemplo:

Libros

FOUCAULT, Michel, *Securité, territoire, population*, París, Seuil/ Gallimard, 2004, p. 199.

Artículos de Revistas

MUÑOZ BRAVO, Tomás, *"*Política migratoria en Argentina como respuesta a las crisis económicas y a procesos de integración regional" en *Revista de Relaciones Internacionales de la UNAM,* Nº 119, México, UNAM, mayo-agosto de 2014, pp. 87-116.

Capítulos de libros

BOTHE, Michael, "The WHO Request", en BOISSON DE CHAZOURNES, Laurence y SANDS, Philippe (eds.), *International Law, the International Court of Justice and Nuclear Weapons*, Cambridge, Cambridge University Press, 1999, pp. 103-111.

Material de internet

ZEGVELD, Liesbeth, "The Inter-American Commission on Human Rights and International Humanitarian Law: A Comment on the Tablada Case", disponible en <http://www.cicr.org> (consultado el 4/2/2007).

7.3. Al final del documento se incluirá un listado de bibliografía, incluyendo todas las fuentes consultadas para la elaboración del trabajo presentado, conforme a las pautas de estilo mencionadas.

8. Elementos complementarios:

8.1. Las tablas y figuras deben incluirse en las páginas del texto y numerarse consecutivamente (figura 1, cuadro 1, etc.). Deben estar acompañadas por la fuente y el título. Los archivos originales en formato Microsoft Excel o en programas de gráficos deberán enviarse adicionalmente en un archivo digital separado.

8.2. Las fotografías e imágenes deberán cumplir con los requisitos de numeración, fuente y título mencionados. Deberán tener una resolución superior o igual a 300 dpi. Cuando no fueran obra del/de la autor/a del artículo, se requiere que se envíen acompañadas por la autorización de reproducción del titular de los derechos de dichas imágenes.

8.3. En el caso que sea necesario, los elementos complementarios que integran el documento serán entregados en el soporte y tipo de archivo que sea acordado oportunamente con la Dirección de la Revista.

9. Los títulos y subtítulos del texto deben respetar la siguiente jerarquía:

TÍTULO GENERAL (Mayúscula y centrado)
Por NOMBRE AUTOR
Resumen:
Palabras clave:
TÍTULO GENERAL EN INGLÉS (Mayúscula y centrado)
Abstract:
Keywords:
INTRODUCCIÓN (Mayúscula y centrado)
1. TÍTULO (Capítulo) (Mayúscula y centrado)
1.1. Subtítulo (cursiva, sin sangría y en minúscula)
1.1.1. Título (cursiva, sin sangría y en minúscula)
1.1.2. Título (cursiva, sin sangría y en minúscula)
2. TÍTULO (Capítulo) (Mayúscula y centrado)
CONCLUSIONES (Si hubiera, mayúscula, centrado)
BIBLIOGRAFÍA (Mayúscula, centrado)

DERECHOS DE PUBLICACIÓN

El envío de un trabajo para su publicación implica, por parte de su autor/a, la autorización para su reproducción (salvo expresa renuncia), por cualquier medio, soporte y en el momento en el que se considere conveniente por la Revista. Los originales entregados no serán devueltos.

Los/as autores/as, al postular un trabajo para su publicación, ceden todos los derechos de distribución y difusión de los contenidos de los mismos al Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho (UBA). La recepción de un trabajo para su evaluación no implica asumir un compromiso de publicación.

Para enviar trabajos, realizar consultas sobre las pautas de estilo o acercar sus dudas, puede contactarnos a: dpublica@derecho.uba.ar

GUIDELINES FOR THE SUBMISSION OF ARTICLES

The "Revista Jurídica de Buenos Aires", created in 1957 under the direction of Dr. Ignacio Winizky, is a biannual publication of the School of Law of the University of Buenos Aires, which comprises the works of national and foreign scholars. In the last years, each issue —under the direction of different coordinators — has focused on specific subject areas, collecting relevant articles and systematizing them, thus allowing the reader to be familiarised with diverse views.

Works submitted for publication must be original, previously unpublished and not under consideration for publication elsewhere. In addition, they should make a particularly relevant contribution. Articles, essays and book reviews on legal and related issues are welcome. They may be written in Spanish, Portuguese or English. Translations are also considered.

EVALUATION PROCESS

All works will be subject to double blind peer review conducted by national and international experts in each subject, some of them acting as external reviewers. Authors and reviewers remain anonymous during the evaluation process.

The evaluation process has three stages:

1. The Director and Editorial Board will decide, in accordance with the journal's objectives, which articles are relevant and appropriate for evaluation and possible publication.

2. The selected articles will be sent — preserving the author's anonymity — to an external reviewer with expertise in the subject. Since the reception of the article, the reviewer will have 30 (thirty) days to evaluate it and communicate his/her opinion.

The possible results of the peer reviewing process are:

a) Recommendation of publication.

b) Suggestion of revisions or modifications for possible publication.

c) Recommendation of rejection.

3. The author/s of the articles will receive information from the editors on the results of the evaluation process. Those authors who are required to revise or modify the submitted text must comply with the time frame established by the Director of the journal, who will send the modified article to the peer reviewer for its acceptance or rejection. Once the peer reviewer has provided his/her opinion to the Director, the final decision will be informed to the author/s.

REQUIREMENTS AND SUBMISSION

1. The submission of articles to be published in each year's first issue of the journal will take place in December of the previous year. The submission of articles to be published in the second issue will take place in May. All works must be related to the specific subject area of each issue.

2. Each issue will have a presentation by its coordinator.

3. Articles must have between 6,000 and 10,000 words, without including bibliography.

4. Manuscripts must comply with this list of requirements and with the style guidelines. Any inquiry can be addressed to the Director of the journal or to the Department of Publications.

5. Articles must be submitted to the journal's Director via email to the issue's coordinator. The document must contain the following information: title, author/s' name, date of completion and date of submission. It is recommendable to use the latest versions of Microsoft Word.

6. Along with the manuscript, the author/s must also submit a **short bio** including: name, surname, profession, current position, institutional affiliation (including city and country of the institution), nationality, telephone, address and email. All published works will include the email address of at least one of the authors.

STYLE GUIDELINES

1. The page size of the document must be A4, with top and bottom margins 2,5 cm and side margins 3 cm. Times New Roman font, size 12 must be used. Single line spacing must be used, and the first line in each paragraph shall have 1 cm indentation. No additional space before or after each paragraph should be included. Footnotes shall also have 1 cm indentation in the first line, employing Times New Roman, size 10, and single line spacing. The text and footnotes must be justified.

2. The article's **title** must be in the language employed in the article, in capital letters and centred.

3. If the submission is a translation, it must be indicated in the first footnote using the symbol * after the tile, and the following structure must be employed, completing the relevant information:

*Originally published as <title in the original language> in <source of the original piece>. Translation into Spanish/English/Portuguese by <name and surname of the translator, profession or current position, institutional affiliation>.

4. The author/s' name should be centred under the title of the article, after the word "By", aligned to the right and in capital letters. A footnote should be placed there, using the symbol * (or ** in case the piece also includes the footnote mentioned in guideline 3), which must include the author/s' current position or profession and a brief academic reference, including current academic position (if any) and institutional affiliation. Acknowledgments may be included there.

5. Afterwards, an **abstract** of no more that 250 words (in the case of short articles, abstracts can be of 100 words) and **five keywords** must be included. The titles "Abstract" and "Keywords" must be in **bold** and the text of the sections in *italics*. Both sections must use 1 cm indentation in the first line. They shall be in the language employed in the article.

6. Immediately after, the piece shall include a translation into Spanish of the article's title, in capital letters and centred. Underneath, the abstract and the keywords should be translated into Spanish, employing the same style guidelines as in the original language.

7. The sources employed for the article must be correctly included in **bibliographical references** and in the **list of bibliography**. The following indications are to be followed:

7.1. Direct Quotations that are 330 characters or more must be included in a new paragraph, separated by double space from the previous and following text of the main body. It shall use single line spacing, be written in normal font (without quotation marks nor italics), justified, and with 2.5 cm left and right indentation. Direct quotations under 330 characters will have the same format as the main body, with quotations marks and without italics.

7.2. Notes and bibliographical references must be included as footnotes. Bibliographical references must include, in the following order: surname of the author/s in capital letters, name in lower case letters, book titles in italics without quotation marks, city of publication (in Spanish), editorial house, year of publication, page number/s. If it is an article, the title will be between quotation marks and the name of the journal in italics. If it is a book by multiple authors, the title of the chapter will be between quotation marks, followed by surname

and name of the volume's editors, book title using italics without quotation marks, followed by city of publication, editorial house, year of publication, and page number/s. When citing articles from websites, the domain and date of last access shall be included after the title.

For example:

Books

FOUCAULT, Michel. *Securité, territoire, population*, París, Seuil/ Gallimard, 2004, p. 199.

Articles in Journal

MUÑOZ BRAVO, Tomás *"*Política migratoria en Argentina como respuesta a Las crisis económicas y a procesos de integración regional" en *Revista de Relaciones Internacionales de la UNAM,* num. 119, México, UNAM*,* may.-aug. 2014, pp. 87-116.

Book Chapters

BOTHE, Michael. "The WHO Request", in BOISSON DE CHAZOURNES, Laurence y SANDS, Philippe (eds.), *International Law, the International Court of Justice and Nuclear Weapons*, Cambridge, Cambridge University Press, 1999, pp. 103-111.

Websites

ZEGVELD, Liesbeth. "The Inter-American Commission on Human Rights and International Humanitarian Law: A Comment on the Tablada Case", available at <http://www.cicr.org> (last access 4-02-2007).

7.3. At the end of the document, a list of bibliography shall be included, listing all sources consulted for the drafting of the article, in accordance with the aforementioned style guidelines.

8. Additional elements:

8.1. Tables and figures must be included within the text and be consecutively numbered (figure 1, chart 1, etc.). They must be accompanied by their source and title. Original files in Microsoft Excel format or graphics programs should also be sent as separate digital files.

8.2. Photographs and images must comply with the same requirements and have a resolution of 300 dpi or higher. When they do not belong to the author of the article, an authorization for its reproduction by the rights holder is required.

8.3. If necessary, additional elements which are a part of the document will be submitted in the format agreed upon with the Director of the journal.

9. Titles and subtitles must respect the following format:

TITLE (Capital letters and centred)
By NAME OF AUTHOR/S
Abstract:
Keywords:
TITLE IN SPANISH (Capital letters and centred)
Resumen:
Palabras clave:
INTRODUCTION (Capital letters and centred)
1. TITLE (Chapter) (Capital letters and centred)
1.1. Heading (italics, no indentation, lower case letters)
*1.1.1. Heading (*italics, no indentation, lower case letters)
1.1.2. Heading (italics, no indentation, lower case letters)
2. TITLE (Chapter) (Capital letters and centred)
CONCLUSIONS (If any, in capital letters and centred)
BIBLIOGRAPHY (Capital letters and centred)

PUBLICATION RIGHTS

The submission of a manuscript for publication entails the author/s' authorization to reproduce it in any media or form, whenever the journal considers it appropriate, except in the case of express withdrawal.

By submitting an article for publication, the author/s assign/s all the rights of distribution and public display of its contents to the Department of Publications of the School of Law of the University of Buenos Aires. The reception of a manuscript does not entail any publication commitment.

For further information, inquiries and to submit manuscripts, please contact us: dpublica@derecho.uba.ar.