

XXIII JORNADAS NACIONALES DE DERECHO CIVIL

Comisión de Consumidor: La categoría jurídica de "consumidor"

Título: “La problemática justificación del *bystander*, y la mala técnica legislativa que concibió al *consumidor que no consume*”

AUTORES:

María Laura ESTIGARRIBIA BIEBER

Doctora en Derecho

Profesora Titular de Instituciones del Derecho Privado I y II

Universidad Nacional del Nordeste

Teléfono: 03722-422155, int. 141 Fax: 03722-427520

Dirección: Don Bosco 265 (H3500AHE) Resistencia. Chaco. Argentina.

Correo electrónico: mlestigarribia@eco.unne.edu.ar

Cristian Ricardo Abel PIRIS

Doctor en Derecho - Magister en Derecho Privado

Profesor Adjunto de Instituciones del Derecho Privado I

Universidad Nacional del Nordeste

Teléfono: 03783-15894770 Fax: 03783-425060

Dirección: San Martín 772 – (W3400APP) Corrientes. Argentina

Correo electrónico: cpiris@unne.edu.ar

ÍNDICE

1. Introducción. 2. Evolución del Derecho del Consumidor en Argentina. El concepto de consumidor. 3. El *consumidor que no consume*. 4. La debilidad del consumidor. 5. Debilidad y mercado. 6. Conclusiones.

RESUMEN

En la presente comunicación vamos a sostener los siguientes puntos:

1. El Derecho del Consumidor es un estatuto personal y, por ende, debe ser pensado restrictivamente en cuanto a la determinación de su ámbito subjetivo de aplicación porque, supone un apartamiento del Derecho común.
2. El Derecho del Consumidor, no es el derecho del débil jurídico en general, sino de un débil jurídico en particular, el consumidor¹, por lo que resulta crítico definir claramente su perfil.
3. Toda ampliación del concepto de consumidor o equiparación de aquellos sujetos que no lo son, así como la extensión de la protección legal que se brinda a aquel a

¹ En el presente trabajo utilizaremos el término consumidor para referirnos tanto al consumidor propiamente dicho –aquel que adquiere, a título oneroso o gratuito, bienes– como al usuario –quien contrata, a título oneroso o gratuito, servicios–, en consonancia con el tratamiento unificado que les brinda la Ley de Defensa del Consumidor argentina, N° 24.240.

otros agentes, constituyen artificios que deben ser rechazados dado que se apartan de los fundamentos que justifican la existencia de este Derecho tuitivo.

4. El Derecho del Consumidor es un derecho protectorio especial para el consumidor, que se justifica en la debilidad jurídica fundada en la existencia de un menor poder negocial, en asimetrías de información y en la facultad exclusiva del proveedor, de pre-determinar el contenido contractual. Estos caracteres pueden estar presentes en el *by stander* o no, pero en tal caso son datos anecdóticos, que no hacen a la caracterización de una situación estructural, como la del primero.

1. Introducción

El Derecho del Consumidor es una rama del Derecho Privado Patrimonial de relativamente reciente aparición. No obstante, existe mayoritario consenso en torno a su objeto de estudio y a lo que podríamos llamar su *supuesto básico subyacente*. Éste ha surgido como una suerte de *estatuto* personal; se ha planteado que el objeto y razón de ser de esta *nueva disciplina jurídica* es la protección de una categoría de sujetos denominada consumidor o usuario.

En ese sentido, se acepta de modo pacífico que no se trata de un área del Derecho que sea neutral; por el contrario, se entiende que debe cumplir una labor tuitiva, protectora, fundada en razón de las asimetrías existentes con relación a su contraparte, el proveedor y la consecuente debilidad estructural que ello provoca.

El Derecho puede salir de su situación de neutral regulador de conductas, y adoptar un rol protectorio, porque la desigualdad o disparidad existente entre las partes no constituye un dato coyuntural o meramente circunstancial. Por el contrario, existirían razones para afirmar que la relación de consumo es una relación asimétrica por su propia naturaleza.

El término consumidor ha existido mucho antes de ser “tomado” por el Derecho, no se trata de una expresión creada por la ciencia jurídica sino de un enunciado que ésta pretende re-significar.

A manera de ilustración, resulta conveniente pasar revista a diferentes definiciones, por ejemplo; el diccionario de la real academia española define consumidor como “él que consume”, y consumir como “destruir, extinguir. Utilizar comestibles u otros bienes para satisfacer necesidades o deseos”². Desde un punto de vista etimológico, consumir proviene del latín *consumere* y significa extinguir, gastar cosas que se extinguen con el uso³.

En la Economía se define consumo como extinción, destrucción, o gasto. Específicamente para la economía política, el consumo es la última etapa del proceso económico, a saber: producción, circulación y consumo. Toda la actividad humana está dirigida a la obtención de bienes que han de ser usados, directa o indirectamente, en la satisfacción de necesidades. El consumo puede ser inmediato o lento. Por ejemplo, el consumo es inmediato en los casos de alimentos, y es lento en el caso del desgaste de las máquinas por el uso⁴.

Si queremos ampliar el foco de estudio, podemos apreciar que desde un punto de vista antropológico moderno, el consumo puede analizarse desde dos perspectivas, como

² Diccionario de la lengua española, 22ª edición. Disponible en: www.rae.es

³ GARCÍA DE DIEGO, Vicente. Diccionario etimológico español e hispánico. SAETA. Madrid, 1954. Pág. 186.

⁴ BACH, Juan René. Enciclopedia Omeba de contabilidad, economía, finanzas y dirección de empresas, s/p, T. 2. Omeba. Bs. As., 1967.

una forma de demanda que incide motivando la producción, o como el tramo final del proceso económico, como su objetivo y, a la vez, su terminación. Esta segunda perspectiva es la más difundida, y está estrechamente vinculada a la concepción del consumo como aniquilación de bienes y servicios a través de su utilización⁵.

De estas definiciones se desprende como elemento común que consumidor es todo aquel sujeto que, a partir del uso, extingue, destruye, degrada los bienes, o de algún modo los pone fuera del mercado.

2. Evolución del Derecho del Consumidor en Argentina. El concepto de consumidor Recordemos que, en un principio, el concepto de consumidor estaba ligado al comprador de productos alimenticios y farmacéuticos y la idea de que el Estado debía intervenir a los efectos de proteger su salud y seguridad. Por ello, no es casual que las primeras definiciones legales de consumidor las encontremos en los Códigos Alimentarios, llegándose con el tiempo a la concepción más amplia del consumidor como sujeto del tráfico económico, como destinatario final de bienes y servicios, en general.

En los albores de la legislación consumerista, la defensa del consumidor se limitaba al contexto del contrato de consumo. Eso se proyecta en la Ley de Defensa del Consumidor de Argentina, aprobada en 1993 pero con antecedentes legislativos que se remontan a 1986 y a la Directrices para la Defensa del Consumidor de la ONU.

No obstante ello, un año después, la reforma constitucional consagró con máxima jerarquía los derechos del consumidor y modificó su punto de abordaje, al introducir el concepto de relación de consumo, mucho más abarcativo y flexible que el de contrato de consumo.

Vale precisar que el contrato de consumo relaciona al consumidor y el vendedor –quien puede ser o no fabricante– a partir de un acuerdo de voluntades y con un contenido oneroso. En cambio, la relación de consumo vincula a consumidores –jurídicos y materiales– con la cadena de producción, distribución y comercialización, y es indiferente el carácter oneroso o gratuito de esa vinculación, siendo solo relevante el objeto de dicha relación.

Quizás merezca la pena retomar los conceptos vertidos al inicio, para poder apreciar que las visiones económicas o antropológicas jamás circunscribieron el concepto de consumidor al de un contratante. Es decir, consumidor entendido como sujeto en una relación de consumo se halla más en línea con una visión de consumidor que no resulta estrictamente jurídica.

Para la legislación argentina, hoy es consumidor toda persona física o jurídica que, en virtud de un acto jurídico –oneroso o gratuito– adquiere, disfruta o utiliza bienes o servicios como destinatario final y no con fines comerciales (de intermediación), ni industriales (de transformación); o bien, sin ser destinatario final, se halla expuesto a una relación de consumo.

Se mantiene la indiferenciación, en lo que se refiere a la regulación legal, entre usuarios y consumidores.

La LDC establecía en su texto original que el consumidor era tal si contrataba a título oneroso, pero luego su decreto reglamentario realizó una extensión del concepto de consumidor al contratante a título gratuito, siempre que se tuviera en miras la contratación a título oneroso.

⁵ NAROTZKY, Susana. Antropología Económica. Nuevas tendencias. Melusina. Barcelona. 2004. Págs. 146-151.

Con posterioridad, la reforma introducida por ley 26.361 no se restringe a los que contratan a título oneroso para consumo final; también incluye a los que contratan a título gratuito, en todos los casos. Esto comprende a quien estaciona su automóvil en una cochera de supermercado cuando va a comprar allí ⁶ porque ese servicio no está dissociado del fin comercial y, ahora, también cuando no celebre contrato de consumo alguno.

Entonces, desde la modificación de la LDC es consumidor todo aquel que finalice la circulación de bienes. Solo quedan excluidos aquellos que adquieren bienes para su reintroducción en el mercado.

No obstante, vale precisar que no prosperó la iniciativa aprobada en Cámara de Diputados, de incluir como consumidores a las micro, pequeñas y medianas empresas. Debiera quedar claro que no es lógico pensar que un mismo sujeto pueda ser a la vez consumidor y proveedor. Una empresa puede ser consumidora, pero solo cuando adquiere bienes o servicios sin intención de integrarlos en sus procesos económicos.

Como mencionáramos, técnicamente consumidor es quien extingue, destruye, degrada; por eso es siempre destinatario final de los bienes, no puede ser de otro modo. Si se quiere proteger a las empresas más débiles, la LDC no es la herramienta adecuada. Hacemos esta mención porque se relaciona con el punto siguiente referido al *by stander*.

3. El consumidor que no consume

El nuevo texto de la LDC establece que “*se considera asimismo consumidor o usuario a quien, sin ser parte de una relación de consumo, como consecuencia o en ocasión de ella adquiere o utiliza bienes o servicios como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social, y a quien de cualquier manera está expuesto a una relación de consumo*”.

La ambigüedad de ese texto es proverbial, aquí podríamos hacer referencia al extraño caso del *consumidor que no consume*, o de cómo las buenas intenciones no suplen una deficiente técnica legislativa.

Vemos que se alude a un consumidor que no es parte de una relación de consumo, pero es destinatario final de los bienes. En principio, pareciera que se refiere a la familia o grupo social del consumidor, porque la primera parte del artículo (y el viejo art. 1 de la LDC) establece que es consumidor quien contrata para su beneficio propio, *de su grupo familiar o social*, pero nada dice acerca de los integrantes de esa familia o grupo social. No obstante, ellos son parte de la relación de consumo.

En el segundo párrafo, se intenta receptar la evolución y ampliación que, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, ha tenido el concepto de “relación de consumo” aparecido por primera vez en el artículo 42 de la Constitución Nacional, reformada en el año 1994. Queda clara la intención de la reforma, pero la redacción empleada no es clara.

Entendemos que este objetivo podría haberse logrado únicamente haciendo referencia a los sujetos “expuestos” a la relación de consumo. Es el caso del *by stander*, previsto en el artículo 2° del Código de Defensa del Consumidor de Brasil, que brinda la protección del sistema a aquellos sujetos que –en sentido estricto– no encajarían conceptualmente como destinatarios de la tutela legal, pero esa legislación no los considera consumidores sino que los hace acreedores de la misma protección que al consumidor.

⁶ Caso Rodríguez contra Supermercado Ekonos – Cámara Nacional Civil – Abril 2008.

En igual sentido, en el ámbito del MERCOSUR la Resolución 123/96 del GMC ha definido consumidor en los siguientes términos: “es toda persona física o jurídica que adquiere o utiliza productos o servicios como destinatario final en una relación de consumo o en función de ella. *Equipárense a consumidores a las personas, determinables o no, expuestas a las relaciones de consumo*”⁷.

No se considera consumidor o usuario a aquel que, sin constituirse en destinatario final, adquiere, almacena, utiliza o consume productos o servicios con el fin de ser integrados en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros”.

Cuando habla de un sujeto que no es consumidor pero se halla “expuesto” a una relación de consumo, uno puede imaginarse un transeúnte a quien le salta un vidrio de una botella que estalla en la mesa de un bar ubicada en la vía pública. En el caso del sujeto “equiparado” la cosa es más difícil porque no es técnicamente consumidor directo, no es parte de la relación de consumo (como lo sería un acompañante en el caso de un contrato de peaje), pero es destinatario final de bienes y servicios (sería un no contratante, no perteneciente al grupo social o familiar del consumidor, pero destinatario final)⁸.

Entendemos que hubiera sido mucho más claro enunciar este precepto de la siguiente manera “*Podrán invocar la protección de esta ley quienes, como consecuencia o en función de una relación de consumo, o por estar expuestos a ella, sufran una afectación en sus derechos*”.

Hasta aquí la cuestión se concentra en la mala técnica legislativa que viene a aportar confusión. Pero queremos ir un poco más allá de una cuestión formal para analizar cuáles son las razones que fundamentan la protección especial del sujeto “expuesto” o *by stander*.

4. La debilidad del consumidor

Habitualmente se ha sostenido que el consumidor es un sujeto débil, no entendido esto al modo tradicional del Derecho; es decir, como una suerte de incapaz o minusválido a quien deba ponerse un curador a su lado para suplir o perfeccionar su voluntad, sino como débil estructural en el mercado, un sujeto plenamente capaz pero particularmente vulnerable desde el punto de vista negocial. Como tal merece un trato preferencial; que el Derecho le brinde una *coraza normativa* a efecto de *blindarlo* frente a los posibles abusos de su contraparte más fuerte. El Derecho del Consumidor pretende elevar al consumidor, purgar su situación de inferioridad, para reestablecer el equilibrio en la relación con los empresarios.

Se sostiene que el consumidor es un débil jurídico pero, verdaderamente ¿En qué radica su debilidad? Se afirma usualmente que la debilidad del consumidor es estructural⁹ y ello es una consecuencia de su poca cohesión como grupo social¹⁰ –atomización–,

⁷ La negrita es propia.

⁸ STIGLITZ y PIZARRO entienden que puede tratarse del beneficiario de un seguro de vida. Cf. STIGLITZ, Rubén y PIZARRO, Ramón. “Reformas a la ley de defensa del consumidor”, La Ley del 16/03/2009.

⁹ REICH, Norbert. *Mercado y Derecho*. Ariel. Barcelona, 1985. Págs. 158-164.

¹⁰ OLSON, Mancur. “La lógica de la acción colectiva”, en SAIEGH, Sebastián y TOMMASI, Mariano (Compiladores); *La nueva economía política: Racionalidad e instituciones*. Eudeba. Bs. As, 2000. Págs 37-62.

dada, en primer lugar, por su alta heterogeneidad y gran dispersión, que elevan considerablemente cualquier costo de transacción en miras de trazar objetivos y planes de acciones comunes; también están presentes las asimetrías de información, que se verifican con relación a los empresarios-proveedores, así como los diferentes poderes de negociación y la existencia de ciertas *fallas* del mercado, que lo tienen como sus víctimas predilectas (por ejemplo, los monopolios)¹¹.

Analicemos con detenimiento esas circunstancias. Podemos apreciar que los desequilibrios entre consumidor y empresario se basan en razones diversas, como ser disparidad en la aptitud negocial, poder de mercado, capacidad económica, acceso o manejo de información, etc.

Mucho podríamos decir al respecto, y mucho podría ser objetado también; pero no pretendemos centrar el análisis en una suerte de juego dialéctico que ponga en contraposición a ricos contra pobres, o poderosos contra desposeídos. Este no es el ámbito para desarrollar nuestra posición al respecto, solo valga mencionar que consideramos un error conceptual plantear la situación en estos términos, siendo que existen razones de mucha mayor entidad para ser tenidas en cuenta. Nos referimos a la disparidad existente entre consumidores y proveedores, fundada en razones de acceso y manejo de información.

Es indudable que existe mayor *poder de mercado* en manos de proveedores que de consumidores, lo cual se traduce en mayor capacidad negocial, y también es cierto que esa disparidad puede devenir en abusos de la posición dominante. Pero esa constituye una mirada sesgada de la realidad, porque en la medida que exista libre competencia y el consumidor pueda elegir, entonces no tiene porque hacer frente a un dilema de hierro como: “consumir bajo las condiciones leoninas fijadas por la empresa o no consumir”.

Si nos hallamos frente a un mercado razonablemente competitivo, esa asimetría negocial va a existir, pero no va a ser determinante. El Derecho no debe preocuparse del *purismo* de lograr relaciones paritarias en todas las situaciones, sino de las consecuencias o efectos negativos que puedan generarse en relaciones no igualitarias.

Más allá de ciertas *patologías* del libre mercado, como ser los monopolios –que generan distorsiones reales pero que no constituyen la regla–, estamos convencidos que ese mayor poder es una consecuencia del dispar acceso y manejo de información por parte de los sujetos de la relación de consumo. La información asimétrica (imperfecta) da lugar a relaciones asimétricas (imperfectas).

Entonces, sí el desigual poder de mercado es, en alguna medida, parasitario del acceso a la información, incautamente podría pensarse que esta carencia se suple brindando información suficiente y adecuada al consumidor. De esa manera, todo el Derecho del Consumidor no debería ser más que una herramienta al servicio de la provisión de información veraz y completa al consumidor. Pero esto no es más que una ilusión.

Sostenemos esto porque existen tres grandes problemas, o familias de problemas, que impiden lograr la *paridad informativa* entre consumidor y proveedor. Supongamos que sea posible brindar toda la información relevante al consumidor sobre el bien adquirido;

¹¹ De manera más analítica FRESNEDA SAIEG y FRUSTAGLI explican que la “debilidad que afecta al consumidor puede ser ‘inherente’ -si se vincula con la ignorancia o falta de conocimientos sobre circunstancias relativas al objeto del contrato o al régimen jurídico que rige determinado negocio- o ‘relativa’ -cuando resulta de la superioridad económica de los empresarios, de la propia situación de necesidad del consumidor, o de la conjugación de ambos factores”. FRESNEDA SAIEG, Mónica y FRUSTAGLI, Sandra. “La expansión de la eficacia del contrato en la ley de defensa del consumidor”, en JA 1997-III-672.

en ese sentido, veremos que cuanto más complejo sea el producto, más extensa será la información que deba proveerse.

Podríamos llegar a imaginar que cada bien sea acompañado por un *libro* explicativo, y ello igualmente no solucionaría el problema de fondo; primero, porque no todos los consumidores estarían en condiciones *intelectuales* de entenderlo –por ejemplo; ancianos, menores, incapaces, etc., quienes no obstante son consumidores– y segundo porque, en general, de todos aquellos que se encuentren en condiciones *teóricas* de entenderlo muchos no se encontrarían en condiciones *reales* de *asimilarlo*. Entonces, ya sea por razones de capacidad intelectual, o posibilidad fundada en limitaciones de tiempo o lo que fuere, jamás el consumidor, en su condición de profano, podría ser equiparado al proveedor, que es un profesional.

5. Debilidad y Mercado

En líneas generales, el mercado será eficiente cuando –entre otras cuestiones– todos los agentes intervinientes puedan disponer del mismo nivel de información sobre los aspectos relevantes de los bienes; es decir, su precio, calidad, condiciones de uso, etc. En ese sentido se manifiesta Joseph Stiglitz, cuando expresa que “para que las economías de mercado funcionen eficientemente, las empresas y los individuos deben estar informados y poseer incentivos para actuar en base a la información de que dispongan”¹².

Pero, en la realidad, esa hipótesis de información igualitaria constituye la excepción antes que la regla. No solo los actores involucrados rara vez disponen de la misma información, sino que cuando la tienen, no siempre la pueden aprovechar de forma adecuada.

6. Conclusiones

Como podemos apreciar, estas asimetrías son estructurales en el consumidor, pero cuando posamos la mirada en el *by stander* vemos que no existe modo de caracterizar lo más allá del hecho de que se encontraba *expuesto a una relación de consumo* ajena y fue afectado negativamente por ella. Salta a las claras que la justificación de esta protección se halla en cuestiones de tipo emotivas, que no corresponde tomar en consideración.

Por otra parte, en caso de sufrir un daño, este “tercero” no quedaría sin reparación. Simplemente, le resultarían aplicables las normas de responsabilidad previstas en el Código Civil.

Consideramos que extender el concepto de consumidor hasta límites improcedentes resulta una medida contraproducente a la aceptación de esta normativa especial; que, a través de ello, se *bastardea* el motivo de la protección, aplicándolo a supuestos que no poseen la intrínseca justificación para la justificación de la aplicación de la legislación de excepción que, por ese mismo carácter, debe ser valorada con carácter restrictivo.

¹² STIGLITZ, Joseph. *Microeconomía*. Ariel. Barcelona, 1999. Pág. 45.