

PONENCIA para ser presentada en el XVIII CONGRESO ARGENTINO DE DERECHO DEL CONSUMIDOR. Bahía Blanca, 18 y 19 de mayo de 2018.

COMISIÓN N° 3: “Perspectiva Constitucional de la información y publicidad dirigida a consumidores. Mecanismos de tutela”.

TÍTULO DE LA PONENCIA: “*LA OBLIGACIÓN DE INFORMACIÓN, LOS MECANISMOS DE TUTELA Y EL PROBLEMA DE SU EFICACIA*”.

AUTOR: Andrés F. VARIZAT.

Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba (UNC).

RESUMEN: La ponencia plantea la necesidad de realizar una revisión de conceptos tradicionalmente aceptados, teniendo en cuenta la falta de eficacia que hoy presenta el derecho del consumidor en general.

1. EL MODELO DEL CONSUMIDOR “INFORMADO”.

Desde la sanción de la originaria ley 24.240 se ha tomado como válido un modelo de consumidor racional y reflexivo que sobre la base del acceso a la información puede mejorar su situación frente a la denominada “asimetría informativa”, y consecuentemente mejorar su debilidad frente a las empresas en el mercado de consumo. Esta idea, parte de la base de un consumidor *consciente y dotado de racionalidad*, atributos que le permiten administrar, valorar y seleccionar correctamente las informaciones que se le comunican para de este modo adquirir bienes o servicios del modo más conveniente a sus intereses.

En estos términos se ha aceptado sin mayores discusiones, un modelo de consumidor “informado” como sinónimo de consumidor correctamente “protegido”. Sobre la base de este standard de consumidor se han derivado distintas consecuencias.

La primera, es que como consecuencia de dicha racionalidad, los consumidores deben ser considerados responsables de sus propias acciones y en consecuencia la “*potencial responsabilidad de las empresas queda enormemente reducida*”, un concepto similar al sostenido por el análisis económico del derecho.

Una segunda consecuencia es el amplio desarrollo del derecho a la información y la correlativa obligación de brindarla por parte del proveedor. El derecho a la información ha sido incluido como uno de los derechos básicos de los consumidores y usuarios en el art. 42 de la Constitución Nacional. Asimismo se halla receptado distintos sectores de la Ley de Defensa del Consumidor y del Usuario 24.240 y sus sucesivas reformas, en el art. 4 (figura general), en los artículos 10, 14 y 36 (casos específicos de aplicación) y en el art. 37, 3er párrafo (efectos de su incumplimiento). El Código Civil y Comercial de la Nación también lo recepta (arts 1100, 1103), sin dejar de mencionar otras leyes especiales como es el caso de la ley 26.529 (derecho de los pacientes) la cual regula la información sanitaria que debe ser brindada por clínicas, mutuales o empresas de medicina prepaga. Un aspecto relacionado es la protección contra la publicidad engañosa: que tuvo su originaria recepción en la ley 22.802 de lealtad comercial, hoy también receptada en el Código Civil y Comercial de la Nación (arts 1101, 1102). Son numerosos los artículos y obras doctrinarias que otorgan a la obligación y deberes de información un papel relevante, incluso desarrollando cuestiones muy detalladas.

2. DEL MODELO DEL *CONSUMIDOR INFORMADO* AL CONSUMIDOR “REAL”. EL PROBLEMA DE LA *TOMA DE DECISIONES* DEL CONSUMIDOR.

Pero recientes investigaciones realizadas en base a estudios empíricos y los modernos avances de las ciencias del comportamiento han cuestionado el modelo del consumidor “informado” y enteramente “racional”.

En estos términos la nueva visión del comportamiento económico *real* de los consumidores en el mercado poco tiene que ver con el modelo del consumidor antes referido. El típico consumidor medio, no lee la información, las comunicaciones ni la publicidad de forma atenta y completa, sino que más bien lo hace de forma apresurada

dirigiendo la atención hacia la información que el mismo está buscando, o limitándose a las meras percepciones que otorgan las formas, colores o fotos de los productos. Así se pone de manifiesto que en la realidad de los hechos, los consumidores se comportan de un modo “irracional” sobre la base de motivos o impulsos diversos que poco tienen que ver con la información que les ha sido suministrada.

Este nuevo punto de vista, surge principalmente de una serie de estudios destinados a obtener una comprensión más exhaustiva y más precisa acerca del comportamiento de los consumidores.

a. El informe “Consumer empowerment”: Orientado al fortalecimiento o capacitación de los consumidores europeos en general, realizado por pedido de la Comisión Europea de Estadística (Eurostat) y publicado en el año 2011¹.

b. El informe “Consumer Decisión-Making in Retail Investment Services”: Realizado en el mismo marco europeo pero circunscrito al ámbito de las inversiones financieras minoristas. Fue publicado en el año 2010 y puso de manifiesto que mas allá de la información, los consumidores frecuentemente se equivocan al realizar decisiones respecto a inversiones financieras ².

c. La doctrina también ha puesto de manifiesto este aspecto, señalando que aún hallándose debidamente informadas, las personas toman numerosas decisiones de consumo apartándose de lo que se conoce como "racionalidad"³. En el derecho Europeo, recientes trabajos cuestionan abiertamente el denominado modelo del “consumidor informado” como alejado de la realidad proponiendo replantear las instituciones y objetivos del derecho del consumidor tomando como base un consumidor “real” ⁴.

¹ Se puede consultar versión en PDF en la web de la Comisión Europea www.ec.europa.eu/consumers

² Se puede consultar versión en PDF en la web de la Comisión Europea www.ec.europa.eu/consumers

³ CHAMATROPULOS, Demetrio A., ¿Qué hacer ante las decisiones "no racionales" de los consumidores?, LL 19/10/2017, Cita Online: AR/DOC/2783/2017. Quien expone que este fenómeno comenzó a ser advertido en las décadas de los 60 y los 70 del siglo pasado. En aquel momento, autores provenientes de la psicología cognitiva como Daniel Kahneman y Amos Tversky comenzaron a influir en la economía a través de la producción de evidencia científica (mediante distintos estudios de campo y trabajos sobre encuestas) que apuntaba directamente a cuestionar esa "racionalidad" en la toma de decisiones de los consumidores.

⁴ HUALDE DE MANSO, Teresa “Del consumidor informado al Consumidor Real”, Dykinson, Madrid 2016, p. 127.

Lo expuesto, conduce claramente a cuestionar los desarrollos teóricos de la obligación de información realizados en ámbitos universitarios, que no han tenido en cuenta lo que realmente ocurre en la realidad.

3. LOS MECANISMOS DE TUTELA.

El derecho del consumidor y del usuario cuenta con dos grandes estructuras de implementación.

a) En primer término la denominada *vía judicial* que tramita en los Tribunales del Poder Judicial regulada en los artículos 52 a 54 bis de la LDC 24.240 y por los Códigos Procesales Civiles y Comerciales a nivel nacional y provincial. Los problemas que tradicionalmente ha presentado esta vía son sus costos y los tiempos. El proceso judicial supone una tramitación que insume costos (aún considerando el beneficio de justicia gratuita del art. 53 in fine de la LDC 24.240), y largos tiempos lo cual conspira contra la necesidad de celeridad que exige el dinamismo de las relaciones de consumo, aun aplicando las normas del “*proceso de conocimiento más abreviado*” a las que hace alusión el citado art. 53 de la LDC 24.240. En el ámbito del derecho constitucional las garantías constitucionales tradicionales de tutela para los derechos de los consumidores y usuarios han sido el *amparo*, el *habeas data* y la *acción de clase* ⁵.

b) En segundo término, se halla la implementación *no judicial* también denominada como “*vía administrativa*”, que tramita por ante las autoridades de aplicación que dependen de los poderes ejecutivos de las Provincias o en su caso de los Municipios. Se halla regulada en los artículos 45 a 51 de la LDC 24.240 (*relativos a actuaciones administrativas, incumplimientos de acuerdos conciliatorios, sanciones y su graduación, etc*), a nivel nacional en la Ley 26.993 (2014) denominada “*Sistema de resolución de conflictos en las relaciones de consumo*” y en las leyes Provinciales u ordenanzas municipales que regulan dicho procedimiento. El acceso a esta vía es totalmente gratuito. Y en comparación con la vía judicial, la autoridad de aplicación administrativa resulta más ágil y de mayor celeridad, pero existen determinados

⁵ AMAYA, Jorge A., “Mecanismos Constitucionales de Protección al Consumidor”, La Ley, Bs As 2004; SAGÜES, Nestor Pedro (Director). “Garantías y Procesos Constitucionales”, Ediciones jurídicas Cuyo, Mendoza 2003.

reclamos (ej. daños y perjuicios sufridos por consumidores) para los cuales siempre resultará más adecuada la vía judicial.

4. LOS MECANISMOS DE TUTELA Y EL PROBLEMA DE SU FALTA DE EFICACIA.

Ahora bien. El problema actual de los mecanismos de tutela es su *falta de eficacia*, la cual puede analizarse desde distintos ángulos de análisis.

4.1. DESDE EL PUNTO DE VISTA DEL CONSUMIDOR “INFORMADO” COMO SINÓNIMO DE CONSUMIDOR CORRECTAMENTE “PROTEGIDO”:

Los desarrollos anteriores conducen a cuestionar que el modelo del consumidor “informado” resulte eficaz. Se plantea en estos términos una difícil compatibilización entre el enfoque de consumidor “informado” como sinónimo de consumidor correctamente “protegido” y la exigencia de “eficacia” que exige el art. 42 de la Constitución Nacional.

4.2. DESDE EL PUNTO DE VISTA DEL ACCESO A LOS MECANISMOS DE

TUTELA: Tradicionalmente se ha entendido que el consumidor medio, es un sujeto que frente a la vulneración de sus derechos utiliza los mecanismos de tutela para hacerlos valer. Pero esta percepción también es desmentida por la realidad.

Una proyección estadística realizada en la Ciudad de Córdoba en el año 2015, puso de manifiesto que una vez verificado un problema por parte de un consumidor frente a un proveedor, muy pocos eran los consumidores que recurrían a las estructuras de la autoridad de aplicación administrativa para hacer valer sus derechos, a pesar de que el procedimiento era totalmente *gratuito* y el horario de atención al público era amplio extendiéndose durante 12 horas al día (de 8.00 a 20.00 hs) ⁶.

⁶ Datos de la Dirección General de Defensa del Consumidor y Lealtad Comercial de la Provincia de Córdoba correspondientes la ciudad de Córdoba capital durante el año 2015. Según los datos del Censo Nacional de Viviendas, Hogares y Población del año 2010, realizado por el Instituto Nacional de Estadísticas y Censos, la ciudad de Córdoba capital presentaba en aquel momento una población total de 1.329.604 habitantes.

Los resultados, considerando un total de 100% de consumidores perjudicados por alguna clase de infracción a sus derechos por parte de las empresas proveedoras fueron los siguientes:

- a. Entre un 20 al 30% de los consumidores perjudicados, tenía la iniciativa de realizar algún tipo de consulta o solicitar asesoramiento a la autoridad de aplicación administrativa a través de alguno de los medios disponibles (por vía presencial, 0800 gratuito, e-mail, Facebook o similares).
- b. Entre un 10 a un 15 % formulaba un posterior reclamo o denuncia, aún luego de haberse asesorado sobre como y donde presentar dicho reclamo, aún cuando el mismo es de trámite sencillo.
- c. Un porcentaje mucho menor (estimado entre un 1 al 3 %), limitado a los casos de mayor cuantía económica, es el que concurría al Poder Judicial (Servicio de Justicia) para realizar un reclamo judicial.

5. POSIBLES SOLUCIONES

a. Evolución desde un sistema articulado en torno a la obligación de información del proveedor, hacia otro que tome en consideración la prevención y sanción de las “prácticas comerciales abusivas”: Lo expuesto con anterioridad pone de manifiesto que la imposición a las empresas de una mera obligación de información, no cumple por si sola con la función de proteger al consumidor en general y que no logra remediar situaciones de vulnerabilidad. No pretendemos negar la importancia que el cumplimiento de dicha obligación pueda tener en el derecho privado en general, pero en la realidad actual, su importancia como principal figura sustancial tendiente a la protección del consumidor se halla en gran parte cuestionada. De ello se deriva que el modelo del consumidor “informado”, no es el más adecuado para estructurar una legislación que cumpla con el mandato constitucional de “eficacia” que exige el art. 42 de la Constitución Nacional.

Consideramos que la solución se halla en poner una mayor atención en las denominadas prácticas comerciales “abusivas”, que hoy constituyen la principal fuente de la conflictividad de consumo. Como ilustrativamente expone ALPA en el derecho

italiano, las prácticas comerciales abusivas constituyen un verdadero aspecto “patológico” de las relaciones comerciales ⁷.

Entendiendo a las *prácticas comerciales abusivas* como “*hechos y actos en sentido amplio que suponen una infracción a las normas vigentes y a la diligencia profesional del proveedor, y que producen el efecto de distorsionar el comportamiento de los consumidores*”; resulta necesario articular un nuevo sistema, que si bien debe continuar exigiendo el cumplimiento de la carga informativa, se oriente principalmente a prevenir y sancionar adecuadamente dichas prácticas.

b. Tratamiento de la conflictividad de consumo: Evolución desde el sistema “dispositivo” hacia un nuevo sistema “inquisitivo” orientado a combatir las prácticas comerciales abusivas:

El bajo índice de consumidores que concurren a hacer valer sus derechos a las estructuras de implementación y tutela pone de manifiesto que en el tradicional *principio dispositivo* del derecho procesal civil, resulta inadecuado en el ámbito del derecho del consumidor. La idea de que los propios consumidores son los que deben tomar la iniciativa de recurrir a los mecanismos de tutela resulta contrapuesta a lo que acontece en la práctica. Y peor aún, no supone *desinsentivo* alguno para aquellos proveedores que incurren en prácticas comerciales abusivas ⁸.

Es necesario evolucionar hacia un sistema en el cual tanto las autoridades administrativas de aplicación como el Poder Judicial, actúen por propia iniciativa (ex officio), o a través de procedimientos similares a los regidos por el principio “inquisitivo” que inspira el procedimiento penal. El fundamento es en este caso el orden público de las normas de derecho del consumidor, y la necesidad de prevenir y sancionar las prácticas comerciales abusivas que como ya hemos señalado, hoy constituyen la principal causa de la conflictividad de consumo.

⁷ ALPA, GUIDO; CATRICALÁ, ANTONIO, “Diritto dei Consumatori”, Il Mulino, Bologna, 2016, p. 195.

⁸ Las grandes empresas que incurren en prácticas comerciales abusivas cuentan con estadísticas o índices que indican que de un universo total de consumidores perjudicados que sufren las consecuencias de tales prácticas; solo un pequeño porcentaje es el que decide concurrir a realizar la denuncia o reclamo ante las autoridades de aplicación administrativas y un porcentaje mucho menor aún es el que decide realizar un reclamo por vía judicial.

