

**Ponencia a la XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil –
San Miguel de Tucumán**

Comisión 8. “La categoría jurídica del consumidor”

**EL CONSUMIDOR COMO SUJETO DE DERECHO. ANÁLISIS
DE LA CONVENIENCIA DE SU POSIBLE INCORPORACIÓN
AL CÓDIGO UNIFICADO**

Autores:

ESTEBAN JAVIER ARIAS CÁU.- Profesor de Derecho Comercial, Universidad Católica de Salta, Delegación Jujuy, Presidente del “Instituto de Derecho Civil” del Colegio de abogados de Jujuy, Secretario de la Sede Jujuy, del “Instituto Región Noroeste”, perteneciente a la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba - E-mail: ariascau@yahoo.com.ar

MARÍA LAURA ESTIGARRIBIA BIEBER.- Profesora Titular de “Instituciones de Derecho Privado I y II”, Directora del Departamento de Derecho y Directora de la Revista *Actualidad y Prospectiva*, de la Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad Nacional del Nordeste; Miembro correspondiente y Directora del Instituto Nordeste de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Investigadora categoría I - E-mail: mlestigarribia@yahoo.es

Resumen: “La noción de consumidor, su alcance, su delimitación y, en definitiva, su ámbito de aplicación es un tópico que viene siendo tratado desde la sanción de la Ley 24.240, por la doctrina especializada, ya sea aplicándose un criterio amplio, o bien restrictivo. En esta oportunidad, siendo que la convocatoria de la Comisión invita a reflexionar acerca de la categoría del consumidor, creemos que corresponde indagar —nuevamente— sobre su determinación, pero desde una perspectiva subjetiva y en orden a una eventual incorporación al Código unificado, cuyo proyecto se encuentra en elaboración, según las directrices del decreto 191/11”.

PONENCIA

Proponemos que las XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil declaren:

De lege lata

1) Propiciar la interpretación restringida del concepto de consumidor como persona jurídica, limitando su aplicación sólo a aquellas que carezcan de fines de lucro, como las asociaciones y fundaciones.

2) Corresponde excluir como consumidores, a todas las personas jurídicas con fines de lucro.

De lege ferenda

1) Incluir en el Código Civil unificado —cuya elaboración se dispusiera por Decreto 191/11— una noción de consumidor, restringiéndolo a la persona física o jurídica sin fines de lucro, como sujeto de derecho.

2) Propiciar la sanción de una “Ley de condiciones generales de Contratación”, o bien incluir normas específicas en el Código unificado, tendientes a la protección de todos los sujetos que contraten bajo dicha modalidad, sean personas físicas o jurídicas, consumidores o proveedores.

EL CONSUMIDOR COMO SUJETO DE DERECHO. ANÁLISIS DE LA CONVENIENCIA DE SU POSIBLE INCORPORACIÓN AL CÓDIGO UNIFICADO

ESTEBAN JAVIER ARIAS CÁU (*) y MARÍA LAURA ESTIGARRIBIA BIEBER (**)

Sumario: I.- Introducción. II.- La noción de consumidor y los Códigos de fondo. III.- La noción de proveedor. IV.- Conclusiones.

I.- INTRODUCCIÓN

La noción de consumidor, su alcance, su delimitación y, en definitiva, su ámbito de aplicación es un tópico que viene siendo tratado desde la sanción de la Ley 24.240, por la doctrina especializada, ya sea aplicándose un criterio amplio, o bien restrictivo.

En esta oportunidad, siendo que la convocatoria de la Comisión invita a reflexionar acerca de la categoría del consumidor, creemos que corresponde indagar —nuevamente— sobre su determinación, pero desde una perspectiva subjetiva y en orden a una eventual incorporación al Código unificado, cuyo proyecto se encuentra en elaboración, según las directrices del decreto 191/11.

II.- LA NOCIÓN DE CONSUMIDOR Y LOS CÓDIGOS DE FONDO

Obviamente, el Código Civil de Vélez Sarsfield ni su contemporáneo Código de Comercio, ni la reforma introducida por Ley 17.711, así como los posteriores proyectos de modificación del primero abordaron la inclusión del concepto de consumidor, teniendo presente que éste surge con implicancias jurídicas a partir de la década de 1960.

El Proyecto de unificación de 1987 tampoco lo hizo en virtud que en nuestro país esta rama jurídica no había adquirido mucho desarrollo a ese momento ni existía legislación específica relativa a la materia. Por su parte, el Proyecto de Código Civil de 1998, eligió no tratar el tópico —reservándolo a la legislación especial—, sin desconocer experiencias foráneas¹ que sí lo habían hecho, manteniéndolo como un *microsistema* fuera del *macrosistema*, a pesar del disenso de calificada doctrina².

(*) Profesor de Derecho Comercial, Universidad Católica de Salta, Delegación Jujuy, Presidente del “Instituto de Derecho Civil” del Colegio de abogados de Jujuy, Secretario de la Sede Jujuy, del “Instituto Región Noroeste”, correspondiente de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba - E-mail: ariascau@yahoo.com.ar

(**) Profesora Titular de “Instituciones de Derecho Privado I y II”, Directora del Departamento de Derecho y Directora de la Revista *Actualidad y Prospectiva*, de la Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad Nacional del Nordeste; Miembro correspondiente y Directora del Instituto Nordeste de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Investigadora categoría I - E-mail: mlestigarribia@yahoo.es

¹ Arts. 1384, 1425 a 1427, del Código Civil de Quebec. Fundamentos del Proyecto de Código Civil de 1998, N° 159.

² En contra: MOSSET ITURRASPE, Jorge, “Del micro al macro sistema y viceversa. El diálogo de las fuentes”, en RDPyC, *Consumidores*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2009, 1, pág. 16 y sig., afirmando enfáticamente que: “Nos preocupa la indiferencia de los proyectos de reforma respecto de las normas incorporadas al microsistema del consumidor”. Luego en la nota 32 agrega: “De ninguna manera admitimos o justificamos una *reforma que margine el Derecho del Consumidor*, como ocurriera con el

Consideramos que en un contexto de unificación habría que tomar una previa decisión de política legislativa: Incluir o no al consumidor dentro del Código unificado, y en caso afirmativo, con qué alcances. El BGB en su §13, lo incorpora dentro de la Parte General, como sujeto de derechos³ y el Código Civil italiano define en su art. 1469 *bis* a la cláusula *vessatorie* —abusiva— en el contrato entre el profesional y el consumidor.

Teniendo presente que, dejando a salvo los contratos entre empresarios y los escasos celebrados entre dos sujetos que no actúan como profesionales, el principal protagonista del Derecho privado patrimonial es el consumidor, consideramos conveniente su inclusión como sujeto de derecho en el futuro Código unificado —cuyo proyecto fuera dispuesto por Decreto 191/11—, como sujeto de derecho. Ahora bien, cabe preguntarse, entonces, que alcance otorgar al *concepto de consumidor* a ser incorporado a dicho Código, para lo cual resulta preciso definir cuál es la *naturaleza* del derecho del consumidor.

II.1 *Naturaleza del Derecho del consumidor.*

Como adelantáramos, se predica por la mayoría de la doctrina especializada que estamos en presencia de un *microsistema* o, al menos, de un subsistema de protección. Veamos su evolución, desde el punto de vista legislativo:

A partir del dictado de la Ley de Defensa del Consumidor (LDC), 24.240, en el año 1993, podría calificarse su naturaleza como *subsistema de protección*, que se integraba con los Códigos de fondo, aunque cierta doctrina creyó observar características de *microsistema*. En cambio, a partir de la ley 26.361, se fortalece la opinión mayoritaria acerca que se trata de un *microsistema* en virtud de la preeminencia otorgada por el actual texto del artículo 3. Según Lorenzetti, el Derecho de los consumidores “es un microsistema legal de protección que gira dentro del sistema de Derecho Privado, con base en el Derecho Constitucional. Por lo tanto, las soluciones deben buscarse en primer lugar, dentro del propio sistema, y no por recurrencia a la analogía, ya que lo propio de un microsistema es su carácter autónomo y aún derogatorio de normas generales⁴”.

Sin embargo, si bien existen fuertes argumentos a favor de la tesis del *microsistema*, como la propia preeminencia, también es cierto que en otras normas se habilita la integración con “otras leyes generales y especiales”, como los arts. 3 y 50 de la LDC, que permiten sostener la aplicación de un plazo general superior⁵ a los tres años en materia de prescripción liberatoria.

Proyecto de Reforma y Unificación de 1998; la incorporación al Código Único de Derecho Privado de los temas básicos o fundamentales del *microsistema* produciría su *aggiornamento*, con un enorme beneficio para el Derecho, su credibilidad y eficacia. Nos referimos a temas tales como: la información, la publicidad, los riesgos o peligros, los vicios o defectos, las garantías, el combate contra la usura o los aprovechamientos, y tantos otros”.

³ MOSSET ITURRASPE, Jorge, “Del micro al macro sistema y viceversa...”, cit., pág. 21 nota 40, se manifiesta a favor, no de un traslado masivo al Código, sino de “multiplicar las coincidencias, manteniendo el macrosistema, a la vez que trasladando al Código lo básico o fundamental, y también, superando las divergencias”.

⁴ LORENZETTI, Ricardo L., *Consumidores*, 2ª edición, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2009, pág. 50.

⁵ Conclusiones XXII Jornadas Nacionales de Derecho civil, Córdoba, 2009, “Comisión Derecho interdisciplinario”. Despacho mayoritario: “De acuerdo al régimen vigente, el plazo de prescripción de tres

Más allá de las señaladas fisuras en la autocomposición del *microsistema*, creemos que puede hablarse seriamente de la existencia de una *especialidad*, toda vez que no es posible interpretar al Derecho desde una visión sesgada o parcializada, ya que existe una interrelación entre todas sus ramas, predicándose su unidad. A pesar de ello, sostenemos, también, que el Derecho de defensa de los consumidores ha llegado a su madurez y puede considerarse una rama especial del Derecho. Esta afirmación responde a que recordamos que la doctrina está conteste en afirmar que la *especialidad* asiste a “cierta rama del derecho cuando ésta puede considerarse un conjunto orgánico de normas, instituciones y principios que regulan determinada materia conforme a determinados principios de carácter general⁶” y creemos que el Derecho del Consumidor, en la actualidad de nuestro país, reúne todos estos caracteres.

Se trata de un Derecho de carácter tuitivo. No debe perderse de vista que su finalidad es la de actuar como “corrector de la desigualdad estructural que éstos —los consumidores— padecen en el mercado, debe evitarse que en el caso concreto se sobrepase tal finalidad⁷”.

Más allá del hecho que constituya un *microsistema* o una rama especial del Derecho, debe destacarse la necesidad de poner en práctica el *diálogo de fuentes* que permitirá una adecuada integración de estas normas tanto con las establecidas por la Constitución Nacional cuanto con los Códigos de Fondo y las legislaciones especiales.

II.2 ¿La persona jurídica como consumidor? Derecho comparado.

En la regulación de nuestro país, el consumidor nació dentro de una legislación especial, limitada, en el año 1993. Luego, con la modificación producida a la Constitución Nacional en 1994, se incorporó a los nuevos derechos de tercera generación, la noción de consumidor y un elenco de derechos fundamentales que le asisten, con la máxima jerarquía de protección. Ahora, que se perfila la unificación debería ser —a nuestro juicio— el consumidor el *centro* del Código de Derecho Privado, en su faz patrimonial, siguiendo por ejemplo el modelo alemán y respondiendo a la realidad existente.

La inclusión de un criterio amplio, de carácter finalista, podría consistir en tener en cuenta la *falta de profesionalidad*, criterio cuya aplicación determinaría las características siguientes⁸: a) Prescinde de la comprobación del consumo final; b) Toma en cuenta un elemento negativo; c) Se vincula con la actividad del consumidor; d) Se invierte la carga probatoria respecto de la inaplicabilidad de la norma especial.

años es aplicable a las acciones y sanciones derivadas de la relaciones de consumo, a excepción que resulte un plazo más favorable para el consumidor derivado de normas generales o especiales”. En contra, ver nuestra ponencia a las XXII Jornadas Nacionales de Derecho Civil y V Congreso Nacional de Derecho Civil, Córdoba, 2009: ARIAS CÁU, Esteban Javier, “La prescripción liberatoria y el derecho del consumo”, Comisión de Derecho Interdisciplinario, Córdoba, 2009, tomo 5, págs. 211-219.

⁶ FERNÁNDEZ, Raymundo L., GÓMEZ LEO, Osvaldo R. y AICEGA, María V., *Tratado Teórico-Práctico de Derecho Comercial*, 2ª edición, Lexisnexis, Buenos Aires, 2006, tomo I-A, pág. 297.

⁷ FARINA, Juan M., *Defensa del consumidor y del usuario. Comentario exegético de la ley 24.240 con las reformas de la ley 26.361*, 4ª edición actualizada y ampliada, Astrea, Buenos Aires, 2008, pág. 23.

⁸ LORENZETTI, Ricardo L., *Consumidores*, cit., pág. 97.

Como bien lo explica Lorenzetti, hay una tendencia denominada *maximalista* que pretende incluir dentro del Derecho del consumidor a los casos de pequeñas empresas que tienen una misma situación fáctica de vulnerabilidad⁹, pretensión que califica de desacertada “toda vez que lleva a una banalización de la protección, que sería indiferenciada¹⁰”; postura que compartimos.

Corresponde delimitar, por tanto, cuál será el alcance del concepto a incorporar al Código unificado de fondo. En el Derecho comparado, existen varias extensiones de concepto de consumidor, que pueden ser de utilidad para nuestro estudio.

En el *Derecho europeo*, conviven diversos criterios; atento que en Alemania, el BGB incorpora al *consumidor* dentro de su articulado, y, además, lo configura sólo como la “*persona natural...*”¹¹, —persona física para nuestro ordenamiento—. En cambio, en España, no está incluido en el Código Civil sino en la “Ley General para la Defensa de los consumidores y usuarios”, que, mediante texto refundido del Real Decreto Legislativo 1/2007, lo define, en su art. 3º, como la persona física o jurídica¹². A pesar de la diferencia en cuanto a la inclusión de la persona colectiva, ambas legislaciones ponen el acento identificatorio del sujeto en la falta de profesionalidad de su actuación.

En el derecho *latinoamericano*, y específicamente en el Mercosur, tenemos, en principio, un criterio legislativo pacífico en torno a considerar como consumidor en —sentido lato— también a la persona jurídica.

En efecto, en Chile¹³ como en Perú, con su reciente “Código de protección y defensa del consumidor de Perú”¹⁴, se admite dentro de la noción de consumidor a las personas físicas y jurídicas.

⁹ Conf., FARINA, Juan M., *Defensa...*, cit., pág. 2, quien afirma: “En nuestra opinión, la ley 24.240 debería prever la aplicabilidad de su normativa también a aquellos contratos en los que, aún cuando la parte débil no sea consumidor final, las circunstancias permiten advertir un evidente desequilibrio o falta de equidad en el contenido de la contratación, como consecuencia de la posición dominante en el mercado de una de las partes. También eso, de un modo u otro, repercute en el consumidor o usuario final: piénsese en el comerciante minorista frente a la gran empresa productora de bienes o servicios”. Conf., PIZARRO, Ramón D. y VALLESPINOS, Carlos G., *Instituciones de derecho privado. Obligaciones*, Hammurabi, Buenos Aires, 2006, tomo I, pág. 105 y sig.

¹⁰ LORENZETTI, Ricardo L., *Consumidores*, cit., pág. 87.

¹¹ BGB: §13 Consumidor: “Consumidor es toda persona natural que celebra un negocio jurídico con una finalidad que no guarda relación con su actividad profesional empresarial o autónomo”. Seguimos a LAMARCA MARQUÉS, Albert (Director), *Código Civil Alemán y Ley de introducción al Código Civil*, Marcial Pons, Madrid, 2008, pág. 36.

¹² LGDCU, art. 3º: “A efectos de esta norma y sin perjuicio de lo dispuesto expresamente en sus libros tercero y cuarto, son consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que actúan en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional”.

¹³ Ley N° 19.496, del año 1997, dispone en su art. 1º: “La presente ley tiene por objeto normar las relaciones entre proveedores y consumidores, establecer las infracciones en perjuicio del consumidor y señalar el procedimiento aplicable en estas materias. Para los efectos de esta ley se entenderá por: 1.- Consumidores o usuarios: las personas naturales o jurídicas que, en virtud de cualquier acto jurídico oneroso, adquieren, utilizan, o disfrutan, como destinatarios finales, bienes o servicios. En ningún caso podrán ser considerados consumidores los que de acuerdo al número siguiente deban entenderse como proveedores”.

En el ámbito del Mercosur también las legislaciones son similares en la extensión brindada al concepto de consumidor, extendiéndolo a las personas físicas y jurídicas. Así, Brasil¹⁵, Paraguay¹⁶ y Uruguay¹⁷ lo ratifican; siempre y cuando, consume o utilice productos como destinatario final.

Ahora bien, el mencionado consenso desaparece cuando se extiende el ámbito geográfico considerado. Por ejemplo, sin ir más lejos, si nos referimos a los alcances de la Organización de Estados Americanos (OEA), en su tratamiento del Proyecto de Convención Interamericana de Derecho Internacional Privado (CIDIP) sobre la ley aplicable a algunos contratos y transacciones de consumo internacionales. Allí, en ocasión de participar de las arduas discusiones habidas en el desarrollo de la “Reunión de Expertos, preparatorias de la CIDIP VII”¹⁸, observamos que resultó imposible conseguir acuerdo para aprobar el texto sugerido por el proyecto *Lima Márques*, presentado por Brasil¹⁹, en cuanto a la definición del consumidor como persona física o jurídica, aprobándose en definitiva sólo a la *persona física* como posible sujeto activo de la futura Convención Interamericana²⁰.

En nuestro país, con la sanción de la ley 24.240 también se consideró como consumidor o usuario a las personas físicas o jurídicas, con idéntica finalidad. La reforma constitucional de 1994, al definir como ámbito objetivo a la *relación de consumo*, extendió los límites más allá del contrato. Por su parte, la última modificación de la Ley de defensa del consumidor, amplió notablemente su ámbito de aplicación admitiendo la relación de consumo, y no sólo el contrato, como también la adquisición a título gratuito. En consecuencia, el texto vigente, según ley 26.361, dispone en su art. 1º: “Objeto. Consumidor. Equiparación. La presente ley tiene por objeto la defensa del consumidor o usuario, entendiéndose por tal a toda persona física o jurídica que

¹⁴ Ley N° 29.571, de 2010, en su art. IV. (Definiciones) afirma: “1.1 Las personas naturales o *jurídicas* que adquieren, utilizan o disfrutan como destinatarios finales productos o servicios materiales e inmateriales, en beneficio propio o de su grupo familiar o social, actuando así en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional. No se considera consumidor para efectos de este Código a quien adquiere, utiliza o disfruta de un producto o servicio normalmente destinado para los fines de su actividad como proveedor”.

¹⁵ El Código de Defensa del Consumidor, Ley N° 8078, en su art. 2º prescribe: “Consumidor es toda persona física o jurídica que adquiere o utiliza productos o servicios como destinatario final. Equipárese a consumidor, a las colectividades de personas que, aunque indeterminable, hayan intervenido en las relaciones de consumo”.

¹⁶ Ley N° 1334, en su art. 4º, dice: “A los efectos de la presente ley, se entenderá: a) Por consumidor y usuario a toda persona física o jurídica, nacional o extranjera que adquiera, utilice o disfrute como destinatario final de bienes o servicios de cualquier naturaleza”.

¹⁷ Ley N° 17.250, en su art. 2º, dice: “Consumidor 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. 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 integrarlos en procesos de producción, transformación o comercialización”.

¹⁸ Esa “Reunión de Expertos” ha sido celebrada en Porto Alegre, Brasil, entre los días 2 y 4 de diciembre de 2006. María Laura ESTIGARRIBIA BIEBER participó de dicha reunión como experta por la República del Paraguay.

¹⁹ Puede consultarse mayor información en: <http://www.oas.org/es/default.asp>.

²⁰ En cuanto a los aspectos internacionales de la protección del consumidor en contratos de consumo internacional, puede consultarse con provecho: *Protección de los consumidores en América*. Trabajos de la CIDIP VII (OEA). FERNÁNDEZ ARROYO, Diego y MORENO RODRÍGUEZ, José Antonio (Coordinadores). Ed. La Ley. Asunción, Paraguay. 2007.

adquiere o utiliza bienes o servicios en forma gratuita u onerosa como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social. Queda comprendida la adquisición de derechos en tiempos compartidos, clubes de campo, cementerios privados y figuras afines. 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”.

III.- LA NOCIÓN DE PROVEEDOR

III.1 *El concepto de comerciante o empresario: El proveedor en la LDC*

Siendo conceptos complementarios, veamos cuál sería el concepto de empresario en la relación de consumo. Adelantamos, que la característica común es aquella relativa a su actividad profesional o empresarial. Encontramos también esta característica en el derecho comparado, ya sea que se encuentre incorporado al Código Civil, como en Alemania²¹, o bien en las leyes de defensa del consumidor, como en España²².

También en el derecho latinoamericano, se considera proveedor, a una noción muy similar. Así, en Chile²³, Perú²⁴, Paraguay²⁵ y la República Oriental del Uruguay²⁶

²¹ BGB “§14 Empresario: (1) Empresario es una persona natural o jurídica o una sociedad de personas dotada de capacidad jurídica que en la celebración de un negocio jurídico actúa en ejercicio de su actividad profesional empresarial o autónoma. (2) Una sociedad de personas dotada de capacidad jurídica es una sociedad de personas con la capacidad de adquirir derechos y asumir obligaciones LAMARCA MARQUÉS, Albert (Director), *Código Civil Alemán...*, cit., pág. 36.

²² LGDCU, art. 4º, prescribe: “A efectos de lo dispuesto en esta norma, se considera empresario a toda persona física o jurídica que actúa en el marco de su actividad empresarial o profesional, ya sea pública o privada”. En su art. 7º: “A efectos de esta norma es proveedor el empresario que suministra o distribuye productos en el mercado, cualquiera que sea el título o contrato en virtud del cual realice dicha distribución”.

²³ Ley N° 19.496 en su art. 1º segundo párrafo afirma: “2.- Proveedores: las personas naturales o jurídicas, de carácter público o privado, que habitualmente desarrollen actividades de producción, fabricación, importación, construcción, distribución o comercialización de bienes o de prestación de servicios a consumidores, por las que se cobre precio o tarifa. No se considerará proveedores a las personas que posean un título profesional y ejerzan su actividad en forma independiente”.

²⁴ Ley N° 29.571, de 2010, en su art. IV. (Definiciones): “**2. Proveedores.** - Las personas naturales o jurídicas, de derecho público o privado, que de manera habitual fabrican, elaboran, manipulan, acondicionan, mezclan, envasan, almacenan, preparan, expenden, suministran productos o prestan servicios de cualquier naturaleza a los consumidores. En forma enunciativa y no limitativa se considera proveedores a: 1. Distribuidores o comerciantes.- Las personas naturales o jurídicas que venden o proveen de otra forma al por mayor, al por menor, productos o servicios destinados finalmente a los consumidores, aun cuando ello no se desarrolle en establecimientos abiertos al público. 2. Productores o fabricantes.- Las personas naturales o jurídicas que producen, extraen, industrializan o transforman bienes intermedios o finales para su provisión a los consumidores. 3. Importadores.- Las personas naturales o jurídicas que importan productos para su venta o provisión en otra forma en el territorio nacional. 4. Prestadores.- Las personas naturales o jurídicas que prestan servicios a los consumidores”.

²⁵ Ley N° 1334, en su art. 4º, inc b), considera: “PROVEEDOR: a toda persona física o jurídica, nacional o extranjera, pública o privada que desarrolle actividades de producción, fabricación, importación, distribución, comercialización, venta o arrendamiento de bienes o de prestación de servicios a consumidores o usuarios, respectivamente, por los que cobre un precio o tarifa”.

²⁶ Ley N° 17.250: “Artículo 3º.- Proveedor es toda persona física o jurídica, nacional o extranjera, privada o pública, y en este último caso estatal o no estatal, que desarrolle de manera profesional actividades de

se caracteriza al proveedor como aquella persona física o jurídica, pública o privada, que interviene en la producción, fabricación, importación, distribución, comercialización, venta o arrendamiento de bienes o prestación de servicios.

En el derecho argentino, al otro término de la relación jurídica lo encontrábamos definido en el art. 2° de la LDC²⁷, que ya en su redacción original describía conductas desarrolladas de forma profesional. Como sostiene prestigiosa doctrina, se advierte que la noción de proveedor se compone de dos elementos²⁸: a) La realización de ciertas conductas típicas (producir, importar, distribuir o comercializar cosas o prestar servicios a consumidores o usuarios) ligadas al proceso de industrialización, distribución y comercialización; b) La profesionalidad en la realización de esas conductas, más allá que actualmente se admita que sea con carácter ocasional.

El art. 2° vigente, según modificación por ley N° 26.631, reza: “Es la persona física o jurídica de naturaleza pública o privada, que desarrolla de manera profesional, aun ocasionalmente, actividades de producción, montaje, creación, construcción, transformación, importación, concesión de marca, distribución y comercialización de bienes y servicios, destinados a consumidores o usuarios”.

III.2 Evolución del Derecho del consumidor paralela al Derecho mercantil.

Si bien se afirma, reiteradamente por calificada doctrina, que en materia de Derecho del consumidor han sido “los civilistas, por lo común, sus cultores, provocando variedad de trabajos, frente a una mayoritaria indiferencia de los cultores del Derecho Comercial²⁹”, estimamos que ello deriva de una errónea caracterización de esta última rama.

En efecto, el Derecho mercantil actual está ligado a la actividad, desarrollo y crecimiento de la gran empresa, a través del vehículo jurídico comprendido por las sociedades comerciales. Desde el Código de Comercio de 1862 nunca se tuvo en cuenta al consumidor; baste como ejemplo considerar la compraventa de cosas muebles, que sólo es comercial si se la adquiere para revenderla, con una plusvalía. Lo que ocurre es que, por el efecto expansivo del Derecho mercantil, los actos unilateralmente comerciales están sujetos a la ley y a la jurisdicción mercantil. Empero, entiéndase bien, hay un Derecho mercantil que corresponde a los contratos entre empresas³⁰ y otro Derecho mercantil, que el profesor Butty calificaba de “almaceneril” y que sólo es comercial en virtud del art. 7 del Cód. de Comercio, pero que —en rigor—

producción, creación, construcción, transformación, montaje, importación, distribución y comercialización de productos o servicios en una relación de consumo.

²⁷ Ley N° 24.240, art. 2°: “Quedan obligados al cumplimiento de esta ley todas las personas físicas o jurídicas, de naturaleza pública o privada que, en forma profesional, aun ocasionalmente, produzcan, importen, distribuyan o comercialicen cosas o presten servicios a consumidores o usuarios. Se excluyen del ámbito de esta ley los contratos realizados entre consumidores cuyo objeto sean cosas usadas”.

²⁸ Seguimos en la clasificación a MÁRQUEZ, José F. y CALDERÓN, Maximiliano, “La tutela del consumidor de los derechos de uso y goce de un inmueble. La locación y la ley 24.240”, en Revista de Derecho Privado y Comunitario, *Locación de cosas inmuebles y equivalentes*, 2004-2, p. 293-319, 297.

²⁹ Por todos: MOSSET ITURRASPE, Jorge, “Del micro al macro sistema y viceversa...”, cit., pág. 18 y sig.

³⁰ ARIAS CÁU, Esteban Javier, “Pautas de interpretación para los contratos entre empresas (Celebrados por adhesión)”, RDCO, 2001, págs. 787-805.

no interesa al Derecho empresario. Ello se acredita con el art. 452 inc. 2º) del Cód. de Comercio que no considera mercantil la compraventa para consumo³¹.

No obstante esta última observación, debemos admitir que, en nuestra opinión, existen *paralelismos* importantes entre la evolución de la definición del concepto de comerciante y del consumidor, lo que motiva que deben revisarse sus conceptos. En el primero, se partió de una posición *subjetiva*, en virtud que el derecho comercial nació para regular la actividad de ciertos sujetos que despliegan tareas de gran incidencia económica. Luego, se extendió a todos aquellos que realizaran determinados actos — denominados de comercio— pasando a una concepción objetiva. Por último, se está retornando a las *fuentes*, en cuando el sujeto comercial por excelencia lo integran principalmente las *sociedades* comerciales, que son el “motor y sujeto de toda la economía privada (capitalista)³²”.

En el segundo supuesto, también se partió de una posición *subjetiva*, disponiéndose que podían ser consumidores las personas físicas o jurídicas, pero sólo para determinados contratos (ley 24.240). Luego, se amplió notablemente esta posición incluyéndose como contratos de consumo todos aquellos en los cuáles existiera un consumidor, entendiéndose por tal a todo sujeto que fuera parte de una relación de consumo, incluso equiparándose a ciertas personas que estuvieren fuera de ella. La noción, por tanto, nació subjetiva, luego fue objetiva y ahora se ha extralimitado con la incorporación del sujeto expuesto o *bystander*; lo que nos hace concluir que corresponde su morigeración³³.

De tal modo, desde el punto de vista *subjetivo*, advertimos que el legislador nacional incluyó como consumidores tanto a las personas físicas como jurídicas, tomando una postura *amplia* en consonancia con el derecho comparado³⁴ y con la

³¹ Sin embargo, es dable destacar que la Ley de Defensa del consumidor es incluida en la publicación de los Códigos Civiles y Comerciales.

³² Conf., ETCHEVERRY, Raúl A., *Manual de derecho comercial. Parte general*, Astrea, Buenos Aires, 1ª edición (1977), 2ª reimpresión, 1983, pág. 91, cuando afirma que: “Las sociedades, verdaderos sujetos de derecho, hacen retornar de alguna manera el Derecho Comercial a sus fuentes, llegándose a una nueva concepción subjetivista debido a la fuerza de su desarrollo. Por ellas, la materia seguirá unida y con sentido predominantemente subjetivo, porque respecto de las sociedades, al menos en el derecho argentino, los actos objetivos de comercio no tienen casi explicación alguna”.

³³ Ver nuestra ponencia a las XXII Jornadas Nacionales de Derecho Civil y V Congreso Nacional de Derecho Civil, Córdoba, 2009. Cfr., ESTIGARRIBIA BIEBER, María L. y JUNIORS SHWOIHORT, Sergio, “¿Hasta dónde resulta conveniente extender el concepto del consumidor?, Comisión de Derecho Interdisciplinario, Córdoba, 2009, tomo 5, pág. 36, donde afirmamos: “Estimamos excesiva la inclusión del *tercero expuesto a la relación de consumo* dentro de los sujetos que integran el concepto de consumidor. Evidentemente, se trata de una persona ajena a la relación de consumo y, de querer brindársele una protección especial, podría haber sido cubierto mediante la extensión de la aplicación de la normativa, para aquellas situaciones en que se considere que realmente resulta atinente, por las especiales circunstancias que rodeen el hecho causante del daño”.

³⁴ Por ejemplo, la “Ley General para la Defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias” de España, mediante Real Decreto Legislativo 1/2007 define al consumidor, en su art. 3º: “A efectos de esta norma y sin perjuicio de lo dispuesto expresamente en sus libros tercero y cuarto, son consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que actúan en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional”.

propia legislación del MERCOSUR, a pesar de las críticas que existieron en el seno del Congreso Nacional al discutirse su texto³⁵.

III.3 Crítica de la noción.

Como bien dijo alguna vez Stiglitz, el espíritu del Derecho del consumidor está “ligado a la defensa de las personas físicas³⁶”, aserto que compartimos. En cambio, sólo por excepción puede aplicarse el régimen a las personas jurídicas, en particular a las asociaciones civiles y fundaciones. La aplicación del régimen tuitivo a las sociedades comerciales, podría ser admitido en casos muy particulares³⁷; en base a criterios restrictivos, ya esbozados por la doctrina³⁸. Se ha aclarado, de modo reciente, que “no es suficiente el destino final y se requiere que, además, el acto sea extraño a su actividad profesional, es decir, no lo incorpore de manera directa a la actividad productiva³⁹”.

La modificación de la ley 26.361 mantiene como sujeto protegido al consumidor como persona física y jurídica. En este último aspecto, si bien el espíritu del Derecho del consumidor está ligado a la persona física que es quien posee la vulnerabilidad jurídica y debilidad estructural más intensa; no es menos cierto que el legislador patrio también quiso proteger a la persona jurídica, como bien dice Hernández “cuando actúen fuera del ámbito de su actividad profesional, es decir, de su objeto social o giro comercial⁴⁰”.

³⁵ Conf., *Antecedentes parlamentarios*, La Ley, Buenos Aires, 1995, págs. 6-122.

³⁶ STIGLITZ, Gabriel, “Interpretación del contrato por adhesión entre empresas (El espíritu del derecho del consumidor está ligado a la defensa de las personas físicas)”, nota a fallo de la C. Nac. Civ., sala H, 22/09/1994, “Carrefour Argentina SA c. Kids and Co SRL”, LL 1995-C, 18-29. En su comentario afirma que: “Desde el punto de vista conceptual, son consumidores también las personas jurídicas, pero cuestión distinta es resolver si éstas requieren de una protección especial, conferida por un sistema jurídico específico. Parece incuestionable una respuesta negativa, pues la protección acentuada que se otorga al consumidor, se sustenta en la carencia de suficiente discernimiento y perspicacia en cuestiones económicas y jurídicas. Y ello no ocurre como regla con las personas jurídicas, que presuponen conocimiento y experiencia en el mercado, asistencia técnica, etcétera”. Conf., ALTERINI, Atilio A., LÓPEZ CABANA, Roberto M. y STIGLITZ, Gabriel, “La protección del consumidor en el marco de un proyecto de ley”, LL 1989-B, 1002. Ampliar en ARIAS CÁU, Esteban J, “Pautas de interpretación para los contratos entre empresas (Celebrados por adhesión)”, RDCO, 2001, págs. 787-805.

³⁷ Un ejemplo de la aplicación de la LDC a una empresa comercial puede verse en el precedente Artemis Construcciones. Cfr., C. Nac. Com., sala A, 21/11/2000, “Artemis Construcciones SA v. Diyón SA y otro”, LL 2001-B-839; DJ, 2001-2-345.

³⁸ ESTIGARRIBIA BIEBER, María L. y JUNIORS SHWOIHORT, Sergio, “¿Hasta dónde resulta conveniente extender el concepto del consumidor?, Comisión de Derecho Interdisciplinario, Córdoba, 2009, tomo 5, pág. 36, donde sostenemos: “creemos que lo definitivo para otorgar a una persona jurídica el carácter de consumidor es el hecho de que se constituya en el destinatario final del producto o servicio, siendo el último eslabón de la cadena, sin reinsertarlo en el proceso de producción, distribución y comercialización”. Ampliar en: LORENZETTI, Ricardo L., *Consumidores*, 1ª ed., Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2003, págs. 92 a 95.

³⁹ LORENZETTI, Ricardo L., *Consumidores*, cit., pág. 128, donde aclara, que esta es la interpretación más ajustada, “pero implica, a su vez, diferenciar situaciones, porque una especie es la que se refiere a la compra de un bien o servicio para usarlos y otra para integrarlos al proceso productivo. La primera está incluida y a la segunda no”.

⁴⁰ HERNÁNDEZ, Carlos A., “Impacto del régimen de defensa del consumidor sobre la teoría del contrato”, en NICOLAU, Noemí, *Fundamentos de derecho contractual*, La Ley, Buenos Aires, 2009, t. 1, pág. 427, quien agrega: “ello concede un margen de protección a las empresas cuando actúan fuera de su ámbito de experticia profesional, donde pueden presentar la misma vulnerabilidad que la persona física”.

Conocemos y comprendemos la situación de vulnerabilidad en que se encuentran, muchas veces, los pequeños empresarios que se ven obligados a contratar en situaciones de extrema asimetría; sin embargo, creemos que esa iniquidad no se soluciona convirtiéndolos en consumidores, sino que, en nuestra opinión, lo ideal sería la protección de éstas personas jurídicas a través de una Ley de condiciones generales de la contratación, y no por el régimen de defensa del consumidor; porque ello desnaturalizaría la finalidad protectora ampliando excesiva y negativamente el ámbito de aplicación de la ley. Máxime, teniendo presente que en aquellas personas jurídicas con fines de lucro, sus contrataciones inciden siempre —directa o indirectamente— en su proceso productivo, lo que debe excluirlas expresamente de este régimen especial.

Receptando la categoría legal definida actualmente por la Ley 24.240, creemos en una *interpretación restrictiva* aplicable sólo aquellas personas jurídicas que no tengan finalidad de lucro, como ser asociaciones civiles⁴¹ o fundaciones⁴². Por ende, proponemos *excluir* a aquellas personas jurídicas que tienen fin de lucro o un objeto comercial, por más que sea cuando consuman como destinatarias finales y presuntamente no adquieran o utilicen el bien o servicio para su actividad comercial. En apoyo de esta postura, para Farina será aplicable la LDC a “toda persona jurídica que no tenga por objeto o que no realice de hecho una actividad de producción o de comercialización de bienes o servicios para el mercado⁴³”. Nuestro criterio es más restrictivo, en virtud que sólo se podrá aplicar a aquellas personas jurídicas que no incorporen bienes a la cadena de producción y/o comercialización con finalidad de lucro, en forma inmediata ni mediata.

III.4 Las condiciones generales de contratación. Su inclusión en el Código de fondo.

Creemos que la mejor solución, como hipótesis de máxima, es *regresar a las fuentes*, incorporando como concepto *típico de consumidor a las personas físicas*, excluyendo de su protección a las personas jurídicas, en particular a las que tengan fines de lucro. Ello no implicar dejarlas de lado o desprotegerlas, ya que consecuentemente debería implementarse una legislación correspondiente a un régimen de condiciones generales de contratación⁴⁴, aplicable tanto a personas físicas como jurídicas.

En el BGB alemán se considera como *condiciones generales de la contratación*: “§305 Incorporación de condiciones generales de la contratación en el contrato: (1) Son condiciones generales de la contratación todas las cláusulas contractuales predispuestas para una pluralidad de contratos, que una parte contractual

⁴¹ ZALDÍVAR, Enrique, MANÓVIL, Rafael M., RAGAZZI, Guillermo E., ROVIRA, Alfredo L., *Cuadernos de Derecho Societario. Aspectos jurídicos generales, 1ª edición (1973), 1ª reimpresión*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1980, t. 1, pág. 48, afirmando que “si bien en la asociación deben concurrir la pluralidad de miembros; realizarse los aportes necesarios para cumplimentar el fin, de lo que resulta la formación de un patrimonio propio, en cambio faltan el propósito de lucro y la equivalente contribución a las pérdidas que vemos en las sociedades tanto civiles como comerciales”.

⁴² Conf., FARINA, Juan M., *Defensa...*, cit., pág. 56.

⁴³ FARINA, Juan M., *Defensa...*, cit., pág. 56.

⁴⁴ Recomendamos la lectura del “Anteproyecto de ley sobre condiciones generales de la contratación y condiciones abusivas”, elaborado por Benjamín MOISÁ, en su tesis doctoral denominada *La autonomía de la voluntad y la predisposición contractual*, Zavalía, Buenos Aires, 2005, pág. 251-257.

(predisponente) presenta a la otra parte contractual en la conclusión de un contrato. Es irrelevante que las cláusulas constituyan una parte independiente externa del contrato o se recojan en el propio documento contractual, la extensión que tengan, en qué forma escrita estén redactadas y la forma que tenga el contrato. No hay condiciones generales de la contratación en el caso en que las cláusulas del contrato han sido negociadas individualmente entre las partes contractuales...⁴⁵

En el Proyecto de Código Único de 1987, se incorporó el art. 1157, dentro del capítulo “De los contratos en general”, que estableció una regulación de las cláusulas predispuestas, en ese sentido: “En los contratos con cláusulas predispuestas por una de las partes o que hagan referencia a condiciones generales, que la otra parte estuvo precisada a celebrar, se tendrá por no convenidas: 1) Las cláusulas que desnaturalicen las obligaciones, limiten la responsabilidad del predisponente por daños corporales, o la limiten por daños materiales sin una adecuada equivalencia económica; 2) Las cláusulas que importen renuncia o restricción a sus derechos, o amplíen derechos del predisponente que resulten de normas supletorias, salvo, en ambos casos, que conforme a las circunstancias haya conocido o usando la debida diligencia haya debido conocer estas cláusulas antes de concluir el contrato, y las haya aprobado expresa y especialmente por escrito⁴⁶”.

Estimamos que el objetivo de esta normativa sería brindar protección a cualquier sujeto que contrate bajo esta modalidad, en que se opera de manera ostensible una gran disparidad de fuerzas en la negociación —encarnada principalmente en la posibilidad de predisposición contractual en manos de una sola de las partes— que pone de manifiesto la necesidad de intervención del Estado, en defensa del *orden público económico de protección*, a efectos de recuperar el equilibrio del sinalagma.

Su ámbito de aplicación debería ser lo más amplio posible, tanto desde el punto de vista objetivo como subjetivo, brindando cobertura a personas físicas o jurídicas. En el anteproyecto elaborado por Moisés, su ámbito de aplicación era el siguiente: “La presente ley es de aplicación exclusiva a los contratos celebrados por adhesión a cláusulas predispuestas, y protege a todos los adherentes que se vean obligados a contratar en tales circunstancias, con prescindencia de sus condiciones personales...⁴⁷”. En definitiva, se trata de una protección que responde a una circunstancia objetiva de diferencia en el poder negocial, más allá de la calidad de los sujetos que la protagonizan.

Ahora bien, regresando al actual estado de situación, en virtud que existe consenso en la legislación latinoamericana en torno a la inclusión de la persona jurídica como consumidora, propiciamos una interpretación *restrictiva* sólo a favor de aquellas que no poseen fines de lucro, y excluyendo como regla a las sociedades comerciales.

IV.- CONCLUSIONES

⁴⁵ LAMARCA MARQUÉS, Albert (Director), *Código Civil Alemán...*, cit., pág. 88.

⁴⁶ *Proyecto de Código Civil*, Astrea, Buenos Aires, 1987, pág. 90.

⁴⁷ Conf., MOISÁ, Benjamín, *La autonomía de la voluntad y la predisposición contractual*, Zavalía, Buenos Aires, 2005, pág. 252.

Del desarrollo expuesto, creemos que podemos concluir proponiendo la siguiente ponencia:

De lege lata

- 1) Propiciar la interpretación restringida del concepto de consumidor como persona jurídica, limitando su aplicación sólo a aquellas que carezcan de fines de lucro, como las asociaciones y fundaciones.
- 2) Corresponde excluir como consumidores a todas las personas jurídicas con fines de lucro.

De lege ferenda

- 1) Incluir en el Código Civil unificado —cuya elaboración se dispusiera por Decreto 191/11— una noción de consumidor, restringiéndolo a la persona física o jurídica sin fines de lucro, como sujeto de derecho.
- 2) Propiciar la sanción de una “Ley de condiciones generales de Contratación”, o bien incluir normas específicas en el Código unificado, tendientes a la protección de todos los sujetos que contraten bajo dicha modalidad, sean personas físicas o jurídicas, consumidores o proveedores.