

RDCO

**REVISTA DE
DERECHO
COMERCIAL
Y DE LAS OBLIGACIONES**

Fundada por ISAAC HALPERIN en 1968

Mayo - Junio 2019 | 296

DIRECTORES:

**HÉCTOR ALEGRIA
RAÚL A. ETCHEVERRY**

ÁREA DE DERECHO COMERCIAL:

Manóvil - Marzorati
Richard - Rivera
Rouillon - Uzal

ÁREA DE DERECHO
DEL CONSUMIDOR:

Stiglitz - Vázquez Ferreyra

COORDINADORES:

Chomer
Hernández
Molina Sandoval
Paolantonio
Santarelli
Sicoli

ISSN 1851-1805

THOMSON REUTERS
ProView™

ABELEDOPERROT

Sumario: I. Introducción: La empresa consumidora.— II. Concepto original de consumidor y su evolución: Mucho dicho, pero poco preciso.— III. Consumidor en otras jurisdicciones: Todas las posibilidades juntas.— IV. Personas humanas y no empresas.— V. El empresario está suficientemente protegido.— VI. Conclusión: Eliminemos a la empresa y persona jurídica del régimen consumeril que igual quedan bien protegidos.

I. Introducción: La empresa consumidora

Desde que me involucré en defensa del consumidor hace ya varias décadas, siempre me inquietó que la definición de consumidor comprendiera las personas jurídicas, particularmente cuando involucra a “empresas” (1) o “comerciantes” (2).

Veremos seguidamente que ese concepto incluso fue evolucionando desde que viera a la luz la primera definición de consumidor en la versión original de la ley 24.240, pero, a mi criterio, en sentido negativo.

A ello se suma que con el dictado del Código Civil y Comercial el grado de protección frente al pretense “abusador” en un acto jurídico ha cambiado radicalmente.

Ello al punto que prácticamente desapareció el contrato paritario y defensa del consumidor extendió sus redes o principios a relaciones jurídicas de lo más curiosas. Es más, podemos decir que defensa del consumidor ha “colonizado” y exterminado otras áreas del derecho, al punto que se sostiene que “ha desaparecido”, con un poco de dramatismo o exageración, el derecho

comercial, ya que lo único “Comercial” que parece mantener el Código, siendo ahora irónicos, es su título (3).

Pero ¿Por qué me generó inquietud la definición de consumidor? ¿Por qué considero negativa la evolución normativa del concepto consumidor?

La práctica del derecho me ha puesto como ejemplo real supuestos en que una gran multinacional (por ejemplo, Ford Motors) (4) adquiere un bien como destinatario final, supongamos jabón para los baños, lamparitas para la oficina, una máquina de café, o lo que Ud. como lector considere que califique en este difuso concepto de “destinatario final”. Este sencillo y cotidiano ejemplo me lleva a preguntarme ¿Es correcto que Ford Motors esté amparada por el régimen consumeril al mismo nivel, con la misma protección y estándar que una persona humana que adquiere esos productos en un supermercado?

Es que más allá de que sea Ford Motors o la empresa que al lector le parezca, el concepto

(1) El concepto de “empresa” se encuentra muy extendido, pero no definido debidamente. Por ejemplo, la ley 27.442 de Defensa de la Competencia contiene el concepto de “empresa”, pero no lo define.

(2) Cabe recordar que el Código Civil y Comercial derogó el concepto de “comerciante”, que podría haberse conservado para muchas disposiciones legales.

(3) Ver: <http://www.favierduboisspagnolo.com/trabajos-de-doctrina/la-derogacion-del-derecho-comercial-por-el-nuevo-codigo-civil-apariencia-y-realidad/>. El propio autor aclara que el derecho comercial desapareció como lo conocimos, pero evolucionó con nuevos estándares.

(4) Uso Ford Motors como podría haber sido cualquier otra gran empresa con enormes medios técnicos y asesoramiento legal.

de destinatario final es sumamente difuso y de una amplitud desconcertante, dado que ¿podrían ser también sillas para sus oficinas o un *software* considerados productos adquiridos como destinatario final?

Anticipo que defensa del consumidor tiene su origen y sentido en proteger la parte más débil y con menos información, así como con menor poder como valor de amenaza individual, frente al proveedor. Llevar la protección consumeril a otras relaciones de poder y fuerza no solo atenta con el sentido de la norma sino que genera un mensaje social y comercial muy negativo. Ello dado que no resulta irrelevante desde el punto de vista jurídico y económico cuál es el nivel de protección y los verdaderos alcances que tengan los actos jurídicos.

Ya puede entender el lector que mi visión es crítica de la actual concepción de consumidor, en lo que respecta a la protección de la "empresa". Pero no me voy a quedar en una mera crítica, también propondré alguna alternativa que espero sea convincente.

En efecto, frente a ello, plantearé la modificación de la definición de consumidor, pero sin descuidar qué sucederá a las empresas, grandes o chicas, si las eliminamos de dicha definición de consumidor.

Propongo como "hoja de ruta" recordar la evolución de las definiciones de nuestro sistema consumeril. Esa evolución comprenderá naturalmente la definición derogada y la actual, así como la que propone el proyecto recientemente presentado en el Congreso por el Poder Ejecutivo. Luego analizaré cuál es el status actual en sistemas comparados para que nos lleve a alguna definición alternativa. Finalmente, culminaré analizando si efectivamente la "empresa" quedaría "desprotegida".

II. Concepto original de consumidor y su evolución: Mucho dicho, pero poco preciso

El concepto originario de consumidor comprendía tanto a personas físicas como jurídicas, exigiendo la contratación a título oneroso para consumo final o beneficio propio o de su grupo familiar (5).

Por lo cual, parecía que se seguía hasta aquí la postura subjetiva o finalista para la definición de consumidor, donde la norma se centra más bien en quien es el destinatario final (6).

(5) El art. 1º de la ley 24.240, en su versión original, disponía: "Objeto. La presente ley tiene por objeto la defensa de los consumidores o usuarios. Se consideran consumidores o usuarios, las personas físicas o jurídicas que contratan a título oneroso para su consumo final o beneficio propio o de su grupo familiar o social: a) La adquisición o locación de cosas muebles; b) La prestación de servicios; c) La adquisición de inmuebles nuevos destinados a vivienda, incluso los lotes de terreno adquiridos con el mismo fin, cuando la oferta sea pública y dirigida a personas indeterminadas".

(6) Al decir de Diego H. Zentner en "Contrato de Consumo" (Ed. Thomson Reuters - La Ley, p. 92): "Es oportuno traer aquí que la doctrina autoral distingue entre una concepción regulatoria 'subjetiva' o 'finalista' que restringe la aplicación de los mecanismos de tutela exclusivamente al 'consumidor final', es decir, a quien utiliza el bien para uso propio o de su núcleo (segmento al que considera más vulnerable dentro de la sociedad), y otra 'objetiva' o 'maximalista', emparentada con quienes propugnan que la regulación consumeril debe comprender a todos los agentes del mercado, incluso a los que son últimos destinatarios fácticos del producto (lo retiran del mercado) y no necesariamente económicos. Según la corriente finalista, solo puede ser considerado consumidor quien resulta destinatario final, fáctico y económico de los bienes, lo que significa que los bienes no pueden tener conexión directa ni indirecta con una actividad profesional. Para la teoría maximalista basta ser el destinatario final fáctico,

Pero, luego la ley hacía un giro importante en el segundo párrafo del art. 2º al disponer: "No tendrán el carácter de consumidores o usuarios, quienes adquieran, almacenen, utilicen o consuman bienes o servicios para integrarlos en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros. No están comprendidos en esta ley los servicios de profesionales liberales que requieran para su ejercicio título universitario y matrícula otorgada por colegios profesionales reconocidos oficialmente o autoridad facultada para ello, pero sí la publicidad que se haga de su ofrecimiento".

De este modo, la antigua definición de consumidor se concentra primero en el sujeto, admitiendo tanto personas físicas (actualmente personas humanas) y jurídicas, exigiendo su uso final, pero no permitiendo que sea considerado consumidor aquel que los integre en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros.

En esa línea el art. 2º del dec. 1798/1994 reglamentaba el citado art. 2º disponiendo que "Se entiende que los bienes o servicios son integrados en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros cuando se relacionan con dichos procesos, sea de manera genérica o específica".

En rigor, era difícil imaginarse una sociedad comercial que no sea alcanzada por esta excepción, dado que su actividad únicamente puede estar enfocada en el marco del respectivo objeto social. Por lo cual, solo podría llevar a cabo actos jurídicos

con prescindencia de la calidad del sujeto y del uso privado o profesional que le asigne, siempre que no consista en un destino de intermediación o comercial".

destinados, en última instancia, a cumplir con su objeto social comercial.

Ello llevó a que se critique la disposición legal, en tanto parecía que el art. 2º cerraba toda posibilidad a las "empresas" a ser consumidores.

Es así que se sostuvo: "No ha de perderse de vista que en los hechos, salvo supuestos muy excepcionales, los empresarios siempre involucran en el circuito industrial o productivo —al menos en forma mediata o genérica— los bienes o servicios cuya provisión contratan, lo que llevaba a objetar la limitación impuesta por el decreto reglamentario al art. 2º de la ley" (7).

Como ya anticipé, considero que la Ley de Defensa del Consumidor debe estar enfocada a proteger al consumidor, en tanto parte supuestamente débil y con menor información que el proveedor. En esa inteligencia poco o nada importa la empresa como consumidora.

Pero mi visión crítica es minoritaria. La idea de empresa como consumidora no solo triunfó sino que se expandió por el régimen consumeril y en el propio Código Civil y Comercial, tal como veremos.

En efecto, el párrafo aclaratorio del art. 2º desapareció en ulteriores modificaciones a la Ley de Defensa del Consumidor, y tampoco está contenido en el Código Civil y Comercial.

Es así que ambas normas contienen igual definición de consumidor, en tanto se regula: "La presente ley tiene por objeto la defensa del consumidor o usuario. Se considera consumidor a la persona física

(7) ZENTNER, Diego H., ob. cit., p. 93.

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 al consumidor 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".

Con igual alcance, el art. 1092 del Cód. Civ. y Com. regula también el concepto de consumidor (8).

Si bien es criticable desde la técnica legislativa tener dos definiciones de consumidor en cuerpos legislativos distintos (9), se desprende de esa definición que se mantienen los sujetos, esto es personas (ahora) humanas o jurídicas. También se mantiene el requisito de constituir su destinatario final, pero se elimina todo vestigio limitante, en lo que a "empresa" se refiere cuando los productos o servicios se adquieran, almacenen, utilicen o consuman *para integrarlos en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros*.

Pero ello no es todo. El Proyecto de Ley de Defensa del Consumidor que presentara

(8) El citado artículo dispone: "Relación de consumo es el vínculo jurídico entre un proveedor y un consumidor. Se considera consumidor a la persona 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 al consumidor 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".

(9) Ciertamente no tiene mucho sentido que dos normas definan el concepto consumidor.

recientemente en sociedad el Poder Ejecutivo Nacional no solo conserva el concepto de consumidor (10), sino que da un paso más allá con la creación de una nueva categoría de consumidor. En efecto, allí se contempla la figura del consumidor hipervulnerable. Se ve que no alcanza con la protección del consumidor, sino que se crea esta nueva categoría en una nueva avanzada consumeril. Allí se califica a este nuevo consumidor al indicar lo siguiente: "El principio de protección del consumidor se acentúa tratándose de colectivos sociales hipervulnerables. En tales supuestos, en el marco de la relación de consumo, la educación, la salud, la información, el trato equitativo y digno y la seguridad deben ser especialmente garantizados".

Luego abunda el art. 5º en su inc. 6º, en un intento de echar luz sobre tan importante paso protectorio. Allí se dispone: "El sistema de protección del consumidor protege especialmente a colectivos sociales afectados por una vulnerabilidad agravada, derivada de circunstancias especiales, en particular, niñas, niños y adolescentes, personas mayores, enfermas o con discapacidad, entre otras". Pero no dice cuáles son esas "circunstancias especiales", más allá de la enumeración de colectivos sociales en

(10) La definición de consumidor del proyecto citado dispone: "Es consumidor la persona humana o jurídica que adquiere, de modo gratuito u oneroso, bienes o servicios como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social. Queda equiparado al consumidor quien, sin ser parte de una relación de consumo originaria, como consecuencia o en ocasión de ella utiliza bienes o servicios, de manera gratuita u onerosa, como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social. Las reglas sobre información, publicidad, prácticas abusivas y seguridad son aplicables a quien se encuentra expuesto a una relación de consumo".

particular no agotados por la redacción de la norma.

En rigor, el proyecto no los define (11), pero les brinda un status superior de protección, todo lo cual suma confusión e inseguridad jurídica.

Los Fundamentos del proyecto citado no arrojan demasiada luz sobre esta nueva categoría. En primer lugar se detienen a justificar el mantenimiento de la definición de consumidor que nos rige (12). Luego se extienden sobre esta nueva categoría con generalidades que no resultan esclarecedoras, al indicar: "La metodología propuesta implica una jerarquización de los principios. Con tal propósito se alude al "orden

(11) ¿No se define porque es políticamente incorrecto hacerlo?

(12) Allí se dispone: "El alcance de la relación de consumo el Anteproyecto propone partir de la noción de relación de consumo, a la que tipifica de modo amplio a partir de la enunciación de sus fuentes. Entre sus elementos, busca delimitar con precisión el alcance de la categoría de consumidor, alcanzando al sujeto expuesto a los efectos de la información, la publicidad, las prácticas abusivas y la seguridad, procurando zanjar las disputas que aún existen en el ámbito de la doctrina y jurisprudencia. De este modo, se sigue al despacho I.2. —aprobado por unanimidad— de la Comisión 8 de las XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Buenos Aires, octubre de 2013), en donde se dijo que "la categoría de consumidor y usuario reconocida en nuestro ordenamiento jurídico comprende al destinatario final de bienes y servicios, y al expuesto a la relación de consumo. Esta última figura amplía la categoría conceptual del consumidor y usuario con sustento en la función preventiva y reparatoria que despliegan numerosos institutos del Derecho del Consumidor y se justifica también por la proyección colectiva que suele tener la afectación de sus derechos" (ver <http://jndcbahablanca2015.com/wp-content/uploads/2014/01/Ed—anteriores-28-XXIV-Jornadas-2013.pdf>)".

público" en miras de reforzar el "principio protectorio", haciéndolo especialmente aplicable a las "situaciones de hipervulnerabilidad". Se alude además, a los principios de "acceso al consumo", "transparencia de los mercados" y "consumo sustentable", y en el marco de las relaciones entre el Derecho del Consumidor y los Derechos Humanos, se tipifica el "respeto de la dignidad de la persona humana", el principio antidiscriminatorio" y el principio "de progresividad y no regresión". En esa misma dirección personalista, se recoge el "principio de prevención de riesgos", y el de precaución", brindando así otro punto de contacto entre el Derecho del Consumidor y el Derecho Ambiental. Esta mirada supone reconocer el dinamismo del mercado y de la tecnología, que provoca con rapidez la obsolescencia de las reglas jurídicas. De este modo, el operador del derecho contará en el campo de las relaciones de consumo con un número amplio de normas abiertas a las que podrá recurrir frente a situaciones no regladas. Por lo demás, y desde la perspectiva de la efectividad de los derechos del consumidor, el Anteproyecto parte de dos pilares que pueden calificarse como esenciales: la información y la seguridad. Hoy se asiste a un fenómeno de expansión prestacional, ya que el acabado cumplimiento de lo que constituye la prestación nuclear de un deber jurídico (en especial, los de contenido patrimonial), suele depender de la información que se haya brindado y la seguridad que se proporcione. Así las cosas, los deberes de informar y de seguridad se elevan cualitativamente, constituyendo más que simples deberes accesorios de conducta. El legislador que sancionó la LDC tuvo en cuenta esta situación, regulando ambos deberes en los primeros artículos de dicha ley".

En pocas palabras, mucho escrito y poco aclarado. Una dialéctica insustancial y vacía

que no justifica cuál es el grado de mayor protección que se pretende para esos "colectivos hipervulnerables". Es que no se trataría de individualidades sino de conjunto de personas, ya que eso parece arrojar el término colectivo. Por lo cual, lo primero que debo demostrar para estar amparado en esta categoría es que yo y otros estamos en esa situación de hipervulnerabilidad que me habilita a contar con un "principio de protección del consumidor" más acentuado, de modo que en el marco de la relación de consumo, la educación, la salud, la información, el trato equitativo y digno y la seguridad serán especialmente garantizados. Esto es, en un nivel superior que el consumidor no "hipervulnerable". Claramente, habría una nueva categoría, pero livianamente no se caracteriza, no se explica, no se define, y por cierto, si fuera necesario, no se protege.

Como sumatoria de todo lo dicho, en este nuevo esquema el proyecto no excluye a las empresas. Entonces ya no solo Ford Motors podría ser consumidor, sino que ¿podría también ser hipervulnerable?

Obviamente, la pregunta no es inocente, pero permite dimensionar hacia dónde nos dirigimos, pero sin saber a dónde vamos. En otras palabras, parece haber consenso en una mayor protección, pero no se dimensionan las consecuencias, al tiempo que no se precisan los sujetos.

III. Consumidor en otras jurisdicciones: Todas las posibilidades juntas

Si bien los objetivos del régimen de protección al consumidor en diferentes jurisdicciones pueden ser similares, el alcance de la aplicación de dicho régimen difiere. La razón es bastante simple: el alcance subjetivo de este régimen generalmente está vinculado a la noción de consumidor, que difiere entre las diferentes jurisdicciones.

De hecho, para considerar a cierta persona como un consumidor, una revisión del régimen legal internacional muestra que hay diferentes maneras de definir el concepto consumidor, lo cual incide necesariamente en el alcance que se le dé al régimen consumeril en cada jurisdicción.

En la mayoría de los países es claro que el régimen de protección al consumidor está diseñado para proteger a las personas que son usuarios finales de productos o servicios, y los adquieren para consumo personal (13).

Otro criterio seguido por ciertas jurisdicciones (14) consiste en identificar a un consumidor con una persona física (o persona humana, conforme la actual denominación del Código). Por lo tanto, si el comprador está organizado como una sociedad, entonces no puede tener derecho a ninguno de los beneficios que se desprenden del régimen de protección al consumidor. Cabe aclarar que este criterio generalmente se adhiere también al criterio de usuario final previamente analizado.

Además, las jurisdicciones tienen una tercera forma de resolver este asunto (15). Ella está basada en considerar como un punto de activación para la aplicación de este régimen de protección, la caracterización "micro" del comprador o de la compra realizada.

A continuación, describiremos el criterio aplicado en algunas jurisdicciones

(13) Tal es el caso de la Unión Europea, Mercosur, Argentina, Brasil, Chile, Uruguay, Paraguay, Bolivia y Perú, entre otros.

(14) Tal es el caso de España, Alemania, Italia y Reino Unido, entre otros.

(15) Tal es el caso de México, Australia y Sudáfrica, entre otros.

relevantes, que puede ayudarnos a descubrir si existen tendencias globales y predecir cómo evolucionará la protección del consumidor en todo el mundo.

(i) En lo que respecta a la Unión Europea, la noción de consumidor se limita a las personas físicas y las corporaciones no están incluidas en este régimen de protección.

Sin embargo, como la legislación comunitaria funciona como el estándar mínimo de protección, se establece que los Estados miembros pueden brindar una protección más amplia y, de hecho, hay países que adoptan una definición más omnicomprendensiva de consumidor, tal como veremos seguidamente.

De forma adicional, se establece que para ser caracterizado como consumidor, la persona física tiene que realizar una transacción que no está vinculada a su actividad profesional (16).

(ii) El régimen jurídico del Reino de España establece que un consumidor debe ser una persona física que actúa con un propósito que difiere de su negocio, oficio o profesión.

Sin embargo, se establece: "Son también consumidores a efectos de esta norma las personas jurídicas y las entidades sin personalidad jurídica que actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial" (17). Incluso con una noción más amplia de consumidor que las directivas comunitarias, creemos que una sociedad comercial todavía tendrá

dificultades al buscar un reclamo en España basada en las normas de protección del consumidor, salvo que caiga dentro de la no muy clara excepción citada.

(iii) Alemania limita la noción de consumidor a personas físicas y dicha persona física se considerará un consumidor siempre y cuando "la transacción ejecutada no esté vinculada a su negocio o actividad profesional" (18).

En palabras de Jiri Jaeger y Frederik Born: "En realidad, no se trata de si una persona es un consumidor de acuerdo con la definición legal, sino, de hecho, de si una persona ha entrado en un negocio de consumo o no" (19).

(iv) Francia tiene sus particularidades ya que su legislación no define el concepto consumidor (20).

(v) Italia también limita la aplicación del régimen de protección a los casos en que una persona física compra para fines no relacionados con su actividad comercial, profesional, industrial o artesanal (21).

(18) Traducción simple de Bürgerliches Gesetzbuch (BGB): '§ 13 Verbraucher: Verbraucher ist jede natürliche Person, die ein Rechtsgeschäft zu Zwecken abschließt, die überwiegend weder ihrer gewerblichen noch ihrer selbständigen beruflichen Tätigkeit zugerechnet werden können.'

(19) Ver: <https://thelawreviews.co.uk/editorial/1159189/franchisees-as-consumers>.

(20) Code de la Consommation (Act 93, 949, 1993).

(21) El art. 3º del Codice del Consumo (dec. legislativo 206/2005): 'Definizioni. 1. Ai fini del presente codice ove non diversamente previsto, si intende per [1]: a) consumatore o utente: la persona fisica che agisce per scopi estranei all'attività imprenditoriale, commerciale, artigianale o professionale eventualmente svolta...'

(16) Directiva UE 2011/83/UE, 2011; 93/13/CEE, 1993; 98/6/CE, 1998; 2005/29/CE, 2005; 2002/58/CE, 2002; y 2014/40/UE, 2014.

(17) Art. 3º del Real Decreto Legislativo 1/2007.

(vi) En el Reino Unido el concepto consumidor se define como un individuo que actúa para fines que están totalmente o principalmente fuera del comercio, negocio, oficio o profesión de ese individuo (22).

(vii) Bajo las reglas Mercosur (23): "Consumidor es toda persona física o jurídica que adquiere o utiliza productos o servicios en forma gratuita u onerosa como destinatario final, en una relación de consumo o como consecuencia o en función de ella. No se considera consumidor aquel que sin constituirse en destinatario final adquiere, almacena, utiliza o consume productos o servicios con el fin de integrarlos como insumo directo a otros productos o servicios en proceso de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros".

Sin embargo, estas normas establecen que cada Estado miembro puede proporcionar un estándar de protección más alto y, por lo tanto, la parte final podría no aplicarse a todos los miembros de Mercosur, tal como es el caso de la Argentina.

(viii) Si bien ya me detuve en los avatares y alcances de la legislación local, la regulación de Argentina (24) en esta materia sufrió varias modificaciones. Es así que la noción de consumidor se hizo cada vez más amplia.

En su última versión como en su versión primigenia, los consumidores no son solo

(22) Art. 2.3 del Consumer Rights Act 2015.

(23) Art. 1º (A) de la res. 34/2011 Grupo Mercado Común, Mercosur.

(24) El concepto consumidor está regulado tanto en la ley 24.240 de Defensa del Consumidor, como en el Código Civil y Comercial. Me adelanté a indicar que es realmente inconveniente que dos normas definan un mismo concepto y para un mismo uso legal.

las personas físicas, sino también las personas jurídicas. Además, aunque el uso final es un requisito, se eliminó el óbice a integrar el negocio o producto adquirido en una cadena de comercialización.

(ix) Brasil tiene una definición amplia de consumidor e incluye no solo a las entidades físicas sino también a las legales que adquieren bienes y servicios como usuarios finales. El régimen brasileño es similar al descrito para Argentina (25).

(x) Chile declara expresamente el uso final como la característica distintiva que debe tener un consumidor.

Además, esa legislación establece que cualquier persona que pueda considerarse un proveedor no puede ser protegida como consumidor (26).

(xi) Uruguay considera que tanto las personas naturales como las jurídicas pueden considerarse consumidores.

Sin embargo, se establece específicamente que no se considera un consumidor o usuario a quien que, sin constituir un destinatario final, adquiere, almacena, utiliza o consume productos o servicios para integrarlos en los procesos de producción, transformación o comercialización (27).

(xii) Paraguay tiene una definición más amplia de consumidor que incluye a entidades físicas y legales. Sin embargo, un consumidor debe ser el usuario final del bien o servicio adquirido (28). Por lo cual, se aplica el mismo criterio que el descrito en la Argentina.

(25) Código de Defesa do Consumidor.

(26) Ley 19.496.

(27) Art. 2º de la ley 17.250.

(28) Art. 4º de la ley 1334.

(xiii) Bolivia también está inscrita en una definición más amplia de consumidor (incluidas las entidades físicas y jurídicas) y mantiene el criterio de que se requiere el uso final (29).

(xiv) El caso de Perú es bastante particular ya que, aunque el uso final es un requisito para ser considerado un consumidor, también se incluye en ese concepto "1.2 Los microempresarios que evidencien una situación de asimetría informativa con el proveedor respecto de aquellos productos o servicios que no formen parte del giro propio del negocio" (30).

También dispone: "1.3 En caso de duda sobre el destino final de determinado producto o servicio, se califica como consumidor a quien lo adquiere, usa o disfruta" (31).

(xv) Ecuador también define al consumidor como el usuario final de un producto o servicio en particular, sin importar si es una persona física o una entidad legal (32). Se aplica el mismo criterio que el establecido para la Argentina.

(xvi) Una consideración particular merece la legislación colombiana, ya que se establece que estará dentro del alcance del usuario final, incluso si una determinada persona (persona física o jurídica) pretende satisfacer una necesidad comercial siempre que no esté directamente relacionada con su principal actividad económica (33).

(xvii) La regulación mexicana es distintiva, ya que aunque establece el criterio de

uso final como un requisito para ser considerado un consumidor, hace una excepción. Para estar alcanzado por la excepción se deben cumplir dos requisitos: (a) un requisito subjetivo: debe ser una pequeña empresa debidamente registrada como tal bajo las Autoridades Administrativas correspondientes; y (b) un requisito cuantitativo: la transacción de la cual la pequeña empresa busca protección no puede superar una cierta cantidad (34).

(xviii) Sudáfrica es un caso interesante, dado que, más allá de cierta casuística que propone, la definición de consumidor contempla personas físicas y jurídicas. Ahora bien, no pueden ampararse como consumidores las personas jurídicas que tengan una facturación o activos que excedan los umbrales que de tiempo en tiempo fije la autoridad de aplicación (35).

(xix) La legislación de los Estados Unidos de América también merece un análisis especial, atendiendo a las particularidades del régimen federal de ese país. De hecho, existen numerosas normas que tratan el tema, no resulta sencillo encontrar una definición que satisfaga el trabajo aquí encarado. De hecho, la *Federal Trade Commission* (FTC) (36), contempla diversos supuestos, pero no advierto una definición unívoca más propia de nuestros sistemas jurídicos.

Ante ello, creo pertinente recurrir al *Massachusetts Consumer Protection Statute* que regula un bosquejo de definición de consumidor bastante enunciativa: " 1) Cualquier

(29) Art. 5.1. de la ley 453.

(30) Art. IV de la ley 29.571.

(31) *Ibidem*.

(32) Art. 2º Ley 2000-21.

(33) Art. 5º Ley 1,480.

(34) Art. 2º de la Ley Federal de Protección al Consumidor.

(35) Consumer Protection Act, 2008.

(36) "Unfair Trade Practices and Consumer Protection Cases and Comments", Ed. S. Chesterfield Oppenheim Glen E. Weston West Publishing Co.

persona que compre o arriende bienes, servicios o bienes, reales o personales, principalmente para uso personal, familiar o fines domésticos y, por lo tanto, sufre cualquier pérdida de dinero o propiedad, real o personal, como resultado del uso o el empleo por parte de otra persona de un acto o práctica desleal o engañosa declarado ilegal por la sección dos y por cualquier regla o reglamento emitido en virtud del párrafo (c) de dicha sección dos puede, como se indica más adelante, presentar una demanda ante el tribunal superior en equidad por daños y tales reparaciones equitativas, incluido un requerimiento judicial, según lo juzgue el tribunal como necesario y apropiado" (37).

El principio finalista se advierte también presente en la norma citada.

(xx) Australia tiene su Ley de consumo (ACL) que indica que una persona es un consumidor si adquiere bienes o servicios cuyo precio es inferior a 40.000 AUD. Una persona también es un "consumidor" si adquiere bienes o servicios que tienen un precio de más de 40,000 AUD, pero son de un tipo que normalmente se adquieren para uso o consumo personal, doméstico y proporciona el siguiente ejemplo: a La persona que adquiere un vehículo para uso en

(37) Traducción libre del siguiente texto: "[1] Any person who purchases or leases goods, services or property, real or personal primarily for personal, family or household purposes and thereby suffers any loss of money or property, real or personal, as a result of the use or employment by another person of an unfair or deceptive act or practice declared unlawful by section two and by any rule regulation issued under paragraph (c) of said section two may, as hereinafter provided, bring an action in the superior court in equity for damages and such equitable relief, including an injunction, as the court deems to be necessary and proper".

el transporte de mercancías en vía pública, independientemente de su precio, también se considera un consumidor para los fines de la ACL (38).

Del análisis realizado se desprende cierta coincidencia en que la adquisición de bienes o servicios con fines empresariales estarían excluidos. La diferencia principal radica en si se permite a las personas jurídicas ser consumidor y si las empresas pueden ser consumidores.

IV. Personas humanas y no empresas

A esta altura del análisis resulta inocultable que no me convence que una empresa o comerciante sea consumidor. Pero, ¿por qué?

En primer lugar, porque considero que la actividad comercial o empresarial dista notablemente de la consumeril. Quien arriesga capital para realizar un emprendimiento comercial, recurriendo o no a la figura de una entidad jurídica, considero que desarrolla una actividad de tipo profesional productiva que admite naturalmente asumir ciertos riesgos y comprende el conocimiento de ciertos elementos básicos para el desarrollo de su actividad, lo cual incluye, las adquisiciones de cualquier tipo como destinatario final.

Para abundar en este tema, repasemos algunos institutos del derecho consumeril y apliquémoslos a una típica operación de compraventa o locación de servicios por parte de una empresa como destinatario final. Volvamos, de modo ilustrativo, a los ejemplos comentados al inicio, tales como la adquisición de jabón por parte de una multinacional, como sería Ford Motors para el

(38) Capítulo 1 de la ACL.

uso como destinatario final de sus empleados. También pensemos en la adquisición de un *software* que puede también tener igual destino.

En esos supuestos si admitimos que Ford Motors es un consumidor y decide realizar esas operaciones de compraventa mediante un instrumento contractual, podría ser nula por ejemplo la muy habitual cláusula de prórroga de jurisdicción. En efecto, se aplicaría en favor de Ford Motors la res. 26/2003 de la Secretaría de Coordinación Técnica que impone como nula la cláusula que "disponga que las acciones judiciales puedan entablarse en jurisdicción distinta del lugar del domicilio del consumidor al tiempo de la celebración del contrato, excepto cuando se disponga que la acción se entable en el lugar del domicilio real del consumidor al tiempo en que aquella se inicie".

También sería nula otra cláusula bastante típica en ese tipo de contratos, como es la posibilidad de rescindir sin causa, con los alcances de la citada resolución. En efecto, esa resolución reputa nula las cláusulas que "autoricen al proveedor a rescindir sin causa el contrato, sin que medie incumplimiento del consumidor".

Tampoco el proveedor podría compensar deudas que tenga Ford Motors, dado que esa resolución también dispone que son nulas las cláusulas que "establezcan que cuando el consumidor se encuentre en mora, respecto de obligaciones previstas en el contrato, el proveedor pueda cancelar la misma por compensación con otras sumas que el consumidor hubiera suministrado al proveedor como consecuencia de otro contrato o de la provisión de otro producto o servicio, excepto cuando la compensación se encuentre autorizada por normas legales especiales, en cuyo caso el proveedor deberá informarlo al consumidor en el contrato".

En esta misma línea, entiendo que no pasaría un *test* de nulidad cualquier renuncia asumida por Ford Motors frente al proveedor, en particular las cláusulas que "excluyan o limiten la responsabilidad del proveedor, por los daños causados al consumidor por el producto adquirido o el servicio prestado y/o respecto de cualquier resarcimiento o reembolso legalmente exigible", conforme dispone la citada resolución mencionada.

De igual modo, podría limitarse la legalidad de las cartas reversales o sistemas de aceptación tácita para eludir el impuesto de sellos en la medida que "supediten la entrada en vigencia del contrato a un acto unilateral de aceptación por el proveedor mientras que la voluntad del consumidor haya quedado irrevocablemente expresada con anterioridad, salvo cuando se encuentre autorizado por normas legales especiales", conforme dispone la resolución.

Pero la citada resolución no es el único problema. Ford Motors podría demandar a toda la cadena de comercialización de esos productos invocando el art. 40 de la Ley de Defensa del Consumidor que dispone: "Si el daño al consumidor resulta del vicio o riesgo de la cosa o de la prestación del servicio, responderán el productor, el fabricante, el importador, el distribuidor, el proveedor, el vendedor y quien haya puesto su marca en la cosa o servicio. El transportista responderá por los daños ocasionados a la cosa con motivo o en ocasión del servicio".

También Ford Motors podría plantear la nulidad de la relación si el proveedor incumplió con los deberes de información que establece el art. 4º de la misma ley (39).

(39) El citado artículo dispone: "El proveedor está obligado a suministrar al consumidor en forma

Asimismo, sería irrenunciable para la citada empresa la garantía legal que contempla el Capítulo IV de la norma para cosas muebles no consumibles. Esto es, si incluso Ford Motors acordara como cambio de mejores condiciones comerciales asumir el riesgo de adquirir cosas muebles no consumibles sin garantía, esa cláusula sería nula.

La cantidad de ejemplos es inabarcable. Pero lo que estos, a mi modo de ver, demuestran es que no puede otorgarse el mismo nivel de protección a una empresa que a cualquier otro consumidor.

Creo que es desnaturalizar este régimen protectorio pretender conceder a la empresa, empresario o comerciante un nivel tan extremo de protección. Si bien la utilización como ejemplo de Ford Motors deja a las claras lo ridículo que es extender este régimen protectorio a una situación supongo impensada, también creo que estos ejemplos deberían servir para eliminar a la empresa de lleno como parte débil de la Ley de Defensa del Consumidor, ya sea una persona jurídica o no, adquiera bienes como destinatario final o no.

De igual modo, considero que esos ejemplos que, entiendo ponen en ridículo a todo el sistema consumeril en lo que este punto respecta, admite igual conclusión cuando se

cierta, clara y detallada todo lo relacionado con las características esenciales de los bienes y servicios que provee, y las condiciones de su comercialización. La información debe ser siempre gratuita para el consumidor y proporcionada en soporte físico, con claridad necesaria que permita su comprensión. Solo se podrá suplantar la comunicación en soporte físico si el consumidor o usuario optase de forma expresa por utilizar cualquier otro medio alternativo de comunicación que el proveedor ponga a disposición".

aplica a cualquier persona jurídica, sea que tenga actividad comercial o no.

Ello sin considerar, dado que es prematuro en tanto se trata de solo un proyecto de ley, al consumidor hipervulnerable.

Todo lo cual me lleva a proponer un sistema que destierre toda actividad comercial o empresaria del concepto de consumidor, así como también de toda persona jurídica. Creo que un sistema que siga más bien los lineamientos del régimen consumeril de Alemania se ajustaría más a la concepción natural que un sistema protectorio consumeril debe tener. Cabe recordar que ese régimen limita la noción de consumidor a personas físicas y dicha persona física se considerará un consumidor siempre y cuando "la transacción ejecutada no esté vinculada a su negocio o actividad profesional".

Esta postura que parece tan extrema frente al régimen que nos rige seguramente despertará detractores. Ese movimiento probablemente tenga como eje la siguiente afirmación: entonces la empresa, empresario, pyme, fundaciones, comerciantes quedan desamparados.

Ello no es así de modo alguno; tal como demostraré seguidamente.

V. El empresario está suficientemente protegido

Si el concepto de consumidor ya no contempla a las personas jurídicas o a quienes desarrollen actividades comerciales, ¿los dejamos en una situación de desamparo?

Ciertamente no.

Veamos algunos ejemplos. El régimen contractual, tras la irrupción del Código Civil y Comercial contempla tres categorías

de relaciones jurídicas contractuales; (i) los contratos paritarios; (ii) contratos de adhesión; y (iii) los contratos de consumo.

La última categoría quedaría descartada, dado que ya no serían consumidores los protagonistas contractuales.

La primera categoría (contratos paritarios) no debería despertar preocupaciones, dado que se trata de situaciones en las cuales ninguna de las partes prevalece sobre la otra, sino que estamos en presencia de contratos con cláusulas negociadas y no impuestas.

La segunda categoría (contratos de adhesión) que es "aquel mediante el cual uno de los contratantes adhiere a cláusulas generales predispuestas unilateralmente, por la otra parte o por un tercero, sin que el adherente haya participado en su redacción" (40), contempla un cuerpo protectorio similar al de los contratos de consumo.

En efecto, comencé este artículo destacando cómo el derecho de consumo había invadido otras áreas del derecho, al punto de teñir con sus conceptos situaciones jurídicas impensadas. Los contratos de adhesión constituyen un ejemplo típico.

Es así que el capítulo al respecto del Código contempla todo un menú de disposiciones que emparejan la situación contractual en favor de la parte supuestamente débil.

Por ejemplo, el art. 985 impone una serie de requisitos sobre su redacción exigiendo que las *cláusulas generales predispuestas deben ser comprensibles y autosuficientes*. Para luego agregar que *la redacción debe ser clara, completa y fácilmente legible*.

(40) Conforme definición del art. 984 del Cód. Civ. y Com.

Si eso no fuera suficiente, el mismo artículo impone que se tienen por no convenidas aquellas que efectúan un reenvío a textos o documentos que no se facilitan a la contraparte del predisponente, previa o simultáneamente a la conclusión del contrato.

Luego el Código dispone reglas de interpretación bastante precisas, al indicar en su art. 986 que en caso de incompatibilidad entre cláusulas generales y particulares, prevalecen estas últimas.

Como si eso no fuera suficiente, el art. 987 da un paso más y dispone que las cláusulas ambiguas predispuestas por una de las partes se interpretan en sentido contrario a la parte predisponente.

Todo ello para culminar con una serie de cláusulas que se eliminan de los contratos de adhesión. Es así que el art. 988 reputa como cláusulas abusivas y que se deben tener por no escritas a aquellas que

- a) Desnaturalizan las obligaciones del predisponente;
- b) Importan renuncia o restricción a los derechos del adherente, o amplían derechos del predisponente que resultan de normas supletorias;
- c) Por su contenido, redacción o presentación, no son razonablemente previsibles.

Aún es más, en los supuestos que el contrato de adhesión haya sido aprobado por una autoridad administrativa, ello no es óbice para su nulidad total o parcial. Es así que el art. 989 dispone: "La aprobación administrativa de las cláusulas generales no obsta a su control judicial. Cuando el juez declara la nulidad parcial del contrato, simultáneamente lo debe integrar,

si no puede subsistir sin comprometer su finalidad”.

Pero eso no es todo. Nuestro régimen legal ampara a las empresas y ciudadanos en general contra todo abuso de posición dominante que afecte o pueda afectar el interés económico general (41). Lo cual no solo habilita a la nulidad de la relación jurídica abusiva e imposición de graves multas, sino también a acciones de daños y perjuicios y multa civil (42).

Aun cuando el abuso no afecte el interés económico general, nuestro Código Civil ahora en su art. 11 asimila expresamente (43) el abuso de posición dominante al abuso de derecho (44).

Pero si todo lo dicho no resultaba suficiente, con el reciente dictado del decreto de Necesidad y Urgencia 274/2019 ahora hay una régimen normativo que pena la competencia desleal.

En carácter general ese Decreto tipifica que “constituye un acto de competencia desleal toda acción u omisión que, por medios indebidos, resulte objetivamente apta para afectar la posición competitiva de

una persona o el adecuado funcionamiento del proceso competitivo” (45).

Más allá de su deficiente redacción y dudosa constitucionalidad por lo abierto de los tipos (46) y su fuente no legal (47), luego el decreto enuncia una serie amplia de tipos en su art. 10 (48).

(45) Art. 9° del dec. 274/2019.

(46) Por ejemplo, ¿qué se entiende por “medios indebidos”?

(47) Contrariando el art. 99 inc. 3° de la CN.

(48) El art. 10 del decreto 274/2019 contempla los siguientes tipos de competencia desleal: “Se consideran actos de competencia desleal, los siguientes: a) Actos de engaño: Inducir a error sobre la existencia o naturaleza, modo de fabricación o distribución, características principales, pureza, mezcla, aptitud para el uso, calidad, cantidad, precio, condiciones de venta o compra, disponibilidad, resultados que pueden esperarse de su utilización y, en general, sobre los atributos, beneficios o condiciones que correspondan a los bienes y servicios. b) Actos de confusión: Inducir a error respecto del origen empresarial de la actividad, el establecimiento, los bienes o servicios propios, de manera tal que se considere que estos poseen un origen distinto al que les corresponde. c) Violación de normas: Valerse efectivamente de una ventaja significativa derivada de competir mediante el incumplimiento de normas legales. d) Abuso de situación de dependencia económica: Explotar la situación de dependencia económica en que pueda encontrarse una empresa cliente o proveedora que no disponga de una alternativa equivalente para el ejercicio de su actividad en el mercado. Esta situación se presumirá cuando un proveedor, además de los descuentos o condiciones habituales, deba conceder a su cliente, de forma regular, otras ventajas adicionales que no se conceden a compradores similares. e) Obtención indebida de condiciones comerciales: Se considerará desleal la obtención, bajo la amenaza de ruptura de las relaciones comerciales, de precios, condiciones de pago, modalidades de venta, pago de cargos adicionales y otras condiciones no recogidas en el acuerdo pactado o sin razones fundadas en los usos

(41) Conf. art. 1° de la ley 27.442 de Defensa de la Competencia.

(42) Ver ley 27.442, cap. IX.

(43) Digo expresamente porque, en mi opinión, siempre el abuso de posición dominante era un abuso de derecho. Ahora ello quedó claramente plasmado en el art. 11 del Cód. Civ. y Com.

(44) El art. 11 del Cód. Civ. y Com. dispone: “Abuso de posición dominante. Lo dispuesto en los arts. 9° y 10 se aplica cuando se abuse de una posición dominante en el mercado, sin perjuicio de las disposiciones específicas contempladas en leyes especiales”.

A todo evento, cabe destacar que esa caracterización típica no es taxativa para

y costumbres comerciales. f) Venta por debajo del costo: La venta por debajo del costo de fabricación o por debajo del precio de adquisición, cuando forme parte de una estrategia encaminada a dificultar la entrada al mercado o eliminar a un competidor del mercado. g) Explotación indebida de la reputación ajena: Realizar actos que aprovechen indebidamente la imagen, el crédito, la fama, el prestigio o la reputación empresarial o profesional que corresponde a otro, induciendo a confundir los propios bienes, servicios, actividades, signos distintivos o establecimientos con los de otro. h) Actos de imitación desleal: La imitación de bienes y servicios o iniciativas empresariales será considerada desleal cuando resulte idónea para generar confusión respecto de la procedencia de los bienes o servicios o comporte un aprovechamiento indebido de la reputación o el esfuerzo ajeno. i) Actos de denigración: Menoscar la imagen, el crédito, la fama, el prestigio o la reputación de otro competidor, a no ser que las aseveraciones sean exactas, pertinentes y verdaderas. j) Violación de secretos: Divulgar o explotar, sin autorización de su titular, secretos empresariales ajenos a los que se haya tenido acceso, legítimamente, pero con deber de reserva, o ilegítimamente. A estos fines, será considerada desleal la adquisición de secretos por medio de espionaje o procedimientos análogos, sin perjuicio de las sanciones que otras normas establezcan. Será preciso que la violación haya sido efectuada con ánimo de obtener provecho, propio o de un tercero, o de perjudicar al titular del secreto. A los fines de este supuesto, la aprobación del registro o de la autorización de comercialización establecida al amparo de los procedimientos de aprobación para productos similares establecidos en el art. 5º de la ley 24.766, por parte de la autoridad administrativa local, no se considerará un acto de competencia desleal. k) Inducción a la infracción contractual: Inducir a empleados, proveedores, clientes o demás obligados a infringir obligaciones contractuales contraídas con un competidor. l) Actos de discriminación: El tratamiento discriminatorio de compradores cuando el vendedor o distribuidor haya publicado una lista de precios, a no ser que medie causa justificada. m) La publicidad comparativa en infracción a lo dispuesto en el art. 15º.

el ámbito judicial (49), sino que constituye una mera enunciación, tal como lo hace saber el propio art. 10 del decreto 274/2019 que dispone: "La enumeración precedente es taxativa a los fines de la imposición de sanciones por parte de la Autoridad de Aplicación y enunciativa a los fines de la promoción de acciones judiciales por los afectados, en cuyo caso el juez podrá también aplicar la cláusula general establecida en el art. 9º de este Decreto, para los supuestos no previstos expresamente en este artículo".

Como vemos, sin ánimo de agotar nuestro régimen protectorio de la supuestamente parte débil de una relación comercial, la persona jurídica, empresario o comerciante no se encuentra desprotegido, sino que en muchos casos alcanza niveles protectorios propios del régimen consumeril.

Esto puede llevar tranquilidad a quienes pueda preocuparles la propuesta de modificación del régimen consumeril aquí esbozada.

VI. Conclusión: Eliminemos a la empresa y persona jurídica del régimen consumeril que igual quedan bien protegidos

Creo haber demostrado que resultará en muchos casos absurdo extender el régimen consumeril para proteger a empresarios, comerciantes y personas jurídicas.

Ello con el ánimo de realmente refinar el régimen protectorio de consumo en su recto y justo sentido, e inicial concepción.

En cualquier caso, ello no significa dejar desprotegidas esas categorías, sino que

(49) Solo es taxativa para el ámbito administrativo.

nuestro régimen legal protectorio es lo suficientemente amplio y evolucionado para contemplar y emparejar situaciones abusivas de lo más diversas.

Entonces, desterremos al régimen consumeril de contaminaciones extensivas, y concentrémonos en lo que realmente son vulnerables: los consumidores.