

XXII JORNADAS NACIONALES DERECHO CIVIL – CÓRDOBA 2009

COMISIÓN: “Derechos del consumidor. Incidencias de la reforma introducida por la Ley 26.361”

PONENCIA: “Perplejidades en torno a las definiciones del ámbito subjetivo de la relación de consumo”

AUTOR: Cristian Piris (Profesor Adjunto – Instituciones del Derecho Privado I – Universidad Nacional del Nordeste)

CONCLUSIONES:

La reforma introducida a la Ley de Defensa del Consumidor por la ley 26.361 vino a traer inconsistencias en las definiciones de consumidor y proveedor. Dicha ley, lejos de mejorar la redacción y ampliar el campo de aplicación de la 24.240, aporta confusión por la defectuosa técnica legislativa utilizada.

Reclamar buena técnica legislativa no es una cuestión derivada del purismo académico, sino que obedece a la posibilidad de que, en su defecto, se malogre el objetivo de una ley; en este caso, el de obtener una mayor y mejor protección del consumidor.

Los términos técnicos se elaboran para reducir la ambigüedad y vaguedad de los vocablos corrientes, pero no para crear un lenguaje críptico solo accesible para juristas y alejado de la comprensión del ciudadano común, a la sazón, destinatario de las previsiones normativas.

I. De lege lata:

1. En nuestro país cabe entenderse que la legislación en materia de defensa del consumidor constituye una reglamentación del precepto constitucional (art. 42). Por dicha razón, los conceptos de consumidor y proveedor deben construirse a partir de la noción de relación de consumo, en torno a la idea de sujetos estructuralmente fuertes y débiles desde el punto de vista negocial. La ley puede extender esta protección (caso del by stander), sin necesidad de incluir otros sujetos en el concepto, pero no resulta procedente reducirlo (caso del consumidor que contrata con un profesional liberal).

I. De lege ferenda:

1. Resulta conveniente modificar la LDC, en su artículo 1. En el caso que se busque a ampliar la defensa dispensada al consumidor a otros sujetos, corresponde hacer extensiva la protección y no ampliar el concepto de consumidor. En este sentido la fórmula utilizada por la Resolución 123/96 del GMC resulta una muestra a tomar en consideración.

2. La definición de proveedor hay que construirla sobre la base de lo opuesto al consumidor haciendo valer el presupuesto de sujeto fuerte en la relación negocial, sin excepciones ni limitaciones. Por ello deviene necesaria la modificación del artículo 2 de la LCD, eliminando la excepción de los profesionales liberales del ámbito de protección. Asimismo, debería reformarse el artículo 40, estableciendo que, para estos casos, el factor de atribución de responsabilidad será subjetivo, con inversión de la carga de la prueba.

FUNDAMENTOS DE LA PONENCIA

1. El término consumidor ha existido mucho antes de ser “tomado” por el Derecho; claramente no es una expresión creada por la ciencia jurídica aunque ésta pretenda re-significarlo, y por ello a manera de ilustración resulta conveniente pasar revista a diferentes definiciones, por ejemplo; el diccionario de la real academia española define consumidor como él que consume, y consumir como extinguir, destruir, o utilizar alguien comestibles u otros géneros para su sustento¹. Desde un punto de vista etimológico consumir proviene del latín *consumere* y significa extinguir, gastar cosas que se extinguen con el uso².

Desde el punto de vista económico se define consumo también como extinción, destrucción, o gasto. Para la economía política el consumo es la última etapa del proceso económico, a saber: producción, circulación y consumo. Toda la actividad humana está dirigida a la obtención de bienes que han de ser usados, directa o

¹ Real Academia Española. Diccionario de la lengua española. Madrid, 1984.

² García de Diego, Vicente. DICCIONARIO ETIMOLÓGICO ESPAÑOL E HISPÁNICO. SAETA. Madrid, 1954. Pág. 186.

indirectamente, en la satisfacción de necesidades. El consumo puede ser inmediato o lento. Por ejemplo, el consumo es inmediato en los casos de alimentos, y es lento en el caso del desgaste de las máquinas por el uso³.

Desde un punto de vista antropológico moderno el consumo puede analizarse desde dos perspectivas, como una forma de demanda que incide motivando la producción, o como el tramo final del proceso económico, como su objetivo y a la vez su terminación. Esta segunda perspectiva es la más difundida, y está estrechamente vinculada a la concepción del consumo como aniquilación de bienes y servicios a través de su utilización⁴.

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

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

2. En 1993 se aprueba la LDC, cuyos antecedentes se remontan a 1986 con el primer proyecto presentado en el Senado. En ese momento era muy claro que la defensa del consumidor se limitaba al contexto del contrato de consumo.

Pero un año después, la reforma constitucional que consagra los derechos del consumidor innova al introducir el concepto de relación de consumo, mucho más abarcativa y flexible que el contrato de consumo.

El contrato de consumo relaciona a consumidor y vendedor, quien puede ser o no fabricante. En cambio la relación de consumo vincula a consumidores con la cadena de producción, distribución y comercialización, y es indiferente al carácter oneroso o gratuito de esa vinculación siendo solo relevante el objeto de dicha relación.

Vale precisar que en las visiones económicas o antropológicas jamás se circunscribió el concepto de consumidor al de un contratante.

³ Bach, Juan René. ENCICLOPEDIA OMEBA DE CONTABILIDAD, ECONOMÍA, FINANZAS Y DIRECCIÓN DE EMPRESAS, s/p, T. 2. Omeba. Bs. As., 1967.

⁴ Narotzky, Susana. 2004. ANTROPOLOGÍA ECONÓMICA. NUEVAS TENDENCIAS. Melusina. Barcelona. Págs. 146-151.

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

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

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

La ley 26.361 no se restringe a los que contratan a título oneroso para consumo final. También incluye a los que contratan a título gratuito en todos los casos. Esto comprende a quien estaciona su automóvil en una cochera de supermercado cuando va a comprar allí ⁵ porque ese servicio no está dissociado del fin comercial, y ahora también cuando celebre contrato de consumo alguno.

Es razonable dar el tratamiento de proveedor a quien entrega bienes o servicios a título gratuito, en mira a una eventual contratación onerosa, dado que no está realizado una liberalidad sino una promoción. Pero hacerlo para quien dona sin intención de obtener un beneficio económico ulterior, es un exceso. En este supuesto no solo se le hace aplicable la normativa referida a información o responsabilidad, sino hasta los nuevos institutos de los daños punitivos, o lo referido a trato digno y equitativo.

Todo el Derecho del Consumidor está articulado sobre la lógica de equilibrar a las partes, poner igualdad en relaciones negociales que no son paritarias, es decir, proteger a la parte débil, y existiendo una entrega de bienes o prestación de servicio a título gratuito estaremos más cerca de una relación donante -beneficiario, que de proveedor-consumidor.

3. Desde la modificación de la LDC es consumidor todo aquel que finalice la circulación de bienes. Solo quedan excluidos aquellos que adquieren bienes para su reintroducción en el mercado. Y esto permanece así, porque no prosperó la iniciativa aprobada en Diputados de incluir como consumidores a las micro, pequeñas y medianas empresas. Debiera quedar claro que no es lógico pensar que un mismo sujeto pueda ser a la vez consumidor y proveedor. Una empresa puede ser consumidora, pero solo

⁵ Caso Rodríguez contra Supermercado Ekonos – Cámara Nacional Civil – Abril 2008.

cuando adquiere bienes o servicios sin intención de integrarlos en sus procesos económicos. Como mencionáramos, técnicamente, consumidor es quien extingue, destruye, degrada, por eso es siempre destinatario final de los bienes, no puede ser de otro modo. Si se quiere proteger a las empresas más débiles, la LDC no es la herramienta adecuada.

4. No obstante quedó vigente una disposición perturbadora “*se considera asimismo consumidor o usuario a quien, sin ser parte de una relación de consumo, como consecuencia o en ocasión de ella adquiere o utiliza bienes o servicios como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social, y a quien de cualquier manera está expuesto a una relación de consumo*”.

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

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

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

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

Cuando habla de un sujeto que no es consumidor pero se halla “expuesto” a una relación de consumo, uno puede imaginarse un transeúnte a quien le salta un vidrio de

una botella que estalla en la mesa de un bar ubicada en la vía pública. En el caso del sujeto “equiparado” la cosa es más difícil porque no es técnicamente consumidor directo, no es parte de la relación de consumo (como lo sería un acompañante en el caso de un contrato de peaje), pero es destinatario final de bienes y servicios (sería un no contratante, no perteneciente al grupo social o familiar del consumidor, pero destinatario final)⁶.

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

5. La nueva ley también es más abarcativa en lo que se refiere al objeto del consumo. No se limita a los bienes muebles (como era propia de la tradición que vinculaba al derecho del consumidor con el derecho comercial). Por el contrario se extiende sin límites sobre toda clase de bienes y servicios.

Como novedad es bueno tener presente que el contrato de locación de inmuebles se halla comprendido por la nueva LDC. Y por si hiciera falta se aclara que “*queda comprendida la adquisición de derechos en tiempos compartidos, clubes de campo, cementerios privados y figuras afines*”, en una enumeración innecesaria, producto de la ya señalada defectuosa técnica legislativa.

Esto trae algunas consecuencias. Ahora todo el comercio de inmuebles (tanto nuevos como usados) se halla bajo el amparo de la LDC, no obstante es cuestionable alguna imprecisión en la definición de proveedor, porque según la definición de la LDC quien compra un inmueble es consumidor, pero solamente si quien lo vende es proveedor. Por lo tanto hay que recurrir al art. 3 para tratar de resolver la situación.

6. En el ámbito del MERCOSUR la Resolución 123/96 del GMC ha definido consumidor en los siguientes términos: “*es toda persona física o jurídica que adquiere o utiliza productos o servicios como destinatario final en una relación de consumo o en función de ella.*

Equipárense a consumidores a las personas, determinables o no, expuestas a las relaciones de consumo.

⁶ Stiglitz y Pizarro entienden que puede tratarse del beneficiario de un seguro de vida. Cf. Stiglitz, Rubén y Pizarro, Ramón. “Reformas a la ley de defensa del consumidor”, La Ley del 16/03/2009.

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

Esta definición resulta preferible bajo todo punto de vista.

7. En lo que se refiere a la definición de proveedor o empresario el texto aprobado no ha sufrido modificaciones sustanciales a la disposición de la ley 24.240.

En el proyecto de Diputados se excluía la referencia a las personas “públicas”, lo cual hubiera significado un retroceso ya que se liberaría al Estado de las responsabilidades al no considerarlo un proveedor.

El proveedor será toda persona física o jurídica, pública o privada, que realice alguna de las actividades enunciadas, de modo profesional o aún ocasional, destinada a consumidores. La ocasionalidad, da la idea de cierta frecuencia, motivo por el cual no se halla incluido el sujeto aquel que vende alguna cosa usada, o el consumidor que revende bienes nuevos adquiridos en exceso.

Las actividades enunciadas son un poco más amplias que las contenidas en la LDC, y comprende a la producción, montaje, creación, construcción, transformación, importación, concesión de marca, distribución y comercialización de bienes y servicios. La inclusión de “concesión de marca” es discutible porque si ha querido referir a la licencia para el uso de marca, claramente no se refiere a una relación de consumo, ningún consumidor va a adquirir licencia de este tipo. Estimo que se refiere a quien concedió su marca, para inclusión en el producto y está establecido a los efectos de incluirlo en la cadena de responsabilidad.

Esta norma también resuelve en gran parte una situación generada por la resistencia de ciertos sujetos para no ser alcanzados por la LDC como ser las entidades financieras, de las aseguradoras, de las compañías de ahorro previo para fines determinados, de las prestatarias de servicios públicos, de medicina prepaga, y empresas de turismo, entre otras. Si bien la jurisprudencia se fue encargando de aportar claridad al respecto ahora queda fuera de discusión que están comprendidos en los alcances de la ley.

No debe pasarse por alto que el art. 1 de la LDC establecía que podían ser considerados consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas, siempre que no contraten para *"integrar los productos o servicios adquiridos a un proceso de producción o comercialización"*, y brindando mayor precisión el decreto reglamentario estrechó esa posibilidad respecto de aquellas últimas al afirmar 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 razón de ello sólo las personas jurídicas sin fines de lucro estarán en condiciones de ser consideradas consumidores. En este sentido, se ha seguido en líneas generales la orientación del Derecho europeo expresado en parte en las directivas y en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, aunque en el último tiempo parece haberse abierto una corriente de opinión, especialmente en Francia y España, en orden a reconocer que las personas jurídicas cuando actúan fuera de su actividad profesional, ajenos a su objeto social o giro comercial, deberían ser consideradas como consumidores.

8. Los servicios públicos están alcanzados, y van a convivir con las regulaciones específicas brindadas por los entes reguladores. Un tema candente era lo referido a las relaciones con empresas aéreas comerciales; en principio estaban incluidas en la nueva ley, pero fue el único artículo vetado por el Poder Ejecutivo Nacional, y por efecto de la “casualidad” meses después se re-nacionalizó la aerolíneas de bandera.

9. Es importante destacar que la LDC si bien exige la calificación de profesionalidad para definir al proveedor aclara que también están obligados a cumplir con las disposiciones de la misma quienes ocasionalmente realicen algunas de las actividades previstas en el art. 2.

Según Lorenzetti⁷ conviene poner de relieve que el surgimiento de la noción de “proveedor” o empresario es propio del derecho del consumidor. En el derecho privado se han usado tradicionalmente términos más específicos como el de comerciante, asegurador, y otros, pero la categoría que referimos alude a todo el sector oferente de productos y servicios, siempre que lo haga de una manera profesional y en una relación de consumo.

Algunos autores celebran esta situación porque implica la superación de la figura tradicional del comerciante. El nuevo concepto no solo abarca a este sino también a los industriales, importadores, agricultores, ganaderos, artesanos, y empresarios en general⁸,

⁷ Lorenzetti, Ricardo Luis. “La relación de consumo: conceptualización dogmática en base al derecho del área regional MERCOSUR”, en Rev. L.L. 1996-E. Pág. 1310.

⁸ Mosset Iturrapé, Jorge y Lorenzetti, Ricardo Luis. DEFENSA DEL CONSUMIDOR – LEY 24.240. Rubinzal – Culzoni. Santa Fe, 1994. Pág. 66-68.

siendo esto de fundamental importancia en lo que respecta al régimen de responsabilidad por daños.

En conclusión, en el plano subjetivo, tanto el sector público como privado pueden ser considerados proveedores, para ello deben realizar en el contexto de una relación de consumo, en principio de manera profesional, alguna de las siguientes actividades: Producción, Montaje, Creación seguida de ejecución, Construcción, Transformación, Importación, Distribución y comercialización de productos y/o servicios.

10. Permanece la exclusión de los profesionales liberales que requieran para su ejercicio título universitario y matrícula otorgada por colegios profesionales reconocidos oficialmente o autoridad facultada para ello. Aquí triunfó el *lobby* profesional, porque el proyecto original los incluía como proveedores, con la sola aclaración que en lo referido al art. 40 la atribución de responsabilidad era a título subjetivo, lo cual era por demás lógico porque no podría existir una responsabilidad objetiva por la prestación de servicios profesionales. No obstante la solidaridad permanecía, razón por la cual cualquier colaborador del profesional podría resultar afectado (por ejemplo, gestores, procuradores, instrumentistas, técnicos de laboratorio, etc.).

La LDC establecía que se aplicarían sus prescripciones a la publicidad que se hiciera de los servicios profesionales, lo cual se mantiene.

Según Lorenzetti⁹, el profesional liberal celebra una locación de servicios o de obra, pero no un contrato de consumo, por lo que justifica su exclusión de la categoría de proveedor. Pero independientemente de la existencia de un contrato de consumo, lo cual es francamente discutible, lo cierto es que igualmente existe una relación de consumo y relaciones asimétricas, por lo que la exclusión legal resulta inadmisibles.

En las XV Jornadas Nacionales de Derecho Civil se acordó que la exclusión del art. 2, última parte, referido a los servicios de los profesionales liberales, no se compadece con una democracia igualitaria y con el ejemplo que dichos profesionales deben brindar a la comunidad¹⁰. En similar sentido Benjamín considera que el contenido del Derecho del Consumidor es la relación jurídica de consumo, en cuyos extremos se hallan un profesional (proveedor) y un no-profesional (consumidor)¹¹. Entonces, siguiendo a este autor podemos afirmar que siempre que encontremos estos extremos deberíamos aplicar

⁹ Lorenzetti, Ricardo Luis. "La relación de consumo: conceptualización dogmática en base al derecho del área regional MERCOSUR", en *Rev. L.L. 1996-E-* 1309.

¹⁰ J.A. 1996-I-983.

¹¹ Benjamín, Antonio. "El Derecho del Consumidor" en *Rev. JA 1993-II*.

las normas de protección al consumidor, y sin lugar a dudas el abogado, médico, ingeniero, etc. es un profesional y su cliente un profano igualmente digno de protección jurídica que cualquier otro consumidor.

De todas formas la ley admite dos excepciones: la primera se configura cuando el profesional hace publicidad de sus servicios destinada a un grupo indeterminado de consumidores, y la segunda cuando desarrolla su actividad en forma de empresa, en cuyo caso se diluye la figura del profesional liberal para conformarse la del empresario-proveedor.

El Código del Consumidor de Brasil solamente realiza un distingo con relación a los profesionales liberales, los somete a un sistema de responsabilidad por daños basado en la culpa y no en un criterio objetivo de imputabilidad, como es la regla cuando se trata de empresas (art. 14 par. 4). Consideramos que esta definición resulta más adecuada que la prevista en nuestra legislación.-