

EL CONCEPTO DE CONSUMIDOR

Por *Ghunter Flass* (*)

SUMARIO: I.- Introducción. II.- La relación jurídica de consumo. La relación jurídica de consumo en el derecho positivo. La relación jurídica en general. La relación jurídica de consumo: Sus notas esenciales. Elementos de la relación jurídica de consumo. Definición de relación jurídica de consumo. III.- El consumidor. Un concepto problemático. Noción de consumidor en el derecho comparado. Análisis Comparativo. El consumidor en el derecho argentino. Problema: Conceptos diversos. La definición de consumidor en el texto originario de la ley 24.240. Evolución Jurisprudencial del concepto de consumidor. La reforma a la Ley de Defensa del consumidor. IV.- El consumidor por equiparación. La incorporación al derecho argentino. La definición legal. Crítica y propuesta. Denominación. Extensión de la tutela. Fundamento jurídico del vínculo entre bystander y proveedor. El Consumidor por equiparación en el derecho comparado. La evolución del concepto de en el derecho argentino. V.- Definición propuesta. VI.- El concepto de consumidor.



Artículo publicado bajo Licencia Creative Commons Atribución-No Comercial-Sin Derivar. ©
Universidad Católica de Córdoba

DOI [http://dx.doi.org/10.22529/adc.2017\(12\)01](http://dx.doi.org/10.22529/adc.2017(12)01)

(*) Vocal de la Cámara de Apelaciones Civil de Esquel. Profesor universitario en la Universidad Nacional de la Patagonia San Juan Bosco – sede Esquel.

I. Introducción

Una de las cuestiones que más inquietó a la doctrina consumerista, y seguramente seguirá haciéndolo, es la de determinar en qué condiciones y circunstancias una persona debe ser considerada consumidor y acceder así a la tutela. Decía Kennedy, en aquel célebre discurso considerado como el acto inaugural de nuestra disciplina, que “...*Todos somos consumidores...*” mas debo agregar “... *no siempre...*”. Establecer cuando y en qué condiciones asumimos dicho estado, es la finalidad del presente trabajo dejando en claro que no pretendo dar una solución acabada al tema sino abrir el debate sobre cuestión arduo conflictiva. En concreto abordaré el estudio de tres nociones que parecen fundamentales.

La primera de ellas es la de relación de consumo. Si decimos que, en ocasiones, todos somos consumidores, es ineludible determinar las características de esa circunstancia apta para hacernos merecedores de la tutela legal.

Seguidamente me propongo abordar el concepto mismo de consumidor, o, más precisamente, las distintas definiciones que de él encontramos en el derecho comparado y la doctrina intentando, por mi parte, una síntesis de ellas.

Por último voy a ocuparme de lo que en nuestro derecho se denomina consumidor por equiparación, es decir, aquellas personas que no reúnen todos los elementos exigidos por la ley para ser conceptualizados como consumidores, pero a quienes, el legislador, ha entendido necesario extender la tutela.

Debo dejar sentado, desde ya que tanto el consumidor propiamente dicho como el equiparado a tal concepto son consumidores. Una conceptualización dogmática debe resultar comprensiva de ambos a riesgo de resultar insuficiente. Solo razones históricas y metodológicas aconsejan un tratamiento discriminado de quienes participan de idéntica esencia, por eso voy a concluir el presente trabajo proponiendo un concepto dogmático que, tal como lo dije, ha de intentar ser omnicompreensivo.

II. La relación jurídica de consumo. La relación jurídica de consumo en el derecho positivo

La noción de relación jurídica de consumo ingresa en nuestro derecho positivo con la reforma de la Constitución Nacional de 1994. El artículo 42 reconoce el derecho de los ciudadanos a ser protegidos cuando se encuentran inmersos en una “relación de consumo”, superando así el elemento contractual que, hasta entonces, y por influencia del art. 1° de la Ley 24.240, había servido para delimitar la noción de consumidor.

Lo cierto es que la realidad había comenzado a mostrar la insuficiencia del contrato como criterio delimitador y mucho más aun el de contrato oneroso, al que, por ese entonces, refería la letra de la ley. Con él se privaba de tutela a sujetos que indudablemente la necesitaban, pensemos en aquel que es designado beneficiario adherente a un servicio de medicina prepaga. No contrató pero igual tiene derecho a que se cumpla, a su respecto, el contrato celebrado por el titular. Es así que mediante una interpretación integradora del nuevo texto constitucional, la doctrina propuso extender la tutela a quienes después se llamarían consumidores por equiparación. La fórmula fue la siguiente: Si bien estos sujetos no eran parte de un contrato de consumo, si lo eran de una “relación de consumo” y por imperio de la Constitución Nacional, debían ser amparados.

La reforma introducida por Ley 26.361 al estatuto consumerista produjo una sensible ampliación del ámbito subjetivo. Se incluye expresamente, y por primera vez, la noción de “consumidor por equiparación” que había ido desarrollando la doctrina. A partir de allí se disipa cualquier duda al respecto: Quienes obtienen el bien o servicio por un contrato gratuito o de un modo extracontractual, gozan igualmente de protección.

Lo natural, lo lógico, lo dogmáticamente aconsejable hubiera sido elaborar un nuevo concepto de consumidor omnicomprendivo tanto del consumidor propiamente dicho como del consumidor por equiparación. La tarea era relativamente fácil pues se contaba para ello con la noción de “relación jurídica de consumo” positivizada en la Constitución Nacional y desarrollada incipientemente por la doctrina. En síntesis, se habría podido decir, sin mayor complicación que consumidor era la parte débil de una relación de consumo.

Lamentablemente nuestros legisladores no siguieron ese camino. Por un lado mantuvieron el tradicional concepto de consumidor ligado al de contrato. Consumidor, propiamente

dicho, sigue siendo el que contrata, aunque la ley ya no lo diga expresamente. Paralelamente introdujeron la noción de “consumidor por equiparación” definiéndolo como aquel que, 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, y a quien de cualquier manera está expuesto a una relación de consumo” Por último, define a la relación de consumo como “el vínculo jurídico entre el proveedor y el consumidor o usuario”. El fárrago creado merece algunas reflexiones:

1) Decir que relación de consumo es la que se produce entre un consumidor y un proveedor es una petición de principios, una actitud tautológica que nada aporta. Una vieja regla de técnica legislativa aconseja no incluir definiciones en los cuerpos legales pero, si el legislador decide apartarse de ella, si opta por definir, al menos debe tratar de aportar algo, de decir algo útil. Sin dudas que el art. 3º no logra ese cometido.

2) Lamentablemente lo dicho no es el único inconveniente que acarreará la definición legal. La reforma de Ley 26.361 ha dejado subsistente la idea de que consumidor es quien contrata. Ciertamente que se eliminó la referencia al contrato oneroso contenida en la anterior redacción, pero ello no significa cambio sustancial alguno, tal como lo expondré a continuación.

Los demás sujetos a los cuales alcanza la tutela, aun sin contratar, no son consumidores propiamente dichos sino consumidores por equiparación, es decir aquellos que sin ser consumidores gozan en cierta medida de la protección propia de aquellos. Ahora bien, la relación entre un consumidor propiamente dicho y un proveedor, conforme lo expuesto anteriormente, solo puede traducirse en un contrato. La consecuencia es clara: En la letra de la ley, relación jurídica de consumo y contrato de consumo son la misma cosa.

La identificación entre contrato de consumo y relación jurídica de consumo se ve reforzada, también, por la definición legal de consumidor por equiparación ya que se entiende por tal a aquel que “Sin ser parte de una relación de consumo, como consecuencia o en ocasión de ella, adquiere o utiliza bienes o servicios como destinatario final...” La nota esencial del consumidor por equiparación es que no contrata, caso contrario sería un consumidor propiamente dicho. Entonces, si decimos que consumidor por equiparación es quien no es parte de una relación de consumo, estamos diciendo que consumidor por equiparación es quien no contrata, ergo contrato y relación de consumo son la misma cosa.

3) El legislador ha tirado por tierra toda la elaboración doctrinaria erigida sobre la noción de relación jurídica de consumo pero además ha creado dos denominaciones distintas para referirse a la misma cosa: Contrato y relación de consumo.

4) Los inconvenientes siguen... si consumidor por equiparación es el que, sin ser parte de un contrato (o relación de consumo, que en la letra de la ley es igual), adquiere o utiliza bienes o servicios como consecuencia o en ocasión de él y a quien de cualquier manera está expuesto a un contrato de consumo, el concepto o se reduce peligrosamente o se amplía a límites inimaginables. Todo dependerá de lo que se entienda por “consecuencias”, “circunstancias” o “exposición”.

Para resolver el dilema cuento con dos opciones: O acudo a la noción tradicional de efectos del contrato circunscribiendo los mismos a las partes contratantes (res inter alios acta). O recurro a la noción de relación de causalidad sin límite alguno, incluyendo a todo aquel que, aun remotamente se encuentra alcanzado por los efectos materiales de ese contrato. Esto último parece más acorde con el texto legal cuando dice “... quien de cualquier manera está expuesto...”. Veamos las consecuencias.

Si tomo la primer opción y circunscribo el concepto a quienes tradicionalmente se encuentran alcanzados por los efectos de contrato (es decir las partes o, en el mejor de los casos, el beneficiario de un contratos a favor de terceros), se verían completamente privados de tutela mucho de los sujetos necesitados de ella. Quien sufre un daño al pasear por un centro de compras sin haber comprado no sería consumidor por equiparación, pues ningún contrato ha celebrado él ni nadie que con él se relacione. No hay contrato alguno. Aquí el daño no deriva de los efectos de un contrato sino de una situación distinta. Lo mismo cabe respecto a aquel que solo padece una publicidad engañosa, abusiva, ofensiva etc. mas no llega a contratar.

Si tomo la segunda opción, abriría un abanico de posibilidades demasiado extenso y que, seguramente, no estuvo en las miras del legislador. Terminarían siendo consumidores por equiparación algunos sujetos que claramente entran dentro de la noción de proveedor. Me explico: Quien comete un ilícito de consumo lo hace para obtener mayores ganancias. Quien obtiene mayores ganancias puede excluir del mercado a sus competidores. De lo dicho se desprende que estos competidores sufren, aunque indirectamente, las consecuencias de ese contrato abusivo, “... de cualquier manera están expuestos...” a él. Es

más, dadas las implicancias macroeconómicas del consumo, es la sociedad en su conjunto quien sufre "... de cualquier manera..." las consecuencias del ilícito de consumo ¿Cualquier ciudadano es consumidor por equiparación? ¿Se ha creado acaso una acción popular?

Las consecuencias de una exégesis apegada a la letra de la ley, necesariamente desemboca en absurdo y resultan inaceptables.

Es labor del intérprete desentrañar la verdadera voluntad del legislador a fin de lograr una hermenéutica razonable. No se puede interpretar que se hayan creado dos nombres distintos para el mismo instituto. No se debe interpretar que se ha creado la noción de consumidor por equiparación para vaciarla, al instante, de contenido. No es lícito interpretar, por último, que el legislador diluyó inadvertidamente las diferencias entre consumidor y proveedor. Estamos forzados a reelaborar las definiciones contenidas en la ley, tratando de aportar, desde la dogmática jurídica, un poco de luz a tanta oscuridad.

La relación jurídica en general

Excede la finalidad del presente trabajo, un estudio pormenorizado del concepto de relación jurídica y los grandes debates que en torno a ella surgieron. Sin embargo es ineludible alguna referencia a fin de determinar si la relación de consumo puede ser calificada o no como una relación jurídica.

Quizás una de las definiciones más difundidas es la de Diez Picazo para quien relación jurídica es "Toda situación que, en la vida social, se establece entre dos personas como cauce idóneo para la realización de fines e intereses que son dignos y merecedores de tutela".

Como puede observarse, para Diez Picazo la nota esencial del concepto es que los fines e intereses perseguidos a través de la relación jurídica sean dignos de tutela.

Esta concepción merece algunos reparos. Existen relaciones captadas por el derecho (y por lo mismo calificables de "jurídicas") en las que los fines e intereses perseguidos, lejos de ser tutelables, resultan repudiados. Si una persona estafa a otra, la relación ha servido para un propósito espurio pero ello no es óbice para que el Derecho ponga sus ojos sobre ella.

Podría decirse que el fin lícito protegido es el interés de la víctima. Dicho en otras palabras, bastaría con que una de las partes persiga un fin lícito para que la relación sea

jurídica, pero esto tampoco es así. En el negocio fraudulento, ambas partes persiguen una finalidad contraria a derecho y no obstante han configurado una relación jurídica, al punto tal que, el negocio surte efectos entre ellas, aunque sea inoponible a terceros.

El Derecho del Consumo, surge precisamente al observar la frecuencia con que una de las partes de ciertas relaciones (el proveedor) abusaba de su posición dominante respecto a la otra (el consumidor). La finalidad perseguida por el primero, en una situación como la descrita, no puede considerarse “merecedora de tutela” por lo tanto, si nos ciñéramos a la letra de la definición propuesta, la relación de consumo no sería jurídica.

Entiendo que no es la licitud o ilicitud de los fines lo que torna jurídica a una relación sino la necesidad de que ella sea captada por el derecho. Voy a tratar de explicar el concepto.

Empíricamente percibimos que el hombre actúa, que esa actuación puede interferir directa o indirectamente en la vida de otros hombres. Surge entre ambos una relación. La mutua implicancia de dos sujetos (relación) puede permitir la actualización del valor justicia o por el contrario impedirlo. En ambos casos cobra interés para el Derecho que ejercerá una función de promoción, en el primero, y de disuasión para el segundo.

Desde que el Derecho ha puesto su mirada en la relación, la ha juridizado, la ha convertido en relación jurídica.

Se atribuye a Savigny el primer intento por tecnificar el concepto de relación jurídica (Rechtsverhältnis). Advierte el jurista alemán que el hombre está en el mundo exterior y que para él lo más importante es el contacto (Berührung) con otros hombres. Seguidamente advierte que no todas las relaciones entre los hombres necesitan ser determinadas por reglas de derecho. Habrá algunas que pertenecen enteramente al campo jurídico, como la propiedad, otras que no pertenecen en lo absoluto, como la amistad; y un tercer grupo que solo parcialmente interesa al mismo, como el matrimonio. En cuanto al fundamento por el cual el derecho se ocupa de unas y soslaya otras, entiende que es la necesidad o no de poner límites al espacio (Raum) de libertad de cada individuo, a fin de que no interfiera en el de otros. Concluye definiendo a la relación jurídica como “una conexión entre persona y persona determinada por una regla de derecho”

En líneas generales coincido con la definición propuesta, pero entiendo oportuno hacer algunas salvedades: Lo que hace jurídica a una relación no es que el Derecho la determine como tal. Dicho de otra forma, no interesa tanto si el derecho positivo declara o no como

jurídica a una relación sino mas bien si debería hacerlo o no. Lo que me interesa determinar es cuando una relación debe ser captada por el Derecho positivo juridizándola. En ciertas épocas el Derecho positivo reguló la relación del hombre con la divinidad (Inquisición) pero esta relación nunca es de naturaleza jurídica aunque la norma lo diga. También entiendo que la determinación del ámbito de libertad individual no es un fin en sí mismo sino un medio para actualizar el valor justicia. El derecho no distribuye potestades arbitrariamente sino solo en la medida en que los considera justo.

Por lo expuesto, prefiero definir a la relación jurídica como “La relación que se produce entre una persona o un grupo de personas con otra persona o grupos de personas y que es captada por el Derecho en su finalidad de actualizar la justicia”.

La relación jurídica de consumo: Sus notas esenciales

Hasta ahora hemos conseguido el género dentro del cual se inserta la especie que analizamos, pero para poder vislumbrar las notas esenciales de esta última, debemos repasar y observar el proceso de abstracción que nos ha llevado hasta ella.

En la realidad fenomenológica, encontramos lo que Larenz llama el “hecho bruto”, por ejemplo:

- 1-Una persona determinada capta un aviso publicitario emitido por otro, referido a un producto o servicio, toma conocimiento de la existencia o las características de dicho producto o servicio y siente la necesidad o el deseo de adquirirlo.
- 2-Alguien decide comprar un producto expuesto, al precio ofrecido y se enfrenta con la negativa del vendedor.
- 3-Un sujeto compra un determinado producto o adquiere un determinado servicio.
- 4-Alguien recibe un regalo destinado a promocionar un determinado bien.
- 5-Una persona decide utilizar su tiempo libre paseando por un centro de compras y utiliza las instalaciones dispuestas para tal fin por otro sujeto.
- 6- Otra persona recibe una extensión adicional de tarjeta de crédito cuyo titular es un pariente cercano.

En los “hechos brutos descriptos” ¿Hay relación? Sin dudas. El que encargó la publicidad, el oferente, el vendedor, el prestador del servicio, el propietario del centro de compras y el emisor de la tarjeta de crédito, se relacionan, directa o indirectamente con el espectador, el

recipiendario de la oferta indeterminada, el comprador, el locador del servicio, el paseante del centro de compras o el adherente a una extensión de tarjeta de crédito. ¿Es jurídica esta relación la relación? También he de contestar afirmativamente pues, existe la posibilidad de que en ellas se actualice el valor justicia o que esté ausente cuando debería ser actualizado. El derecho debe poner su mirada en ellas y efectivamente lo hace, dando nacimiento a algunas de las regulaciones de lo que conocemos como “Derecho del consumo”. ¿Es patrimonial? Si pues lo que está en juego, lo que puede ser afectado ante una posible ausencia del valor justicia, es el patrimonio de las personas. ¿Existen caracteres comunes que permitan considerarlas como una unidad distinta del resto? Dicho de otra forma ¿Es una especie propia y distinta? Trataré de averiguarlo.

Uno de los primeros criterios que se han utilizado para caracterizar a la relación jurídica de consumo es el de la “masividad”. Se trataría de relaciones destinadas a repetirse con cierta frecuencia e intensidad. Si bien esto es cierto en la mayoría de los casos, encontramos relaciones de consumo donde se encuentra ausente la nota de masividad. La oferta a destinatario determinado de una pieza única, puede constituir – igualmente- una relación de consumo sin que haya masividad alguna que pueda predicarse de ella. He de descartar el criterio de masividad como nota esencial.

También debo rechazar la idea de contrato. En algunos de los supuestos mencionados ella se encuentra totalmente ausente (Entre el emisor de la tarjeta de crédito y el beneficiario adherente, no hay contrato, tampoco lo hay entre el espectador de publicidad y quien ordenó emitirla, lo mismo puede predicarse de aquel a quien se le niega la venta en las condiciones ofrecidas ad incertam persona).

Ahora bien, ¿Cuáles son entonces los factores comunes a todas esas relaciones jurídicas, que permitirían encuadrarlas dentro de una misma especie y denominarlas genéricamente “relación jurídica de consumo”? Encuentro, al menos, los siguientes:

1-Una de las partes de la relación es débil. No se trata, ciertamente, de una debilidad ni física ni psicológica. La debilidad del consumidor es de otro orden. Se trata de una “hiposuficiencia negocial”, es una situación de inferioridad frente a aquel con quien va a negociar.

También debo decir que la debilidad negocial del consumidor es independiente de su situación patrimonial. Puede suceder, por ejemplo, que quien compra un producto sea más

solvente que quien lo vende ¿dejaría de haber por ello una relación de consumo? No. La hiposuficiencia del consumidor es de otro orden, surge por una desigualdad de conocimientos respecto a las características del producto o servicio, los modos de comercialización, los peligros que pueda implicar etc. El consumidor es débil porque resulta profano o lego respecto al negocio específico. El creciente desarrollo de las ciencias y las técnicas, han impulsado al hombre actual a profundizar cada vez más, en ámbitos del conocimiento cada vez más reducidos (especialización). Todos somos especialistas en lo que hace a nuestra profesión u oficio.

Cuando el lego o profano se enfrenta con el especialista en el ámbito de negociación que hace a la especialidad de este último, la debilidad de aquel es superlativa.

Conforme a lo dicho se puede hablar de una debilidad propia del consumidor a la que podríamos mentar como hiposuficiencia negocial gnoseológica, todo ello sin perjuicio de que, en ocasiones, se le sume una debilidad económica a la que, paralelamente, se podría denominar como hiposuficiencia negocial económica.

2- Frente ese débil negocial que describí anteriormente, se yergue una parte fuerte cuya fortaleza surge de su calidad de profesional en el objeto propio de la negociación, creándose así un campo propicio para que este abuse de aquel pues cuenta con el conocimiento del que la otra parte carece. Esta preeminencia puede ser denominada “hipersuficiencia negocial gnoseológica”.

3-El objeto de la relación es propio del ámbito de profesionalidad de la parte fuerte. Es más, bien puede afirmarse que la fortaleza y profesionalidad es solo predicable a ese objeto, al punto tal que si se lo cambiase o suprimiese se alteraría también la desproporción. El proveedor es tal, solo en la medida en que el objeto hace a su actividad productiva o de servicios, mientras que respecto a otros productos o servicios es igualmente débil que su contraparte. Vuelvo a lo dicho anteriormente. Todos somos proveedores o consumidores en distintas horas del día y aquí radica el principal inconveniente a la hora de definir al consumidor, pues no se trata de una categoría personal permanente, como puede ser la del trabajador, comerciante etc. sino de una meramente circunstancial y mutable.

4-El fuerte persigue un fin de lucro: El experto, profesional, proveedor, o como se quiera llamarlo, pretende obtener una ganancia económica de la relación. Puede suceder que el hecho aislado no evidencie con total claridad esta situación. Quien hace regalos

promocionales, provee una playa de estacionamiento gratis para sus clientes etc. perfecciona un contrato gratuito pero su finalidad última es claramente obtener un lucro con tal actitud. Por eso la distinción clásica entre contratos onerosos o gratuitos, pierde gran parte de su utilidad en nuestra materia y hace prever, para el futuro, la creación de un concepto de gratuidad y onerosidad propias del derecho del consumo.

Sería erróneo decir que la parte débil no persigue, a su vez, un fin de lucro. Puede que con ella busque obtener un ahorro o que trate de incorporar a su patrimonio un bien a precio menor que el corriente en plaza, todas finalidades, estas, evidentemente lucrativas. Lo indispensable es que no tenga como objetivo hacer circular el bien en el mercado ganando con la intermediación, que no pretenda incorporarlo a la producción de otro bien o prestación de otro servicio destinados, a su vez, al mercado, pues en dichos casos, es de presumir que cuenta con conocimientos suficientes o apropiados para tal actividad convirtiéndose así en profesional.

5-El ámbito en que se desarrolla la relación es el propio del mercado, entendiendo por tal a todo el sistema que permite articular el juego entre oferta y demanda.

Estoy en condiciones de afirmar que dentro de las relaciones jurídicas patrimoniales, existe una sub especie que puede calificarse como relación jurídica de consumo y cuyos rasgos más sobresalientes son la debilidad de una de las partes frente a la fortaleza de la otra; el fin de lucro perseguido por la parte fuerte; la vinculación entre el objeto de la relación y la profesionalidad del fuerte y la circunstancia de desarrollarse dentro del ámbito del mercado, sin que de modo alguno influya la existencia o no de un contrato o la masividad con que se produzcan.

Elementos de la relación jurídica de consumo

Resta por analizar los elementos de esta especie de relación jurídica:

a) Sujetos: En la relación de consumo encontramos dos “polos subjetivos” que pueden estar integrados por uno o más sujetos pero necesariamente habrá un “polo proveedor” y un “polo consumidor”. Es necesario aclarar que tal posición es meramente accidental y no responde a un status propio de la persona sino de las circunstancias en que se encuentra. El mismo individuo, en su vida diaria asume simultáneamente la calidad de proveedor de algunos bienes y servicios y de consumidor de otros.

Prefiero hablar de “polos” porque, en ocasiones, los sujetos de la relación de consumo no aparecen perfectamente. Así, tenemos por ejemplo frente al “hecho en bruto” de la publicidad, costará determinar quién es el consumidor y quien es el proveedor, sin embargo no quepan dudas que los hay: Por un lado está quien recibe el anuncio y por el otro quienes lo propalan u ordenan su propalación.

Considero necesario agregar, por último, que la nota esencial de ambos polos será la hiposuficiencia negocial gnoseológica en uno o la hipersuficiencia negocial gnoseológica en el otro.

b) Objeto: El objeto de la relación de consumo será, precisamente, el consumo actual o potencial de bienes o servicios. Ahora bien, la dificultad se presenta al momento de conceptualizar la noción de consumir. Para ello debo descartar la vieja idea de extinción material, pues no resulta útil para comprender el fenómeno que analizamos. Fulvio Santarelli aporta, con maestría, una visión tripartita del mercado que se desenvuelve en producción, comercialización y consumo. Las dos primeras se caracterizan por ser de índole profesional y se desenvuelven a través de estructuras empresariales (ya sean individuales o colectivas), que redundan en un profundo conocimiento al respecto. Por el contrario, la última tiende a la satisfacción directa de las necesidades y apetencias propias del individuo y está signada por la falta de conocimiento y, consecuentemente, la debilidad. Es más, el acto de consumo, desde el lado del consumidor, se caracteriza por una cierta nota de irracionalidad lo cual incrementa la debilidad. La comprensión profunda de este fenómeno excede el tema que me ocupa pero considero indispensable una breve referencia a la distinción entre la satisfacción de necesidades primarias y el mecanismo del deseo pues ello explicará esa nota de irracionalidad a la que me refiero.

Uno de los más importantes aportes de Lacán a la psicología son sus investigaciones sobre el mecanismo del deseo y la distinción con la necesidad.

La necesidad, tiene origen biológico y se satisface rápidamente con el objeto o acto requerido. Tenemos hambre, comemos y el hambre desaparece, tenemos sed bebemos y dejamos de padecerla, tenemos frío y nos abrigamos, tenemos sueño y dormimos etc.

El deseo por, el contrario, tiene origen psicológico y se traduce en una insatisfacción constante. Se desea un objeto, no para satisfacer una necesidad sino por la cuota de felicidad que, suponemos, ese objeto nos producirá. Al adquirirlo, advertimos que el efecto

buscado no se ha obtenido, que no somos más felices que antes e iniciamos una nueva búsqueda que fatalmente irá seguida de nuevos encantamientos y nuevas decepciones. Dice Risemberg: *“El sujeto consumidor irá fascinado detrás de un objeto-producto, soñando que el mismo le aportará la tan ansiada completud, un estado de total felicidad del que cree haber gozado alguna vez allá en su pasado infantil, ya tan lejano pero que nunca pudo olvidar. Probará con uno y con otro y al ver que no es ni uno ni otro seguirá desplazándose metonímicamente de marca en marca tras la supuesta esmeralda perdida. El límite no es el cielo, sino el bolsillo, el poder económico adquisitivo de cada quien”*.

Ciertamente que el fenómeno del deseo no es nuevo y existe desde que el hombre se elevó del estado de animalidad. Lo novedoso es el carácter científico con que hoy se estudia la cuestión, tomando conocimientos de otras ciencias humanas como la psicología social, el psicoanálisis, la antropología, la sociología etc. con vistas a incrementar la adquisición de productos o servicios. No se trata solo de mostrar el producto de la mejor manera posible, eso ya lo hacía el pequeño agricultor de la Edad Media cuando daba brillo a las frutas que vendería en el mercado, sino que se apunta a los “pliegues” más profundos de la psiquis explotando la desazón existencial del hombre moderno. Hoy estamos sometidos a un verdadero bombardeo de ofertas. Un consumidor que entra a un hipermercado puede encontrarse con 50.000 ofertas distintas y tendrá serias dificultades para orientarse, es frecuente ver a personas deambular por las “góndolas” sin encontrar aquello que han ido a buscar y atiborrándose de lo que no creían necesitar, pero que les han hecho desear. Nuestra era ha sido definida como “Iconósfera” es decir el dominio global de las imágenes

Por otro lado se han ideado amplios lugares de compra, con todos los atractivos que la arquitectura es capaz de conseguir, aislado de las inclemencias del clima, a una temperatura constante, protegidos por una estricta seguridad privada que evita la entrada a los “indeseables”, a los excluidos del mercado, cerrados en definitiva a la realidad que puede perturbar el éxtasis de las compras. Son esos “no lugares” atemporales: Los shopping centers.

A modo de conclusión, el concepto de consumo hoy exorbita ampliamente la adquisición de productos o servicios para abarcar un entramado de circunstancias (incentivadoras del mecanismo de deseo) que relacionan, de distinta manera, a distintos individuos, de allí que, para evitar equívocos, me refiero al consumo actual o potencial, pero en rigor de verdad se

trata de un solo fenómeno complejo que abarca no solo la adquisición de productos o servicios como destinatario final sino también el conjunto de mecanismos que tienden a tal fin.

c) Causa: La falta de comprensión respecto a la complejidad del fenómeno del consumo, su identificación con la simple adquisición de productos o servicios con destino a extraerlos del mercado, llevó al legislador argentino a identificar relación de consumo con contrato de consumo. Hoy sabemos que también hay relación de consumo entre quien ofrece un producto o servicio y el consumidor indeterminado al cual va dirigida dicha proposición, aun cuando no llegue a perfeccionarse el contrato; que entre el fabricante y el consumidor individual hay una relación de consumo aun sin haber celebrado ningún contrato. Podríamos seguir enumerando ejemplos hasta el cansancio, no obstante, lo útil es destacar que la causa de la relación de consumo puede ser: a) El contrato, ya sea gratuito u oneroso, b) los actos jurídicos unilaterales como por ejemplo la oferta e incluso c) los hechos jurídicos ya sean lícitos o ilícitos.

Definición de relación jurídica de consumo

Conforme a todo lo anteriormente expuesto se puede concluir diciendo que relación de consumo “Es la relación jurídica patrimonial que se produce en el ámbito del mercado y que vincula directa o indirectamente a una parte fuerte por su profesionalidad o experiencia en el objeto y circunstancias de la relación, con otra que es débil por ser profana y que tiene por objeto la adquisición de productos o la utilización de servicios, ya sea en forma actual o potencial”

III. El consumidor

Un concepto problemático

Tal como lo dije, uno de los grandes desafíos del Derecho del Consumo es la delimitación de su ámbito subjetivo, cuestión no exenta de grandes dificultades.

También dije anteriormente el consumidor, no es una categoría ontológica como la de trabajador, ciudadano, menor de edad etc., sino una condición circunstancial que de momentos asume la persona.

Por otro lado, no todos somos consumidores habituales y constantes. La realidad social muestra un creciente proceso de exclusión donde cada vez son más las personas que no tienen acceso al consumo o solo lo hacen en forma muy acotada. El consumo se ha convertido en la carta de ciudadanía de la sociedad contemporánea. Si no consumimos o mejor dicho, si solo lo hacemos para subsistir, quedamos al margen, pasamos a conformar la infra clase a la que alude Zigmund Baumann.

El consumidor es la parte débil de una relación intersubjetiva. Solo es consumidor quien se relaciona directa o indirectamente, actual o potencialmente con un proveedor. Ahora bien, esta última calidad, la de proveedor, resulta casi tan problemática como la primera.

Si recurriéramos a la naturaleza de los actos que realiza el consumidor y dijésemos que es tal quien celebra actos de consumo, solo habríamos prorrogado la cuestión hacia otro ámbito. Por otro lado, el acto de consumo, objetivamente visto, no es distinto que cualquiera de los negocios regulados por el derecho desde hace siglos. Será una compraventa, una locación de cosas, una locación de servicios etc. Sin por ello dejar de ser acto de consumo.

Ni siquiera la palabra consumo sirve de gran ayuda pues la tutela no puede limitarse al momento de consumir sino que ha de extenderse a una etapa anterior (adquisición del producto o servicio, ofertas, publicidad etc) y posterior (satisfacción de las expectativas creadas, inocuidad del producto o servicio etc.) incluso habrá supuestos donde el sujeto deberá ser tutelado independientemente de que consuma o no (quien pasea por un centro de compras sin comprar, quien estaciona su automóvil en el garaje reservado a clientes sin adquirir posteriormente ningún producto o servicio etc).

Los que tenemos acceso al consumo somos consumidores, pero no siempre. El cómo y el cuándo, será la cuestión que trataré de desentrañar

Noción de consumidor en el derecho comparado

Para encontrar un concepto de consumidor que trascienda a la norma positiva – labor irrenunciable de la dogmática jurídica - resulta útil analizar el derecho positivo, la doctrina y las decisiones jurisdiccionales de otros países, para ver como se solucionaron el problema, si lo hicieron, o, en caso contrario, buscando algunas directrices generales que aporten las coordenadas donde situar a nuestro objeto de estudio.

- *El Derecho Comunitario Europeo*: Las normas surgidas de la mancomunidad europea, se caracterizan por regular aisladamente los distintos supuestos de relaciones de consumo (utilización de tiempos compartidos, adquisición de productos elaborados, contratación de servicios turísticos etc.) sin estructurarlos en un cuerpo legislativo único que tenga por objeto la protección del consumidor en general. Las definiciones contenidas en estas normativas son acotadas a su exclusivo ámbito de regencia.

No obstante lo dicho, pueden encontrarse algunos textos aislados con cierta vocación de universalidad: La Propuesta Modificada de Directiva del Consejo Relativa a la Protección de los Consumidores en Materia de Contratos Negociados a Distancia, considera consumidor a *“Toda persona física cuya participación en las transacciones reguladas por la presente Directiva se pueda considerar ajena a su actividad profesional”*

La Carta de Protección de los Consumidores del Consejo de Europa, lo define como *“Persona física o jurídica a la que se proporcionan géneros y servicios para su uso privado”*.

El Convenio de Roma de 1980, sobre la ley aplicable a las obligaciones y contratos, se refiere al consumidor en su art. 5.1. cuando dice : *“Este convenio se aplicará a los contratos cuyo objeto recaiga sobre la provisión de bienes o servicios a una persona (el consumidor) con un fin que puede ser considerado ajeno a su comercio o profesión, o a los contratos para la provisión de un crédito para tal objeto”*.

Por último, el Primer Programa Preliminar de la Comunidad Económica Europea, define al consumidor como *“Persona involucrada en los diferentes aspectos de la vida que puedan afectarle directa o indirectamente...”*

Botana García, al referirse a este concepto, lo califica como definición abstracta de consumidor y dice que es adecuada, no para la atribución de derechos individuales, sino para expresar programas políticos de atención de todos los ciudadanos en cuanto consumidores. En realidad el párrafo citado no es una definición ni tampoco pretende serlo, el Consejo de la CEE, se está refiriendo a lo que en nuestra doctrina nacional, Pérez Bustamante llama Derecho Social del Consumo, es decir el estudio del derecho del consumo remitiéndolo a la atención conjunta de las circunstancias económicas, ecológicas, sociales y culturales.

Analizando las distintas definiciones citadas surge como factor común a todas ellas, la idea de un sujeto que contrata para su consumo o uso no profesional. Sin embargo hay cuestiones irresueltas que plantean rands interrogantes.

No hay consenso en cuanto a la posibilidad de considerar consumidor o no a las personas jurídicas.

Las decisiones de los órganos jurisdiccionales comunitarios muestran un comportamiento errático.

En el Leading “Idealservice vs. Cape et OMAI S.A” fallado el 22 de Noviembre de 2001., La CJCE hizo una interpretación restringida y literal del art. 2° inc. “b” DCE n° 13/93. Conforme al cual el consumidor es *“Toda persona física que reúne las condiciones enunciadas por esta disposición”*. En consecuencias, siendo la demandada Cape et OMAI S.A. una persona moral, no podía invocar a su favor la norma consumerista.

La hermenéutica del caso Idealservice puede hacerse extensiva a todas aquellas Directivas Comunitarias que definan al consumidor como “persona física”, pero ¿Qué pasa con aquellas Directivas o instrumentos comunitarios que no contengan expresamente esa exclusión. ¿Gozarán las personas morales de la tutela prevista en ellas?

La doctrina consideró injusto excluir de tutela a las personas morales sin fines de lucro. Podría darse la paradoja de que las organizaciones de consumidores - en tanto que personas morales - , no podrían hacer uso de las prerrogativas que la Convención de Bruselas para optar por la jurisdicción de su domicilio. Pareciera adecuado adoptar un criterio más amplio o sobre bases menos arbitrarias que la sola naturaleza física o moral del sujeto.

Con posterioridad, la CJCE en el leading “Océano” toma un nuevo parámetro: La desigualdad negocial y dice *“El sistema de protección creado por las directivas, se asienta en la idea de que el consumidor se encuentra en una situación de inferioridad respecto al profesional en lo que concierne tanto al poder de negociación como al nivel de información, situación que lo lleva a adherir a condiciones predispuestas por el profesional sin poder ejercer influencias sobre el contenido de los mismos”*.

Cuestión menos controvertida es la exclusión de quienes adquieren el bien o servicio para incorporarlo, aunque sea indirectamente a una actividad relacionada con su giro comercial. A este respecto, la CJCE entendió en el leadign “Di Pinto” que a los efectos de la Directiva 577/85 sobre venta domiciliaria, no puede ser considerado consumidor el comerciante que

ha sido contactado en su domicilio privado por una empresa que se encargaría de promocionar la venta de su fondo de comercio pues *“los actos preparatorios a la venta de un fondo de comercio, están ligados a la actividad profesional del comerciante y constituyen actos de gestión destinados a satisfacer finalidades distintas que las familiares y personales del comerciante”*. Igual postura se adoptó en el caso Dietzinger.

A modo de conclusión: El derecho comunitario europeo no cuenta con un concepto de consumidor genérico, observándose una dispersión caótica en cuestión tan importante como la determinación del ámbito subjetivo en que regirá la norma consumerista.

- *España*: el derecho español muestra la misma dispersión normativa que el derecho comunitario europeo. No existe en España un Código del Consumidor ni una ley que pretenda abarcar toda la regulación consumerista. La Ley General de Defensa del Consumidor (LGDC), tiene muy poco de general y solo se aboca a ciertos aspectos del Derecho del Consumo.

La Constitución española de 1978 parece aportar un concepto universal de consumidor que vendría a solucionar el caso reinante pero como bien dice Gimeno Fernández, su amplitud es tal que termina equiparándolo al de ciudadano o administrado, restándole así utilidad científica.

La ley 22/94 de responsabilidad civil por productos defectuosos, no define al consumidor pero establece como requisito para su regencia, que el producto se haya destinado objetivamente al uso o consumo privado y como tal haya sido utilizado.

La Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, (LGDCU n^a 26/84) dice que consumidores son las *“...personas físicas o jurídicas que adquieren, utilizan o disfrutan como destinatarios finales, bienes muebles o inmuebles, productos, servicios, actividades o funciones cualquiera que sea la naturaleza pública o privada individual o colectiva de quienes los producen, facilitan, suministran o expiden. No tendrán la consideración de consumidores o usuarios quienes sin constituirse en destinatarios finales, adquieran, almacenen, utilicen o consuman bienes o servicios, con el fin de integrarlos en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros”*. Pero, tal como lo dije, esta ley tiene muy poco de general, siendo su regencia acotada solo a algunos aspectos del consumo

Paralelamente, las distintas legislaciones autonómicas se han sentido inclinadas, a su vez, a hacer un aporte a la confusión general. Así, un empresario que adquiere máquinas expendedoras de alimentos para uso exclusivo de sus empleados (supuesto del caso “Idealservice”), será considerado consumidor en Cataluña, Galicia, Vascongada o Andalucía pero no en Valencia, Tampoco hay coincidencia en cuanto a la noción de proveedor, pues mientras la legislación catalana, exige “carácter empresarial”, la vasca y la andaluza no. En consecuencias, quien compre un mueble a su vecino, será consumidor o no según viva en Sevilla o Barcelona.

A excepción de Méndez Pinedo, quien intenta una definición única de consumidor cuando dice que: *“Habrá que considerar al consumidor como el consumidor final que adquiere bienes o servicios para su uso personal, no comercial ni profesional”*, la mayoría de la doctrina española, parece resignada a esta multiplicidad de conceptos, incluso algunos hasta la consideran conveniente. Botana García afirma que no es necesario disponer de una única definición legal sino que *“...los diferenciados propósitos de la legislación, exigen una concepción también diferenciada”*. Hubiera sido entonces, de buena técnica legislativa que las distintas normas consumeristas adoptaran una denominación propia de su ámbito para el sujeto tutelado (usuario, contratante débil, víctima etc), dejando a la doctrina la elaboración del concepto consumidor. Se podría haber actuado entonces al modo de la Directiva 94/47/CE sobre adquisición de tiempo compartido que si bien se refiere al consumidor, lo hace calificándolo como “el adquirente”.

La multiplicidad de conceptos y regímenes implica un inconveniente extra: Puede darse el caso de que una misma persona sea objeto de protección de dos o más normas y que estas tengan distinto grado de tutela ¿Cuáles de ellas aplicar? Algunos proponen recurrir al principio *“pro consumitore”* entendiendo que es facultad del consumidor elegir la norma que ha de ampararlo. Esto merece dos observaciones: Primero. La falta de claridad del derecho, afecta también al proveedor que no puede saber concretamente cuáles serán sus deberes y obligaciones con grave afectación para la seguridad jurídica. Segundo: La supuesta elección, presupone que el consumidor conoce la totalidad de normas aplicables a su caso y ello no deja de ser una falacia tanto en España como en Argentina, es más si el consumidor estuviera en posesión de tal conocimiento, dejaría (en una buena parte) de ser un hiposuficiente y la tutela se volvería vacua.

- *Alemania*: En Alemania, se produjo un proceso de incorporación del derecho del consumo dentro del Código Civil con tendencia a generalizarlo para alcanzar la protección del débil contractual en su totalidad.

El párrafo 13 del Código Civil Alemán (BGB), define al consumidor como *“Persona física que concluye un negocio jurídico cuya finalidad no se relaciona con su actividad profesional”*.

Lo primero que puede observarse es la exclusión expresa de las personas jurídicas, aun cuando no persiguen fin de lucro.

También llama la atención, en la definición alemana, la ausencia de toda referencia al consumo como acto tipificador.

La idea de “conclusión de un negocio jurídico”, parece dejar al margen a todos aquellos que en el derecho anglosajón se denominan bystander, es decir el consumidor por equiparación que no concluye ningún negocio jurídico sino que solo se presenta como expectante (caso de quien sufre daños al pasear por un centro de compras sin comprar, el simple espectador de un anuncio publicitario etc.). De hecho la doctrina alemana limita el concepto de consumidor por equiparación al “endverbraucher” (consumidor final) que es solo uno de los supuestos de consumidor por equiparación contemplados en nuestro derecho positivo nacional.

Concluyendo. Lo que realmente caracteriza al consumidor, en el derecho alemán, es su no profesionalidad, rasgo prácticamente universal y que se repite en casi todas las definiciones el derecho positivo comparado

- *Italia*: El art. 1469 bis del Código Civil italiano, define a la cláusula abusiva y establece que, en relación con el contrato, el consumidor es la persona física que adquiere para un ámbito extraño a la actividad empresarial o profesional eventualmente desarrollada .

Por su parte, la Ley General de Derechos de los Consumidores y Usuarios, sancionada el 2 de julio de 1998, define al consumidor y al usuario en su art. 2º, inc. 1 letra “a” diciendo que es *“La persona física que adquiere o utiliza un bien o un servicio para fines no referidos a una actividad eventualmente profesional o empresarial”*.

Comentando este artículo, concluye Zanellato que la definición italiana es, en ciertos aspectos, muy restrictiva y, en otros, excesivamente laxa.

Es restrictiva por que limita la noción de consumidor a las personas físicas. La doctrina italiana viene propiciando con énfasis la inclusión de las personas jurídicas sin fines de lucro (comunidades, los colegios etc.), existiendo algunas iniciativas parlamentarias a este respecto.

Es excesivamente laxa en cuanto incluye dentro de la noción de consumidor al usuario de un servicio público o privado lo cual, si bien es prácticamente una regla en el derecho europeo, resulta innovador en Italia donde la expresión consumidor no comprendía generalmente a la de usuario. El problema es que la expresión “servicio” no está definida normativamente con carácter general a diferencia de lo que ocurre con el concepto de “bienes” que según el artículo 810 del Código Civil italiano son *“las cosas que pueden constituirse en objeto de derecho”*. Serán la doctrina y la jurisprudencia los encargados verificar si el objeto de la relación es o no un servicio recurriendo para ello a las definiciones contenidas en las leyes especiales pero sobre todo en la noción de servicio expresada en la directiva comunitaria que comprende como tales a los servicios bancarios, inversión de valores mobiliarios, contratos de seguro etc.

- *Dinamarca*: El derecho danés sigue en líneas generales los criterios comunes de Europa para definir al consumidor, con la salvedad de que niega protección al sujeto en aquellos casos en que el productor tiene razones para creer que aquel está actuando de manera profesional. Mendez Pinedo, pone el ejemplo de quien compra una máquina de escribir para su uso personal pero ordena el producto mediante papel profesional o da su domicilio comercial. Se sostiene que en supuestos como los descritos, el proveedor no puede saber que está contratando con un consumidor y que, por ende, se encuentra obligado a cumplir con la normativa tutelar consumerista. Considero que el argumento parece otorgar excesiva importancia a la situación de imputación subjetiva del proveedor.

- *Bélgica*: La ley de Prácticas Comerciales, Información y Protección del consumidor, en su art. 1.7 dice: *“Consumidor es toda persona física o moral que adquiere o utiliza para fines excluyentes de todo carácter profesional, los productos o servicios puestos en el mercado”*

La legislación belga es una de las más avanzadas en la protección del consumidor aun dentro del ámbito europeo.

Lo primero que se observa en la definición transcripta es que, a diferencia de lo que ocurre en el derecho italiano y alemán, se incluye también dentro de la tutela, a las personas de existencia ideal. No obstante, la definición no distingue, entre las que actúan con fines de lucro y aquellas que persiguen objetivos altruistas.

- *Suecia*: La ley sueca de 1973, sobre ventas al consumidor, lo define como “persona privada que compra a un comerciante una mercadería principalmente destinada a su uso privado, y que, es vendida en el marco de la actividad profesional del comerciante”.

Llaman la atención algunos rasgos de la definición sueca. En primer lugar la reiterativa exclusión de las personas morales tan propia del derecho europeo. En segundo lugar solo se considera objeto de la relación de consumo a la compraventa de bienes, excluyendo todo el amplio espectro de situaciones distintas (locación de muebles, locación de servicios, derecho de multipropiedad, oferta, publicidad etc.).

Por último, identifica el concepto de proveedor con el de comerciante, exigiendo, además, que este último actúe dentro del marco de su giro comercial.

- *Portugal*: La ley portuguesa del 31 de Julio de 1996, define al consumidor utilizando el criterio de “uso no profesional” y exige siempre la profesionalidad del empresario, sin restringirla a los dominios del comercio o la industria. Así dice: “*Se considera consumidor a todo aquel a quien se le hayan suministrado bienes, prestado servicios o transmitido derechos, destinados a uso no profesional, por persona que ejerza con carácter profesional, una actividad económica, destinada a la obtención de beneficios.*”

- *Suiza*: La ley suiza de crédito al consumo, considera consumidor, solo a la persona física que toma un crédito para fines privados y siempre que lo obtenga de un profesional (vendedor, banco, prestador de servicios, sociedad de leasing, emisor de tarjeta de crédito etc.).

- *Francia*: Francia sancionó un Código del Consumo (Ley 93-949 del 26 de julio de 1993), que sin embargo, ya a primera vista, evidencia no ser mas que una yuxtaposición aleatoria de normas sin mayor pretensión de coordinación ni método. No es sorprendente, entonces, encontrar concepciones de consumidor divergentes dentro del mismo código.

Tratándose de venta de bienes y prestación de servicios a distancia, el artículo L121-21, considera consumidor solo a la persona física y excluye (artículo L121-22 inc. 4º) a las

actividades realizadas en el marco de una explotación agrícola, industrial, comercial o artesanal o de cualquier otra profesión.

En las disposiciones relativas al contrato de préstamo, se considera adquirente a toda persona que adquiera suscriba o pase un pedido pero se excluyen los préstamos concedidos a personas jurídicas de derecho público y los destinados a financiar una actividad profesional.

Fue la doctrina quien se encargó de intentar definiciones de carácter general, Así Bourgoigni dice que *“consumidor, en sentido jurídico es la persona que realiza un acto de consumo entendiendo por tal al acto jurídico (generalmente un contrato) que permite obtener un bien o un servicio, con el objetivo de satisfacer una necesidad personal o familiar”*. Señala que el consumidor *“es una persona física o moral que adquiere, posee o utiliza un bien o un servicio introducido en el centro del sistema económico por un profesional, sin perseguir ella misma la fabricación, transformación, distribución o prestación en el ámbito de un comercio o de una profesión.*

Advierte Zanellato que de esta forma queda excluido de la tutela el profesional que, en dimensión modesta o sin fuerza efectiva en el mercado, realiza por necesidad de su actividad profesional o comercial operaciones ligadas a su especialidad.

- *Malta*: En Malta, la Ley de Defensa del Consumidor de 1994, concebía al sujeto tutelable como todo individuo que, fuera del marco de su comercio o profesión, compraba o alquilaba bienes a un comerciante o contrataba los servicios de un comerciante mediante una remuneración o una recompensa. Al modificarse la ley, en 2000, se define al consumidor como *“todo individuo que dentro de las transacciones o de otras actividades regidas por la legislación sobre la consumición, actúa desde un punto que no está ligado a su comercio, sus asuntos o su profesión”*.

Es de destacar que en la reforma se ha dejado de lado el criterio de la onerosidad al que la anterior ley refería en forma estricta.

- *Derecho Comunitario del Mercosur*: Poco avanzó el Mercosur en su objetivo de armonizar los distintos derechos nacionales, sin embargo hay algunos textos referidos a la defensa del consumidor.

El Anexo I del Protocolo de Santa María dispone que el *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.*

Siguiendo una tendencia que es propia de los países de la región y a diferencia de lo que parece ocurrir en Europa, dentro del ámbito Mercosur se considera consumidor tanto a la persona física como a la jurídica.

Pareciera que la nota distintiva está dada por el consumo final de bienes o servicios.

El término adquisición da la idea de que consumidor es solo aquel que accede al producto o servicio a través de un contrato, ya sea oneroso o gratuito, celebrado o no con un proveedor, quedarían así excluidos algunos supuestos de consumidores por equiparación como el de quien sufre daños paseando por un centro de compras. No obstante el mayor socio comunitario, Brasil, otorga tutela expresa a estos supuestos y la Argentina, el segundo socio en envergadura, ha reformado recientemente su legislación en ese sentido. Todo ello nos lleva a presumir que los instrumentos comunitarios se encaminarán hacia el pleno reconocimiento del consumidor por equiparación.

Uno de los mayores desafíos a los que se enfrentaba la armonización de la legislación consumerista en el ámbito MERCOSUR, era la coordinación entre la postura Argentina, netamente finalista y la tendencia marcada en el derecho brasileño a extender la tutela a aquellos profesionales o empresarios que actúan en una dimensión modesta y sin verdadera fuerza en el mercado. Luego de la reciente reforma de la legislación Argentina, se ha ampliado el concepto de consumidor tornando muy auspiciosa la tarea comunitaria

- *Brasil*: El Código de Defensa del Consumidor del Brasil, (Ley n° 8078, art. 2°), dice, *Consumidor, es toda persona física o jurídica que adquiere o utiliza productos o servicios como destinatario final. Parágrafo único. Equipárese al consumidor, a las colectividades de personas, aunque indeterminables, que hayan intervenido en las relaciones de consumo.* La definición se completa con el art. 17° que equipara con el consumidor a todas las víctimas de los daños causados por productos o servicios y con el art. 29° que extiende el concepto de consumidor a toda persona expuesta a prácticas comerciales

Según Lima Marques, una de las principales ventajas de la definición contenida en el Código de Defensa del Consumidor brasileño, es haber superado la limitación, casi universal del concepto, al sujeto individual, permitiendo considerar consumidor también al

sujeto colectivo o difuso (la comunidad toda), a la víctima contratante y a la no contratante (bystanbder), al participante indirecto (por ejemplo el beneficiario de un contrato de seguro o del beneficiario adherente en un contrato de medicina prepaga) y en definitiva, a todo aquel que está expuesto prácticas comerciales, aun sin haber contratado (quien estaciona en un shopping center sin comprar o está expuesto a la publicidad de un producto que nunca adquirió).

Si bien lo dicho por Lima Marques es cierto, debo advertir que la extensión del concepto de consumidor no viene dada por la letra de la definición sino por normas que equiparan situaciones particulares. Dicho de otra forma, la víctima y el tercero no quedan incluidas en la definición de consumidor que hace la ley sino que son equiparados a sus efectos por otras normas (arts. 17° y 29°). Entonces, aunque en la práctica se logra una extensión adecuada, desde el punto de vista técnico, la definición resulta insuficiente.

La definición de consumidor contenida en el Código de Defensa del Consumidor, ha dado lugar en Brasil a la aparición de dos corrientes hermenéuticas:

Para los maximalistas, consumidor es el destinatario final del producto, es quien lo retira del mercado, lo utiliza y consume. Sostienen la conveniencia de abarcar todas las relaciones del mercado. Consideran que la definición de consumidor del CDC es puramente objetiva, en el sentido de que, para la norma, no interesa la finalidad perseguida por el sujeto, no importa si actúa o no con fin de lucro, basta con que excluya del mercado al producto o servicio para que sea considerado consumidor. Debo decir que la hermenéutica maximalista es la más apegada a la letra de la ley. El art. 2° solo considera como nota esencial del concepto, que la persona sea destinatario final y los maximalistas se apegan a ello.

Los finalistas, entienden que consumidor es el destinatario fáctico e económico del bien o servicio. No basta entonces con retirarlo de la cadena de producción, sino que también es necesaria la utilización para si o para su grupo familiar. Hacen una interpretación integradora. Sostienen que la tésis del Código de Defensa del Consumidor es proteger a un grupo social vulnerable: Los no profesionales y que esta finalidad no puede ser soslayada mediante una exégesis literal.

Debo decir, a modo de conclusión, que la existencia de estas dos corrientes, en apariencias irreconciliables, pone en evidencia las deficiencias técnicas de la definición. El único sentido que puede tener la inclusión de una definición en un cuerpo legal es el de aportar

claridad y estabilidad a los conceptos proveyendo así mayor seguridad jurídica. Sin dudas que el Código de Defensa del Consumidor no lo ha logrado pues en definitiva, la extensión de tutela a un caso particular dependerá de la corriente a la que adscriba el intérprete.

- *Uruguay*: El art. 2^a de la ley 17.189, 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*”

Se repite aquí la inclusión de las personas jurídicas que, tal como lo dije, y a diferencia de lo que ocurre en el derecho europeo, parece ser una constante de los países del Mercosur.

La norma se refiere a la adquisición de productos o servicios lo cual remonta a la idea de contrato pero agrega que tal adquisición puede deberse a una relación de consumo o “en función de ella”. Esta última expresión abre la posibilidad de considerar consumidor a aquel que no contrata directamente con el proveedor pero que se relaciona con él en virtud de un contrato potencial futuro (quien pasea por un centro de compras o es espectador de una publicidad) o través del contrato que celebra otro consumidor (el beneficiario de un contrato de seguro celebrado por un tercero, el adherente a una tarjeta de crédito o servicio de medicina pre paga etc.). La gran ventaja de la definición uruguaya es permitir que, por vía hermenéutica, pueda extenderse fácilmente la tutela al llamado consumidor por equiparación.

Por último aparece claro el requisito finalista impidiendo considerar consumidor a quien integra el bien o servicio a procesos de producción, transformación o comercialización, haciendo imposible la extensión de tutela a los pequeños comerciantes o pequeños productores, tal como viene ocurriendo en Brasil.

- *Paraguay*: La Ley Paraguaya de Defensa del Consumidor, dice en su artículo 4º: “*A los efectos de la presente ley, se entenderán 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*”.

La definición paraguaya es de gran amplitud y se acerca más al modelo brasileño pues la nota esencial del concepto de consumidor es el consumo final del bien o servicio.

La ley no limita su ámbito a la onerosidad ni al contrato, lo cual permitiría incluir a muchos de los llamados consumidores por equiparación, salvo al del espectador de publicidad que no parece tener cabida en su ámbito.

Por otra parte, no se exige profesionalidad en el proveedor. Considero que esto es erróneo. Si no hay profesionalidad en uno de los polos que integran la relación de consumo, desaparece la desproporción que amerita la tutela.

- *Chile:* La Ley 19.496, art. 1° dice que consumidores son las “*personas naturales o jurídicas que en virtud de cualquier acto jurídico oneroso, adquieran, utilicen o disfruten como destinatarios finales, bienes o servicios*”.

La ley chilena tiene la ventaja de extender el concepto mas allá de los límites del contrato para abarcar a todos los actos jurídicos, pero recurre al concepto de onerosidad, que parece superado en el ámbito americano y mediante él se excluyen la mayoría de los llamados consumidores por equiparación. Al igual que en el caso uruguayo, el espectador de avisos publicitarios no parece tener cabida dentro de la tutela legal.

- *Venezuela:* La ley de Defensa del Consumidor dice:

Art. 3°: A los efectos de esta ley se consideran consumidores como destinatarios finales, las personas naturales o jurídicas que adquieran, utilicen o disfruten a título oneroso, bienes o servicios, cualquiera sea la naturaleza, pública o privada, individual o colectiva, de quienes los produzcan, expidan, faciliten o suministren.

No tendrán el carácter de consumidores quienes, sin constituirse en destinatarios finales adquieran, almacenen, utilicen o consuman bienes y servicios con el fin de integrarlos en procesos de producción, transformación y comercialización

Sin perjuicio del tratamiento posterior que hace el articulado de la Ley de Defensa del Consumidor, la definición en si misma considerada, permite incluir las compras que se hacen a quien no es proveedor habitual del bien (“*cualquier naturaleza....*”) lo cual es erróneo ya que, tal como lo dije, no existiría allí la desproporción que justifica la tutela.

Por otro lado, no considero que sea óbice para la tipificación de consumidor, el hecho de que lo adquirido sea sometido a procesos de transformación. Mientras lo transformado siga excluido del tráfico comercial, el adquirente debe ser considerado consumidor. Pensemos que hay bienes cuya utilización exige cierto grado de transformación como por ejemplo alimentos crudos, lana para tejidos caseros, la leña o el gas que se usan para calefacción del

hogar etc. y ello no convierte al consumidor en un proveedor pues tal solución resultaría absurda.

- *El Salvador:* Art.6.- “Para los efectos de esta Ley, se entenderá por:
a) Consumidor o usuario: Toda persona natural o jurídica que adquiera, utilice, disfrute, o reciba bienes o servicios de cualquier naturaleza, resultado de una transacción comercial”

Considero injusto limitar el ámbito subjetivo al restringido marco de la transacción comercial. De esta forma quedan excluidos los llamados consumidores por equiparación cuya nota distintiva es, precisamente, el no haber celebrado transacción comercial alguna.

- *Bajo Canadá:* En el Bajo Canadá, se da una situación particular: Al dictarse la ley de defensa del consumidor, estaba vigente el Código Civil de 1866 que seguía los lineamientos del Código Napoleón aunque extremando la ideología liberal propia de aquel, al punto de que los principios de orden públicos limitativos de la autonomía de la voluntad, quedaban reducidos a prácticamente nada.

En 1991, se sanciona un nuevo Código Civil de inspiración completamente opuesta al anterior, dotado de una clara voluntad protectoria hacia el contratante débil. Se incluyeron así varias disposiciones de la Ley de Defensa del Consumidor lo que produjo un grave problema de armonización en una cuestión tan importante como la del ámbito subjetivo de la tutela.

La Ley Sobre Protección de los Consumidores de Québec, art. 1^a, dice que el consumidor es toda persona física quedando excluido de tal concepto, solo al comerciante en tanto que se procure un bien o servicio para los fines de su comercio

El Código Civil del Bajo Canadá, por su parte, dice en el art. 1384, que el consumidor es *una persona física que adquiere, alquila, toma en préstamo o se procura de cualquier otra manera, a los fines personales, familiares o domésticos, los bienes o servicios de otra parte, que ofrece tales bienes o servicios dentro del marco de la empresa que él explota.*

Vemos así que mientras en la Ley de Defensa del Consumidor, el proveedor será siempre un comerciante, en el Código Civil recurre al concepto más amplio de “empresario”, definido a su vez en el art. 1525 del mismo texto que extiende tal carácter no solo y que incluye tanto a comerciantes, artesanos, agricultores como a los profesionales regidos por el “Código de las Profesiones”.

La doctrina ha advertido la gran inconsistencia que implica contar con dos definiciones distintas. Así, para el Código Civil, por ejemplo, será consumidor quien contrate los servicios jurídicos de un abogado pero para la ley consumerista especial no. La situación ha llevado incluso a un proyecto de reforma de la Ley de Defensa del Consumidor, el año siguiente a la aparición del nuevo Código Civil, proyecto que a última hora el legislador decidió rechazar.

Entiendo que estas son las consecuencias de abandonar la buena técnica legislativa en aras a una mayor practicidad.

- *Estados Unidos*: La U.S. Electronic Signatures in Global and National Commerce Act, del año 2000 establece en su sección 106 que el consumidor es un individuo que obtiene, a través de una transacción, productos o servicios, los cuales son usados primariamente para un propósito personal, familiar o de su hogar

Lo primero que llama la atención es la referencia al “individuo”, por lo cual parecen quedar excluidas las personas jurídicas.

Conforme a la definición analizada, solo se es consumidor cuando se celebra una transacción. Quedan así excluidos muchos de los supuestos de consumidores por equiparación.

Por último la expresión “propósito personal, familiar o de su hogar” parece bastante ambigua ya que quien compra un producto para revenderlo haciendo de ello su profesión habitual, sin dudas que sigue un “propósito personal” pero no puede ser considerado consumidor.

- *Perú*: El Decreto legislativo 716, Ley de Protección al Consumidor, define al consumidor en el art. 3° cuando dice: “*Consumidores o usuarios – las personas naturales o jurídicas que adquieren, utilizan o disfrutan como destinatarios finales productos o servicios.*”

El texto del Decreto ley 716, es muy similar al art. 4ª de la Ley de Defensa del Consumidor del Paraguay, en consecuencia, remito a lo allí expresado.

- *Ecuador*: La Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, en su art. 2° define al consumidor como *toda persona natural o jurídica que como destinatario final, adquiere, utilice o disfrute bienes o servicios o reciba ofertas para ello. Cuando la presente ley mencione al consumidor, dicha denominación incluirá al usuario.*

Es este uno de los pocos textos que alude al receptor de publicidad y ello merece ser destacado.

Por otro lado, no se limita ni a lo contractual ni a lo oneroso, lo cual también es loable.

Sin embargo no exige condiciones especiales en el proveedor que permitan configurarlo como tal, y esto es erróneo, conforme lo llevo dicho.

Ley 7472 de Competencia y Defensa del Consumidor. Art. 2°. *Consumidor, toda persona física o entidad de hecho o de derecho que como destinatario final, adquiere, disfruta o utiliza los bienes o los servicios, o bien, recibe información o propuestas para ello. También se considera consumidor al pequeño industrial o artesano –en los términos definidos en el reglamento de esta ley- que adquiera productos terminados o insumos, para integrarlos en los procesos para producir, transformar, comercializar o prestar servicios a terceros.*

Al igual que la ley ecuatoriana, tiene la ventaja de incluir al receptor de publicidad.

Disiento con que la tutela propia de la ley consumerista deba extenderse al pequeño industrial y al artesano. He dicho anteriormente que el fundamento de la protección al consumidor es su hiposuficiencia negocial cognocitiva. y el industrial o artesano, por pequeños que fueran, tienen pleno conocimiento de su oficio o deberían tenerlo. Quizás padezcan una cierta debilidad negocial derivada de su situación económica frente a algún gran empresario pero esto no es materia propia del derecho del consumo sino del Derecho Civil o del Derecho Comercial, según el caso. Serán estas ramas del derecho las que deberán de buscar los medios para sortear la desigualdad llevando mas equidad a las relaciones que entran en su ámbito, pero la cuestión siempre resultará agena al Derecho del Consumo. Entiendo que es de estricta justicia tutelar al débil económico pero ello debe hacerse en forma distinta a la prevista para el consumidor pues de distinta naturaleza son ambas debilidades.

- *Ley Modelo de Consumers International: Art. 3°: para los efectos de la presente ley, se entenderá por:*

Consumidor: toda persona natural o jurídica, que adquiera, utilice o disfrute como destinatario final, bienes o servicios de cualquier naturaleza. Será asimismo considerado consumidor quien en razón de una eventual contratación a título oneroso, reciba a título gratuito bienes o servicios.

En esta definición no tiene ninguna cabida el llamado consumidor por equiparación. Tampoco se reconoce se requieren condiciones especiales en el proveedor. Ya me he referido anteriormente a estas cuestiones en párrafos anteriores a los cuales remito.

Análisis comparativo

Tal como lo dije anteriormente el estudio del derecho comparado es útil en la medida en que nos permita extraer líneas generales, tendencias, o principios sobre un determinado instituto. Es de rigor, entonces, hacer un análisis comparativo de todas ellas.

En todas las definiciones citadas subyace una idea: El consumidor es un sujeto que, en determinadas circunstancias, padece debilidad, haciéndose beneficiario de la tutela legal.

El problema radica en saber quién es ese sujeto, que tipo de debilidades padece, cuáles son las circunstancias en que se torna débil etc. En concreto ¿Deben considerarse consumidores a las personas jurídicas?; ¿Solo es consumidor quien contrata?; en este caso ¿El contrato debe ser oneroso o también puede ser gratuito?; ¿La presunción de hiposuficiencia será absoluta o relativa?; ¿Se requiere que el sujeto sea el destinatario final de los bienes y servicios?; ¿Podrá someter los bienes a ciertos procesos de transformación y, no obstante seguir siendo consumidor? Estos son algunos de los interrogantes que plantea en derecho comparado y que trataré de analizar a continuación:

1-Inclusión de las Personas Jurídicas:

Algunas definiciones limitan el concepto de consumidor a las personas físicas (Dir. 87/102 CE; 93/13 CE; 94/47 CE; Ley Suiza de Protección del Crédito; Leyes de defensa del Consumidor de Malta y Quebec), mientras que otras incluyen también a las personas jurídicas (Dir. 85/577 CE; 90/314; Leyes de Defensa del Consumidor de Portugal, Venezuela, Brasil, Chile, Perú, Ecuador, Costa Rica, Ley Modelo C.I. etc.).

Parece que a este respecto hay tendencias que podríamos llamar regionales, así los países europeos se inclinan, en su mayoría, a la exclusión de las personas jurídicas mientras que los latinoamericanos parecen partidarios de incluirlas.

Entiendo que la naturaleza del sujeto no debe ser, sin más, un parámetro absoluto para calificar o no al consumidor. Lo que amerita la tutela legal es la hiposuficiencia de una de las partes de la relación y que puede ser de distinta índole:

Hiposuficiencia negocial económica: Este modo de debilidad se produce cuando una de las partes indefectiblemente necesita contratar con otra para quien, ya sea por su poderío económico o por la pluralidad e intensidad de la demanda, la contratación, con ese sujeto en particular, parece meramente contingente.

En la actualidad los sujetos tienen necesidad, (o al menos sienten que la tienen), de adquirir ciertos productos o servicios. Ahora bien cuando esos productos o servicios son provistos por una mega empresa que celebra millones de contratos similares, la elección que ese sujeto aislado haga, le resulta completamente inocua pues la conclusión o no del contrato individual no alterará ni un ápice sus registros y porcentajes. Desde la ortodoxia liberal, suele decirse que el consumidor es el amo del mercado, que el elige productos y mediante esa elección decide que empresa triunfará y cual será condenada al fracaso. No deja de ser cierto, pero el consumidor concebido como una entidad abstracta no deja de ser una hipóstasis. Lo real, lo tangible, lo empíricamente existente, son los miles o millones de sujetos que diariamente contratan. El poder aislado de cada uno de ellos es nimio o directamente inexistente, de allí su debilidad.

Hiposuficiencia gnoseológica: El consumidor es débil porque es un lego que se enfrenta a un especialista o profesional en la materia que es propia de la especialidad o profesionalidad de este último. Puede que, a diferencia de lo que ocurre en el caso anterior, el proveedor tenga especial interés en celebrar el contrato individual o que, incluso, haya paridad económica entre ambos, pero esto último no altera la situación de debilidad, pues siempre habrá un profano frente a un especialista.

Esta última hiposuficiencia o debilidad es propia y privativa del consumidor. Es la que lo caracteriza y define como tal independientemente que se conjugue o no con la debilidad económica.

La persona jurídica, en ciertas circunstancias, puede ser hiposuficiente negocial económica, hiposuficiente negocial gnoseológica o ambas. Lo importantes será determinar en qué circunstancias ocurrirá esto y en cuáles no. Dicho de otra forma, hay que encontrar parámetros que nos permitan determinar cuando una persona jurídica puede ser considerada consumidor y cuando no, sin que se pueda descartar de plano el carácter de este por la sola naturaleza de aquella. Volveré sobre este punto al analizar el derecho positivo argentino

2-Presunción Absoluta de la Hiposuficiencia

Otra cuestión relacionada con la anterior es la de determinar si la hiposuficiencia aludida debe ser probada o podrá ser presumida, y, en este último caso, si la presunción será absoluta o relativa.

La abrumadora mayoría de definiciones presume la hiposuficiencia del consumidor en base a criterios objetivos, sin necesidad de que ella sea invocada o probada.

Esto también será tema de análisis al estudiar la definición de nuestra Ley de Defensa del Consumidor.

3-Limitación a lo contractual:

La tutela del consumidor no se circunscribe, (o no debería circunscribirse) solo al ámbito contractual. La mayoría de las legislaciones tienen normas que vigilan la publicidad y la oferta en sí mismas, independientemente de que se produzca o no una contratación futura. Se trata, en suma, de la protección a consumidores potenciales cuya calidad de tal puede actualizarse o no pero que igualmente reciben la tutela de la ley. Una definición para ser técnicamente correcta debe contemplar esta particularidad. Por eso resulta extraño que casi ninguna de las definiciones analizadas, aludan a este consumidor potencial al que igualmente resguardan. Constituyen loables excepciones a lo dicho:

a- La Ley de Malta puesto que en cuanto refiere a “otras actividades regidas por la legislación” permite enmarcar al consumidor potencial.

b- La ley de Costa Rica, en su definición, alude expresamente al receptor de información o propuestas y en este sentido es digna de ser imitada.

c-El Código de Defensa del Consumidor del Brasil, equipara con el consumidor a todas las personas físicas expuestas a las prácticas comerciales (art. 29), sin embargo su definición no lo hace, por ello merece las críticas aludidas anteriormente.

4-Onerosidad de la Contratación:

Cuando se limita el concepto de consumidor al de contratante, queda todavía por determinar si ese contrato será solamente oneroso o si también puede ser gratuito.

Algunas legislaciones exigen la onerosidad (Venezuela, Chile, etc.), mientras que para otras ello no es indispensable puesto que abarcan cualquier adquisición o utilización de bienes o

servicios sea cual fuere el carácter en que se hace (Dir. 85/577 CE, 87/102 CE; 93/13 CE; 94/47 CE; Convenio de Roma; Leyes de defensa del consumidor de España, país vasco, Andalucía, Cataluña, Valencia, Portugal, Malta, Quebec, Brasil, Perú, Costa Rica, Ecuador, Ley Modelo de C.I.) .

Si es un error limitar el concepto de consumidor al de contratante, mucho peor resulta exigir que el contrato sea oneroso. Quizás el único aserto del decreto que reglamentó a la ley 24.240 haya sido la extensión del concepto de consumidor al adquirente a título gratuito cuando lo dado sea en miras a una futura contratación onerosa (caso de muestras gratis, regalos promocionales etc.). No obstante, aun quedaban excluidos ciertos supuestos de sujetos igualmente necesitados de tutela como por ejemplo el invitado a una fiesta que se intoxica con los alimentos a consecuencias de la interrupción en la cadena de frío provocada por algunos de los proveedores. En el ejemplo descripto, la víctima no contrató con el proveedor ni recibió el producto con miras a una contratación onerosa futura y, por ello, no podría ser considerado consumidor.

Desde el otro extremo, tampoco sería conveniente la inclusión de cualquier contrato gratuito. No parece justo hacer responsable por la garantía de funcionamiento, a un comerciante que regaló un producto solo inspirado por la caridad y sin ninguna expectativa de contratación onerosa futura.

En conclusión, la gratuidad u onerosidad de los contratos no son parámetros que sirvan para definir al consumidor, por el contrario, lo que si cobra importancia, es el ánimo de lucro con que actúa el proveedor. También volveré sobre este aspecto al analizar la legislación argentina.

5-El destino Final:

Prácticamente todas las definiciones condicionan la calidad de consumidor al destino final de los bienes y servicios (excepción hecha de la Ley de Defensa del Consumidor de Costa Rica que permite considerar como tales a los pequeños industriales o artesanos) sin embargo varían en la consideración de lo que debe entenderse por tal. Al respecto pueden distinguirse dos grupos:

a- Algunas definiciones exigen que la finalidad perseguida al adquirir el bien o servicio sea totalmente ajena a una actividad comercial, productiva o de prestación de servicios, es el

caso de las Directivas comunitarias n°87/102, 85/577, 94/47 y de la Ley de Malta. La Ley de Defensa del Consumidor de Canadá, alude a “los fines de su comercio” y no especifica si se trata solo, del fin principal o de los accesorios. Así por ejemplo un comerciante que compra máquinas expendedoras para uso exclusivo de sus empleados (caso idealservice), está satisfaciendo un fin accesorio o mediato de su comercio mientras que el fin principal es el propio del giro comercial de que se trate.

b- Otras definiciones solo exigen un “destino final” (España, Cataluña, Galicia, Brasil, Chile, Perú, Ley Modelo de C.I.) y con este término solo se excluye a la reventa. En consecuencia, el mismo ejemplo citado anteriormente, es decir el del comerciante que compra máquinas expendedoras para uso exclusivo de sus empleados, sería un consumidor puesto que no utiliza lo comprado para revenderlo intacto o transformado. A estas alturas es bueno hacer una salvedad: Para el presente análisis solo he tomado en cuenta la definición de consumidor contenida en las distintas leyes, sin perjuicio de que otras disposiciones del mismo texto, limiten o amplíen dicho concepto.

El consumidor en el derecho argentino

Problema: Conceptos diversos

Nuestra Constitución Nacional, reconoce en su art. 42, los derechos de los consumidores y usuarios pero no los define, lo cual es lógico y técnicamente acertado.

A diferencia de lo que ocurre con el derecho comunitario y en España, Argentina tiene una ley de defensa de los consumidores con vocación de universalidad y que aspira a regular todos los aspectos posibles que puede presentar una relación de consumo. Esto parecería garantizar la uniformidad interna en el concepto de consumidor sin embargo, a poco que analicemos la totalidad de los instrumentos jurídicos aplicables vemos que no es así y el problema parece surgir, principalmente, de la identificación entre consumidor y usuario.

En nuestro derecho positivo la Ley 24.240 define conjuntamente a usuarios y consumidores pero, a la vez, los reglamentos de algunos servicios públicos también definen al usuario y es allí donde se producen las discrepancias normativas a las que aludí anteriormente.

La Ley de Defensa del Consumidor (ley 24.240) en su redacción originaria, contenía una definición restringida de consumidor y usuario (términos que equipara) y requería

básicamente: 1) Contratación a título oneroso y 2) Destino final, entendiéndose por tal el que no se relaciona en forma particular ni genérica con la venta o distribución de bienes o la prestación de servicios (Decreto Reglamentario).

Los marcos regulatorios de los distintos servicios públicos domiciliarios privatizados también definen al usuario y, en general, lo identifican con aquel que utiliza el servicio independientemente del destino que se da al mismo, a los sumo, distinguen categorías de usuarios pero como especies de un mismo y único género.

La ley 6608, que regula el servicio de energía eléctrica en la provincia de Tucumán, dice que usuario es “Toda persona física o jurídica que habite o esté establecida en el territorio de la provincia” (art. 47).

El RGCSBT (Reglamento General de Clientes del Servicio Básico Telefónico), no alude ni al consumidor ni al usuario, habla de “clientes” considerando tales a los que acceden al servicio por causas convencionales, judiciales o administrativas.

El reglamento del servicio de la distribuidora de gas Gasnor, también se refiere a “clientes” que son aquellos que usan el servicio, reservando la denominación de usuarios para quienes consuman más de 10.000 metros cúbico.

Puestos ante un caso concreto, nos enfrentaremos con la dificultad de saber si una persona es o no consumidor. Pensemos en el supuesto de alguien que usa el servicio de electricidad para su comercio, según la ley 24.240, en su redacción anterior, no debía ser considerado consumidor pues el servicio se relacionaba en forma particular con una actividad de distribución de bienes, pero el reglamento propio del servicio no contiene esta exclusión.

Para mayor complejidad, el art. 25 último párrafo de la Ley 24.240 en su anterior redacción, disponía que “los servicios públicos domiciliarios con legislación específica y cuya actuación sea controlada por los organismos que ella contempla, serán regidos por esas normas, aplicándose la presente ley supletoriamente”. Esto implicaba de plano la derogación del capítulo pues todos los servicios públicos domiciliarios, tenían regulación específica y estaban controlados por los organismos que ella contemplaba. No obstante lo dicho y ante el absurdo que implicaba incorporar a la norma un párrafo que derogaba a todo el capítulo, la doctrina fue elaborando distintas teorías tendientes a salvar el defecto. En general se admitía que la Ley de Defensa del Consumidor tenía plena vigencia en la

relación entre usuario y prestador de servicio público aunque no faltaron las opiniones y, lo que es más grave, los fallos jurisdiccionales divergentes.

No debe pensarse que se trata de una cuestión menor. Napoleón soñaba con reducir las leyes a simples demostraciones geométricas, para que quien supiese leer y ligar dos ideas, fuera capaz de entenderlas. Hoy reconocemos la imposibilidad de ello pero igualmente aspiramos a cierta claridad y coherencia normativa como garantía de seguridad jurídica.

En el sistema de la Ley 24.240 anterior a la reforma de 2008, la hermenéutica correcta, a mi entender, era la siguiente.

1-La ley 24.240, se aplica plenamente a todos aquellos que adquieran bienes o contraten servicios en las condiciones establecidas por esa norma, con la excepción de los usuarios de servicios públicos domiciliarios.

2-Los usuarios de servicios públicos domiciliarios cuya finalidad se relacione directa o indirectamente con la distribución de bienes o la prestación de servicios, se encontrarán amparados solamente por los respectivos reglamentos del servicio.

3-Los usuarios de servicios públicos domiciliarios cuya finalidad no se relacionen particular ni genéricamente con la prestación de servicios o distribución de bienes, contarán con la tutela de los reglamentos del servicio y subsidiariamente con la de la Ley de Defensa del Consumidor.

Conforme el principio de irretroactividad de las leyes, el sistema descripto será aplicable a todos los conflictos suscitados con anterioridad a la entrada en vigencia del nuevo texto legal.

La Ley 26.361 introduce importantes cambios en el sistema anteriormente descripto. En primer lugar modificó al artículo 25 declarando la aplicación conjunta de la norma propia del servicio y de la Ley de Defensa del Consumidor, prefiriendo aquella que sea más beneficiosa para el consumidor en el caso concreto. Se exorciza así cualquier duda respecto a la vigencia regencia y exigencia de la Ley de Defensa del Consumidor a las relaciones entabladas entre un usuario de servicio público domiciliario y la empresa prestadora del mismo. Por otro lado solo se exige que el bien o servicio sea adquirido con destino final.

En consecuencia el sistema actual es el siguiente:

Serán considerados consumidores y usuarios todos aquellos que utilicen el bien o el servicio con destino final, sin incorporarlo como insumo directo a otros bienes o servicios

en su carácter de proveedores. Si los marcos regulatorios de los distintos servicios públicos domiciliarios tuvieran una definición más restringida se aplicará la Ley 24.240 por ser más beneficiosa (principio de in dubio pro consumidor).

Cuando la persona física no pueda ser considerada consumidor en el molde del artículo 1° de la LDC, se estará a lo que disponga el marco regulatorio de cada servicio.

Cuando el reglamento del servicio estipule condiciones que superan la tutela de la L.D.C. el principio in dubio pro consumidor manda aplicar estas últimas aunque solo en la medida que otorgando mayores ventajas al sujeto débil.

La definición de consumidor en el texto originario de la ley 24.240.

La ley 24.240 en su redacción originaria decía: Artículo 1°: “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.”

No puede considerarse completa la definición sino con el aditamento del art. 2 de la Ley 24.240 en cuanto dice: “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.” . Por último, debe tenerse en cuenta el art. 1ª del decreto reglamentario 1789/94, en cuanto dice: “a) Serán considerados asimismo consumidores o usuarios quienes en función de una eventual contratación a título oneroso, reciban a título gratuito cosas o servicios (por ejemplo muestras gratis). c) Se entiende por nuevo el inmueble a construirse, en construcción o que nunca haya sido ocupado.

La primera objeción radica en el hecho mismo de incluir definiciones dentro de un texto legal. Definir es función propia de la doctrina, las conceptualizaciones subyacen en el texto de la norma, pero no deben aflorar. La ley regula conductas, no especifica conceptos.

Lamentablemente, el incluir una definición en el texto legal no fue el único error del legislador, siendo muchas las críticas que pueden hacerse tal como surgirá del análisis que haré seguidamente

Equiparación de los términos consumidor y usuario:

La ley, al definir, identifica los conceptos de consumidor y usuario pues el régimen protectorio que estructura, beneficia a ambos por igual. Técnicamente sería más adecuado definir separadamente a ambos conceptos pues se trata de sujetos distintos. No obstante, si se obuviera una definición de consumidor que por la amplitud de sus términos lograra abarcar también al usuario convirtiéndolo así en especie dentro de un género más amplio, ninguna objeción cabría.

Inclusión de la persona jurídica

La LDC extendía la tutela consumerista no solo a las personas físicas sino también a las jurídicas o morales, enrolándose así en lo que parece ser doctrina mayoritaria de los países latinoamericanos. Ya dije que la naturaleza física o moral del sujeto, no parecen notas esenciales a la hora de proveer protección y, en consecuencias, ningún motivo encuentro para excluir a estas últimas del concepto de consumidor.

Limitación a ciertos tipos contractuales de carácter oneroso

En el diseño de la Ley 24.240 solo era consumidor quien contrataba, debiendo además hacerlo a título oneroso.

El Ejecutivo Nacional advierte este error y, al reglamentar la ley, dice que “Serán considerados asimismo consumidores o usuarios quienes en función de una eventual contratación a título oneroso, reciban a título gratuito cosas o servicios”. No puede dudarse del aserto contenido en el decreto reglamentario pero lo cierto es que él plantea un problema aun mayor y es de los límites a la potestad reglamentaria. Considero que el decreto alteraba la letra de la ley exorbitando las facultades reglamentarias del Poder Ejecutivo Nacional.

He dicho ya que ni la onerosidad ni la gratuidad pueden ser criterios tipificantes de la noción de consumidor y me remito a lo expuesto.

Omisión del requisito de hiposuficiencia:

Tengo dicho que la hiposuficiencia negocial gnoseológica es lo que justifica la tutela al consumidor y he explicado, también los alcances de este término, debiendo solo agregar que el fin último de la norma consumerista es garantizar la plena autonomía de la voluntad,

evitando desequilibrios, que por su magnitud, habiliten la coacción o dirección del consentimiento ajeno por quien tiene el poderío para hacerlo.

La hiposuficiencia negocial gnoseológica, hace a la esencia del consumidor tipificándolo como tal, por eso no puede ser soslayada en la definición de aquel.

Exclusión de ciertos sujetos necesitados de tutela

La definición de consumidor, tal como está redactada, no permite extender la tutela al damnificado que no contrató con el proveedor y que hoy se llama “consumidor por equiparación”.

Ejemplo de lo dicho es el mero receptor de publicidad. Quien recibe un aviso publicitario no contrata y puede que nunca llegue a hacerlo, es un consumidor potencial pero no actual, sin embargo merece toda la tutela del derecho. Lo sorprendente es que, si bien el legislador lo excluye de la definición de consumidor, procede igualmente a tutelarlos prohibiendo la publicidad engañosa, conductista o abusiva. Hay aquí una importante contradicción, pues la ley de defensa del consumidor, estaría tutelando a quien no considera consumidor y ello plantea una serie de cuestionamientos ¿La demanda del mero receptor de publicidad, tramitará por la vía de conocimiento más abreviada?; ¿Se aplicará el art. 40 en cuando dispone la responsabilidad objetiva y solidaria?; ¿Está el mero receptor de publicidad legitimado para denunciar ante la autoridad de aplicación? Sin dudas que la respuesta a todas estas cuestiones es afirmativa pero surge entonces una nueva pregunta ¿Por qué no se lo incluyó en la definición? ¿Por qué se utilizó como criterio diferenciador el de contratante, si se tutelaban situaciones evidentemente extracontractuales?

Evolución jurisprudencial del concepto de consumidor

El concepto mismo de consumidor fue especialmente controvertido en el ámbito forense y hay numerosos fallos que tratan esta cuestión. La explicación a ello debe buscarse, quizás, en las particulares circunstancias que precedieron a la norma consumerista argentina.

Sorprende la indiferencia con que la sanción de la ley fue recibida por aquellos que deberían cumplirla (los grandes grupos empresarios, bancos, prestadoras de servicios públicos, aseguradoras etc.) sobre todo si se la contrasta con el fuerte “lobby” parlamentario visto tiempo después, cuando se sancionó la Ley de Tarjetas de Crédito.

Tanto de los debates parlamentarios como de las informaciones periodísticas de la época surge la idea generalizada de que se trataba de una ley para las pequeñas compras, para los negocios de menor cuantía, una norma, en definitiva, destinada a proteger al ama de casa en sus compras diarias.

Todo esto explica que, ante las primeras demandas intentadas, la estrategia procesal de los grandes grupos empresariales fue invocar, con distintos argumentos, la inaplicabilidad de la norma al caso concreto.

El consumidor de servicios bancarios:

Los primeros en recurrir al argumento mencionado, fueron las instituciones bancarias, basándose en dos principios: Primero, sostenían que el cliente bancario tenía características especiales, que eran personas pudientes e informadas, conocedoras del producto y del sistema y que, como tales, no necesitaban la tutela de la ley, en síntesis, negaban la hiposuficiencia de estos consumidores. Segundo, decían que la única autoridad de contralor de la actividad bancaria era el Banco Central de la República Argentina y que la actividad se encontraba ya ampliamente regulada, sin necesidad de aplicar la Ley de Defensa del Consumidor.

La respuesta de la jurisprudencia fue contundente, así se dijo: *“La cuenta corriente bancaria se encuentra comprendida dentro de los supuestos previstos por el art. 1° de la Ley 24.240 de defensa del consumidor, toda vez que la misma constituye un contrato de prestación de servicios a título oneroso, sin que resulte relevante para tal conclusión el carácter de entidad bancaria de la demandada.* (C. 1° Civ. y Com. de Mar del Plata, Sala II. Noviembre 20-997. Martinelli, José A. c. Banco del Buen Ayre. LLBA: 1998-511; ED 177-235”). *“Es que no cabe duda que estamos frente a un contrato de mutuo hipotecario, en el cual el acreedor es una institución bancaria. Ello, así resulta aplicable la ley de defensa del consumidor. Es que siui bien la ley 24.240 no hace mención expresa a las entidades bancarias o financieras (salvo en lo referente al crédito para el consumo), ha de considerarse que estas se encuentran abarcadas, ya que se trata de personas jurídicas a que refiere el art. 2°, pues en forma profesional los bancos prestan servicios a consumidores o usuarios y esos servicios no son de los expresamente excluidos del régimen tutelar que hoy en día tiene garantía constitucional”* (C. Civ. y Com. Rosario, Sala III. Febrero 28-997. Moriconi, Marcelo María y o. C. Banco Argencoop Coop. Ltda. S.

Demanda – causa 132/95 LL, diario del 26/3/99, p. 3. Idem J. I° Inst. Civ. y Com. VI Nom. Rosario. Agosto 8-999. Banco de Crédito Argentino S.A. c. Suarez Humberto y o. S. Ejecución Hipotecaria- Causa 551/96. Conf. cit. de Chapman, María Alejandra “Derecho del Consumidor” Jurídica Panamericana. Santa Fe 1999, pag. 33.)

“Teniendo en cuenta que el cliente de un banco es un consumidor, la ley 24.240 consagra la protección de sus intereses económicos, otorgando derecho a los usuarios o consumidores a ser informados adecuadamente, ello con explícita base constitucional (C.N. art. 42) de alcance operativo e inmediato principio de cumplimiento” (C. Comercial, Sala B. Mayo 24.999. Rey, Félix c. Banco Bansud S.A. s Sum. Conf. cit. de Chapman, María Alejandra “Derecho del Consumidor” Jurídica Panamericana. Santa Fé 1999, pag. 33).

El consumidor de servicios de medicina pre paga:

Con muy similares argumentos a los anteriores, las empresas de medicina prepaga, se consideraban también a sí mismas, excluidas del ámbito de la ley 24.240, hasta que la jurisprudencia despejó toda duda diciendo: *“El actor como consumidor del servicio de medicina prepaga, goza del derecho de asistencia médica para la protección de su salud, seguridad e intereses económicos, encontrándose amparado por el art. 42 de la Constitución Nacional”* (CNCom. Sala D. Noviembre 12-997. L, S.J. c. Novus Medicina Privada MedicheK S.A. LL 1999-A-482).

“El contrato que regula una prestación de servicios asistenciales médicos, trata de una relación de consumo entre un prestador y un consumidor final o usuario que adquiere esa prestación a título oneroso para beneficio propio. Se encuentra comprendido en el ámbito de aplicación de la Ley 24.240, cuyo objeto es la defensa de los consumidores o usuarios (conf. arts. 1 y 2). Dicho convenio es un contrato standard, predispuesto por condiciones generales a las que una de las partes tan solo adhiere sin negociar. El prestador agrega al servicio un valor que es una competencia específica de su área de conocimiento, razón por la cual – en doctrina- se lo considera como experto en relación a su contraparte, profano en la materia” (CNFed. Contenciosoadministrativo, Sala II, Octubre 8-996, medicus S.A. c. Secretaría de Comercio e Inversiones s. Res. DNCI n° 39/96 ED 171-199).

El consumidor de sistemas de tiempo compartido:

El auge en nuestro país, durante la década de los 90 del sistema llamado de multipropiedad o tiempo compartido, instaló la discusión respecto a si debía considerarse o no incluido dentro de las previsiones de la Ley 24.240 ya que el art. 1° de dicha norma, solo considera consumidor a quien adquiere un inmueble nuevo destinado a vivienda. En el tiempo compartido, no se adquiere en realidad la propiedad de la cosa sino solamente un derecho al uso temporáneo de ella y el inmueble, no necesariamente debe ser nuevo. Al respecto la jurisprudencia dijo: *“Cabe considerar que aun cuando es conocido el debate que existe en nuestra doctrina acerca de la naturaleza del instituto usualmente denominado “multipropiedad” o “tiempo compartido”, así como la ausencia de una normativa específica a él aplicable, este tribunal entiende que no resulta irrazonable, en el caso, la aplicación de las normas contenidas en la ley 24.240 a la relación trabada entre los denunciados y la aquí apelante. En efecto, si alguna duda pudiere haber en cuanto al ámbito de aplicación del citado cuerpo legal en virtud de lo normado en los incs. b) y c) de su artículo 1°, la latitud del art. 2°, viene a disiparla, por cuanto en él, se dispone que quedan obligados al cumplimiento de la 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”* (CNFed. Contenciosoadministrativo, Sala V. Noviembre 25-997. Mazzei Smurra y Asoc. S.A. c. Secretaría de Comercio e Inversiones s. Disp. DNCI n° 1.030/96 ED 178-106)

La empresa como consumidora:

En 1999, nuestra jurisprudencia tuvo oportunidad de fallar en un caso similar a “Idealservice”, y lo hizo en sentido contrario a la jurisprudencia europea, pues decidió que una empresa podía ser considerada como consumidor cuando contrataba una prestación cuyo objeto era ajeno a la actividad profesional de la misma. El caso era el siguiente:

Una empresa había tomado un seguro contra robos con la aseguradora “AGF” y paralelamente había contratado el servicio de vigilancia de “DETECT” pactando una cláusula limitativa de responsabilidad. Acaecido el siniestro (robo) “AGF” paga el seguro y se subroga en los derechos de la asegurada, iniciando acción contra “DETEC” por no haber

ejercido la vigilancia eficientemente e invocando la nulidad de la cláusula limitativa de responsabilidad en base a lo dispuesto por el art. 37 ley 24.240.

La demandada se opuso a la aplicación del art. N° 37 de la Ley 24.240, argumentando que la asegurada, por ser empresa, no revestía el carácter de consumidor.

El tribunal dijo: “... siendo la asegurada una empresa dedicada a la comercialización de computadoras, contrató el referido servicio con el fin de atender sus necesidades de protección, razón por la que el mismo no integra el proceso de comercialización de sus productos y servicios, sino que el asegurado fue un consumidor final que adquirió servicios sin intención de lucrar con su enajenación o ampliar un proceso de producción o comercialización destinado al mercado” (CCom., Sala B. Abril 30-999. AGF Argentina Cía. De Seguros c. Detect Argentina S.A. s. Ordinario. Conf. cit. de Chapman, María Alejandra “Derecho del Consumidor” Jurídica Panamericana. Santa Fé 1999, pag. 33).

Tiempo después se llegó a similares conclusiones en “Artemis c. Diyón”. “Artemis”, una compañía constructora había comprado el vehículo, objeto de la litis, a “Diyón S.A.” para transportar a sus empleados. En esa oportunidad el tribunal dijo “No resulta extremo controvertido, que la actora adquirió a título oneroso un automotor 0 Km. con la finalidad de utilizarlo en su propio beneficio, para satisfacer las necesidades de la empresa comercial; en particular la necesidad de traslado de su representante legal y del cuerpo de profesionales para la supervisión de las obras de ejecución. Es decir como consumidor o destinatario final del bien, sin el propósito de disponer de este, para a su vez integrarlo en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros. Este es el alcance protector que emana de los arts. 1° y 2° parr. 2° de la ley 24.240, que torna necesario armonizar la expresada finalidad con la calidad de destinatario final que ostenta Artemis S.A.” (CNCom., Sala A, 2001/11/21, LL 2001-B-839).

En conclusión, nuestros Tribunales lograron salvar muchos de los graves defectos que contenía el anterior artículo 1° de la LDC, así se extendió la tutela de la ley a aquellos servicios públicos que tenían una regulación especial, con entes de contralor específico, tales como bancos, empresas de medicina prepaga etc. El nivel cultural o económico, no fue óbice para la vigencia de la tutela consumeristas. Las empresas pudieron ser consideradas consumidores en tanto que adquieran bienes o servicios ajenos a de su giro comercial. El concepto de consumo final solo resultó excluyente de adquisiciones con

destino a la reventa o a la integración directa a procesos de producción. La intención de consumo final, era necesaria solo al comienzo de la contratación, resultando irrelevante que con posterioridad se destine el bien a una actividad lucrativa.

La reforma a la Ley de Defensa del Consumidor

El nuevo artículo 1° de la LDC dice: “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 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”.

Por su parte, el art. 2° agrega “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. Ante la presentación de denuncias, que no se vincularen con la publicidad de los servicios, presentadas por los usuarios y consumidores, la autoridad de aplicación de esta ley informará al denunciante sobre el ente que controle la respectiva matrícula a los efectos de su tramitación”.

Lamentablemente el legislador ha optado por mantener una definición de consumidor en el texto legal y, como ya lo dije mas arriba ello es inconveniente. Mi opinión no obedece a un “preciosismo jurídico” ni a una aspiración meramente estética, sino a estrictas razones prácticas. Se ha podido observar como la jurisprudencia fue ampliando los estrictos moldes contenidos en la redacción originaria del artículo 1° Ley 24.240 a fin de lograr la justicia del caso. Esto implica dos grandes inconvenientes: Primero, la bifurcación entre el derecho vivo y el derecho escrito, genera fatalmente inseguridad jurídica y hace que, ante un supuesto específico, no sepamos con certeza si el sujeto va a gozar o no de la tutela de la ley. Segundo, con la definición legal, se petrifica lo que debe ser dinámico y esa

petrificación se convierte en un muy pesado lastre para la evolución de la ciencia, pues por más valiente que sea el juez, se sentirá siempre constreñido a seguir la letra. Las necesidades de tutela varían con el tiempo y la ley debe ser lo suficientemente flexible como para adaptarse a esos cambios. Veamos un ejemplo: Hasta hace algunos años, el cliente bancario típico tenía características distintas a las actuales, su nivel económico era alto y generalmente conocía los pormenores de la actividad, que, a su vez, era mucho más simple y transparente. En tales condiciones, la necesidad de tutela era ínfima. Si la definición se hubiera realizado en esas épocas, seguramente se habría excluido al cliente bancario por no ser un hiposuficiente. Hoy la situación es completamente distinta, la generalización del uso de tarjetas de crédito y cheques, la complejidad de las operaciones, los avances técnicos que ponen al alcance de cualquiera, aparatos como los cajeros automáticos, la tan mentada “bancarización”, el pago de salarios a través de cuentas bancarias etc. cambiaron la configuración del cliente bancario tradicional. Hoy es un hiposuficiente susceptible de sufrir frecuentes abusos y, de hecho, se trata de una de las actividades más transgresoras a las normas consumeristas.

La circunstancia de que, por vía de la jurisprudencia, se haya ampliado enormemente el concepto de consumidor contenido en la anterior redacción del artículo 1° LDC, no desvanece el desacierto de definir legalmente. Bien puede aparecer, en el futuro, la necesidad de acotar el criterio o ampliarlo para incluir nuevas formas de desamparo hoy desconocidas.

Dicho lo precedente, corresponde analizar las principales características del nuevo texto.

Equiparación entre consumidor y usuario: Nuestra ley, tanto en su anterior como en su actual redacción equipara el concepto de consumidor y usuario siguiendo con ello una doctrina prácticamente aceptada en forma universal. Italia era uno de los pocos países que mantenía la distinción en su derecho, sin embargo la actual Ley General de Derechos de los Consumidores y Usuarios, sancionada el 2 de julio de 1998, define tanto al consumidor como al usuario en su art. 2°, inc. 1 letra “a” en forma uniforme.

Lo dicho no debe llevar a confundirnos y suponer que ambos términos son sinónimos, consumidor es quien adquiere una cosa y usuario quien utiliza un servicio. Ya dije que equiparar los dos conceptos es técnicamente erróneo sin perjuicio de que ambos precisen

igual nivel de tutela. Ahora bien, también dije que si se lograra una definición lo suficientemente amplia como convertir al usuario en una especie dentro del género “consumidor” ninguna objeción podría hacerse desde lo estrictamente técnico. Quedará a la doctrina y a la ciencia del derecho especificar las diferencias entre ambos pero la norma positiva debe resguardarlos por igual.

Inclusión de la Persona Jurídica: La nueva redacción del artículo 1º, al igual que el anterior texto incluye dentro del concepto de consumidor a las personas jurídicas, cuestión que “dividió las aguas” entre el derecho europeo y el latinoamericano. Ya expliqué anteriormente mi opinión en el sentido de que la persona jurídica no debe ser excluida de plano y a ello me remito, restando solo agregar que la tutela al consumidor, encuentra justificativo en la hiposuficiencia del sujeto, traducida en inferioridad negocial gnoseológica, sumada ocasionalmente a una hiposuficiencia negocial económica. La persona jurídica puede padecer tanto una como la otra, ergo, es susceptible de protección aunque con las siguientes salvedades:

Entre los objetivos implícitos de la norma consumerista, está lograr que el consentimiento, no solo sea informado sino también reflexivo, es decir que sea el resultado de un proceso de racionalización adecuado, por eso regula expresamente las técnicas de marketing directo (ventas domiciliarias, por correspondencia y otras), pues presume que en esos casos, el consumidor suele actuar irreflexivamente, de allí que le otorgue el derecho de retracto o arrepentimiento a fin de que deshaga el negocio en un tiempo más o menos breve en el cual, presume el derecho, podrá reflexionar convenientemente.

Ahora bien, una persona jurídica decide a través de sus órganos específicos. Así, si el órgano decisorio fuese colegiado y constara que la cuestión ha sido debatida y votada, mal podría hablarse de consentimiento irreflexivo. Lo mismo cabe tratándose de un órgano unipersonal, cuando este está a cargo de un profesional en la materia (gerente de compras), pues no sería adecuado presumir que él ha sido víctima de un marketing conductista, ya que su función profesional y específica es decidir que hace falta y que no.

Hay otros institutos como el deber de información, la prohibición de abusos negociales, el *in dubio pro consumidor* etc. Cuya aplicación a ciertas personas jurídicas se encuentra plenamente justificada.

La solución entonces no pasa por extender o no tutela a las personas jurídicas sino, en primer lugar por determinar a cuales personas jurídicas nos referimos, ya que no es lo mismo una microempresa que una multinacional. En segundo lugar habría que discriminar en cada caso cuales son los instrumentos legales que se deben aplicar a ellas y cuáles han de estar limitado solo a las personas físicas.

A modo de conclusión: La persona jurídica debe ser considerada consumidor pero siempre que se le dé un tratamiento diferencial acorde a su propia naturaleza.

Exorbitación de lo contractual: La ley en su anterior redacción limitaba la tutela a la celebración de cierto tipos de contratos (compraventa de muebles, locación de servicios y adquisición de inmueble nuevo destinado a vivienda) no se encontraba justificativo alguno que avale tal actitud y si observamos el derecho comparado, tampoco aparecían modelos de tales limitaciones.

Quedaban excluidos de la letra de la ley numerosos contratos que deberían ser considerados de consumo, tales como la venta de inmueble usado realizada por un corredor inmobiliario o la locación inmobiliaria cuando el locador es una empresa que hace de ello su objeto; el llamado tiempo compartido o multipropiedad etc. Lo cierto es que la jurisprudencia, en general fue extendiendo la tutela a todo tipo de contrato, dotando así a la ley, de una lógica no provista por el legislador, pero la solución distaba de ser definitiva y creaba un alto grado de inseguridad jurídica.

El nuevo texto ni contiene mención expresa al contrato, sin embargo, tal como lo dije anteriormente sigue subyaciendo la idea de que consumidor es quien contrata, pues quien sin contratar se hace merecedor de tutela, no es un consumidor propiamente dicho sino un “consumidor por equiparación”.

Exclusión del requisito de la onerosidad: El anterior texto del artículo 1º de la LDC exigía como requisito para ser considerado consumidor, que el bien o servicio hubiera sido obtenido onerosamente. Dicho así quedaba exonerado de cumplir la ley el proveedor que hubiera repartido muestras gratis del producto como parte de una campaña de marketing, de allí que el decreto reglamentario decidiera incluir expresamente el supuesto, aunque

incurriendo en inconstitucionalidad por exceso en sus funciones reglamentarias. El nuevo texto elimina lisa y llanamente el requisito de la onerosidad.

Omisión de la hiposuficiencia: He dicho también que una de las mayores críticas que podíamos hacer a la anterior definición de consumidor contenida en el texto originario del art. 1° LDC, era la ausencia de referencia a un requisito que considero esencial tal cual es la hiposuficiencia negocial. También he mencionado que esta hiposuficiencia no es solo económica sino principalmente gnoseológica. Lamentablemente el nuevo texto no avanzó a este respecto, no hay en él ninguna referencia a la necesaria debilidad que debe tener el consumidor para ser considerado tal.

Inclusión del consumidor por equiparación: Uno de los rasgos más positivos del nuevo art. 1° LDC es la inclusión del consumidor por equiparación. Respecto a él me referiré más adelante

La integración del bien o servicio en la actividad de prestación:

El art. 2° de la LDC en su anterior redacción, decía expresamente que “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”.

El decreto reglamentario (1798/1994) se encargaba de especificar aun más el concepto agregando 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 bienes, sea de manera genérica o específica”.

La reforma ha quitado este párrafo del anterior art. 2° y solo se refiere al destino del bien o servicio como una de las formas para calificar al consumidor por equiparación

Considero que la modificación es importante y produce una llamativa mutación en el sistema.

La exclusión de las profesiones liberales: A través del art. 2° se mantiene la exclusión de las profesiones liberales. No hay mayor justificativo para esto que no sea el fuerte “loby” llevado a cabo por los colegios profesionales argentinos. El paciente de un médico o el

cliente de un abogado, padecen idéntica hiposuficiencia que el usuario de servicios público o quien adquiere productos elaborados en grandes almacenes.

El contralor de la matrícula por parte de los colegios profesionales no ofrece una garantía estructural, más allá de que en la práctica actual los tribunales de ética profesional actúen con aceptable rigor, pues siempre se tratará del juicio de “sus pares”. En definitiva, con igual criterio se podría excluir a las aseguradoras o a las empresas de medicina prepaga por el solo hecho de tener un órgano de contralor. Peor aún si las distintas cámaras empresariales crearan tribunales de ética estrictos, sus asociados podrían reclamar también la exclusión.

El mencionado párrafo del art. 2° debe ser sometido a control de constitucionalidad para determinar si atenta o no contra la garantía de igualdad.

Inclusión expresa de tiempos compartidos, clubes de campo, cementerios privados y figuras afines.

Técnicamente no es correcto mentar en una definición a algunas de las especies que comprende el género definido.

No encuentro motivos de dudas respecto a que, quien contrata un servicio de tiempo compartido, cementerio privado o club de campo es consumidor conforme lo define la ley y nada agrega la especificación in fine pues, aun cuando el legislador no lo hubiera dicho, el sujeto débil se encontraría igualmente tutelado.

Ahora bien, tampoco puedo desconocer la importancia práctica de la inclusión a la hora de desalentar estrategias procesales exclusionistas.

En conclusión: A pesar de los errores que pueden encontrarse y que he puntualizado anteriormente, el balance final, al comprar el nuevo texto con el anterior, solo puede ser positivo

IV. El consumidor por equiparación

La incorporación al derecho argentino

En el sistema originario de la Ley 24.240, solo podía ser considerado consumidor el que contrataba a título oneroso, o, a lo sumo quien recibía a título gratuito cosas o servicios en

función de una potencial contratación onerosa (conforme al agregado del decreto reglamentario n° 1798/94).

La realidad diaria demostró que a menudo, el bien o el servicio era consumido, por quien no había celebrado contrato a título oneroso, ni había recibido una liberalidad promocional. Estos sujetos resultaban igualmente necesitados de tutela pero la norma los excluía. Veamos algunos ejemplos: El convidado a una fiesta que toma los alimentos ofrecidos por el anfitrión; el invitado a realizar un viaje contratado y pagado por otro; aquel a quien el titular de un “tiempo compartido” se lo ha prestado momentáneamente; el adherente de tarjeta de crédito o empresa de medicina prepaga; el que pasea por un centro de compras sin adquirir producto alguno etc.

Ya el derecho brasileño había incorporado el instituto del bystander, a quien equiparaba con el consumidor propiamente dicho. En nuestro derecho nacional, la claridad del artículo 1° Ley 24.240 impedía cualquier avance pretoriano a su respecto. No obstante, para intentar ampliar el acotado ámbito subjetivo de la ley, cierta jurisprudencia recurrió a la noción de relación de consumo introducida por la reforma constitucional de 1994 en el art. 42.

La Ley 26.361 ha eliminado el requisito de la onerosidad y ha incorporado un segundo párrafo al art. 1° según el cual: “...*Se considera asimismo consumidor o usuario a quien, sin ser parte en una relación de consumo, como consecuencia o en función 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*”. Seguramente que la redacción legal es pasible de críticas, pero servirá para extender la tutela a quienes seguramente se encuentran necesitados de ella. Lo cierto es que estamos ante un instituto novedoso que viene a alterar conceptos tradicionales del Derecho Civil, tales como el de sujetos de las obligaciones, efectos restringidos de los contratos, terceros etc. Todo ello amerita su estudio.

La definición legal. Crítica y propuesta

Comienza diciendo el texto legal que el consumidor por equiparación no es parte de una relación de consumo.

Es evidente que legislador confundió relación de consumo con contrato de consumo.

La relación de consumo es el vínculo que liga a un proveedor con una persona a quien se reputa necesitada de tutela y que reconoce como fuente a cualquiera de los hechos que la ley considera aptos para tal fin.

El contrato de consumo, precisa, como todo contrato, de un acuerdo de partes en torno a una voluntad común.

El concepto de relación de consumo es más amplio, constituye un género del cual el contrato es la especie.

En definitiva, aun cuando el consumidor por equiparación no es parte de un contrato, si lo es de una relación de consumo y en su virtud merece tutela.

Sigue diciendo el legislador que el consumidor por equiparación, adquiere o utiliza servicios como destinatario final a consecuencia o en función de una relación de consumo, lo cual es acertado, pero incluye, además, a quienes *“de cualquier manera se encuentran expuestos a una relación de consumo”*. Esto es excesivo. Pensemos en un ejemplo: Si un peatón es atropellado por un automotor cuyo conductor ha perdido el dominio a consecuencia de un vicio de fabricación, debería, según el texto de la ley, ser a su vez considerado consumidor pues se ha visto expuesto a una “relación de consumo” (la que existía entre el propietario del automóvil y aquel quien se lo vendió o quien lo fabricó). También he dicho que el competidor e, incluso, la sociedad toda se ven afectados por las consecuencias de un ilícito de consumo. El artículo no puede ser interpretado literalmente pues su redacción es defectuosa, en consecuencias se debe entender que cuando la ley dice “expuesto a una relación de consumo” se refiere a aquellas personas que, si bien todavía no contrataron están vinculadas por una relación de consumo, cuya causa es la potencialidad futura de contratar o de aquellos que, sin contratar directamente con el proveedor, reciben el bien o servicio de otro consumidor que sí contrató.

A fin de intentar una definición superadora de los defectos que pueda tener el derecho positivo considero adecuado decir que el consumidor por equiparación “Es el sujeto que sin contratar a título oneroso con un proveedor, se encuentra vinculado con este por una relación de consumo y en consecuencias puede sufrir daños o abusos similares a los del consumidor propiamente dicho “.

Denominación

La voz inglesa “bystander”, utilizada también por la doctrina brasileña, significa espectador o circunstante y resulta adecuado para ciertos supuestos, como el de quien pretende efectivizar una oferta a destinatario indeterminado, el que pasea por un centro de compras o la víctima de una publicidad lesiva, mas no logra contener a aquellos que, sin contratar directamente con el proveedor, consumen efectivamente el producto, pues este último no es un mero espectador o circunstante, sino la víctima principal del ilícito de consumo. (tal el caso de quien se intoxica con alimentos en mal estado comprados por otro).

La doctrina alemana ha preferido utilizar el término “endverbraucher” que se traduce como consumidor final, es decir el que retira del mercado el bien o servicios. El término adolece del mismo defecto antes señalado, solamente que a la inversa. Resulta insuficiente frente a quienes todavía no consumieron el producto o servicio.

Tal como ha quedado redactado el segundo párrafo del art. 1º de la Ley de Defensa del Consumidor, en él se incluyen tanto al bystander (circunstante o espectador) como al endverbraucher (consumidor final). Siendo ambos especies de un género más amplio: El consumidor por equiparación, es esta última la denominación adecuada.

Extensión de la tutela

La tutela al consumidor por equiparación no se limita al resarcimiento de daños sino que abarca a la totalidad de las normas protectorias de la Ley de Defensa del Consumidor. Así por ejemplo, no se podrían oponer a un adherente de tarjetas de crédito o servicio de medicina prepaga, las cláusulas consideradas abusivas por el art. 37; las precisiones publicitarias pueden ser exigidas por quien recibió el producto mediante una liberalidad del consumidor propiamente dicho; quien use un servicio público sin haber contratado directamente con la prestadora goza de la presunción de sobrefacturación del art. 30 bis etc. Claro está que algunas disposiciones de la ley solo resultan aplicables a los consumidores propiamente dichos, tal es el caso del art. 10, 32, 33, 34 etc. pero lo importante es destacar que, en principio, el consumidor por equiparación goza de todo el “bloque” protectorio de la ley.

Lo expuesto surge con claridad del texto legal, pues el segundo párrafo del nuevo art. 1º directamente iguala al consumidor por equiparación con el consumidor propiamente dicho

y una máxima de hermenéutica universalmente aceptada manda que “*ubi lex non distinguet nec distinguere debemus*”.

Fundamento jurídico del vínculo entre bystander y proveedor

Es necesario indagar la causa por la cual el proveedor queda vinculado con una persona con quien no ha contratado. Si el consumidor por equiparación solo tuviera derecho a ser indemnizado por los daños sufridos podríamos recurrir a la noción de responsabilidad extracontractual o delictual, sin embargo, tal como lo dije, las obligaciones del proveedor frente al consumidor por equiparación no se limitan a la de indemnizar daños, debe informar, debe cumplir con las precisiones publicitarias, garantizar servicio técnico y suministro de partes, abstenerse de interrumpir la prestación del servicio público domiciliario, no puede prevalerse de cláusulas abusivas etc.

Mucho se ha discutido en la doctrina brasileña respecto a esta cuestión.

Simone Hegele Bolson, siguiendo a la doctrina alemana, sostiene que el proveedor, al introducir en el mercado su producto o servicio, celebra un “contrato social” que incumbe no solo a los que efectivamente consumen sino también a quienes pueden llegar a hacerlo, es decir a los consumidores en potencia. La teoría resulta interesante pero no puedo coincidir plenamente con ella. La idea de un contrato social no deja de ser sino una ficción. El proveedor no celebra en realidad un contrato con la sociedad en su conjunto, pues esta última no ha manifestado su voluntad, al menos no en la forma necesaria para generar un contrato.

Zelmo Denari acude a la finalidad preventiva del derecho de daños y dice que: “*Se trata de imponer, de alguna forma, al proveedor, la obligación de fabricar productos seguros que satisfagan los requisitos de seguridad a que tiene derecho el gran público*”. No obstante, la tutela al consumidor por equiparación, excede la sola seguridad frente a productos defectuosos.

En sentido similar se expide José Geraldo Brito Filomeno, cuando dice: “*Lo que tiene en mira el parágrafo único del artículo 2ª es a la universalidad, conjunto de consumidores de productos o servicios, perspectiva esa, extremadamente relevante y realista por cuanto es natural que se prevenga por ejemplo, el consumo de productos o servicios peligrosos o nocivos, beneficiándose así abstractamente a las referidas universalidades o categorías de*

potenciales consumidores” . Debemos advertir que estamos ante una opinión calificada, pues el Dr. José Geraldo Brito Filomeno fue uno de los coautores de la ley 8.078 llamada “Código de Defensa del Consumidor”, sin embargo tampoco coincido plenamente con ella desde que, *ab initio*, solo es válida respecto al resarcimiento de daños pero no frente a otras obligaciones como el cumplimiento de condiciones contractuales respecto al adherente a una tarjeta de crédito, la de proveer servicio técnico adecuado y suministro de repuestos (art. 12) etc.

Según Lorenzetti, la causa fuente del vínculo de consumo, está formada por contratos, actos jurídicos unilaterales y hechos jurídicos, en consecuencia el consumidor por equiparación no sería un tercero sino que su legitimación vendría del hecho jurídico de consumir. Más adelante incluye entre las categorías de consumidor por equiparación tanto al que usa sin contratar, a la víctima de un producto defectuoso y al expuesto a prácticas comerciales.

Encuentro una contradicción: Si la legitimación viene del hecho jurídico de consumir, no entiendo cómo puede incluirse en la categoría de consumidor por equiparación al espectador de una publicidad que aun sin consumir padece daños tales como agravios propalados por este medio o realización de comportamientos inducidos lesivos.

Coincido con el prestigioso doctrinario en que la causa fuente del vínculo, en una relación de consumo, está integrada tanto por contratos, como por actos jurídicos unilaterales y hechos jurídicos pero disiento en que la nota común a todos ellos sea el consumo efectivo de bienes y servicios pues existen relaciones de consumo en que no se registra, al menos no en forma actual, dicho consumo.

En mi opinión, el fundamento jurídico de esa serie de contratos, actos jurídicos unilaterales y hechos jurídicos susceptibles de generar una relación de consumo, ha de buscarse en la finalidad de lucro perseguida por el proveedor y en la necesidad de tutelar a quienes se ven expuestos o a quienes abrigan razonables expectativas a consecuencia de aquella. Quien pretende lucrar con una determinada actividad y despliega una conducta encaminada a ello debe responder por los daños que ocasiona (arts. 5º, 6º, 10º bis, 13º, 40º, 40º bis, 40º ter) satisfacer las razonables expectativas generadas en los demás (arts. 4º, 7º, 8º, 9º, 11º, 12º 19ª) y conducirse de buena fe (arts. 22º, 26º, 27º, 37º etc.).

El consumidor por equiparación en el derecho comparado

- *Brasil*: Entre los países del derecho continental romanista fue Brasil donde se ha estudiado con mayor profundidad a este particular tipo de consumidor.

Como bien lo explica De Melo, el Código Brasileño de Defensa del Consumidor, reconoce plenos derechos al “consumidor por equiparación”, concepto que extiende a tres tipos distintos: Las colectividades de personas que, aunque indeterminadas, hubieran intervenido en las relaciones de consumo (art. 2^a); las víctimas del hecho de un producto o servicios defectuoso (art. 17) y los sometidos a prácticas comerciales abusivas que no llegaron a contratar, tal como el simple espectador de una publicidad lesiva. En la doctrina brasileña se llama bystander al segundo grupo es decir al que, sin haber contratado, puede sufrir un daño.

Dice Claudia Lima Marques, que: “La mayor contribución del Código de Defensa del Consumidor al Derecho Civil actual, reside justamente en la superación del concepto de sujeto individual lo que, en la práctica, altera todas nuestras definiciones de tercero” . Concluye así que el sujeto de la relación jurídicamente relevante, puede ser individual, colectivo o difuso, como también la víctima tercera de aquella relación contractual, es decir el llamado bystander.

Conforme al estado actual de la legislación brasileña, solo el consumidor final, endverbraucher o consumidor fáctico, queda plenamente equiparado al consumidor propiamente dicho. Por el contrario el llamado bystander goza solo de la protección por los daños sufridos ya que su inclusión se efectivizó en el art. 17y dicho texto se cuida en aclarar que los efectos de la equiparación son solo a los efectos de esa sección, (Responsabilidad por el hecho del producto o servicio)

- *Derecho Comunitario Europeo*: El consumidor por equiparación no resulta ajeno a las normas comunitarias. Veamos algunos ejemplos: La Directiva 90/314 CEE sobre viajes combinados, considera consumidor “...a la persona a la cual el contratante principal u otro beneficiario cede el viaje combinado”. La Directiva 94/47 CE sobre utilización de inmuebles en tiempo compartido tipifica al consumidor como la persona “destinataria de la creación del derecho objeto del presente contrato”.

- *Francia*: En Francia, el llamado “Code de la Consommation”, no es en realidad un cuerpo orgánico sino una yuxtaposición de normas, por lo tanto, la conceptualización del

consumidor ha quedado librada a las distintas opiniones doctrinarias que no siempre navegaron sobre canales pacíficos. Para Bourgoignie, el consumidor es aquel que destruye un bien o, mejor dicho, destruye su sustancia al utilizarlo para la satisfacción de sus necesidades biológicas, psicológicas o sociales. Dice Cornu que la tesis dominante en la doctrina francesa, se inclina por vincular la noción de consumidor con la de no profesional y con la de acto de consumo, entendiendo este último concepto, como el de todo acto jurídico que permite obtener un bien o un servicio para satisfacer necesidades personales o familiares.

Lo expuesto me lleva a concluir que el derecho francés es permeable al concepto de consumidor por equiparación.

- *Italia*: En Italia la “Legge sui diritti consumatori e delle loro associazione” define en su artículo 2° inciso 1° al consumidor y al usuario como la persona física que adquiere o utiliza un bien o un servicio para fines no referidos a una actividad empresarial o profesional eventualmente desarrollada.

Adviértase que el mencionado texto se limita a consignar que el consumidor adquiere o utiliza un servicio sin especificar de donde deriva tal utilización o adquisición, en consecuencia, puede entenderse comprendidas buena parte de los supuestos que llamamos consumidor por equiparación, en especial, el llamado consumidor final o endverbraucher.

- *España*: Si restringimos nuestro análisis a la LGDCU (Ley General de Defensa del Consumidor y el Usuario) no encontraremos en ella un concepto de consumidor por equiparación, pero hay una marcada tendencia jurisprudencial a reconocerlo.

- *Alemania*: En Alemania el concepto mismo de consumidor se identifica con la idea de “consumo final” (endverbrauche). En consecuencia quedan comprendidos en él muchos de los supuestos que en nuestra ley se llaman consumidores por equiparación, tal el caso de quien recibe el bien o producto de otro consumidor, sin contratar directamente con el proveedor.

- *Otras legislaciones*: En algunos derechos nacionales, como el maltés, bajo canadiense, peruano, ecuatoriano y costarricense la definición de consumidor, contenida en sus respectivas legislaciones, es lo suficientemente amplia como para incluir al bystander mediante una hermenéutica progresista, por lo que deduzco que no habrá mayores obstáculos en el desarrollo del instituto.

La evolución del concepto de en el derecho argentino

El texto originario del art. 1º Ley 24.240, por su contundencia, impedía extender la protección al consumidor por equiparación, y si bien el Decreto Reglamentario n° 1798/94 morigeró el requisito de la onerosidad, quedaban igualmente excluidos los supuestos en que no había una contratación directa con el proveedor.

La inclusión de los derechos del consumidor en nuestra carta magna fue posterior a la sanción de la Ley 24.240. El constituyente voluntariamente se ha apartado de la definición de consumidor contenida en aquella para recurrir a la noción, más amplia, de “relación de consumo”, dentro de la cual podríamos entender incluida la que vincula al proveedor con el consumidor por equiparación. Sin embargo podría llegar a pensarse que este último solo goza de las garantías generales reconocidas por la norma fundamental más no de todas aquellas que derivan de la ley infraconstitucional y que resulten compatibles con su particular situación. Así, la Constitución Nacional reconoce la garantía a la información, libertad de elección, condiciones de trato equitativo y protección de la salud, seguridad e intereses económicos. No hay referencia expresa a la indemnización de daños, por ejemplo. También conspiraba contra la inclusión pretoriana del consumidor por equiparación, la circunstancia de que el texto constitucional limita las garantías derivadas de la relación de consumo a los usuarios y consumidores y es la norma infraconstitucional la encargada de definir quienes son consumidores o usuarios.

Es indudable que el art. 42 de la Constitución Nacional permitía una fértil jurisprudencia pero, en sí mismo, no podía solucionar el vacío legal dejado por la Ley 24.240 respecto al consumidor por equiparación pues para ello, en definitiva, sería necesario forzar hermenéuticas para incluir casi la totalidad de los derechos subjetivos emanados de la ley en unas pocas garantías generales reconocidas por el artículo.

La jurisprudencia de esta época ha sido relativamente escasa, solo encontramos algunos fallos aislados referidos al tema.

Ya en 1997 la Cámara Nacional Federal Contencioso Administrativo en el caso *“Algas SA contra Secretaría de Comercio e Inversiones”* dijo: *“ 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, equiparándose a esto, las demás personas expuestas a las relaciones de consumo...”

Más recientemente en el caso “Decovi S/Amparo” decidido por el Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Río Negro se entendió que el concepto de “relación de consumo” exorbita al de contrato de consumo aludido en la Ley 24.240 para abarcar a otros sujetos que hubieran quedado excluidos, tales como el bystander. Es digno de ser estudiado el voto del Dr. Soderro Nievas quien conjuntamente con el del Dr. Luis Lutz conformaron la mayoría.

En la doctrina nacional, pocos autores se han ocupado del tema, excepción hecha de Ernesto C. Wayar quien se refiere específicamente al adherente de tarjeta de crédito. Para el maestro civilista, quien adhiere a la tarjeta de crédito de otro y en tal sentido utiliza el servicio sin haber contratado, puede que no sea calificado de consumidor pero sin dudas que será un usuario. Es evidente que la interpretación mencionada constituye una opción inteligente para salvar el defecto legal y resulta aplicable a muchos de los supuestos que integran el concepto de “consumidor por equiparación”, pero lamentablemente no a todos, así el convidado a una fiesta que se intoxica con los alimentos por interrupción de la cadena de frío imputable a algunos de los que intervinieron en la comercialización difícilmente encuadre en la categoría de usuario.

También Lorenzetti se ocupó del tema y analizó la causa fuente del vínculo de consumo.

Lo cierto es que fue recién con la reforma introducida por la Ley 26.361 que el consumidor por equiparación obtuvo “carta de ciudadanía” en nuestro derecho positivo despejándose cualquier duda respecto a su tutela, lo cual seguramente redundará en una mayor seguridad jurídica.

VI. Definición propuesta

Después de haber analizado tanto el texto anterior como el actual y haber pormenorizado los aspectos que considero positivos y aquellos que estimo erróneos o superfluos, estoy en condiciones de expresar cual es, a mi entender, el concepto de consumidor.

“Consumidor es el hiposuficiente negocial que entabla una relación de consumo teleológicamente encaminada a la obtención o utilización actual o potencial de bienes o

servicios como destinatario final; ya sea directamente o indirectamente de un proveedor que actuó con ánimo de lucro”.

La primer nota distintiva del consumidor es su carácter de hiposuficiente negocial. Ya dije que esa hiposuficiencia negocial es fundamentalmente gnoseológica aunque puede ser, además, económica. El hiposuficiente no es un incapaz de hecho ni de derecho, en su vida civil tiene capacidad plena, sin embargo en cuanto al negocio de que se trate se encuentra en plano de inferioridad.

Queda por determinar si la hiposuficiencia negocial debe ser demostrada por quien lo invoca o si por el contrario es presumida por la ley en base a ciertas circunstancias y, en este último caso, si se trata de una presunción absoluta o relativa

Entiendo que, para nuestra legislación, se trata de una presunción iure et de iure. El art. 18 inc. B de la ley 24.240 impide que se oponga al consumidor la defensa derivada del art. 2170 del Código Civil. Según el art. 2170 CC., el enajenante (proveedor) se exime de responsabilidad por vicios redhibitorios, cuando el adquirente (consumidor) “los conocía o debía conocerlos por su profesión u oficio”. Ciertamente que la ley solo se refiere al supuesto de responsabilidad por vicios redhibitorios pero, al impedir el legislador consumerista su invocación dentro de la relación de consumo, pone en evidencia su voluntad de rehuir a toda indagación concreta sobre la hiposuficiencia del consumidor. Queda claro que para la Ley de Defensa del Consumidor, la hiposuficiencia se presume iure et de iure.

Particularmente opino que la presunción no debería ser absoluta sino relativa.

Ciertamente que cuando alguien adquiere algo, para su consumo personal, de parte de un proveedor especializado, difícilmente tenga los mismos conocimientos que este en la cuestión de que se trate. En algún caso contará con los conocimientos técnicos y adolecerá de los jurídicos o viceversa, sin embargo no puede descartarse de plano, la posibilidad de que ocurra lo contrario, es decir que un profesional en la materia, contrate con otro profesional para su consumo privado como sería el ejemplo de un vendedor de computadoras que por no tener en su stock el modelo que ansía para su hogar, lo adquiere de otro vendedor de computadoras.

Si el fundamento último de la tutela legal, es justamente la hiposuficiencia del consumidor y tratándose de un régimen de excepción, considero que la existencia o no de este requisito,

no debe ser supuesta con carácter absoluto. Dicho de otra forma. Si bien la habitualidad justificaría una presunción iuris tantum, no considero adecuada una iure et de iure, lo cual debería ser revisado en una futura reforma a la ley.

Ahora bien, lo dicho anteriormente es una opinión sobre la conveniencia de la norma, una propuesta de lege ferenda, mas no me caben dudas que para la legislación argentina actual, la hiposuficiencia se presume en forma absoluta.

Entiendo que con la definición propuesta quedan comprendidos todos los supuestos que en la ley se llaman consumidores por equiparación y para ello recorro al criterio de “potencialidad” en la adquisición o utilización del bien o servicio y a la posibilidad de que la relación sea “indirecta”.

Al tratar el concepto de consumidor por equiparación contenido en la ley dije que él abarca dos especies: El “bystander” y “endverbraucher”. El primero de ellos es un espectador o expectante que si bien todavía no consume, potencialmente puede llegar hacerlo. El segundo es un consumidor final, que sin contratar directamente con el proveedor, se sirve del bien o servicio como destinatario final.

El espectador de publicidad, el que pasea por un centro de compras etc. (bystander) se relaciona con un proveedor aunque la adquisición del bien o la utilización del servicio sean meramente potenciales. También el que recibe el bien o servicio sin haber contratado con el proveedor tal como el adherente a una tarjeta de crédito o sistema de medicina prepaga (endverbraucher) se relaciona con aquel aunque lo hace en forma indirecta a través de otro consumidor

He considerado conveniente incluir como requisito que el proveedor persiga un ánimo de lucro dentro de esa particular relación y esto se explica a través de la exposición de dos ejemplos.

Un fabricante, como estrategia de marketing, para promocionar su producto y posicionarlo en el mercado, regala una pequeña porción del mismo (muestra gratis).

El mismo fabricante, conmovido por la apremiante situación de algunos argentinos, que seguramente nunca tendrán acceso al producto, regala cantidades del mismo a esos carenciados.

Si el producto resultara defectuoso y como tal produjera un daño a quien materialmente lo consume ¿Debemos juzgar al fabricante con el mismo rigor en uno u otro caso? Un sentimiento de justicia natural, nos indica a priori que no.

En el primer caso, el fabricante ha seguido un claro afán de lucro, ha merituado previamente el costo de la promoción con relación al incremento que producirá en las ventas, concluyendo que este será mayor que aquel; seguidamente ha volcado en el costo del producto, los gastos de promoción comprobando que aun así alcanzaba un precio competitivo; recién entonces se ha embarcado en la señalada estrategia de marketing.

En el segundo caso (donación a los carenciados), el fabricante dejó de lado toda expectativa de ganancias, actuó con liberalidad e incluso, cumplió con un deber moral de caridad.

Ante el primer supuesto, resulta adecuado que responda en forma objetiva, pues quien introduce una cosa que causa daño, dentro del tejido social, para lucrar o beneficiarse de ello, es justo que indemnice aun sin mediar culpa (doctrina del art. 40 Ley 24.240).

En el segundo caso, quien cumple un deber moral, tiene que gozar de cierta consideración legal. Debería responder, sin lugar a dudas, por los daños que cause, pero solo en la medida en que se haya comportado culposamente (doctrina del art. 1109 del C.C.). Atribuir responsabilidad objetiva a quien regala algo, se presenta como una notoria injusticia pero además desalienta una actitud que es de rigor promocionar.

Ahora bien, racionalicemos los hechos. La clara diferencia entre ambos supuestos es que en uno se ha actuado con ánimo de lucro y en el otro con plena liberalidad. Mas evidente aun, aparece la diferencia cuando se trata de garantías por el buen funcionamiento del producto. He creído conveniente aludir al concepto de consumo final pero ello dentro de una concepción maximalista, es decir, habrá consumo final cuando el bien o servicio se excluya del tráfico comercial ya sea en su forma original o después de un proceso de transformación. Es decir quedan incluidos aquellos bienes o servicios que se destinan a una actividad productiva siempre que ella no consista en la reventa o prestación de servicios a clientes.

Si se me reprochara el haber dado excesiva extensión al concepto, habría que recordar que puse como contrapeso el requisito de la hiposuficiencia y que ello excluye a un amplio sector de “consumidores finales” para quienes la tutela es innecesaria.

En conclusión, considero haber aportado algo a una cuestión que, lejos de quedar concluida, será campo propicio para debates futuros.