

**Definición legal y supuestos
controvertidos de la condición de
consumidor.**

**Análisis comparado de los derechos español y
argentino**

María Constanza Garzino

TESIS DOCTORAL UPF / AÑO 2020

DIRECTOR DE LA TESIS

Prof. Dr. Carlos Ignacio Gómez Ligüerre

DEPARTAMENTO DE DERECHO



**Universitat
Pompeu Fabra**
Barcelona

**Departament
de Dret**

A Federico y Ana Lucía

“El operador jurídico debe armonizar los tres principios en que se soporta el orden jurídico: legalidad, seguridad jurídica y razonabilidad”.

Augusto M. Morello¹

“...la categoría de consumidor no importa un estatus subjetivo permanente, sino que depende de quién actúa de determinada manera y en relación a esa actuación en particular...”

Gema Botana García²

¹ Augusto M., MORELLO, *El proceso justo y las garantías jurisdiccionales*, en: *Derechos y garantías en el Siglo XXI*, Kemelmajer de Carlucci, Aída; López Cabana, Roberto M, (Directores), Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 1999, pág. 386.

² Gema, BOTANA GARCÍA, *La noción de consumidor*, en: Carlos LASARTE ÁLVAREZ, *Manual sobre protección de consumidores y usuarios*, Madrid: Dikson, 2010, 61.

Resumen

En esta tesis se estudia la diversidad de criterios existentes para identificar al consumidor, tanto en el derecho español como en el argentino. Se analizaron los antecedentes, características, fundamentos, principios, fuentes y presupuestos del derecho del consumidor, como también la definición legal de este sujeto, las opiniones doctrinales y jurisprudenciales. La identificación de tendencias, sus fortalezas y debilidades, permite tomar postura al respecto. Se examinaron las clasificaciones del consumidor, los supuestos controvertidos respecto a la categoría que resultan comunes en ambos países y los ámbitos específicos en los que puede existir un consumidor. La ejemplificación elegida nos muestra resultados que avalan la necesidad de proponer criterios fundados superadores de las divergencias existentes. Se concluye que, si bien en el derecho español existe mayor certeza que en el argentino respecto a los supuestos debatidos, sería conveniente que en ambos se adopte legislativamente una decisión concreta y a tal fin se asumieron y argumentaron posturas para cada caso.

Abstract

The diversity of existing criteria to identify the consumer, both in Spanish and Argentine law, are studied in this thesis. The background, characteristics, foundations, principles, sources and assumptions of consumer law were analyzed, as well as the legal definition of this subject, and doctrinal and jurisprudential opinions. The identification of trends, their strengths and weaknesses, allows taking a position in this matter. The consumer classifications, the controversial assumptions regarding the category that are common in both countries and the specific areas in which a consumer may exist were examined. The exemplification chosen shows us results that support the need to propose well-founded criteria that overcome the existing divergences. It is concluded that, although in Spanish law there is greater certainty than in Argentina regarding the debated assumptions, it would be convenient for both countries to adopt legislation based on concrete decisions regarding existing controversies, and for this purpose positions were assumed and argued for each case.

SUMARIO

Dedicatoria	i
Resumen	v
Abstract	vii
Sumario	ix
Abreviaturas	xvii

INTRODUCCIÓN	1
---------------------	----------

CAPÍTULO 1: DERECHO DEL CONSUMIDOR	15
1.1 Derecho del consumidor	15
a) Antecedentes en la materia	15
b) Denominación	19
c) Caracterización	21
1.2 Fundamentos de la tutela especial del consumidor	22
1.3 Principios del derecho del consumidor	25
1.4 Principales técnicas legislativas la regulación del derecho del consumidor	37
1.5. Fuentes del derecho del consumidor	39

a) A nivel global	40
b) A nivel regional: Unión Europea, Mercosur y OEA	41
c) A nivel nacional	47
1.6. Presupuestos generales de aplicación	53
1.7 Caracterización del consumidor	56
a) Noción económica y jurídica	58
b) Noción relacional. Breve referencia al empresario o proveedor	59
c) Noción abstracta y concreta	65
CAPÍTULO 2: ELEMENTOS ESTRUCTURALES DE LA CATEGORÍA JURÍDICA DE CONSUMIDOR EN EL DERECHO ESPAÑOL Y ARGENTINO	67
2.1 Breve referencia a las directrices para la protección del consumidor (UNCTAD)	67
2.2 La definición de consumidor en el derecho de la Unión Europea	68
a) Las distintas definiciones y tendencias	68
b) Algunas apreciaciones sobre la regulación	76
2.3. El consumidor en España	79
a) Aclaración preliminar: delimitación del ámbito de estudio	79
b) Panorama general	81

c) La Ley 26/1984 General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (LGDCU)	83
d) El Real Decreto Legislativo 1/2007 el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios (TRLGDCU)	84
e) La Ley 3/2014 de reforma del TRLGDCU	86
f) La noción de consumidor en otras leyes estatales	91
g) La noción de consumidor en las regulaciones autonómicas	97
2.4. El consumidor en Argentina	101
a) Las previsiones en el ámbito del Mercosur y la OEA	101
b) El consumidor en la Ley de Defensa del Consumidor N° 24.240 originaria de 1993	104
c) La ampliación de la categoría con la reforma de la LDC por la Ley 26.361	106
d) La categoría de consumidor tras la aprobación del CCCN que modificó la LDC	109
e) La definición del Proyecto de Ley de Defensa de los Consumidores y Usuarios	112
f) Las leyes provinciales de defensa del consumidor	114
2.5. Tendencias o sistemas	115
2.6. Valoración crítica	119
a) Noción internacional o nacional	120

b) Regulación impuesta o autorregulación	121
c) Definición general única o diversas en cada ley sectorial	123
d) Criterios para la definición del consumidor	126
CAPÍTULO 3: CLASIFICACIÓN DEL CONSUMIDOR	131
3.1. Fundamentos de la clasificación	131
3.2. Criterios para la distinción	132
3.3. El criterio objetivo: consumidor jurídico, consumidor material y expuesto	133
a) Consumidor jurídico	134
b) Consumidor material o fáctico	136
c) Consumidor por equiparación o expuesto, con especial referencia al <i>bystander</i>	140
• Noción y origen	140
• La figura en el derecho del consumidor español	142
• El consumidor expuesto o <i>bystander</i> en el derecho del consumidor argentino	146
3.4. El criterio subjetivo: el consumidor medio y el especialmente vulnerable o hipervulnerable	154
a) Consumidor medio	154

b) Consumidor especialmente vulnerable	165
3.5. Análisis crítico	180
CAPÍTULO 4: SUPUESTOS CONTROVERTIDOS	187
RESPECTO A LA CATEGORÍA DE CONSUMIDOR	
4.1. Persona jurídica	188
a) En el derecho europeo	189
b) En el derecho español	194
• La admisión legal de la persona jurídica como consumidora	194
• Los requisitos legales: la actuación sin ánimos de lucro y en un ámbito ajeno a una actividad comercial o profesional	196
• La exclusión de las personas jurídicas mercantiles	198
• Las personas jurídicas que pueden ser consumidoras	203
Las cooperativas	204
Las fundaciones	207
Las asociaciones	207
• La inclusión de las entidades sin personalidad jurídica	209
c) En el derecho argentino	211
• La recepción normativa de la persona jurídica en la LDC	211

• Posturas doctrinarias y jurisprudenciales	213
• La carga de la prueba respecto a la calidad de consumidora de la persona jurídica	220
• Personas jurídicas que pueden ser calificadas como consumidoras	222
Las sociedades comerciales	223
Las asociaciones civiles y las simples asociaciones	227
Las fundaciones	228
Las iglesias, confesiones, comunidades o entidades religiosas	228
Las mutuales y cooperativas	229
El consorcio de propiedad horizontal	230
4. 2. Profesionales liberales y empresarios	231
a) La cuestión en el derecho español	234
b) La temática en el derecho argentino	239
4.3. Actos mixtos	246
a) En el derecho europeo y español	247
b) En el derecho argentino	253
4.4. Grupos de consumidores	257
4.5. Estado	260
4.6. Fiador	263

a) En el derecho europeo y español	264
b) En el régimen jurídico argentino	267
4.7. Inversor	268
4.8. Trabajador	274
CAPÍTULO 5: RELACIONES ENTRE CONSUMIDORES	279
5.1. Contratos celebrados entre consumidores (C2C)	279
5. 2. Relaciones derivadas de la economía colaborativa	282
a) Introducción. Nociones generales	282
b) Las relaciones jurídicas que surgen de la economía colaborativa	287
c) El régimen jurídico aplicable a los diversos vínculos	295
5.3. La sucesión en la posición del consumidor	304
a) Los herederos y legatarios del consumidor	305
b) La sucesión por acto entre vivos	308
• Excepción al efecto relativo de los contratos	308
• Argumentos para definir la eventual sucesión de la posición del consumidor	314
c) Análisis de los diversos supuestos	319
5.4. Contratos celebrados entre consumidores con participación de un profesional en nombre y por cuenta de otro consumidor	329

a) Profesional representante de ambas partes	330
b) Profesional representante de una sola de las partes	331
CONCLUSIONES	337
BIBLIOGRAFÍA	349
JURISPRUDENCIA CITADA	365

ABREVIATURAS

ATS	Auto del Tribunal Supremo
CA	Constitución Nacional Argentina
CC	Código Civil español
CCC	Cámara en lo Civil y Comercial
CCCN	Código Civil y Comercial de la Nación argentino
CE	Constitución Española
CIDIP	Conferencias Especializadas Interamericanas sobre Derecho Internacional Privado
CNCiv.	Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil
CNCom	Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial
CNFedCC	Cámara Nacional Federal Civil y Comercial
CSJN	Corte Suprema de Justicia de la Nación argentina
LDC	Ley de Defensa del Consumidor argentina N° 24.240
LGDCU	General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios
OEA	Organización de Estados Americanos
ONU	Organización de las Naciones Unidas
SAP	Sentencia Audiencia Provincial
SCBA	Suprema Corte de Buenos Aires
SCJ	Suprema Corte de Justicia

STC	Sentencia del Tribunal Constitucional español
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
TC	Tribunal Constitucional español
TFUE	Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TRLGDCU	Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios española
TSJ	Tribunal Superior de Justicia
UE	Unión Europea
UNCTAD	Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo

INTRODUCCIÓN

El propósito de este trabajo de investigación es alcanzar una sistematización sobre las diversas variables a considerar en torno a la identificación de la categoría jurídica del consumidor, sus clasificaciones y especialmente los supuestos controvertidos, aportando una herramienta útil para resolver su adecuada delimitación que brinde seguridad jurídica a su ámbito de aplicación subjetivo desde el estudio comparado de los derechos español y argentino.

El consumo se origina en el hecho que el hombre requiere satisfacer sus necesidades, primero vitales, y luego otras más sofisticadas, tal como se deriva de la evolución propiciada por los procesos de industrialización y producción en masa, que modificaron y revolucionaron el modo de comercialización de bienes y servicios, tanto desde lo económico, social, cultural, y jurídico.

A partir de la industrialización se produjo la polarización de los sujetos-parte de las relaciones jurídicas, los que se clasificaron en: los *fuertes*, *expertos*, *profesionales*, *comerciantes*, *productores de bienes y servicios* (comerciantes, empresarios o proveedores) quienes poseían los conocimientos técnicos, la información y el poder económico y de negociación, y los *débiles*, *vulnerables*, *profanos* (consumidores o usuarios) que no podían hacer prevalecer su voluntad por carecer justamente de aquellos.

En el ámbito jurídico, y específicamente en materia contractual, el cambio fue trascendental pues al igual que la producción, la contratación también fue en masa, y adquirió la modalidad por adhesión a cláusulas generales predispuestas por la parte “fuerte” o predisponente que la imponía a la débil, lo que alteró la igualdad de partes en la relación jurídica.

La desigualdad estructural entre las partes justificó la intervención del Estado en materia contractual, y específicamente a fin de superar los postulados típicos del sinalagma pues, la vigencia absoluta de la autonomía de la voluntad y el principio del “*pacta sunc servanda*”, que implicaba la fuerza vinculante del contrato, de una manera rígida, ya no resultaron justos por la debilidad de una de las partes que contaba con una “autonomía limitada”.

Si bien antes del surgimiento del derecho del consumo estos principios se vieron limitados por otros generales del derecho, como: buena fe, abuso del derecho, razonabilidad, teoría de la lesión e imprevisión, obligación de reparar el daño, revisión del contrato, etc. y que se encuentran positivizados, la tutela específica del consumidor va más allá en la protección y por ello se justificó el surgimiento de regulaciones especiales que lo contemplan.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha reiterado, en diversos pronunciamientos¹, que el fundamento del derecho del consumidor lo constituye la situación de inferioridad del consumidor frente al profesional en relación a la capacidad de negociación y nivel de información, que lo lleva a adherirse a condiciones redactadas unilateralmente y de antemano por el profesional.

Concretamente, el derecho del consumidor comenzó a adquirir relevancia en las agendas internacionales en la década del ´60, como un fenómeno multidisciplinario con implicancias sociales, económicas, políticas y legales.

¹ TJUE, “Costea”, C- 110/14, EU:C:2015:538, apartado 18, “Barclays Bank”, C-280/13, EU:C:2014:279, apartado 32, y “Aziz”, C-415/11, EU:C:2013:164, apartado 44, entre otros.

El régimen de protección del consumidor se caracteriza por incluir reglas, principios y mecanismos de derecho público y privado, regulaciones de carácter nacional e internacional, e involucrar diversas ramas del derecho transversalmente: civil, comercial, administrativo, constitucional, tributario, procesal, etc. Por ello, se extiende y atraviesa todo el ordenamiento jurídico, y quizás éste sea el motivo por el cual existen diversas regulaciones del instituto incluso internamente en cada sistema jurídico nacional.

El derecho del consumidor es regulado de diversas formas tanto a nivel internacional -especialmente de modo regional, como en el caso de la Unión Europea-, y nacional. En este último, cada estado ha adoptado diversa técnica legislativa para incorporarlo, entre las que cabe destacar la regulación: constitucional, la creación de un código o ley especial, la incorporación al Código Civil, etc.; sin que se trate de opciones excluyentes entre sí.

De todo lo dicho se deriva que, a los fines de la aplicación del régimen tuitivo, resulta indispensable determinar su ámbito de aplicación, tanto objetivo como subjetivo.

Desde el punto de vista objetivo, se busca proteger los vínculos que emanan de las relaciones de consumo, incluso en la etapa previa al perfeccionamiento y en la posterior, así como también determinados supuestos de responsabilidad extracontractual.

Sin embargo, desde la perspectiva subjetiva, si bien se alude a “consumidores o usuarios” y “empresarios” o “proveedores”, el contenido de los primeros no resulta circunscripto adecuadamente en todos los casos.

La determinación de los criterios para identificar al sujeto protegido por el derecho del consumidor es, precisamente, el tema de estudio de la presente tesis. Esto resulta indispensable pues la aplicación del marco jurídico tuitivo conlleva una serie de “ventajas” que el legislador determinó a fin de equilibrar a las partes en la relación de consumo, tales como las que se enumerarán a continuación -de modo ejemplificativo y no taxativo-.

En primer lugar, el derecho del consumidor incluye una serie de principios propios, como es el “in dubio pro consumidor” o “pro consumatore”, en virtud del cual, en caso de duda respecto a la interpretación que corresponde, deberá optarse por la que más favorece al consumidor; también rige el principio protectorio y otros que se desarrollarán en este trabajo, con vigencia tanto en el ámbito administrativo como judicial.

Además, los derechos del consumidor ostentan la más alta jerarquía en los ordenamientos jurídicos internacionales y nacionales. La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea² los consagra expresamente, al establecer en el art. 38: “Protección de los consumidores. Las políticas de la Unión garantizarán un alto nivel de protección de los consumidores”. De igual modo, en España³ y Argentina⁴, detentan

² Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, 2000/C 364/01, disponible en: http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_es.pdf, consultada 8.12.2015.

³ Artículo 51 de la Constitución Española: “1. Los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos.

2. Los poderes públicos promoverán la información y la educación de los consumidores y usuarios, fomentarán sus organizaciones y oirán a éstas en las cuestiones que puedan afectar a aquéllos, en los términos que la ley establezca.

3. En el marco de lo dispuesto por los apartados anteriores, la ley regulará el comercio interior y el régimen de autorización de productos comerciales.

<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1978-31229>, consultada el 28/10/2015.

jerarquía constitucional, por estar incorporado a las Cartas Fundamentales, concretamente en el caso de los ejemplos brindados, en los arts. 51 y 42, respectivamente, es decir, que se ubican en la cúspide del ordenamiento legal.

A los fines de garantizar la tutela efectiva, el derecho del consumidor es imperativo, de orden público, es decir: no se admite la renuncia a los derechos consagrados a favor del sujeto débil, y además, debe ser aplicado de oficio, aun en ausencia de alegación por las partes. Así lo disponen expresamente diversas leyes nacionales como la española (art. 10 del Real Decreto Legislativo 1/2007)⁵ y la argentina (art. 65 de la ley 24.240 de Defensa del Consumidor y Usuario)⁶. El Tribunal de Justicia de la Unión

⁴ Desde la reforma de 1994: Artículo 42 de la Constitución Argentina: “*Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección, y a condiciones de trato equitativo y digno.*

Las autoridades proveerán a la protección de esos derechos, a la educación para el consumo, a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados, al control de los monopolios naturales y legales, al de la calidad y eficiencia de los servicios públicos, y a la constitución de asociaciones de consumidores y de usuarios.

La legislación establecerá procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos, y los marcos regulatorios de los servicios públicos de competencia nacional, previendo la necesaria participación de las asociaciones de consumidores y usuarios y de las provincias interesadas, en los organismos de control”.

<http://infoleg.mecon.gov.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/804/norma.htm>, consultado 28/10/2015.

⁵ Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, “Artículo 10. Irrenunciabilidad de los derechos reconocidos al consumidor y usuario. La renuncia previa a los derechos que esta norma reconoce a los consumidores y usuarios es nula, siendo, asimismo, nulos los actos realizados en fraude de ley de conformidad con lo previsto en el artículo 6 del Código Civil”, disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2007-20555>, consultado 5/11/2015.

⁶ Ley 24.240. ARTICULO 65. — La presente ley es de orden público, rige en todo el territorio nacional y entrará en vigencia a partir de la fecha de su publicación en el Boletín Oficial. El Poder Ejecutivo debe reglamentar la presente

Europea ha reiterado en numerosas ocasiones⁷ que: “*el juez nacional deberá apreciar y aplicar de oficio*” el derecho del consumo, por ejemplo, a fin de analizar el carácter abusivo de una cláusula contractual incluida en el ámbito de aplicación de la Directiva 93/13, “... y de este modo, subsanar el desequilibrio que existe entre el consumidor y el profesional, tan pronto como disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios para ello”.

Desde otra perspectiva, el derecho del consumidor establece ventajas de carácter procesal para el consumidor, como la definición de la competencia en su domicilio o en el que éste elija de entre las opciones legales; también se prevé el acceso a un proceso extrajudicial de arbitraje, un régimen probatorio especial, etc.

Finalmente, el derecho del consumidor dispone de reglas específicas en distintos aspectos como: deber de información, oferta y publicidad, cláusulas abusivas, responsabilidad, etc. apartándose de las normas generales de las obligaciones, contratos y responsabilidad civil en atención a la especificidad de la materia.

En definitiva, resulta de trascendental relevancia determinar quiénes deben ser los sujetos que merecen la tutela legal específica del derecho del consumidor.

ley dentro de los ciento veinte (120) días a partir de su publicación”, disponible en: <http://infoleg.mecon.gov.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/638/texact.htm>, consultado 5/11/2015.

⁷ TJUE, “Banco Español de Crédito”, C-618/10, apartado 40; “Asbeek Brusse y de Man Garabito”, C-488/11 - EU:C:2013:341; “Aziz”, EU: C:2013; 164, apartado 46 y 47; “Sánchez Morcillo y Abril García”, EU:C:2014: 2099, C-169/14, “Barclays Bank”, EU:C:2014:279, apartado 34-, “Costea”, C-110/14, EU:C:2015:538, entre otras, disponibles en: <http://curia.europa.eu/juris>, consultada 3/12/15.

Al respecto, la categoría del consumidor difiere de Estado a Estado, y tampoco tiene una determinación uniforme en las regulaciones internacionales -incluso en las emanadas de una misma organización internacional como puede ser la Unión Europea- ni en las nacionales.

En consecuencia, la protección del consumidor no cuenta con un presupuesto claro y común, objetivo y unívoco que asegure la adecuada protección del sujeto “débil” que actúa a nivel nacional e internacional.

También se advirtió que existen distintas variables involucradas y aspectos controvertidos en la caracterización o delimitación del consumidor, con divergentes soluciones tanto legales -sistemas positivos-, jurisprudenciales y doctrinarias, que justificaron este estudio pormenorizado.

A modo de ejemplo, del análisis de la regulación nacional de la figura del consumidor, tanto España como Argentina han modificado su noción en las leyes especiales que regulan el derecho del consumo en numerables oportunidades, y el país latinoamericano cuenta con un proyecto de Código en estado parlamentario para reemplazar la actualmente vigente.

España incorporó el derecho del consumidor a la Constitución en 1978, en el art. 51, sin caracterizar a la figura del consumidor, el que fue recién delimitado en 1984 con la sanción de la ley 26/84, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios. Sin embargo, esa primera noción fue modificada en diversas oportunidades: por ley 23/2003, a fin de trasponer el derecho europeo de protección del consumidor; por el Real Decreto Legislativo 1/2007, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes

complementarias; y por último, por la Ley 3/2014⁸, en virtud de la cual el consumidor es definido hoy en los siguientes términos: “*A efectos de esta norma y sin perjuicio de lo dispuesto expresamente en sus libros tercero y cuarto, son consumidores o usuarios las personas físicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión.*”

Son también consumidores a efectos de esta norma las personas jurídicas y las entidades sin personalidad jurídica que actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial”,

Por su parte, en Argentina el derecho del consumidor nació con la sanción de la ley 24.240 en el año 1993, luego adquirió jerarquía constitucional con la reforma del año 1994 que lo incorporó entre los derechos fundamentales. La ley especial brindó una noción de consumidor, que luego fue profundamente reformada por la ley 26.261 del año 2008, y por la sanción del Código Civil y Comercial unificado que incorporó en materia contractual la regulación básica del derecho del consumo, modificando -por ley anexo- su delimitación en sentido restrictivo, en los siguientes términos: “*Se considera consumidor a la persona física o jurídica que adquiere o utiliza, en forma gratuita u onerosa, bienes o servicios como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social.*”

Queda equiparado al consumidor quien, sin ser parte de una relación de consumo como consecuencia o en ocasión de ella, adquiere o utiliza bienes o servicios, en forma gratuita u onerosa, como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social”.

⁸ Comentario a la reforma: BOTANA GARCÍA, Gema, Comentario de urgencia a la reforma del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, Diario La Ley, N° 8301, Sección Doctrina, 30 de Abril de 2014, Ref. D-133.

El análisis de las diversas legislaciones nacionales europeas y americanas, permite advertir que la noción de consumidor no se encuentra armonizada y, por el contrario, existen diversos aspectos que difieren de un estado a otro e incluso se debaten internamente, sin que exista certeza sobre los sujetos que efectivamente merecen la tutela del derecho del consumo.

En especial, se revela la disparidad de criterios que, ante una misma situación fáctica, pueden considerarse a los fines de determinar el sujeto que merece la tutela diferenciada del derecho del consumidor, cada uno de los cuales puede conducir a conclusiones diversas, como por ejemplo el carácter ajeno a la actividad del sujeto, el destino final del bien, el desequilibrio entre las partes: situación de inferioridad.

Además, se presentan supuestos denominados controvertidos, en los que no existe certeza sobre la calificación del sujeto como consumidor. Entre estos se encuentran: persona jurídica (incluso mutuales, asociaciones y cooperativas), los profesionales liberales y el empresario, los actos mixtos, los grupos de consumidores, el Estado, el fiador, el inversor y el trabajador, así como también otros ámbitos que no fueron estudiados detenidamente a fin de dilucidar si puede calificarse a las partes como consumidor que requiere tutela, a saber: las relaciones de economía colaborativa, la sucesión en la posición del consumidor y el negocio celebrado entre consumidores con participación de un profesional en nombre y por cuenta de otro consumidor.

De acuerdo a lo expuesto, estos son sólo algunos de los inconvenientes que presenta la caracterización del sujeto protegido por el derecho del consumo, de lo que se deriva la inconsistencia en su adecuada identificación y la necesidad de profundizar su estudio.

La relevancia de la temática se advierte a través del estudio en diversos Estados y organismos internacionales, entre los que cabe destacar el Libro

Verde sobre Protección de los Consumidores en la Unión Europea⁹, en el que se señaló que uno de sus principales objetivos: “...es la armonización o simplificación de la protección de los consumidores. Existen casi veinte Directivas comunitarias, además de la jurisprudencia en el ámbito de la UE y de las diferentes normas de los Estados miembros”, lo que denota la importancia de la temática en el ámbito del Derecho Europeo, y la preocupación en torno a su armonización, la que actualmente se mantiene en los diversos programas¹⁰ de la Unión Europea. En similar sentido, existe un pormenorizado estudio comparativo sobre el derecho del consumo en el ámbito europeo, preparado para la Comisión Europea, a cargo de Schulte-Nölke y otros, denominado: “EC Consumer Law Compendium – Comparatie analysis”¹¹. En éste se analizó el estado de desarrollo del derecho del consumidor en los diversos estados miembros de la Unión Europea, la técnica legislativa adoptada en cada uno, el modo en que se transpusieron las diversas Directivas y las estructuras comunes de éstas; finalmente, el trabajo concluye con determinadas recomendaciones, entre las que se destaca la necesidad de crear definiciones comunes, uniformes y reglas básicas en materia de consumo en el ámbito europeo.

⁹ Libro Verde sobre la protección de los consumidores en la Unión Europea, 2 de octubre de 2001, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=URISERV:l32028>.

¹⁰ A modo de ejemplo ver: http://www.europarl.europa.eu/atyourservice/es/displayFtu.html?ftuId=FTU_5.5.1.html

¹¹ SCHULTE-NÖLKE, Hans (Editor); TWIGG-FLESNER, Christian; EBERS, Martin (Colaboradores), “EC Consumer Law Compendium – Comparatie analysis”, Universidad Bielefeld, Febrero de 2008, disponible en: http://ec.europa.eu/consumers/archive/rights/docs/consumer_law_compendium_comparative_analysis_en_final.pdf, consultado el 28.11.15.

Otro avance de interés a los fines de la investigación en la temática lo constituye la Directiva 2011/83/UE¹² sobre los derechos de los consumidores, pues en ésta no se trata de establecer reglas de mínimo, como lo hace el resto de las Directivas, sino por el contrario, de avanzar en el proceso de armonización y disponer normas de máximos. Igualmente, cabe citar las más recientes Directivas (UE) 2019/770 y 2019/771 que también siguen el camino de la armonización plena.

En el ámbito del derecho argentino, existe un proyecto de Código de Defensa del Consumidor que reemplazaría la actual Ley 24.240 y que tiene ya media sanción en la Cámara de Senadores, habiéndose presentado a la de Diputados¹³ para su tratamiento. También, existe un trabajo sobre el tema en el marco del Mercosur¹⁴, en el que se analiza el derecho legal interno de los países que lo integran y se concluye con algunas recomendaciones en miras a una eventual armonización futura.

En este marco, consideramos que el desarrollo actual del derecho del consumidor impone la necesidad de detectar sistemas y tendencias en relación a las variables de identificación de los sujetos que merecen su tutela específica, a fin de proponer criterios fundados superadores de las divergencias existentes.

¹² Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, 25 de octubre de 2011 sobre los derechos de los consumidores.

¹³ Proyecto de Código de Defensa del Consumidor, en trámite parlamentario con media sanción en la Cámara de Senadores, ahora en tratamiento en la de Diputados con el N° 73, Expediente Diputados: 3143-D-2020, de fecha: 26/06/2020, con giro a las Comisiones de Defensa del Consumidor, del Usuario y de la Competencia y Legislación General, conforme se informa en: <https://www.hcdn.gob.ar/proyectos/resultados-buscador.html>, última consulta el 4/7/2020.

¹⁴ FELDSTEIN de CÁRDENAS, Sara L.; KLEIN VIEIRA, Luciane, “*La noción de consumidor en el MERCOSUR*”, disponible en: <http://www.derecho.uba.ar/investigacion/investigadores/publicaciones/feldstein-de-cardenas-la-nocion-de-consumidor-en-el-mercosur.pdf>.

A tal fin, este trabajo se organizó en cinco capítulos cuyo contenido se detalla a continuación.

En el *primer capítulo* se describen los antecedentes, características, fundamentos, principios, fuentes y presupuestos generales de aplicación del derecho del consumidor, y se describe al consumidor de modo general para luego estudiarlo detenidamente en los capítulos posteriores. En el *segundo capítulo* se profundizan y delimitan las definiciones legales de consumidor, tanto en el derecho español (con obligada referencia al europeo) como en el argentino, su evolución histórica hasta la regulación actual, a fin de clasificarlas e identificar tendencias y sus respectivas fortalezas y debilidades. El *tercer capítulo* se dedica a las clasificaciones del consumidor, los criterios para ello y su justificación. En particular, las nociones de consumidor material o fáctico, consumidor legal, consumidor equiparado o bystander, así como también las nociones de consumidor medio y especialmente vulnerable. El *cuarto capítulo* desarrolla los supuestos especialmente controvertidos en torno a la categoría del consumidor: persona jurídica (incluso mutuales, asociaciones y cooperativas), los profesionales liberales y el empresario, los actos mixtos, los grupos de consumidores, el Estado, los fiadores, el inversor y el trabajador. El *quinto* y último capítulo se propone la identificación del consumidor en supuestos especiales: las relaciones derivadas de la economía colaborativa, la sucesión en la calidad del consumidor y el negocio celebrado entre consumidores con participación de un profesional en nombre y por cuenta de otro consumidor.

Por último, quiero y necesito agradecer a distintas personas que posibilitaron el desarrollo y presentación de este trabajo.

Inicié el cursado del Doctorado en Derecho en la Universidad Pompeu Fabra en Octubre de 2015, mudándome a la especial ciudad de Barcelona,

para cumplir un sueño que siempre tuve: estudiar en el exterior y obtener el título de Doctora.

Allí, tanto la Universidad Pompeu Fabra en cada uno de sus miembros y docentes me acobijó de la mejor forma posible, y no puedo dejar de destacar el eterno agradecimiento que desde el primer día debo a mi Director, Carlos Ignacio Gómez Ligüerre quien, con su calidez humana y generosa alma docente, me presentó a la Universidad, a los docentes de Derecho Civil y me encaminó en el camino de mi investigación. Tanto las clases del Doctorado, como las reuniones semanales del Departamento y las que tuvimos con Carlos para avanzar en la definición del proyecto de tesis fueron un aprendizaje inigualable en mi formación profesional y humana. Luego de aprobado mi proyecto continué con el desarrollo de esta tesis a la distancia desde mi Córdoba en Argentina donde me esperaba mi esposo, mi trabajo en el Poder Judicial de la Provincia, y en donde luego llegó nuestra hija.

Insisto, gracias Carlos por tu constante guía, lectura de mis avances de tesis, por las sugerencias brindadas, y enseñanzas, siempre con la libertad de elegir mi propio camino, pero acompañándome en él.

También estoy inmensamente agradecida a M. Lluïsa García Sabaté quien desde la Secretaría del Doctorado estuvo siempre a disposición para cualquier tipo de duda y colaboración de manera inmediata.

A la Universidad Nacional de Córdoba y a la Universidad Nacional de Rosario, instituciones públicas que posibilitaron mi formación de grado y postgrado, respectivamente.

Merece especial reconocimiento el apoyo con el que conté desde el Poder Judicial de la Provincia de Córdoba al que pertenezco desde hace años, que me concedió la licencia especial para cursar el Doctorado en España,

y particularmente a mis jefes durante estos años: Dres. Francisco Junyent Bas, Rafael Aranda, Claudia Zalazar y Joaquín Ferrer, por su apoyo constante para culminar con el Doctorado.

Ya en el ámbito personal, agradezco eternamente a mi esposo Federico por su comprensión, generosidad y apoyo incondicional en todos estos años. Gracias a mi querida Anita Lucía por todo el tiempo robado en el que mamá estuvo “haciendo su tesis”.

También quiero dar gracias a mis padres, Susana y Jorge, quienes siempre me instaron a estudiar, progresar y perseverar en lo que uno quiere con todo el esfuerzo para conseguirlo. Igualmente, agradezco a mis suegros, Nora y Luis, por ilustrarme en el camino de la investigación, a cuya enseñanza dedicaron sus vidas; gracias por todas sus explicaciones, consejos y ánimos para llegar a la meta.

También reconozco especialmente a mis compañeros del Doctorado, con quienes nos apoyamos desde el primer día para avanzar juntos en este largo camino, habiéndonos convertidos en grandes amigos a pesar de las distancias.

Agradezco los ánimos de mis amigos, algunos abogados y otros no, que también me alentaron a seguir en camino durante estos años, en especial a Maximiliano Calderón.

En definitiva, la experiencia del Doctorado en la Universidad Pompeu Fabra me permitió conocer el derecho europeo y el español, así como también conocer a grandes personas que siempre estarán en mi corazón.

CAPÍTULO 1: DERECHO DEL CONSUMIDOR

El actual derecho del consumidor abarca todo tipo de vinculación entre un consumidor y un empresario (España) o proveedor (Argentina), en función la denominada “relación de consumo”, que excede la noción contractual por resultar mucho más amplia (en cuanto a su contenido, tipo, perfeccionamiento, y tiempo), tal como se desarrollará en este capítulo y se ampliará en el siguiente.

En este apartado inicial, interesa describir y detallar los antecedentes del derecho del consumidor, sus características, fundamentos, principios que lo rigen, presupuestos generales de aplicación, así como también su fuente tanto en normas especiales como en regulaciones integradas (en sus diversos niveles: internacional, regional, y nacional); y finalmente caracterizar al sujeto tutelado: el consumidor de modo general para luego estudiarlo detenidamente en los capítulos posteriores.

En definitiva, el fundamento de este análisis es enmarcar la temática específica objeto de estudio, es decir, la categoría jurídica del consumidor, desde la perspectiva del derecho español, europeo y argentino que se compara en todo este trabajo.

1.1 Derecho del consumidor

a) Antecedentes en la materia

La industrialización y la producción en masa generaron la necesidad de incentivar el consumo, fomentar su demanda, crear la necesidad de consumir. Ello produjo la polarización de los sujetos-parte de las

relaciones jurídicas, los que pueden clasificarse en: los *fuertes, expertos, productores de bienes y servicios* (empresarios o proveedores) quienes poseen los conocimientos técnicos, la información y el poder económico; y los *débiles, vulnerables, profanos* (consumidores) que no pueden hacer prevalecer su voluntad por carecer justamente de conocimientos específicos, información y poder económico.

Precisamente, esta desigualdad estructural entre las partes justificó el surgimiento del Derecho del Consumidor a fin de proteger al sujeto vulnerable que antes sólo encontraba resguardo en las normas generales de los contratos (principios generales, regulación de los contratos en general y en particular) o en los principios generales del derecho. En este punto el “*arsenal defensivo tradicional –Código civil, Código de Comercio y LEC...*” resultó claramente insatisfactorio por inadecuación de los instrumentos jurídicos puestos al alcance del consumidor¹⁵ ante el cambio del modelo productivo y social que generó el consumo en masa.

Cabe destacar que la problemática del consumidor, por ser común a todos, pobres y ricos, fuertes y débiles, instruidos e ignorantes, habitantes de la ciudad o del campo, consumidores de bienes suntuarios o de primera necesidad, concierne genéricamente a la persona, que es el eje necesario del sistema¹⁶.

Si bien el derecho históricamente se preocupó por la desigualdad entre las partes, el derecho del consumidor como tal nació a mediados del siglo XX, desde 1973 con la Carta del Consumidor del Consejo de Europa, que fue la base de diversos avances en materia comunitaria.

¹⁵ Gema BOTANA GARCÍA, Miguel RUIZ MUÑOZ (Coordinadores), *Curso sobre protección jurídica de los Consumidores*, Madrid, Mc Graw Hill, 1999, 8 - 9.

¹⁶ Atilio A. ALTERINI, *Prólogo, Ley de Defensa del Consumidor Comentada y Anotada*, Sebastián PICASSO y Roberto VÁZQUEZ FERRERA, (Directores), Tomo I, Buenos Aires: La Ley, 2009, 6.

Desde sus orígenes la Comunidad Europea tuvo como uno de sus principales objetivos la libre circulación de mercaderías, servicios, personas, capitales, etc. (libertades económicas) mediante la creación de un mercado interior único, y en dicha misión el consumidor adquirió trascendental relevancia al punto tal que se generó una política para su protección con instrumentos jurídicos a tal fin. A continuación, mencionaremos los hitos más importantes.

Por un lado, en el marco del derecho originario de la Unión Europea, si bien se considera que el Tratado de Roma (1957) ya consagraba de modo directo o indirecto una protección del consumidor (puesto que no había delegación de facultades para su regulación), recién se positivizó de modo expreso con el Acta Única de la Unión Europea en 1986, en el art. 100 A.3. en el que se destacó que el nivel de protección sería elevado. Posteriormente, en el Tratado de Maastricht en 1992 se consagró dicho derecho como competencia formal de la legislación de la Unión Europea, incluyendo un Título (el N° XI) denominado: “Protección de los consumidores” en el art. 129 A; el que en 1997 con la Reforma del TCE por el Tratado de Ámsterdam se modificó y numeró como 153.

En lo que respecta al derecho derivado de la Unión Europea, los antecedentes son numerosos, entre los que se destaca la Carta Europea de Protección al Consumidor, dictada en 1972 por la Asamblea Consultiva del Consejo de Europa¹⁷.

¹⁷ Además, se siguieron diversos “Programas” en los que se desarrollaron aspectos en particular de la temática, a saber: Programa Preliminar de 1975 para una política de protección e información del consumidor, en el que se determinaron sus derechos básicos; el Segundo Programa de 1981 que siguió la misma línea del anterior y se aprobaron las primeras Directivas en protección del consumidor (publicidad engañosa, responsabilidad del fabricante por daños de productos defectuosos, etc.); en 1985 el Programa de Nuevo Impulso, que generó algunas resoluciones; pero recién en 1990 surgió el Plan Trienal de acción sobre Política de los Consumidores, etapa en la que también se dictaron diversas

Desde sus orígenes, se debatió el modo de reglar el derecho del consumidor en la zona de libre comercio pues: “*Variation between national laws was typically presented as an impediment to market integration...*” y “*Harmonisation therefore has a dual function. It sets common rules for the European market but it also involves a choice of the appropriate common standard and technique of regulatory protection*”¹⁸.

A nivel global también se generaron diversos avances en la materia, en especial en el seno de las Organización de las Naciones Unidas (ONU) en la que se aprobaron diversas Directivas para la Protección del Consumidor, por la Asamblea General en su Resolución 39/248 (1985), ampliadas por el Consejo Económico y Social mediante resolución 1999/7 (1999), revisadas y aprobadas por la Asamblea General en resolución 70/186 (2015). Éstas tienen por objetivo guiar a los países en relación a la estructura y regulación del derecho del consumidor a nivel nacional, a fin de alcanzar estándares similares a nivel global.

A nivel nacional, en el derecho español, si bien existieron indirectamente algunas normas que protegían al consumidor¹⁹, la primera versión positiva concreta fue mediante la incorporación en la Constitución Española (CE) en el art. 51 en 1978, y recién se dictó la ley especial: “Ley General para

Directivas; en 1993 tuvo lugar el segundo Plan Trienal que tuvo en miras consolidar el derecho vigente y facilitar el acceso a la justicia, y en 1996 el tercer Plan, y en 1995 creó la Dirección General XXIV de Política de consumidores y también generó diversas Directivas y, por último, el cuarto Plan Trienal en 1998, durante el cual se dictaron varias Directivas¹⁷. Luego existieron diversos progresos, políticas y documentos en la materia hasta la actualidad, tanto referidos a regulación de “mínimos” y de “máximos”, sobre los que se hará referencia a lo largo de este trabajo.

¹⁸ Stephen WEATHERILL, *EU Consumer Law and Policy*, Second Edition, Cheltenham, UK, Edward Elgar, 2013, 11-12.

¹⁹ A modo de ejemplo, cabe citar la Ley 57/1968, de percepción de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas, el Real Decreto 1945/1983, sobre infracciones y sanciones en materia de defensa del consumidor y protección agroalimentaria, entre otras.

la Defensa de los Consumidores y Usuarios” (LGDCU) en 1984, hoy refundida en el Texto Refundido de la Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios (TRLGDCU): Real Decreto Legislativo 1/2007. Por su parte, en el derecho argentino la recepción fue mucho más tardía, puesto que la sanción de la Ley de Defensa del Consumidor N° 24.240 (LDC) data del año 1993, y al año siguiente la protección de este sujeto débil adquirió jerarquía constitucional con la incorporación del art. 42 a la Constitución Nacional (CA).

b) Denominación

La denominación del derecho objeto de estudio en esta tesis tiene dos fórmulas, y cada una de ellas denota una ideología que evidencia una diferente concepción de las reglas de derecho que protegen al consumidor.

En general, las terminologías utilizadas son: “*Derecho del Consumidor*” o “*Derecho del consumo*”, las que se diferencian según en qué se pone el énfasis de la protección. En el primero se destaca la persona del consumidor, como sujeto débil del mercado que requiere de un resguardo especial; mientras que en el segundo, la cuestión se centra en el acto de consumo, y no en el sujeto, en aras a la objetivación de la materia.

Por nuestra parte, adoptamos la denominación “*Derecho del consumidor*” en lugar de “*Derecho del consumo*” pues, desde sus orígenes la protección especial se justificó en la debilidad estructural del consumidor frente al proveedor en el mercado, y consideramos que ese debe ser el objetivo principal.

Además, la ciencia que estudia el consumo en sí es la economía (también el marketing y la publicidad) y no el derecho que además de analizarlo

regula sus efectos, conflictos, y tiene como objetivo especialmente la protección del consumidor como ser humano.

Desde otro punto de vista, el derecho del consumidor no posee el rasgo común de la mayoría de la normativa que tiene como base el principio de igualdad y objetividad entre los sujetos, sino que por el contrario, es subjetivo: expresamente consagra la protección del consumidor frente al empresario o proveedor, beneficiándolo en diversos aspectos sustanciales y procesales. En definitiva, pretende equiparar legalmente a quienes fácticamente no lo están en el mercado.

La afirmación precedente encuentra fundamento en la tutela diferenciada del consumidor, tal como se detallará en el punto siguiente.

Al efecto, compartimos la definición de Barocelli del derecho del consumidor como un: *“sistema de normas principiológicas, de fuente constitucional, con carácter esencialmente protectorio de la parte más débil y vulnerable; esto es, de aquellas que adquieren o utilizan bienes o servicios para satisfacer necesidades domésticas, que atraviesa todo el ordenamiento jurídico positivo, poniendo en crisis muchos de sus paradigmas clásicos y resignificando mucho de sus postulados a la luz de sus normas, principios e institucionales cuando se verifica la existencia de una relación de consumo”*²⁰.

²⁰ Sergio S. BAROCELLI, *Principios y ámbito de aplicación del derecho del consumidor en el nuevo Código Civil y Comercial*, Revista de Derecho Comercial del Consumidor y de la Empresa, Año VI, N° 1, Febrero de 2015, Buenos Aires: La Ley, 64.

c) Caracterización

El régimen de protección del consumidor se identifica por incluir reglas, principios y mecanismos de derecho público y privado, e involucrar diversas ramas del derecho transversalmente: constitucional, civil, comercial, administrativo, tributario, procesal, etc. Por ello, se extiende y atraviesa todo el ordenamiento jurídico, y quizás éste sea el motivo por el cual existen diversas regulaciones del instituto incluso internamente en cada sistema jurídico nacional.

Tal como se señaló al analizar la denominación, se trata de un derecho subjetivo, garantista, que no trata por igual a las partes de la relación de consumo, porque expresamente beneficia al consumidor para equipararlo ante la desigualdad estructural que se genera en el mercado frente al proveedor, y lo beneficia con normas positivas en tal sentido.

Además, es flexible, dinámico y mutable ya que está íntimamente relacionado con el mercado, cuyas prácticas evolucionan constantemente, y por ello, debe adaptarse a las nuevas formas de negociación, comercialización, etc. a fin de cumplir con su objetivo primordial de defender al consumidor y usuario y equipararlo a su contraparte fuerte.

Un rasgo destacable del derecho del consumidor es que se ubica dentro de los derechos humanos²¹, pues en especial tutela la dignidad de la persona humana ante la vulnerabilidad que presenta el consumidor.

²¹ Para ampliar esta noción ver: Gabriel STIGLITZ, *Los principios del derecho del consumidor y los derechos fundamentales*, en: *Tratado de Derecho del Consumidor*, Gabriel STIGLITZ y Carlos A. HERNÁNDEZ (Directores), Tomo I, Thomson Reuters, Buenos Aires: La Ley, 2015, 309-316; José H. SAHIÁN, *Dimensión constitucional de la tutela de los consumidores. Progresividad y control de regresividad de los derechos de los consumidores*, Tesis Doctoral, Universidad Complutense de Madrid, 2016, texto completo disponible en: <https://eprints.ucm.es/43562/1/T39003.pdf>, consultado: 27/3/2018; Gonzalo

Por otro lado, cabe destacar que el derecho del consumidor en muchos ordenamientos jurídicos es de orden público (tal lo que ocurre en el art. 10 del TRLGDCU²² y en la LDC que lo prevé expresamente en el art. 65²³), con las consecuencias que ello implica en cuanto a aplicación, prelación normativa con otras leyes, competencia jurisdiccional, irrenunciabilidad a sus derechos, abusividad de cláusulas, etc.

Otra característica particular de esta rama del derecho es que prevé las tres funciones del derecho de daños: la preventiva, la resarcitoria y la sancionatoria.

Por último, el derecho del consumidor es regulado tanto a nivel internacional, como también regional -como en el caso de la Unión Europea o el Mercosur y la Organización de Estados Americanos: OEA-, nacional y autonómico (España) o provincial (Argentina).

1.2 Fundamentos de la tutela especial del consumidor

SOZZO, *Consumo digno y verde: humanización y ambientalización del derecho del consumidor (sobre los principios de dignidad del consumidor y de consumo sustentable)*, <http://unl.academia.edu/cosimogonzaloso>; MARTINA, ROJO, *La defensa del consumidor en el MERCOSUR*, AEQUITAS, Vol 6, No 6 (2012), <http://p3.usal.edu.ar/index.php/aequitas/article/view/1685/2136>.

²² Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, “Artículo 10. Irrenunciabilidad de los derechos reconocidos al consumidor y usuario. La renuncia previa a los derechos que esta norma reconoce a los consumidores y usuarios es nula, siendo, asimismo, nulos los actos realizados en fraude de ley de conformidad con lo previsto en el artículo 6 del Código Civil”, disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2007-20555>, última consulta el día 2/7/2020.

²³ Artículo 65 de la Ley de Defensa del Consumidor y Usuario N° 24.240 argentina: “La presente ley es de orden público, rige en todo el territorio nacional y entrará en vigencia a partir de la fecha de su publicación en el Boletín Oficial...” disponible en: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/638/texact.htm>, última consulta el día 2/7/2020.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) ha reiterado en diversos pronunciamientos²⁴ (por ejemplo al analizar el régimen de cláusulas abusivas) que el fundamento del derecho del consumidor lo constituye la situación de inferioridad del consumidor frente al profesional en relación a la capacidad de negociación y nivel de información, que lo lleva a adherirse a condiciones redactadas unilateralmente y de antemano por el profesional.

En similar sentido, la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) argentina aseveró que: “...la ley 24.240 de Defensa del Consumidor fue sancionada por el Congreso de la Nación, dentro de las facultades que le otorga el art. 75.12 de la Constitución Nacional y, según se desprende de los antecedentes parlamentarios, tuvo por fin llenar un vacío existente en la legislación argentina, pues otorga una mayor protección a la parte más débil en las relaciones comerciales -los consumidores- recomponiendo, con un sentido ético de justicia y de solidaridad social, el equilibrio que deben tener los vínculos entre comerciantes y usuarios, que se veían afectados ante las situaciones abusivas que se presentaban en la vida cotidiana”²⁵.

Desde el comienzo de sus estudios la doctrina especializada en la materia²⁶ explicó que la necesidad de protección sistémica de los consumidores era consecuencia del reconocimiento de que existe una inmensa mayoría de personas que al realizar operaciones normales de la vida cotidiana no están en condiciones de conseguir por sí solas las calidades y precios adecuados, ni de hacer valer sus exigencias frente a los

²⁴ TJUE, “Costea”, EU:C:2015:538, apartado 18, “Barclays Bank”, EU:C:2014:279, apartado 32, y “Aziz”, EU:C:2013:164, apartado 44, entre otros.

²⁵ CSJN argentina, “Flores Automotores S.A. s/ recurso ley 2268/98. 11/12/2001 – Fallos: 324:4349, de la opinión del Procurador Fiscal al que adhiere la Corte.

²⁶ Alberto BERCOVITZ y Rodrigo BERCOVITZ, *Estudios jurídicos sobre protección de los consumidores*, Madrid: Tecnos, 1987, 22 y 23.

empresarios o proveedores, ni de juzgar la bondad de los productos o servicios, ni tienen la posibilidad de influir en el mercado; y se ven sometidos a las presiones del mercado a través de la publicidad, que reduce su capacidad crítica.

En definitiva, la protección del ciudadano-consumidor se justifica en la desigualdad real que existe entre éste y los proveedores en el tráfico comercial, que los perjudica no sólo en lo económico o patrimonial, sino en diversas facetas de la vida en sociedad y en su condición de persona humana cuya dignidad merece especial tutela, tal como es reconocido en los Pactos Internacionales de Derechos Humanos.

Además, el derecho de los consumidores se funda en normas internacionales que de modo directo o indirecto tutelan sus intereses, entre los que se destacan: el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la Asamblea General de las Naciones Unidas, que prevé el derecho a un nivel de vida adecuado, incluida alimentación, vestido y vivienda; la mejora continua de las condiciones de existencia, la protección contra el hambre, y el derecho a recibir información de principios sobre nutrición; las Directrices de las Naciones Unidas sobre Protección del Consumidor imponen asegurar que las políticas lleguen efectivamente a todos los sectores de la población, especialmente, a los más carenciados. A nivel regional vale destacar: la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, arts. XI y XXIII consagran los principios de preservación de la salud, el bienestar y satisfacción de necesidades esenciales del hombre; y en similar sentido, la Convención Americana sobre derechos humanos o Pacto de San José de Costa Rica, que en el art. 26 consagra el deber de los Estados de adoptar medidas para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos económicos, sociales, culturales y de educación.

1.3 Principios del derecho del consumidor

Antes de ingresar a los principios del derecho del consumidor, procede señalar a qué nos referimos cuando hablamos de principios, y cuáles son sus principales funciones.

Los principios fueron definidos como: “*un enunciado, y dentro de esta categoría es un enunciado normativo, que tiene una formulación abstracta y un procedimiento de identificación propio, y finalmente que tiene funciones referidas a la solución de problemas y orientación de comportamientos*”²⁷. Las funciones de los principios pueden sintetizarse en las siguientes²⁸:

- *Integrativa*: es un instrumento técnico para colmar una laguna del ordenamiento;
- *Interpretativa*: es un modo de subsumir el caso en un enunciado amplio, que ayuda al intérprete a orientarse en la interpretación correcta;
- *Finalística*: permite orientar la interpretación hacia fines más amplios, de política legislativa;
- *Delimitativa*: pone un límite al actuar de la competencia legislativa, judicial y negocial, constituyendo los lineamientos básicos;
- *Fundante*: ofrece un valor para fundar internamente el ordenamiento y da lugar a creaciones pretorianas.

²⁷ Ricardo L. LORENZETTI, *Las normas fundamentales de derecho privado*, Rubinzal Culzoni: Santa Fe, 1995, 261.

²⁸ Ricardo L. LORENZETTI, *Comercio Electrónico*, Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2001, 46.

Los principios, desde lo axiológico y como ejes centrales, permiten solucionar los problemas de falta de regulación específica en el derecho positivo y para la interpretación o integración de normas, sirviendo de útil herramienta a los operadores para la efectivización del “diálogo de fuentes” y resolución del caso concreto.

Tanto en España como en Argentina, los principios son previstos expresamente en los códigos de derecho privado como fuente del derecho. El artículo 1 del Código Civil (CC) español dispone: “1. *Las fuentes del ordenamiento jurídico español son la ley, la costumbre y los principios generales del derecho...4. Los principios generales del derecho se aplicarán en defecto de ley o costumbre, sin perjuicio de su carácter informador del ordenamiento jurídico*”; mientras que el Código Civil y Comercial (CCCN) argentino estatuye a los principios como *fuerza interpretativa del derecho* en el artículo 2.

En el derecho del consumidor existen algunos principios específicos expresamente consagrados en alguna Directiva, la ley o en el Código, y desde el nacimiento de la materia tuvieron una especial relevancia en su aplicación.

En las Directrices de las Naciones Unidas para la Protección del Consumidor, se incluyen una serie de principios generales y otros principios para unas buenas prácticas comerciales²⁹, como ejes que las regulaciones estatales deben tener en miras al regular el derecho del consumidor.

²⁹ Texto disponible en: https://unctad.org/es/PublicationsLibrary/ditccplpmisc2016d1_es.pdf.

A nivel nacional, si bien la doctrina y la jurisprudencia refieren a los principios del derecho del consumidor, ni la ley española³⁰ ni la argentina los consagran de modo expreso como tales³¹, lo que indudablemente no implica que éstos no existan de manera subliminar o implícita.

De todos modos, vale destacar que en el derecho español, la protección del consumidor es en sí misma un principio general del derecho, con fundamento en el art. 51 de la CE, que se ubica en el Capítulo Tercero, del Título Primero: “*De los principios rectores de política social y económica*”, y en función de la redacción del art. 1 del TRLGDCU que dispone: “*En desarrollo del artículo 51.1 y 2 de la Constitución que, de acuerdo con el artículo 53.3 de la misma, tiene el carácter de principio informador del ordenamiento jurídico, esta norma tiene por objeto*

³⁰ La única excepción la constituye –a nivel autonómico– el Código de Consumo de Cataluña (Ley 22/2010, del 20 de julio) sólo aplicable en su ámbito territorial, que sí incluye en el “*CAPÍTULO II: Principios informadores del derecho de consumo*”, los que desarrolla en los arts. 112.1 a 112.5. Estos son: art. 112-1: “*Derecho básico: Los derechos de las personas consumidoras tienen el carácter de derecho básico y son objeto de especial protección*”, art. 112-2: “*Buena fe y equilibrio de las posiciones jurídicas: Las relaciones de consumo deben fundamentarse en la buena fe y el justo equilibrio de las posiciones jurídicas, lo que excluye las prácticas comerciales desleales o abusivas y la inserción de cláusulas abusivas en los contratos*”, art. 112-3: “*Irrenunciabilidad de los derechos: Los derechos que la presente ley otorga a las personas consumidoras son irrenunciables y es nulo cualquier pacto que los excluya*”, art. 112-4: “*Principio de consumo responsable. Las relaciones de consumo deben ajustarse a los criterios de racionalidad y sostenibilidad con relación a la preservación del medio ambiente, la calidad de vida, la especificidad cultural, el comercio justo, la accesibilidad, el endeudamiento familiar, los riesgos admisibles y demás factores que determinan un desarrollo socioeconómico individual y colectivo*”, art. 112-5: “*Principio de protección de las personas consumidoras. Las administraciones públicas catalanas deben velar por garantizar el cumplimiento efectivo de los derechos que la presente ley reconoce a las personas consumidoras*”.

³¹ Tampoco lo consagran las legislaciones italiana, norteamericana, inglesa ni alemana. Por el contrario, sí especifican los principios del derecho del consumidor: la ley federal de Protección al Consumidor de México (1992) y el Código de Protección y Defensa del Consumidor de Perú (2010).

establecer el régimen jurídico de protección de los consumidores y usuarios en el ámbito de las competencias del Estado.

En todo caso, la defensa de los consumidores y usuarios se hará en el marco del sistema económico diseñado en los artículos 38 y 128 de la Constitución y con sujeción a lo establecido en el artículo 139”.

Al respecto, se aseveró que: “...*el sistema económico diseñado por la Constitución, sin duda alguna asentado en la iniciativa económica privada, no entorpece ni dificulta la consideración que merezca la protección de los consumidores y usuarios, que para nuestro sistema es también un principio general del Derecho, en terminología tradicional, o un principio general informador del ordenamiento jurídico, en expresión textual de la LCU*”³²; y en similar línea se señaló que: “...*por imperativo de la Constitución, hay que considerar la protección de los consumidores como un principio general del Derecho, con la eficacia que a tales principios otorga el título preliminar del Código civil*”³³.

Las afirmaciones precedentes se confirman en el art. 1 del TRLGDCU que dispone: “*Principios generales. En desarrollo del artículo 51.1 y 2 de la Constitución que, de acuerdo con el artículo 53.3 de la misma, tiene el carácter de principio informador del ordenamiento jurídico, esta norma tiene por objeto establecer el régimen jurídico de protección de los consumidores y usuarios en el ámbito de las competencias del Estado.*

³² Carlos LASARTE ALVAREZ, *La protección del consumidor como principio general del derecho*, en: Estudios sobre consumo - Núm. 73, Abril 2005, 4, disponible en: <http://vlex.com/vid/proteccion-consumidor-principio-general-282825>, última visita el 2/7/2020.

³³ BERCOVITZ y BERCOVITZ, *Estudios jurídicos sobre protección de los consumidores*, 37.

En todo caso, la defensa de los consumidores y usuarios se hará en el marco del sistema económico diseñado en los artículos 38 y 128 de la Constitución y con sujeción a lo establecido en el artículo 139”.

Desde otra perspectiva, en todas las jurisdicciones el principio trascendental del derecho del consumidor es el “*in dubio pro consumidor*”, “*principio pro consumatore*”, o “*principio de interpretación más favorable al consumidor*”³⁴, cuyo objetivo es determinar la prevalencia de la protección del sujeto débil ante todo supuesto de conflicto de intereses, de integración normativa, o de duda.

Acedo Penco³⁵ señaló que se trata de un principio general a favor del consumidor, proclamado en el art. 51 de la Constitución española (CE), que obliga a que la aplicación de toda la legislación vigente haya de interpretarse, sin traba, en el sentido más favorable a los intereses de los consumidores.

También se consagró en los arts. 9, 65, 80.2 y 9.3 del TRLGDCU, y por ejemplo la ley gallega expresamente en sus fundamentos expone que: “*La presente ley ha sido concebida sobre el principio pro consumatore, instaurado en los artículos 51 y 53 de la Constitución española, según el cual las normas del ordenamiento jurídico que afecten a los intereses de los consumidores han de interpretarse de la forma más favorable para*

³⁴ Moisset de Espanés y Tinti advirtieron que se trata de: “...una moderna aplicación de la llamada regla “*favor debitoris*” en: Luis MOISSET DE ESPANÉS, Guillermo P. TINTI, *El consumo, el derecho del consumidor y la regla “favor debitoris”* en: AAVV, *Defensa del consumidor*, Ricardo L. LORENZETTI, Gustavo J. Schotz (Coordinadores), Buenos Aires: Abaco de Rodolfo Depalma, 2003, 108.

³⁵ Ángel ACEDO PENCO, *Fundamentos constitucionales de la protección jurídica de los consumidores en el ordenamiento español y en la Unión Europea*, Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla, México, N 1870, 2147, Año VI, N° 29, enero-junio de 2012, disponible en: http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-21472012000100002, consultado el 29/11/2015.

*estos, si bien al mismo tiempo fue necesario tener en cuenta otros principios básicos, como el de la autonomía privada, el de libertad de empresa o de unidad del mercado, con sus componentes de libre circulación de bienes, personas y capitales, arraigados en los acervos legislativos estatal y comunitario, y que tienen una influencia directa en las relaciones de consumo*³⁶.

Por su parte, se aclaró³⁷ que, aunque las normas de protección del consumidor tienen carácter preferente sobre el resto del ordenamiento jurídico (con el que resulta compatible), las normas de éste también pueden invocarse, y en caso de duda, prevalecerá la más favorable al consumidor.

En Argentina, los principales principios que surgen del derecho del consumidor son: “*in dubio pro consumidor*”, “*principio protectorio*” y “*principio de progresividad*” que imponen ante conflicto normativo la prevalencia de la regla o norma que más favorezca al consumidor, en virtud de su debilidad estructural y la especial tutela que merece.

Al respecto, la Comisión redactora del Código Civil y Comercial de la Nación (CCCN), que incorporó el derecho del consumidor, aclaró expresamente en los Fundamentos del Anteproyecto³⁸ que: “...*se propone incluir en el Código Civil una serie de principios generales de protección del consumidor que actúan como una “protección mínima”, lo que tiene efectos importantes:*

³⁶ Ley de Protección General De Las Personas Consumidoras y Usuarías de Galicia (Ley 2/2012, del 28 de Marzo) https://app.vlex.com/#ES/search/jurisdiction:ES+content_type:9/pro+consumator e/ES/vid/365519229.

³⁷ María José REYES LÓPEZ, *Manual de derecho privado de consumo*, Madrid: La Ley, 2009, 33.

³⁸ Texto completo disponible en: <http://www.nuevocodigocivil.com/wp-content/uploads/2015/02/5-Fundamentos-del-Proyecto.pdf>., consultado 13/4/2020.

- *En materia de regulación, ello implica que no hay obstáculos para que una ley especial establezca condiciones superiores.*
- *Ninguna ley especial en aspectos similares pueda derogar esos mínimos sin afectar el sistema. El código, como cualquier ley, puede ser modificado, pero es mucho más difícil hacerlo que con relación a cualquier ley especial. Por lo tanto, estos “mínimos” actúan como un núcleo duro de tutela.*
- *También es considerable el beneficio en cuanto a la coherencia del sistema, porque hay reglas generales sobre prescripción, caducidad, responsabilidad civil, contratos, del Código Civil que complementan la legislación especial proveyendo un lenguaje normativo común.*

En este marco, el principio protectorio se fundamenta en la debilidad y vulnerabilidad estructural del consumidor y tiene anclaje en el art. 42 de la CA que establece el deber de las autoridades (Poder Legislativo, Ejecutivo y Judicial) de “...proveer a la protección de los derechos de usuarios y consumidores”³⁹.

Por su parte, el principio “*in dubio pro consumidor*” encuentra fundamento positivo en los art. 42 CA, arts. 3, 25 y 37 LDC, arts. 7, 1094 y 1095 CCCN, y el Proyecto de Código de Defensa del Consumidor⁴⁰ lo

³⁹ Sergio S. BAROCELLI, *Principios y ámbito de aplicación del derecho del consumidor en el nuevo Código Civil y Comercial*, Revista de Derecho Comercial del Consumidor y de la Empresa, Año VI, N° 1, Febrero de 2015, Buenos Aires: La Ley, 64.

⁴⁰ Proyecto de Código de Defensa del Consumidor, en trámite parlamentario con media sanción en la Cámara de Senadores, ahora en tratamiento en la de Diputados con el N° 73, Expediente Diputados: 3143-D-2020, de fecha: 26/06/2020, con giro a las Comisiones de Defensa del Consumidor, del Usuario y de la Competencia y Legislación General, conforme se informa en: <https://www.hcdn.gob.ar/proyectos/resultados-buscador.html>, última consulta el 4/7/2020.

prevé expresamente en los arts. 3, 28, 36, 44, 49, 91 y 98. El principio tiene distintos alcances, y es una herramienta que fue y es utilizada para solucionar casos concretos, por ejemplo: decidir si una persona es o no consumidor, interpretar el derecho del consumidor con otros regímenes generales o estatutos especiales que entran en colisión con el derecho del consumidor, interpretar internamente el derecho tuitivo, interpretar la publicidad, información, la relación y/o el contrato entre las partes (incluso a fin de detectar cláusulas abusivas), valorar la prueba tanto en sede arbitral, administrativa o judicial, entre otras. En todo caso, se trata de una herramienta de suma utilidad pues, dada su amplitud y flexibilidad, habilita al operador jurídico a adoptar las medidas acordes al caso en particular, conforme el fundamento del derecho del consumidor y el principio de justicia, siempre teniendo en miras la manda constitucional.

Finalmente, cabe destacar que en Argentina existen otros principios del derecho del consumidor que también resultan trascendentales, y que surgen de manera directa o indirecta de diversas regulaciones: constitucional, de la LDC y del CCCN, con apoyo en la opinión doctrinaria y jurisprudencial nacional.

Estos principios fueron incorporados de modo expreso en el Proyecto de Código de Defensa del Consumidor -que de aprobarse derogaría y reemplazaría la actual LDC- cuyo texto analizaremos a fin de identificarlos de manera detallada. Cabe destacar que los mismos principios, luego de la publicación del Anteproyecto fueron expresamente adoptados por el Mercosur, mediante Resolución N° 36/19: “Defensa del consumidor – Principios Fundamentales”⁴¹ que tiene como fundamento el avance en materia de armonización de los Estados parte.

⁴¹ Texto completo disponible en: <http://www.saij.gob.ar/36-internacional-defensa-consumidor-principios-fundamentales-rmr2019000036-2019-07-15/123456789->

El Proyecto argentino, redactado por especialistas nacionales en la materia, consagra el más avanzado desarrollo del derecho del consumidor en el país, y en lo que nos interesa, la comisión explicó que: “...ante la imposibilidad fáctica y jurídica de agotar en un único cuerpo normativo todos y cada uno de los supuestos que podrían presentarse, lo mejor es contar con uno que combine Principios con las principales reglas generales, y que regule las situaciones particulares más importantes, para luego coexistir con todo el entramado normativo especial, pero siempre a la luz de esta “Norma General”, que está dotada de la amplitud y plasticidad para adaptarse a los cambios sociales, que acontecen hoy de manera constante. La seguridad jurídica es uno de los principales objetivos que iluminan este Proyecto, mediante un cuerpo normativo unitario, coherente, estable y dúctil”⁴².

Concretamente, en el Capítulo 1, Sección 2^a, el art. 5, reconoce la vulnerabilidad de los consumidores en el mercado; señala que el sistema de protección del consumidor se integra con las normas internacionales, nacionales, provinciales y municipales, y tiene por objetivo tutelar al consumidor. Finalmente, consagra los principios del derecho del consumidor, en una síntesis respecto a los cuales existe consenso en que configuran la estructura del derecho del consumidor, algunos de los cuales

0abc-de6-3000-09102rserced?q=%28organismo%3ACMC%29%20OR%20%28organismo%3AGMC%29&o=14&f=Total%7CFecha%7CEstado%20de%20Vigencia%5B5%2C1%5D%7CTema%5B5%2C1%5D%7COrganismo%5B5%2C1%5D%7CAutor%5B5%2C1%5D%7CJurisdicci%F3n%5B5%2C1%5D%7CTribunal%5B5%2C1%5D%7CPublicaci%F3n%5B5%2C1%5D%7CColecci%F3n%20tem%Eltica%5B5%2C1%5D%7CTipo%20de%20Documento/Legislaci%F3n&t=3044, última consulta el 7/7/2020.

⁴² Proyecto de Código de Defensa del Consumidor, en tratamiento en la Cámara de Diputados con el N° 73, Expediente Diputados: 3143-D-2020, de fecha: 26/06/2020, con giro a las Comisiones de Defensa del Consumidor, del Usuario y de la Competencia y Legislación General, conforme se informa en: <https://www.hcdn.gob.ar/proyectos/resultados-buscador.html>, última consulta el 4/7/2020.

también son incorporados por el derecho español aún cuando lo sean como principios en sí, tal como se señalará en su caso, a saber:

(1) Progresividad y no regresión: importa que la evolución del derecho del consumidor debe avanzar hacia una máxima protección o en términos legales: “...*plena efectividad de los derechos...*”, mejorando el sistema y nunca retrotrayéndolo a niveles ya alcanzados o más desventajosos a los anteriormente regulados, lo que también se aplica a la implementación de políticas de protección;

(2) Orden público de protección: se trata de un derecho imperativo, irrenunciable por las partes, y que debe ser aplicado de oficio, aun en ausencia de alegación por las partes. Así lo disponen expresamente diversas leyes nacionales como la española (art. 10 del TRLGDCU) y la argentina (art. 65 LDC). El Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) ha reiterado en numerosas ocasiones⁴³ que: “...*el juez nacional deberá apreciar y aplicar de oficio*” el derecho del consumo, por ejemplo, a fin de analizar el carácter abusivo de una cláusula contractual incluida en el ámbito de aplicación de la Directiva 93/13: “... *y de este modo, subsanar el desequilibrio que existe entre el consumidor y el profesional, tan pronto como disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios para ello*”;

(3) Acceso al consumo: el Estado debe garantizar a todos los consumidores -mediante políticas específicas- el acceso a bienes y servicios de calidad y en condiciones de igualdad y seguridad. Es una prerrogativa primaria de los consumidores, pues sin éste ninguno del resto

⁴³ TJUE, “Banco Español de Crédito”, C-618/10, apartado 40; “Asbeek Brusse y de Man Garabito”, C-488/11 - EU:C:2013:341; “Aziz”, EU: C:2013; 164, apartado 46 y 47; “Sánchez Morcillo y Abril García”, EU:C:2014: 2099, C-169/14, “Barclays Bank”, EU:C:2014:279, apartado 34-, “Costea”, C-110/14, EU:C:2015:538, entre otras, disponibles en: <http://curia.europa.eu/juris>, consultada 3/12/15.

de sus derechos adquiere eficacia⁴⁴. Previsto en el art. 49 m del TRLGDCU;

(4) Transparencia en los mercados: impone al Estado controlar las distorsiones que afecten la distribución, condiciones de venta, calidad y precios de bienes y servicios, el fundamento se encuentra en la protección de los intereses económicos del consumidor, arts. 51 de la CE, art. 8.b. y 49 e, f y l del TRLGDCU y art. 42 de la CA.

(5) Consumo sustentable: asegura la interrelación entre el derecho del consumidor y el derecho ambiental, a fin de impulsar la protección del ambiente mediante un consumo y una producción sustentable. El objetivo es garantizar a toda persona un estándar razonable de calidad de vida y satisfacción de necesidades básicas⁴⁵. Algunas medidas afines con dichas metas son: la minimización del uso de materias primas y energías no renovables, la generación de la menor cantidad de residuos, etc. El CCCN argentino lo prevé de modo expreso en el art. 1094 al regular la tutela básica del derecho consumeril.

(6) Protección especial para situaciones de hipervulnerabilidad: refiere a personas incluidas en colectivos sociales afectados por una vulnerabilidad agravada, derivada de otras circunstancias distintas de la emergente de la inferioridad en el mercado como pueden ser los niños, niñas y adolescentes, los mayores, enfermos, discapacitados, etc. También se incluye en el art. 43 c del TRLGDCU.

⁴⁴ Gabriel STIGLITZ, en: AAVV, *Tratado de Derecho del Consumidor*, Gabriel A. Stiglitz; Carlos Hernández (Directores), Buenos Aires: Thomson Reuters La Ley, Tomo I, 2015, 361.

⁴⁵ Sergio S. BAROCELLI, *Diálogo de fuentes en el Derecho del Consumidor, Perspectivas desde el Derecho Argentino*, Berlín: Editorial Académica Española, 2017, 23.

(7) Respeto a la dignidad de la persona: pues el consumidor en primer lugar es persona humana, y como tal merece la máxima consideración y respeto por los empresarios y proveedores, de conformidad a los criterios de Declaraciones y Tratados de Derechos Humanos, el que también debe ser tenido en cuenta en las políticas públicas de protección. Al efecto, el derecho a la dignidad es la clave de identificación del derecho del consumidor dentro del sistema de tutela de los derechos humanos⁴⁶. Este principio está expresamente consagrado en el derecho argentino en el art. 42 de la CA, en el art. 8 bis de la LDC y en los arts. 1097 y 1098 del CCCN.

(8) Prevención de riesgos: busca la acción preventiva en resguardo de los consumidores ante cualquier amenaza de riesgo para su vida, salud o sus bienes. El fundamento es la obligación de seguridad que el empresario o proveedor debe garantizar al consumidor, tanto respecto a los bienes como a los servicios que comercializa. Está reglado en el arts. 8 a, 11 a 16 y 49 del TRLGDCU, y en los arts. 42 de la CA, arts. 5 y 6 de la LDC.

(9) De precaución: impone el deber de actuar de tal modo ante situaciones de controversia científica probada o ante incertidumbre científica fundada, respecto a la existencia de una amenaza derivada de un bien o servicio, obligando a tomar medidas eficaces para evitar el daño a los consumidores. En este caso, también se busca garantizar el cumplimiento de la obligación de seguridad. Positivizado en los arts. 8 a, 11 a 16 y 49 del TRLGDCU, y en los arts. 42 de la CA, 5 y 6 de la LDC.

(10) Antidiscriminatorio: tiene en miras evitar que en el mercado existan actos u omisiones discriminatorias en función de las condiciones personales del consumidor, por identidad, género, religión, opiniones

⁴⁶ STIGLITZ, *Tratado de Derecho del Consumidor*, 311.

políticas, nacionalidad, edad, etc. Este principio se consagra en el derecho español en los arts. 49 k y m y 87 del TRLGDCU, y en el argentino en el art. 8 bis de la LDC, art. 1098 del CCCN y en el Proyecto se reitera en los arts. 21 y 23.

(11) De primacía de la realidad: impone que al en la determinación de la verdadera naturaleza de las conductas, se consideran las situaciones y relaciones económicas que efectivamente se realicen, persigan o establezcan, y aclara que ello es independiente de la forma del acto jurídico pues ésta no enerva el análisis de la existencia de una relación de consumo por parte de las autoridades.

En síntesis, todos estos principios, previstos o no de manera expresa en el ordenamiento positivo español y argentino, resultan de suma utilidad al operador jurídico para comprender, interpretar y aplicar las normas y reglas del consumidor en el caso concreto, facilitando el diálogo de fuentes entre las diversas regulaciones existentes y fortaleciendo el objetivo primordial: la equiparación de las partes en la relación de consumo. Por último, estos principios también pueden tener incidencia en la calificación de una persona como consumidor, lo que interesa particularmente en este estudio.

1.4 Principales técnicas legislativas la regulación del derecho del consumidor

La regulación del derecho del consumidor puede tener principalmente dos alternativas: a) unitarias o codificadas, o b) dispersas mediante leyes especiales.

Esto se justifica en que el derecho del consumidor tiene como característica principal el ser fragmentario, pues si bien puede encontrarse regulado en una ley especial o código específico sobre la temática (tal el caso de España y Argentina), al ser interdisciplinario, coexiste con otras normas aisladas que incluyen alguna protección directa o indirecta, por ejemplo: en códigos civil y/o comercial: sobre interpretación de los contratos, responsabilidad, etc.; y en leyes o normativa sectoriales sobre servicios financieros, tarjetas de crédito, seguros, defensa de la competencia, lealtad comercial, entre otras.

En consecuencia, y tal como afirmamos al iniciar este epígrafe, las opciones de regulación son: a) de forma unitaria: en una única ley o Código que prevea la mayor cantidad de aspectos relacionados con carácter unificador⁴⁷; o por el contrario, b) a través de diversas disposiciones legales que regulen cada una de las instituciones jurídicas o ámbitos en los que se puede ver afectado el consumidor⁴⁸; todo ello con independencia de su inclusión en los códigos civil y/o comercial donde también pueden incorporarse normas de protección del consumidor⁴⁹.

Consideramos que la ventaja de contar con un único cuerpo normativo que contemple, aún cuando lo sea de modo general, la mayoría de los derechos del consumidor, se vislumbra en la accesibilidad y seguridad jurídica del régimen, que facilita la interpretación y aplicación del derecho. Sin embargo, la desventaja es que al ser general no permite

⁴⁷ Tal como ocurre en Italia, Reino Unido, Francia, Argentina, Brasil, México y Perú.

⁴⁸ Del modo que se regula la temática en Alemania o Estados Unidos.

⁴⁹ Para un estudio minucioso y desde el derecho comparado del tema ver: Sergio CÁMARA LAPUENTE, *La codificación del derecho de consumo: ¿refundación o refundición? (modelos y enseñanzas desde el derecho comparado)*, Revista de Derecho Civil, Vol. II, núm. 1 (enero-marzo, 2015) Estudios, 105-151, <https://www.nreg.es/ojs/index.php/RDC/article/viewFile/120/90>, última visita el 18/7/2020.

prever los casos particulares que quizás quedarán sin previsión especial (posibilidad de lagunas), lo que puede generar situaciones de desprotección, por ejemplo, al existir contradicción con una norma de otra ley, circunstancia que podría perjudicar al consumidor.

En todo caso, cabe reconocer que incluso en los ordenamientos jurídicos que disponen de una ley o código general de protección del consumidor, existen otras leyes o normas que también cumplen con dicha finalidad en distintas materias y que no son excluidas por aquél, y otras que entran en colisión con aquella, lo que puede generar la necesidad de interpretar en el caso concreto cual debe prevalecer, teniendo en miras los principios del derecho del consumidor, y en especial, el “*in dubio pro consumatore*” respecto al cual ya hicimos referencia en apartados anteriores.

1.5 Fuentes del derecho del consumidor

El derecho del consumidor se encuentra regulado en diversos niveles: internacional (Organización de las Naciones Unidas: ONU), regional (Unión Europea UE, Mercosur, etc.), nacional o estatal, en las comunidades autónomas o provincias y municipios, sin que dichas normativas sean necesariamente excluyentes entre sí.

Esta proliferación de normas en defensa del consumidor, que tiene como objetivo precisamente su protección, puede generar inseguridad jurídica ante regulaciones incompatibles, o algunas menos proteccionistas que otras, lo que se refleja desde la propia noción de consumidor que cada una adopta, como se estudiará en los capítulos siguientes.

A continuación, repasaremos las principales disposiciones en cada uno de los ámbitos detallados.

a) A nivel global

En el ámbito internacional la principal normativa la constituyen las Directivas de la ONU para la Protección del Consumidor, del 9/4/1985, ampliadas luego en 1999.

La relevancia de esta iniciativa es su intención de universalidad y validez para todos los Estados, aun cuando no tenga vigencia directa en éstos, pero sí como modelo de estándares mínimos que las legislaciones nacionales deben adoptar. Concretamente, en el Prefacio se dispuso: *“Las Directrices de las Naciones Unidas para la Protección del Consumidor son un conjunto valioso de principios que establecen las principales características que deben tener las leyes de protección del consumidor, las instituciones encargadas de aplicarlas y los sistemas de compensación para que sean eficaces. Además, las Directrices ayudan a los Estados Miembros interesados a formular y aplicar leyes, normas y reglamentos nacionales y regionales adaptados a sus circunstancias económicas, sociales y ambientales; también contribuyen a promover la cooperación internacional entre los Estados Miembros en el ámbito de la aplicación y alientan a que se compartan las experiencias en materia de protección de los consumidores”*⁵⁰.

Insistimos, el objetivo es regular el nivel mínimo de protección, pudiendo cada Estado ampliar la protección según lo considere. Además, la regulación pretende definir no solo los derechos de los consumidores, sino también las políticas públicas que cada Estado debe implementar para

⁵⁰ Texto completo disponible en: https://unctad.org/es/PublicationsLibrary/ditccplpmisc2016d1_es.pdf, última consulta 16/4/2020.

asegurar su respecto, incluyendo la cooperación internacional en el ámbito regional e internacional.

b) A nivel regional: Unión Europea, Mercosur y OEA

Desde otra perspectiva, cabe aclarar que en lo que respecta al ámbito regional nos limitaremos a considerar aquellos en los que España y Argentina son parte, en función del límite de estudio de este trabajo.

En primer lugar, la Unión Europea de la que España es parte, fue la primera que se ocupó de regular la temática alcanzando una importante evolución hasta la fecha⁵¹.

El Tratado de Lisboa explica el reparto de competencias entre la UE y los países miembros, en función del principio de atribución (art. 5 del Tratado de la Unión Europea) que prevé que la UE actúe únicamente dentro de los límites de las competencias que le atribuyen los Estados a través de los tratados. Estas competencias están definidas en los arts. 2 a 6 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), y existen cuatro tipos de competencias:

- las exclusivas (art. 3 del TFUE), por las que la UE es la única que puede actuar en estos ámbitos (por ejemplo: la unión aduanera y la política comercial);
- las compartidas entre la UE y los países miembro (artículo 4 del TFUE). Los Estados sólo pueden actuar si la UE ha decidido no hacerlo (por ejemplo, la política de cohesión, la energía o el medio ambiente). Los países pueden solicitar a la Comisión la

⁵¹ Para ampliar sobre la temática ver: Stephen WEATHERILL, *EU Consumer Law and Policy*, Second Edition, Great Britain: Elgar European Law, 2013.

derogación de un acto legislativo aprobado en relación con uno de estos ámbitos de competencia compartida, en aras de un mayor respeto de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad (Declaración N° 18 aneja al Tratado de Lisboa);

- la UE establece los regímenes en los que los países pueden coordinar las políticas (artículo 5 del TFUE; por ejemplo, la política económica);
- la UE puede apoyar, coordinar o complementar la acción de los países (artículo 6 del TFUE; por ejemplo, la cultura o el turismo)⁵².

En este ámbito, cabe destacar que la UE elevó a principio general vinculante el deber de asegurar un alto nivel de protección a los consumidores, en el art. 38 de la Carta de los Derechos Fundamentales, con efecto desde el Tratado de Lisboa en el 2009. Su relevancia deriva de que: *“These provisions are certainly important in supplying a constitutional underpinning...they serve to frame policy...”*, además, *“...the heartland of EU consumer law is occupied by two distinct sets of legal provisions....EU law of free movement and EU legislative harmonization...They concern negative law and positive law respectively: the work of the judiciary and the political institutions respectively”*⁵³.

Mediante la armonización legislativa la UE no sólo establece las reglas comunes que rigen el derecho del consumidor, sino también su contenido, estilo, técnica e intensidad de intervención en el mercado de aquellas, todo bajo el art. 114 del TFUE, siendo ésta la forma en que el derecho del

⁵² Nociones extraídas del sitio web de la UE: <https://eur-lex.europa.eu/summary/glossary/competences.html?locale=es>.

⁵³ WEATHERILL, *EU Consumer Law and Policy*, 307.

consumidor europeo toma forma concreta⁵⁴, que se proyecta en las diversas Directivas ya consolidadas en la materia.

Sin embargo, el derecho comunitario puede resultar contradictorio con el nacional, en cuyo caso, es el Poder Judicial el que define cuál prevalece.

Desde otro punto de vista, en el marco del MERCOSUR que Argentina integra, existen distintas disposiciones que denotan la preocupación existente sobre la temática, pese a lo cual todavía no se logró el dictado de un “Código de Defensa del Consumidor” para su ámbito.

En general, las previsiones normativas dictadas por el organismo siguen a las “Directrices para la Protección del Consumidor de Naciones Unidas”, y éstas son: el “Tratado de Asunción”, el “Protocolo Complementario de Ouro Preto”, el “Protocolo de Santa María”, las Resoluciones N° 126/94, 123/96, 124/96, 125/96, 126/96 y 127/96 del Grupo Mercado Común⁵⁵, y especialmente el “Proyecto de Protocolo de Defensa del Consumidor en el MERCOSUR”.

Los primeros instrumentos referenciados establecen las normas constitutivas e institucionales del grupo, como así también principios y objetivos comunes (destacándose el libre comercio entre los Estados parte).

En cuanto a las Resoluciones, la 126/94 dispuso que hasta tanto no se apruebe un Reglamento Común para la Defensa del Consumidor en el MERCOSUR, cada Estado parte aplicará su propia legislación tuitiva del consumidor a los productos y servicios que se comercialicen en su

⁵⁴ WEATHERILL, *EU Consumer Law and Policy*, 308-309, traducción de la autora.

⁵⁵ Disponibles en: <https://www.mercosur.int/documentos-y-normativa/normativa/>, última consulta 16.4.2020.

territorio⁵⁶, lo que así ocurre hasta la actualidad. En virtud de las Directivas 1/95, 17/96 y 18/96 se crearon 10 Comités Técnicos de la Comisión de Comercio del MERCOSUR, entre los que se encuentra en N° 7 de “Defensa del Consumidor” que fue creado para elaborar un proyecto de Reglamento del Consumidor para el MERCOSUR⁵⁷.

Por su parte, el Grupo Mercado Común, por recomendación del C.T. N° 7, emitió cinco Resoluciones. La 123/96 se refiere a la delimitación de conceptos fundamentales como consumidor, proveedor, relación de consumo, producto y servicio. La Resolución 124/96 establece una declaración de los derechos básicos de los consumidores. La Resolución 125/96⁵⁸ fija pautas concretas tendientes a lograr una efectiva protección de la salud y seguridad de los consumidores. La Resolución 126/96 establece criterios a los cuales deberá adecuarse la publicidad de los bienes y servicios destinados al consumo. Y la Resolución 127/96 establece las condiciones y alcances que deberá cumplir toda garantía contractual de los productos comercializados.

Sin embargo, cabe destacar que todas las Resoluciones antes citadas establecen expresamente que sus prescripciones deberán ser incorporadas a los ordenamientos jurídicos nacionales, y que entrarán en vigor una vez concluido el Reglamento Común sobre Defensa del Consumidor⁵⁹.

⁵⁶ Martina ROJO, *La defensa del consumidor en el MERCOSUR*, <http://p3.usal.edu.ar/index.php/aequitas/article/view/1685/2136>, última consulta 16.4.2020.

⁵⁷ Cristian R. PIRIS, *Estado Actual de la Protección de los Derechos del Consumidor en el MERCOSUR*, <https://www.yumpu.com/es/document/read/14786344/estado-actual-de-la-proteccion-de-los-derechos-del-consumidor-en->, última visita el 18/7/2020.

⁵⁸ Esta Resolución se complementa con otra, la N° 1-2010-GMC, sobre: “Salud. Seguridad de consumidores y usuarios”, Buenos Aires, 09/IV/2010.

⁵⁹ ROJO, *La defensa del consumidor ...*

El citado Reglamento, a pesar de no haber sido acabado, presenta un dato importante pues se había decidido que no tenga el carácter de “Reglamento” (derecho derivado), como originariamente se previó, sino de “Protocolo” (derecho originario), por lo que en las últimas versiones del Proyecto figura como “Protocolo de Defensa del Consumidor en el MERCOSUR” y que una vez depositados los instrumentos de ratificación será considerado parte del Tratado de Asunción⁶⁰, no siendo necesaria así la incorporación al derecho interno de cada Estado Parte a los fines de su entrada en vigor. En consecuencia, la aprobación de este reglamento sería de gran utilidad para todos los consumidores de los Estados que integran el Mercosur.

Por otro lado, en 1996 se aprobó el Protocolo de Santa María, aun no vigente⁶¹, que determinaba la jurisdicción internacional en materia de relaciones de consumo derivadas de los contratos en que uno de los contratantes sea consumidor ante el juez de su domicilio.

Luego, el tema se mantuvo en la agenda del MERCOSUR⁶², pero no se llegó a mayores avances por distintas razones más bien institucionales,

⁶⁰ PIRIS, *Estado Actual de la Protección...*

⁶¹ Información sobre la situación del Tratado disponible en el sitio oficial: https://www.mre.gov.py/tratados/public_web/DetallesTratado.aspx?id=lkk90C8cjD/9eWgqGr/GgA==&em=lc4aLYHVB0dF+kNrtEvsmZ96BovjLlz0mcrZruYPC A8=, última consulta 16/4/2020.

⁶² Rojo señaló que entre 1991 y 1994: “se aprobaron un grupo de resoluciones para proteger indirectamente a los consumidores en temas como salud, metrología y seguridad de los productos (Res. 31/92, 19/93, 31/93, 46/93, 82/93, 83/93, 91/93, 55/94, 56/94 y 64/94). El Mercosur comenzó entonces a trabajar en la protección del consumidor en tres formas, con iniciativas en Derecho del Consumidor sustantivo, especialmente en temas de contratos y daños, iniciativas en Derecho Internacional Privado, especialmente en jurisdicción y reglas de procedimiento y en iniciativas en temas que protegen al consumidor en forma indirecta”. También destacó que la: “Declaración del 15 de diciembre de 2000 proclama derechos procesales básicos de los consumidores, y fue inspirada en el Art. 42 de la Constitución Argentina y Art. 6 del Código de Consumidor brasileño. Es importante mencionar que esta una lista de derechos de los consumidor fue sólo aceptada como soft-law (“Declaración Presidencial de

políticas o económicas que impiden la armonización del tópico entre los Estados Miembros por el momento. De alguna manera, el abandono del Protocolo arrastró consigo avances importantes y hoy, se está trabajando en proyectos menores como declaraciones o una norma de mínimos que sirvan de referencia (tipo “ley modelo”).

En el marco de la Organización de Estados Americanos (OEA), que Argentina integra, desde el año 2003 está prevista y se avanza -aunque de manera lenta- la “CIDIP VII”⁶³. Uno de los dos temas que la integra es la protección al consumidor, por lo que, en la actualidad se trata del mayor avance en la unificación en la materia a nivel regional.

En consecuencia, si bien en el marco regional latinoamericano existen proyectos que avanzarían en pos de la defensa común de los derechos del consumidor, todavía no contamos con un régimen unificado en vigencia.

Florianópolis”, Declaración de Derechos Fundamentales de los Consumidores del MERCOSUR”, 15/12/ 2000)”. Y que: “en casi 10 años el CT7 ha sugerido reglas sólo administrativas sobre la cooperación en asuntos de consumidor, un sistema interesante de alerta sobre productos defectuosos (re-call), y algunas propuestas para revisar las resoluciones sobre marketing y garantías contractuales (R. 42/98) y comercio electrónico (Res.21/2004)”, mientras que: “En la LXIII Reunión Ordinaria del Comité TéCAico n° 7 sobre «Defensa del Consumidor», que tuvo lugar en Río de Janeiro, los días 18 y 19 de agosto del 2010, se acordó el “Proyecto de Resolución sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales de Consumo”, conforme: Martina ROJO, La defensa del consumidor en el MERCOSUR...

⁶³ Los temas a tratar en la CIDIP VII (Conferencias Especializadas Interamericanas sobre Derecho Internacional Privado) relativos al derecho del consumidor son: Ley Aplicable, Jurisdicción, y Restitución Monetaria (Convenciones y Leyes Modelo). “La Convención crearía un sistema para determinar las reglas aplicables a consumidores litigantes, mientras que la ley modelo complementaría dicho instrumento con mecanismos para la restitución cuando el litigio no prevé las soluciones más efectivas. En conjunción, estos dos instrumentos que conformaría el trabajo sobre el tema uno de la CIDIP VII y cubrirían los aspectos más sobresalientes de la protección al consumidor en las Américas”, conforme Rojo, *La defensa del consumidor en el MERCOSUR...*

c) A nivel nacional

Finalmente, a nivel nacional, cada Estado: español y argentino, adoptó semejante técnica legislativa para incorporar el derecho del consumidor a su ordenamiento positivo.

En España, las fuentes del derecho del consumidor son las normas que derivan de la UE, la Constitución Española (art. 51), ley especial: Real Decreto Legislativo 1/2007 (TRLGDCU), otras leyes estatales que también protegen al consumidor y las leyes emanadas de las Comunidades Autónomas (en sus ámbitos de aplicación).

España, como Estado parte de la UE, debe cumplir con el Reglamento 2006/2004, del Parlamento Europeo y del Consejo, del 27 de octubre, sobre la “Cooperación en Materia de Protección de los Consumidores”, que es vinculante para los Estados sin necesidad de incorporación; y también, debe incluir a su derecho interno las normas de defensa del consumidor que aquella dicte, trasponiendo las Directivas y armonizando su derecho con éstas.

A tal fin, primero, España optó por dictar una ley por cada Directiva que se aprobaba, aunque luego incorporó algunas en el TRLGDCU cuya reforma mediante ley 3/2014, del 27 de marzo, tuvo como objetivo trasponer la Directiva 2011/83/CEE que impuso un nivel de armonización de máximos o pleno, que rige en los Estados aún sin necesidad de incorporación al derecho interno, y sin que éstos puedan ampliarlos o disminuirlos.

A nivel nacional, la CE incorporó en el art. 51, referido a los principios rectores de la política social y económica, el derecho del consumidor en el año 1978, como primera referencia legislativa en la materia.

En segundo lugar, se dictó la ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (LGDCU), como primera norma del derecho español que receptó el derecho del consumidor de manera específica, que luego fue refundida con otras leyes⁶⁴ mediante el Real Decreto Legislativo 1/2007 (TRLGDCU) que fue modificado, especialmente en lo que aquí interesa en el art. 3, mediante Ley 3/2014.

Cabe destacar que, al margen de este “Código de Consumo”⁶⁵, se mantienen vigentes muchas otras normas que también tienen por objeto la protección del consumidor y usuario en materias concretas⁶⁶.

⁶⁴ El preámbulo del Real Decreto aclara que: “*Para la identificación de las normas objeto de refundición se ha considerado el listado del anexo de la Directiva 98/27/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de mayo de 1998, relativa a las acciones de cesación en materia de protección de los intereses de los consumidores y usuarios, que identifica las disposiciones comunitarias dictadas en materia de protección de los consumidores y usuarios, y, en consecuencia, las normas de transposición respecto de las cuales debe examinarse la procedencia de su incorporación al texto refundido*”, ver: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2007-20555>. Concretamente se incorporan a la anterior versión de la LGDCU con la que se refunden, la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios; la Ley 26/1991, de 21 de noviembre, sobre contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles; la regulación dictada en materia de protección a los consumidores y usuarios en la Ley 47/2002, de 19 de diciembre, de reforma de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista, para la transposición al ordenamiento jurídico español de la Directiva sobre contratos a distancia; la Ley 23/2003, de 10 de julio, de Garantías en la Venta de Bienes de Consumo, la Ley 22/1994, de 6 de julio, de responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos y la Ley 21/1995, de 6 de julio, sobre viajes combinados.

⁶⁵ Así denominado por Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, en: *Prólogo al “Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes Complementarias”*, 2ª Edición, Pamplona: Thomson Reuters Aranzadi, 2015, 41.

⁶⁶ A modo de ejemplo: Ley 7/1998, de 13 abril, sobre condiciones generales de la contratación, Ley General de Publicidad 34/1998, de 11 de noviembre, Ley 44/2006, de 29 de diciembre, de mejora de la protección de los consumidores y usuarios, las disposiciones sobre servicios financieros de consumo entre las que se encuentran la ley de Crédito para el consumo 16/2011 del 24 de junio y la ley sobre Comercialización a Distancia de Servicios Financieros Destinados a los Consumidores Ley 22/2007, de 11 de julio, Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo, la Ley 7/2017, de 2 de noviembre, por la que se

En otro ámbito, la CE delimita la distribución de competencias del Estado y las Comunidades Autónomas, pero no incluye expresamente el derecho del consumidor. Por ello, y con fundamento en el art. 149.3 de la CE referido a las materias no delegadas al Estado Nacional, las Comunidades Autónomas entendieron que era una temática que correspondía a éstas con competencia exclusiva y dictaron sus leyes de derecho del consumidor.

La cuestión es compleja pues al tratarse de una materia tan transversal, afecta necesariamente ámbitos conexos cuya competencia legislativa sí se encuentra expresamente atribuida al Estado en la CE⁶⁷.

Este panorama fundó diversos pronunciamientos del Tribunal Constitucional (TC) español que se pronunció por el exceso de la norma estatal (cuya aplicación será supletoria si no existe norma autonómica al respecto ex art. 149.3 in fine de la CE) a instancia de las Comunidades Autónomas (STC 15/1989, 26 de enero, sobre la LGDCU) como respecto de los intentos de extralimitación de éstas (STC 71/1982, 30 de noviembre, sobre el Estatuto del Consumidor del País Vasco, STC 62/1991, 22 de marzo, sobre el Estatuto Gallego del Consumidor y Usuario, entre otras)⁶⁸.

Por último, y en relación al Código Civil español (CC), si bien actualmente no incluye de manera directa referencia a la temática, se redactó una “Propuesta de modernización del Código Civil en materia de obligaciones y contratos” elaborado por la Sección de Derecho Civil de la

incorpora al ordenamiento jurídico español la Directiva 2013/11/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo, entre otras.

⁶⁷ Ángel CARRASCO PERERA, *El Derecho del Consumidor en España: presente y futuro*, Madrid, 2002, 49 y siguientes.

⁶⁸ Julio ÁLVAREZ RUBIO, *La experiencia española en derecho de consumo*, en: AAVV, *Tratado de Derecho del Consumidor*, Gabriel A. Stiglitz; Carlos Hernández (Directores), Buenos Aires: Thomson Reuters La Ley, Tomo I, 2015, 101-102.

Comisión General de Codificación⁶⁹. Dentro de las previsiones de los contratos, se incluye la protección de los consumidores en los contratos a distancia (arts. 1267) y en la contratación electrónica (art. 1268). La propuesta se asimila a la ley alemana, y recoge el conjunto de normas sustanciales reguladoras del derecho del consumidor⁷⁰ y opta por la inclusión de disposiciones de protección de cierta generalidad, mientras que otras se mantendrían al margen del Código⁷¹.

En definitiva, en España el derecho del consumidor actual es disperso pues rigen simultáneamente las normas del derecho comunitario, del estatal y el de las Comunidades Autónomas (en sus ámbitos de aplicación).

Por su parte, en Argentina la ley 24.240 (LDC) fue sancionada recién en el año 1993, con el objeto de regular los “contratos de consumo”, y sufrió numerosas modificaciones, siendo las más relevantes las producidas por la ley 26.361 en el año 2008, y por la sanción del CCCN en 2015.

La propia ley especial señala, en el art. 3, que sus disposiciones se complementan con las normas generales y especiales aplicables a la relación de consumo, y en particular indica: la Ley 25.156 de Defensa de la Competencia y la Ley 22.802 de Lealtad Comercial.

⁶⁹ Publicado en el Boletín del Ministerio de Justicia, enero de 2009, disponible en: www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/1292338914438?blobheader.

⁷⁰ Conforme se explicó en Nieves FENOY PICÓN, *La modernización del régimen del incumplimiento del contrato: Propuestas de la Comisión General de Codificación. Parte primera: Aspectos generales. El incumplimiento*, ADC, Tomo LXIII, 2010, fasc. I, disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3919594>, última consulta el 18/7/2020.

⁷¹ Cristina DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, “*Propuesta de modernización del Código Civil español en materia de obligaciones y contratos*”, Revista Anales de Legislación Argentina, Año LXXV, N° 6, marzo de 2015, Buenos Aires: La Ley, 2015, 228.

Luego, en el año 1994, se produjo la reforma de la Constitución Nacional (CA) en la que se incorporaron los derechos esenciales del consumidor de modo expreso en el art. 42⁷², y por primera vez se refirió a la “relación de consumo”, marcando un hito en la materia pues les concedió jerarquía constitucional a aquellos y se amplió la noción restrictiva de “contrato de consumo” con todas las consecuencias que ello implica.

Por su parte, el art. 43 de la CA legitimó a los consumidores y usuarios a entablar la acción de amparo como medio de defensa de sus derechos. Además, el art. 75. 22 de la CA incorporó al derecho argentino diversos Tratados Internacionales con rango constitucional, muchos de los cuales incorporan la tutela consumeril de modo directo o indirecto.

Con la sanción del CCCN (vigente desde el 1 de agosto de 2015) se produjo otro gran avance en materia consumeril, pues se incluyó dentro de la regulación de los contratos reglas y principios en defensa del consumidor⁷³.

⁷² Artículo 42: “*Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección, y a condiciones de trato equitativo y digno.*

Las autoridades proveerán a la protección de esos derechos, a la educación para el consumo, a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados, al control de los monopolios naturales y legales, al de la calidad y eficiencia de los servicios públicos, y a la constitución de asociaciones de consumidores y de usuarios.

La legislación establecerá procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos, y los marcos regulatorios de los servicios públicos de competencia nacional, previendo la necesaria participación de las asociaciones de consumidores y usuarios y de las provincias interesadas, en los organismos de control”.

⁷³ Stiglitz explicó que el Código introdujo dentro de la teoría general de los contratos, tres categorías: el paritario, el de adhesión y el de consumo, que se caracterizan, ya sea por la igualdad en el poder de negociación de las partes, por el modo de redacción en formularios como son los predispuestos, y por último, por el acto de consumo que implica la debilidad estructural de los negocios en

Concretamente, los contratos de consumo y el derecho del consumidor se reglamentan en el Libro III, “Derechos Personales”, Título III: “Contratos de consumo”, en cuatro Capítulos, desde el art. 1092 al 1122. Además, con la sanción del Código se aprobó un “Anexo” a éste, con “Leyes complementarias”, en las que se modificó expresamente la ley 24.240, en los arts. 1, 8, 40 bis y 50.

La Comisión redactora del Anteproyecto de Código Civil y Comercial en los “Fundamentos”⁷⁴ presentados con el texto de aquél explicó que: *“corresponde regular los contratos de consumo atendiendo a que no son un tipo especial más (Ejemplo: la compraventa), sino una fragmentación del tipo general de contratos, que influye sobre los tipos especiales (Ejemplo: compraventa de consumo), y de allí la necesidad de incorporar su regulación en la parte general. Esta solución es consistente con la Constitución Nacional que considera al consumidor como un sujeto de derechos fundamentales, así como con la legislación especial y la voluminosa jurisprudencia y doctrina existentes en la materia. Es necesario, entonces, regular tanto los contratos civiles, como los comerciales y de consumo, distinguiendo el tipo general del contrato de consumo...”*.

Finalmente, el 5 de diciembre de 2018 se presentó ante el Congreso de la Nación el Anteproyecto de Ley de Defensa del Consumidor, hoy Proyecto de Código de Defensa del Consumidor con media sanción en el Senado⁷⁵

masa. Rubén STIGLITZ, *La teoría del contrato en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación*, Diario Jurídico, La Ley, 13/06/2012.

⁷⁴ Texto completo disponible en: <http://www.nuevocodigocivil.com/wp-content/uploads/2015/02/5-Fundamentos-del-Proyecto.pdf>., última consulta 14.4.2020.

⁷⁵ Texto y trámite legislativo disponible en: <https://www.senado.gov.ar/parlamentario/comisiones/verExp/2576.19/S/PL>, última consulta el 16/4/2020.

e ingresado a la Cámara de Diputados⁷⁶ para su tratamiento, que derogaría la actual ley 24.240 (66 artículos) y la reemplazaría (186 artículos) regulando la temática de manera mucho más detallada.

En definitiva, el régimen jurídico nacional argentino del derecho del consumidor, impone para su aplicación el denominado “diálogo de fuentes” entre las diversas normas que lo regulan, y que en orden jerárquico, se conforman del siguiente modo: Constitución Nacional, art. 42 y 43, y Tratados Internacionales con jerarquía constitucional, art. 75.22, Código Civil y Comercial de la Nación y Ley 24.240 de Defensa del Consumidor y Usuario, otras leyes nacionales especiales aplicables en materia de consumo, Decretos del Poder Ejecutivo de la Nación, normas provinciales y municipales sobre la temática.

Cabe concluir este apartado destacando que, en lo que particularmente interesa en esta tesis, en la mayoría de las regulaciones de derecho del consumidor antes detalladas se estableció un ámbito de aplicación concreto, y se definió la noción de consumidor, pero de modo no exactamente coincidente, lo que justifica el estudio propuesto en este trabajo con el objetivo de determinar los criterios, tendencias, ventajas y desventajas de cada una, a fin de obtener conclusiones que aporten una visión crítica del estado actual del tema.

1.6 Presupuestos generales de aplicación

A los fines de la vigencia del régimen tuitivo del derecho del consumidor, resulta indispensable determinar su ámbito de aplicación, tanto objetivo

⁷⁶ Trámite legislativo disponible en: <https://www.hcdn.gob.ar/proyectos/resultados-buscador.html>, última consulta el 4/7/2020.

como subjetivo, y que, en última instancia, deriva de su fundamento, que se analizó en el punto 1.2.

Desde el punto de vista objetivo, se busca proteger las relaciones que emanan tanto de los contratos de consumo en cuanto acto jurídico, incluso en la etapa previa a su perfeccionamiento y en la posterior; como también determinados supuestos de responsabilidad extracontractual originados en una relación de consumo en sentido amplio o en un acto o hecho de consumo.

De ello se deriva que la protección excede el ámbito estrictamente contractual, incluyendo también actos y hechos de consumo en los que el sujeto débil también requiere de la especial protección, todo lo cual genera consecuencias especiales en la delimitación del sujeto protegido.

Desde la perspectiva subjetiva, se mira a las personas que se relacionan en dicho hecho, acto o contrato de consumo: los “consumidores o usuarios” y los “empresarios, proveedores o comerciantes”.

Las nociones de consumidor y empresario o proveedor (empresario en España y proveedor en Argentina, aclaración que vale para toda la tesis) se encuentran indisolublemente unidas puesto que ambas deben existir y relacionarse. La ley presupone que dicha vinculación es desequilibrada, y por ello, surgen y adquieren virtualidad todas las normas y principios del derecho del consumidor.

La determinación de los criterios para identificar al sujeto protegido por el derecho del consumidor es, precisamente, el tema de estudio de la presente tesis. Esto resulta indispensable pues la aplicación del marco jurídico tuitivo le concede al consumidor una serie de “ventajas” (sustanciales y procesales) que el legislador determinó a fin de equilibrar a las partes en la relación de consumo. De tal modo, la correcta delimitación

del sujeto tutelado redundando en seguridad jurídica y certeza en la aplicación del derecho.

De modo general, pues detalladamente se analizará en los capítulos siguientes, señalaremos la noción legal que se adopta en España y Argentina, cuyos derechos se comparan.

En España el art. 2 del TRLGDCU expresamente define el ámbito de aplicación de dicha normativa al estipular que: “...será de aplicación a las relaciones entre consumidores o usuarios y empresarios”; pues lo que pretende la ley es proteger al consumidor frente a los empresarios, y sus relaciones sin distinción, incluyendo las contractuales y las extracontractuales, son el ámbito de aplicación de la regulación, excluyendo otras relaciones jurídicas⁷⁷.

Por su parte, en Argentina, tal como ya se señaló en apartados anteriores, desde la reforma constitucional que incorporó en la Carta Magna al derecho del consumidor (en el año 1994), se adoptó la noción de “relación de consumo” como objeto de regulación, la que expresamente se consagró en el art. 42 de aquella, luego en el art. 3 de la LDC, y finalmente, en el art. 1093 del CCCN.

Finalmente, procede señalar que si bien cada ordenamiento jurídico brinda definiciones positivas, en la práctica existen un sinnúmero de situaciones dudosas en las que se cuestiona la eventual vigencia del plexo consumeril. A modo de ejemplo podemos citar: la relación entre consumidores, algunas relaciones entre empresarios de diversa magnitud que podrían pretender la protección legal, relación con una cooperativa o asociación

⁷⁷ Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ- CANO, *Comentario al artículo 2 del TSLGDCU*, en: *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes Complementarias*, 2ª Edición, Pamplona: Thomson Reuters Aranzadi, 2015, 51-53.

sin fines de lucro, las adquisiciones esporádicas para incorporar a la cadena de producción, la situación del tercero expuesto a la relación de consumo, etc.

1.7 Caracterización del consumidor

Luego del análisis general e introducción a derecho del consumidor, procede introducimos en la caracterización general del consumidor, objeto de estudio específico de esta tesis.

La figura del consumidor es denominada de diversos modos, algunos resultan sinónimos, otros más específicos y otros más genéricos. Los términos comúnmente utilizados son: usuario, comprador, adquirente, consumidor final, o cliente.

Generalmente, la mayoría de los ordenamientos jurídicos, la doctrina y la jurisprudencia, designan al consumidor o usuario como términos sinónimos, pese a que cada uno tiene su propio significado.

La noción de usuario se relaciona con la persona que utiliza el bien o servicio adquirido por el consumidor propiamente dicho, es quien “usa el bien o disfruta del servicio sin haberlo contratado”. Dicho término también se utiliza para designar a quien disfruta exclusivamente de servicios, diferenciándolo del consumidor que lo hace respecto a bienes.

Sin embargo, aun cuando en algunas oportunidades resulte conveniente la distinción, a los fines de este trabajo se seguirá la posición mayoritaria tanto en España como en Argentina, que utiliza ambos términos como sinónimos referidos al sujeto protegido por el derecho del consumidor en función del rol que ejerce.

Desde otra perspectiva, se admite que la noción del consumidor no se encuentra circunscripta de modo concreto y definitivo, pues depende de la conceptualización legal concreta que en cada ámbito específico de protección se pretenda establecer⁷⁸.

Cabe destacar que la categoría de consumidor no importa un estatus subjetivo permanente, sino que depende de quién actúa de determinada manera y en relación a esa actuación en particular⁷⁹.

Sin dudas, ello genera cierta inseguridad jurídica, pues será necesario analizar en cada caso concreto si la persona cumple con los requisitos previstos en la noción legal, según las circunstancias del caso y la prueba diligenciada, lo que ha sido reiterado por el TJUE en diversos pronunciamientos, por ejemplo en relación a la Directiva 93/13 sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores: *“Corresponde al juez nacional que conozca de un litigio relativo a un contrato que pueda entrar dentro del ámbito de aplicación de la citada Directiva verificar, teniendo en cuenta todas las circunstancias del caso y el conjunto de las pruebas, si el contratante de que se trata puede calificarse de consumidor en el sentido de dicha Directiva”*⁸⁰.

⁷⁸ SCJ de Mendoza, 12/10/06, “Sellanes, Elian c/ Frávega .S.A.C.I. E I. p/ ord. s/ inc. cas.” Voto de Aída Kemelmajer de Carlucci, http://www2.jus.mendoza.gov.ar/documental/jurisprudencia/consulta/fallo.php?fallo=06199238&ta=sc_fallos; Alberto BERCOVITZ RODRIGUEZ CANO y Rodrigo BERCOVITZ RODRIGUEZ CANO, *Estudios sobre protección de los consumidores*, Madrid: Tecnos, 1987, 109; Carlos, HERNÁNDEZ, *Relación de consumo*, en: *Tratado de Derecho del Consumidor*, Gabriel A. Stiglitz; Carlos Hernández (Directores), Buenos Aires: Thomson Reuters La Ley, Tomo I, 2015, 405; Gema, BOTANA GARCÍA, *La noción de consumidor*, en: Carlos LASARTE ÁLVAREZ, *Manual sobre protección de consumidores y usuarios*, Madrid: Dikson, 2010, 58.

⁷⁹ BOTANA GARCÍA, *La noción de consumidor*, 61.

⁸⁰ TJUE, “Pavel Dumitraș y Mioara Dumitraș contra BRD Groupe Société Générale — Sucursala Județeană Satu Mare”, Asunto C-534/15, ECLI:EU:C:2016:700,

En definitiva, reconociendo que existen particularidades en diversos tipos de relaciones de consumo que justifican un tratamiento especial de la figura del consumidor (en virtud del sector especial de tutela o del objeto de la vinculación), de todas las conceptualizaciones brindadas se puede sustraer de modo inductivo, la esencia de la noción, las notas típicas comunes que lo caracterizan, a lo que se aspira en este capítulo.

a) Noción económica y jurídica

El término consumidor tiene su origen en la economía: se trata del sujeto que se ubica como último eslabón de la cadena de producción y comercialización de un bien o servicio, es decir: quien lo adquiere para aprovechar su valor de uso, pues no lo integrará en un proceso productivo. Específicamente la microeconomía estudia el comportamiento del consumidor y cómo incide en la oferta y demanda de bienes y servicios.

De esta manera, el concepto de consumidor es originariamente socio-económico, no jurídico, y tendría las siguientes características: 1) estar en una situación de subordinación estructural en el mercado; 2) tener una situación reactiva en éste; y 3) ser dependiente de la oferta; todo lo cual permite afirmar que actúa en el campo de la economía doméstica⁸¹.

<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=%2522condici%25C3%25B3n%2Bde%2Bconsumidor%2522&docid=191773&pageIndex=0&doclang=es&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=7230033#ctx1>;
“Horațiu Ovidiu Costea contra SC Volksbank România SA”, C-110/14, ECLI:EU:C:2015:538, apartados 22 y 23; “Dumitru Tarcău, Ileana Tarcău y Banca Comercială Intesa Sanpaolo România SA y otros”, 19 de noviembre de 2015, ECLI:EU:C:2015:772,
<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=%2522condici%25C3%25B3n%2Bde%2Bconsumidor%2522&docid=172182&pageIndex=0&doclang=es&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=7230033#ctx1>.

⁸¹ José E. CASTAÑEDA, *Nota breve sobre el concepto de consumidor*, Cuadernos de Estudios Empresariales, Vol. 12, 2002, 316, disponible en:

En todo caso, también es la noción empleada por el derecho a fin de resguardar a este sujeto vulnerable en el mercado atento al desequilibrio estructural que presenta frente al empresario/proveedor. Precisamente, las características de la categoría jurídica de consumidor y su diversa definición según el lugar, tiempo y fin de cada norma es lo que motivó este trabajo.

b) Noción relacional. Breve referencia al empresario o proveedor

A fin de dilucidar el ámbito subjetivo de aplicación del derecho del consumidor indefectiblemente se parte de la noción de relación, es decir: una vinculación entre dos o más sujetos: un consumidor o usuario y un empresario o proveedor. Se trata de una noción relacional: el consumidor o usuario no puede ser definido independientemente del empresario o proveedor que es su contraparte necesaria para que pueda surgir la relación de desequilibrio estructural⁸².

Si bien la noción de cada una de las partes es independiente, son recíprocamente referenciadas y la figura del consumidor se caracteriza y adquiere trascendencia cuando se la ubica frente al proveedor⁸³.

<https://revistas.ucm.es/index.php/CESE/article/viewFile/CESE0202110315A/9898>.

⁸² BERCOVITZ RODRIGUEZ CANO y BERCOVITZ RODRIGUEZ CANO, *Estudios sobre protección de los consumidores*, 117-118; LORENZETTI, *Consumidores*, 76 y 81; HERNÁNDEZ, *Relación de consumo*, 383 y 384; Sandra A. FRUSTAGLI, Carlos A., HERNÁNDEZ, *El concepto de consumidor. Proyecciones actuales en el Derecho argentino*, La Ley Online: 20/09/2011, 1; Juan M. FARINA, *Defensa del consumidor y del usuario. Comentario exegético de la ley 24.240*, Buenos Aires: Astrea, 2008, 116.

⁸³ HERNÁNDEZ, *Relación de consumo*, 384.

En esta oportunidad, sólo haremos una breve referencia al empresario (España) o proveedor (Argentina), en función del limitado tema de estudio que abarcamos.

Antes de introducirnos en los detalles, procede aclarar una cuestión de suma relevancia para toda la tesis: existe una gran diferencia entre las nociones de la contraparte del consumidor en España y Argentina, que tiene origen ya en su denominación. Mientras que en España se distingue entre “empresario” (art. 4), “productor” (art. 5), y “proveedor” (art. 7), entre otros; en Argentina, todos los integrantes de la cadena de producción y comercialización de bienes y servicios se engloban en la noción genérica de “proveedor” prevista en el art. 2 de la LDC y/o art. 1093 del CCCN. Insistimos que esta aclaración vale para el resto de los capítulos en los que referiremos a empresario o proveedor, respectivamente.

En todo caso, el derecho europeo alude a la figura del empresario mientras que el latinoamericano lo denomina proveedor⁸⁴. Sin embargo, el contenido de los preceptos concuerda y es similar: se trata de la persona física o jurídica que se dedica de manera profesional a alguna de actividad de producción, comercialización, importación, concesión, etc. (términos a veces previstas en la ley) de bienes y servicios, destinada a consumidores.

El TRLGDCU define al empresario en el art. 4 del siguiente modo: “*A efectos de lo dispuesto en esta norma, se considera empresario a toda persona física o jurídica, ya sea privada o pública, que actúe directamente o a través de otra persona en su nombre o siguiendo sus instrucciones, con un propósito relacionado con su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión*”.

⁸⁴ También se los denomina vendedor, comerciante, prestador de servicios, importador, productor, concesionario, fabricante, distribuidor, revendedor, profesional, experto, entre otros.

De igual modo, la ley conceptualiza al “productor”, en el art. 5, en los siguientes términos: *“Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 138⁸⁵, a efectos de lo dispuesto en esta norma se considera productor al fabricante del bien o al prestador del servicio o su intermediario, o al importador del bien o servicio en el territorio de la Unión Europea, así como a cualquier persona que se presente como tal al indicar en el bien, ya sea en el envase, el envoltorio o cualquier otro elemento de protección o presentación, o servicio su nombre, marca u otro signo distintivo”*.

Además, incluye al proveedor en el art. 7 del TRLGDCU, el que identifica como: *“A efectos de esta norma es proveedor el empresario que suministra o distribuye productos en el mercado, cualquiera que sea el título o contrato en virtud del cual realice dicha distribución”*.

Por su parte, en Argentina la noción de proveedor está determinada tanto en la LDC como en el CCCN. La ley lo consagra en el art. 2 en los siguientes términos: *“Es la persona física o jurídica de naturaleza pública o privada, que desarrolla de manera profesional, aun ocasionalmente, actividades de producción, montaje, creación, construcción, transformación, importación, concesión de marca, distribución y comercialización de bienes y servicios, destinados a consumidores o*

⁸⁵ En el que se define al productor a los fines de los daños causados por productos en los siguientes términos: *“Concepto legal de productor.*

1. A los efectos de este capítulo es productor, además del definido en el artículo 5, el fabricante o importador en la Unión Europea de:

a) Un producto terminado.

b) Cualquier elemento integrado en un producto terminado.

c) Una materia prima.

2. Si el productor no puede ser identificado, será considerado como tal el proveedor del producto, a menos que, dentro del plazo de tres meses, indique al dañado o perjudicado la identidad del productor o de quien le hubiera suministrado o facilitado a él dicho producto. La misma regla será de aplicación en el caso de un producto importado, si el producto no indica el nombre del importador, aun cuando se indique el nombre del fabricante”.

usuarios. Todo proveedor está obligado al cumplimiento de la presente ley.

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 vinculen 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”.

Además, el art. 1093 del CCCN al definir el contrato de consumo refiere a la contraparte del consumidor como: “...una persona humana o jurídica que actúe profesional u ocasionalmente o con una empresa productora de bienes o prestadora de servicios, pública o privada...”.

De la comparación de ambas figuras se advierte que la mayor diferencia es que el TRLGDCU define tanto al empresario como al productor, e incluye en la primer categoría, a los que realizan oficio o profesión y admite la posibilidad que el empresario actúe a través de otra persona; y en la segunda al intermediario, cuestiones que no se prevén de modo expreso la LDC que brinda una noción general de proveedor sin distinciones y excluyendo de manera general a los profesionales que cumplan con los requisitos del art. 2.

La determinación del sujeto experto adquiere relevancia por dos motivos, uno: aun si un sujeto puede ser considerado consumidor, si no tiene como contraparte en la relación a un empresario no será aplicable el derecho del consumidor (noción relacional), tal como lo resolvió el TJUE⁸⁶; y dos:

⁸⁶ E. Friz GmbH contra Carsten von der Heyden, ECLI:EU:C:2009:522.

existen numerosos fallos⁸⁷ en los que se denegó la aplicación del derecho del consumidor porque quien alegaba ser parte débil, en realidad, quedaba subsumido en la noción de empresario o proveedor por destinar el bien o servicio a una actividad productiva reincorporándolo al mercado.

En conclusión, la noción de empresario o proveedor no genera mayores debates ya que se comparte su caracterización: persona física/humana o jurídica, pública o privada, que actúa de manera profesional (principal carácter), habitual u ocasionalmente, que realiza alguna de las actividades que integran el ciclo de producción y comercialización de bienes y servicios, destinado a consumidores.

De tal modo, partiendo del reconocimiento de la necesaria vinculación entre el empresario y el consumidor, el presente trabajo se centrará sólo en la categoría jurídica del consumidor o usuario.

⁸⁷ En Europa y España pueden citarse: Benincasa, C-269/95, Conclusiones ECLI:EU:C:1997:78; Česká spořitelna, C-419/11, ECLI:EU:C:2013:165; STS 4116/2017 - ECLI: ES:TS:2017:4116; STS 3956/2017 - ECLI: ES:TS:2017:3956; STS 3338/2018 - ECLI: ES:TS:2018:3338; STS 4358/2018 - ECLI: ES:TS:2018:4358; STS 4144/2018 - ECLI: ES:TS:2018:4144; ATS 11025/2018 - ECLI: ES:TS:2018:11025A; ATS 10109/2018 - ECLI: ES:TS:2018:10109A; ATS 9709/2018 - ECLI: ES:TS:2018:9709A; ATS 8390/2018 - ECLI: ES:TS:2018:8390A; STS 2566/2018 - ECLI: ES:TS:2018:2566; : STS 2093/2018 - ECLI: ES:TS:2018:2093; STS 1385/2017 - ECLI: ES:TS:2017:1385 y ATS 6083/2018 - ECLI: ES:TS:2018:6083A (en estos casos se resolvió que, a pesar que la adquisición fue con fines de uso mixto, al predominar el empresarial, no podía calificarse al sujeto como consumidor); STS 4161/2018 - ECLI: ES:TS:2018:4161; STS 8/2018 - ECLI: ES:TS:2018:8.

En Argentina si bien no existen pronunciamientos de la CSJN al respecto, sí abundan los de los tribunales provinciales, entre los que se puede citar: CCC de AZUL (Buenos Aires), Sala Primera, 04/09/2014, "*Romero, Carlos Alfredo c/ Fiat Auto argentina S.A. y Otro s/ incumplimiento de contrato-daños y perjuicios*"; CCC de San Martín (Buenos Aires), 14/07/2015, "*Compañía de Maxikioscos S.R.L. c/ Forcam S.A. Y Otros S/Daños y Perj. Incump. Contractual (Exc. Estado)*"; CACom., sala F, 26/5/2011, "*Banco de Servicios y Transacciones SA v. Botta, Gerardo A.*"; Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala D, 6/10/2011, "*Perón, Roberto v. Renault Argentina SA y otro*".

Por otro lado, tal como se explicó en párrafos anteriores, el derecho del consumidor protege no sólo a la relación que se origina en un contrato de consumo propiamente dicho, sino también toda la que nazca de un contacto⁸⁸ (acto, hecho o situación de consumo) entre sujetos que se vinculen eventualmente por una “relación de consumo”, incluso antes que el negocio jurídico se perfeccione o aun cuando ello nunca ocurra, es decir, que también defiende al consumidor potencial.

Lo anterior se justifica en que la protección no resultaría efectiva o sería limitada si sólo se tutelara a los sujetos una vez que hayan celebrado un contrato; es precisamente en la etapa de las tratativas previas uno de los momentos en los que mayor resguardo debe concedérseles, en especial en materia de: publicidad, información, seguridad y trato digno.

En este sentido, en España el ámbito de aplicación del derecho del consumidor está definido expresamente en el art. 2 del TRLGDCU en relación a las “... *relaciones entre consumidores o usuarios y empresarios*”, pues el fundamento es la protección del consumidor frente a los empresarios, incluyendo las relaciones contractuales y las extracontractuales⁸⁹.

De igual modo, en Argentina, la directriz constitucional del art. 42 CA expresamente consagra la relación de consumo que abarca no solo el vínculo creado por el contrato, sino también el derivado de los hechos o actos jurídicos vinculados al acto de consumo, así como la conexidad contractual resultante de las implicaciones del sistema; abarca todas las situaciones en las que el sujeto es protegido, antes, durante y después de

⁸⁸ HERNÁNDEZ, *Relación de consumo*, 383.

⁸⁹ Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ- CANO, *Comentario al artículo 2 del TSLGDCU*, en: *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes Complementarias*, 2ª Edición, Pamplona: Thomson Reuters Aranzadi, 2015, 51-53.

contratar, cuando es dañado por un ilícito contractual, o sometido a una práctica abusiva del mercado; cuando actúa individual o colectivamente⁹⁰. De igual modo, tanto el art. 3 de la LDC como el art. 1092 del CCCN definen a la relación de consumo como: “*el vínculo jurídico entre el proveedor y el consumidor o usuario*”.

En definitiva, si bien en sus inicios el derecho del consumidor exigía un contrato de consumo para justificar la tutela diferenciada, luego se advirtió que ello resultaba excesivo y que debían protegerse a todos los consumidores aun antes del perfeccionamiento del negocio y con posterioridad a él.

c) Noción abstracta y concreta

La categoría de consumidor también se clasifica en general o abstracta y concreta⁹¹.

La noción general o abstracta refiere al consumidor en cuanto persona, como ciudadano, e incluye a todos. Esta visión aspira a garantizar el derecho al acceso al consumo y a una adecuada calidad de vida de toda la población, protegiéndola por ejemplo de los productos o servicios riesgosos.

En consecuencia, se utiliza para estipular programas de políticas públicas de protección del consumidor, para atribuir derechos generales y no

⁹⁰Ricardo, LORENZETTI, *Consumidores*, Santa Fe: Rubinzal Culzoni, 2003, 65 y 67.

⁹¹ Alberto, BERCOVITZ y Rodrigo BERCOVITZ, *Estudios jurídicos sobre protección de los consumidores*, Madrid: Tecnos, 1987, 107/8; Gema BOTANA GARCIA, *La noción de consumidor*, en: Carlos LASARTE ÁLVAREZ, *Manual sobre protección de consumidores y usuarios*, 4º edición, Madrid: Dykinson, 2010, 57/8.

ejercitables de manera individual; es la que debe tener en miras el legislador para tomar una acción de carácter general.

Se trata de una protección genérica y de carácter preventiva de los intereses colectivos y difusos⁹².

Por el contrario, la noción de concreta de consumidor apunta a los adquirentes de bienes o servicios para uso doméstico o particular, como destinatario final, o con propósitos ajenos a su comercio, empresa, oficio o profesión, y sirve para atribuirle derechos específicos que se ejercitan individualmente.

Se trata de la noción legal que regulan las leyes específicas de protección del consumidor que determinan quiénes son los sujetos que pueden ampararse en el régimen tuitivo.

Sin embargo, dentro de un mismo ordenamiento jurídico puede ocurrir que existan diversas leyes destinadas al mismo fin, y cada una delimita su ámbito de aplicación en función de la especial protección que pretende (en un sector, o por el acto, etc.) lo que no obsta a que pueda delimitarse una noción legal general con rasgos comunes a las diferentes áreas en las que actúa el consumidor. Al respecto, existen dos opciones: determinar un concepto legal general de consumidor, aplicable a todas las áreas en las que se lo pretende proteger, tal como lo hacen los art. 3 del TRLGDCU, 1 de la LDC y 1092 del CCCN, o especificar una noción concreta en cada ámbito de protección especial (en cada ley especial).

A los fines de esta tesis interesa especialmente la noción concreta de consumidor como persona que puede requerir la aplicación de la legislación protectoria.

⁹² María José REYES LOPEZ, *Manual de Derecho Privado de Consumo*, Madrid: La Ley, 2009, 87.

CAPÍTULO 2: ELEMENTOS ESTRUCTURALES DE LA CATEGORÍA JURÍDICA DE CONSUMIDOR EN EL DERECHO ESPAÑOL Y ARGENTINO

En este capítulo se profundizarán y delimitarán los aspectos generales de las definiciones legales de consumidor, tanto en el derecho español (con obligada referencia al europeo) como en el argentino, dejando para los próximos capítulos las particularidades y cuestiones controvertidas a su respecto. En cada caso, se detallará cómo fueron modificándose a lo largo del tiempo, así como también cuáles son los presupuestos para que la persona pueda ser calificada como consumidor. Además, las definiciones se clasificarán conforme los parámetros de regulación a fin de identificar tendencias y sus respectivas fortalezas y debilidades. En definitiva, se pretende explicitar descriptivamente cuáles son los diversos criterios o variables que permiten la caracterización de los sujetos tutelados por el derecho del consumidor, identificándose las tendencias, para su posterior análisis crítico.

2.1 Breve referencia a las Directrices para la protección del consumidor (UNCTAD)

De modo general, pues tanto España como Argentina son miembros de la ONU, procede mencionar que las Directrices para la Protección del Consumidor, de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD), de 2016 contienen una definición de consumidor, al regular el ámbito de aplicación, en los siguientes términos: *“II. 3. A los efectos de las presentes directrices, el término “consumidor” hace referencia, por lo general, a una persona física, con independencia de su*

*nacionalidad, que actúa principalmente con fines personales, familiares o domésticos, si bien se reconoce que los Estados Miembros podrán adoptar diferentes definiciones para abordar necesidades internas específicas*⁹³.

Del texto se sigue que si bien refiere a la persona física, deja abierta la posibilidad a que también pueda serlo la jurídica al anteceder los términos: “*por lo general*”; también cabe destacar que expresamente se consigna que los Estados pueden adoptar definiciones distintas de conformidad a sus necesidades en particular, lo que se verifica en la realidad que demuestra que cada régimen jurídico nacional identificó al consumidor de diversas formas, tal como lo estudiaremos en relación a España y Argentina.

2.2 La definición de consumidor en el derecho de la Unión Europea

a) Las distintas definiciones y tendencias

El derecho europeo se ocupó específicamente de la protección del consumidor por diversos medios, incluso se dictó un “*Libro Verde sobre la protección de los consumidores en la Unión Europea*”⁹⁴, en él que no se hizo referencia a la categoría de consumidor. Sin embargo, existen numerosas Directivas y Reglamentos de la Unión Europea (generales y sectoriales) que conceptualizan al consumidor, y de su análisis se sigue

⁹³ Texto completo disponible en: https://unctad.org/es/PublicationsLibrary/ditccplpmisc2016d1_es.pdf, última consulta el 21/4/2020.

⁹⁴ Libro Verde sobre la protección de los consumidores en la Unión Europea, Comisión de las Comunidades Europeas, Bruselas, 2/10/2001, texto disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2001:0531:FIN:ES:PDF>.

que la mayoría adopta la misma noción, aun cuando existen sutiles diferencias en la redacción.

De las regulaciones más importantes, podemos distinguir entre normas que:

(1) *Definen concretamente al consumidor conforme el requisito de actuación:*

- “*para un uso que pudiere considerarse ajeno a su actividad profesional*”: Reglamento Bruselas I bis (art. 17) y Reglamento Roma I (art. 6).
- “*con fines ajenos*”: Directiva UE 2019/882 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de abril de 2019, sobre los requisitos de accesibilidad de los productos y servicios, artículo 3.22⁹⁵; Directiva (UE) 2018/1972, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2018, por la que se establece el Código Europeo de las Comunicaciones Electrónicas (versión refundida), art. 2.15⁹⁶; Reglamento (UE) 2018/302 del Parlamento Europeo y del Consejo de 28 de febrero de 2018 sobre medidas destinadas a impedir el bloqueo geográfico injustificado y otras formas de discriminación por razón de la nacionalidad, del lugar de residencia o del lugar de establecimiento de los clientes en el

⁹⁵ Art. 3.22: “*consumidor*: toda persona física que *compra un producto o es destinatario de un servicio con fines ajenos a su actividad comercial o empresarial, su oficio o su profesión*”.

⁹⁶ La Directiva en verdad refiere a “fines no profesionales, económicos o comerciales” en estos términos: art. 2.15: “«consumidor»: cualquier persona física que utilice o solicite un servicio de comunicaciones electrónicas disponible para el público para fines no profesionales, económicos o comerciales”; además, define al usuario y al usuario final en los puntos 13: “«usuario»: una persona física o jurídica que utiliza o solicita un servicio de comunicaciones electrónicas disponible para el público” y 14: “«usuario final»: el usuario que no suministra redes públicas de comunicaciones electrónicas o servicios de comunicaciones electrónicas disponibles para el público”, respectivamente.

mercado interior y por el que se modifican los Reglamentos (CE) N° 2006/2004 y (UE) 2017/2394 y la Directiva 2009/22/CE, art. 2.12⁹⁷; Reglamento (UE) 2017/239 del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2017 sobre la cooperación entre las autoridades nacionales responsables de la aplicación de la legislación en materia de protección de los consumidores y por el que se deroga el Reglamento (CE) 2006/2004, art. 3.12⁹⁸; Directiva 2014/92/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de julio de 2014, sobre la comparabilidad de las comisiones conexas a las cuentas de pago, el traslado de cuentas de pago y el acceso a cuentas de pago básicas, art. 2.1⁹⁹; Directiva 2013/11/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2011, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo y por la que se modifica el Reglamento (CE) n° 2006/2004 y la Directiva 2009/22/CE, art. 4.a.¹⁰⁰; Directiva 2008/122/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de

⁹⁷ Art. 2. 12): “«consumidor»: toda persona física que actúe *con fines ajenos a su actividad comercial, negocio, oficio o profesión*”; y agrega una definición más amplia en el apartado 13) de “«cliente»: un consumidor que sea nacional de un Estado miembro o que tenga su lugar de residencia en un Estado miembro, o una empresa que tenga su lugar de establecimiento en un Estado miembro, y que recibe un servicio o adquiere un producto, o tiene intención de hacerlo, en la Unión, únicamente para su uso final”.

⁹⁸ Art. 3. 12): “«consumidor»: toda persona física que actúe *con fines ajenos a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión*”.

⁹⁹ Art. 2. 1): “«consumidor»: toda persona física que actúe *con fines ajenos a sus actividades comerciales o empresariales, a su oficio o a su profesión*”.

¹⁰⁰ art. 4: a): “«consumidor»: toda persona física que actúe *con fines ajenos a sus actividades comerciales o empresariales, a su oficio o a su profesión*”, y a pesar que en su Considerando 18 se afirmó que: “La definición de «consumidor» debe incluir a las personas físicas que actúan con fines ajenos a sus actividades comerciales o empresariales, a su oficio o a su profesión. No obstante, si el contrato se celebra con un propósito en parte relacionado y en parte no relacionado con la actividad comercial de la persona (contratos de doble finalidad) y el propósito comercial es tan limitado que no predomina en el contexto general del suministro, dicha persona debe ser considerada un consumidor”, nada se reguló al respecto en el articulado de la Directiva.

enero de 2009, relativa a la protección de los consumidores con respecto a determinados aspectos de los contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, de adquisición de productos vacacionales de larga duración, de reventa y de intercambio, Art. 2.f.¹⁰¹; Directiva 2008/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de abril de 2008 relativa a los contratos de crédito al consumo y por la que se deroga la Directiva 87/102/CEE, art. 3.a.¹⁰²; Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de mayo de 1999, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo, art. 2.a.¹⁰³, aunque será derogada (en el año 2022) por la Directiva (UE) 2019/771; y Directiva 98/6/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de febrero de 1998, relativa a la protección de los consumidores en materia de indicación de los precios de los productos ofrecidos a los consumidores, art. 2.e.¹⁰⁴.

- “*con propósito ajeno*”: Directiva (UE) 2019/771 del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de mayo de 2019 relativa a determinados aspectos de los contratos de compraventa de bienes por la que se modifica el Reglamento (CE) N° 2017/2394 y la Directiva 2009/22/CE y se deroga la Directiva 1999/44/CE¹⁰⁵ art.

¹⁰¹ Art. 2.f: “«consumidor»: toda persona física que actúe con fines ajenos a su actividad económica, negocio, oficio o profesión”.

¹⁰² Art. 3.a.: “«consumidor»: persona física que, en las operaciones reguladas por la presente Directiva, actúa con *finés que están al margen de su* actividad comercial o profesional”.

¹⁰³ Art. 2: a): “«consumidor»: toda persona física que, en los contratos a que se refiere la presente Directiva, actúa con *finés que no entran en el marco de su* actividad profesional”.

¹⁰⁴ Art. 2: e): “«consumidor»: cualquier persona física que compre un producto con *finés ajenos a su actividad* comercial o profesional”.

¹⁰⁵ Art. 2.2: “«consumidor»: toda persona física que, en relación con los contratos regulados por la presente Directiva, actúa con un *propósito ajeno a su* actividad comercial, empresa, oficio o profesión”.

2.2; Directiva (UE) 2019/770 del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de mayo de 2019 relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales, art. 2.6¹⁰⁶; Reglamento (UE) 2017/1128 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de junio de 2017, relativo a la portabilidad transfronteriza de los servicios de contenidos en línea en el mercado interior art. 2.2¹⁰⁷, Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2011 sobre los derechos de los consumidores, por la que se modifican la Directiva 93/13/CEE y la Directiva 1999/44/CE y se derogan la Directiva 85/577/CEE y la Directiva 97/7/CE, art. 2.1.¹⁰⁸; Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005, relativa a las prácticas comerciales desleales

De cualquier modo, y a pesar de tratarse de una Directiva de armonización plena conforme su art. 4, en los Considerandos 21 admite que: *“Los Estados miembros también deben seguir teniendo la libertad de ampliar la aplicación de las normas de la presente Directiva a los contratos que han sido excluidos de su ámbito de aplicación, o de regular de otro modo tales contratos. Por ejemplo, los Estados miembros deben seguir teniendo la libertad de hacer extensiva la protección que la presente Directiva proporciona a los consumidores también a las personas físicas o jurídicas que no sean consumidores en el sentido de la presente Directiva, como organizaciones no gubernamentales, empresas emergentes y pymes”*. Y en el Considerando 22 expresa que: *“...los Estados miembros también deben seguir teniendo la libertad de determinar, en el caso de los contratos con doble objeto, en los que el contrato se celebra con un objeto en parte relacionado y en parte no relacionado con la actividad comercial de la persona, y en los que el objeto comercial es tan limitado que no predomina en el contexto general del contrato, si dicha persona debe ser considerada un consumidor y en qué condiciones”*.

¹⁰⁶ Artículo 2.6): “«consumidor»: toda persona física que, en relación con los contratos regulados por la presente Directiva, actúa con un *propósito ajeno* a su actividad comercial, empresa, oficio o profesión” (literalmente igual al texto de la anterior).

¹⁰⁷ Art. 2.2.: “«consumidor»: toda persona física que, en contratos que entren en el ámbito del presente Reglamento, actúe con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresa, oficio o profesión”.

¹⁰⁸ Art. 2. 1): “«consumidor»: toda persona física que, en contratos regulados por la presente Directiva, actúe con un *propósito ajeno* a su actividad comercial, empresa, oficio o profesión”.

de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior, que modifica la Directiva 84/450/CEE, las Directivas 97/7/CE, 98/27/CE y 2002/65/CE y el Reglamento (CE) nº 2006/2004 (Directiva sobre las prácticas comerciales desleales), art. 2.a.¹⁰⁹; Directiva 2002/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002, relativa a la comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores, y por la que se modifican la Directiva 90/619/CEE y las Directivas 97/7/CE y 98/27/CE, art. 2.d.¹¹⁰; Directiva 2000/31/CE, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (Directiva sobre el comercio electrónico); Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (Directiva sobre el comercio electrónico), art. 2.e.¹¹¹; Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, art. 2.b.¹¹²; y Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores, por la que se modifican la Directiva 93/13/CEE y la Directiva

¹⁰⁹ Art. 2.a.: “«consumidor»: cualquier persona física que, en las prácticas comerciales contempladas por la presente Directiva, *actúe con un propósito ajeno a su actividad económica, negocio, oficio o profesión*”.

¹¹⁰ Art. 2.d): ““consumidor”: toda persona física que, en los contratos a distancia, actúe con un *propósito ajeno a su actividad comercial o profesional*”.

¹¹¹ Art. 2. e): ““consumidor”: cualquier persona física que *actúa con un propósito ajeno a su actividad económica, negocio o profesión*”.

¹¹² Art. 2: b): “« consumidor »: toda persona física que, en los contratos regulados por la presente Directiva, actúe con *un propósito ajeno a su actividad profesional*”.

1999/44/CE y se derogan la Directiva 85/577/CEE y la Directiva 97/7/CE, art. 2.1¹¹³.

(2) *Utilizan otro término:*

- *Más amplio:* como “*cliente*”: Reglamento (UE) 2018/302 del Parlamento Europeo y del Consejo de 28 de febrero de 2018 sobre medidas destinadas a impedir el bloqueo geográfico injustificado y otras formas de discriminación por razón de la nacionalidad, del lugar de residencia o del lugar de establecimiento de los clientes en el mercado interior y por el que se modifican los Reglamentos (CE) N° 2006/2004 y (UE) 2017/2394 y la Directiva 2009/22/CE art. 2.13¹¹⁴; o “*usuario final*” en el Reglamento (UE) 2019/515 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de marzo de 2019, relativo al reconocimiento mutuo de mercancías comercializadas legalmente en otro Estado miembro y por el que se deroga el Reglamento (CE) N° 764/2008, art. 3.13¹¹⁵, y “*usuario*” en un sentido determinado: Directiva 2002/58/CE del Parlamento

¹¹³ Artículo 2: 1): “«consumidor»: toda persona física que, en contratos regulados por la presente Directiva, actúe con un *propósito ajeno a su* actividad comercial, empresa, oficio o profesión. En este caso también el Considerando N° 17 de la Directiva aludía a la doble finalidad, pero no se previó expresamente en el articulado.

¹¹⁴ Art. 2.13, que luego de la definición de consumidor en el punto anterior, agrega en éste la de: “«cliente»: un consumidor que sea nacional de un Estado miembro o que tenga su lugar de residencia en un Estado miembro, o una empresa que tenga su lugar de establecimiento en un Estado miembro, y que recibe un servicio o adquiere un producto, o tiene intención de hacerlo, en la Unión, únicamente para su uso final”.

¹¹⁵ Art. 3.13): “«usuario final»: toda persona física o jurídica, residente o establecida en la Unión, a cuya disposición se hayan puesto las mercancías ya sea como consumidor al margen de cualquier actividad comercial, empresarial, artesanal o profesional, o como usuario final profesional en el transcurso de sus actividades industriales o profesionales”.

Europeo y del Consejo, de 12 de julio de 2002, relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas (Directiva sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas), en el art. 2.a¹¹⁶.

- *Más restrictivo*: “*compra producto o es destinatario de un servicio*” la ya citada en el apartado sobre “*fines ajenos*” Directiva UE 2019/882; y “*comprador*”: Directiva UE 2019/633 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de abril de 2019, relativa a las prácticas comerciales desleales en las relaciones entre empresas en la cadena de suministro agrícola y alimentario, art. 2: 2.¹¹⁷; en ambos casos se aparta del “*actúa*” y requiere el perfeccionamiento de un contrato de compraventa.
- *Diferente*: como “*viajero*” en la Directiva (UE) 2015/2302 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2015, relativa a los viajes combinados y a los servicios de viaje vinculados, por la que se modifican el Reglamento (CE) n° 2006/2004 y la Directiva (UE) 2015/2302 y por la que se deroga la Directiva 90/314/CEE, en el art. 3.6.¹¹⁸.

¹¹⁶ Art. 2: a): ““*usuario*”: una persona física que utiliza con fines privados o comerciales un servicio de comunicaciones electrónicas disponible para el público, sin que necesariamente se haya abonado a dicho servicio”.

¹¹⁷ Art. 2: 2): “«*comprador*»: toda persona física o jurídica independientemente de su lugar de establecimiento, o cualquier autoridad pública en la Unión, que compre productos agrícolas y alimentarios. El término «*comprador*» puede abarcar a un grupo de tales personas físicas y jurídicas”.

¹¹⁸ Art. 3: 6): “«*viajero*»: toda persona que tiene la intención de celebrar un contrato o tiene derecho a viajar con arreglo a un contrato celebrado en el ámbito de aplicación de la presente Directiva”.

(3) *Remiten a la definición de otra regulación:* Directiva 2014/17/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de febrero de 2014, sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial y por la que se modifican las Directivas 2008/48/CE y 2013/36/UE y el Reglamento (UE) n° 1093/2, art. 4.1¹¹⁹ y el Reglamento UE 524/2013, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, sobre resolución de litigios en línea en materia de consumo y por el que se modifica el Reglamento (CE) n° 2006/2004 y la Directiva 2009/22/CE (Reglamento sobre resolución de litigios en línea en materia de consumo), art. 4, a¹²⁰.

b) Algunas apreciaciones sobre la regulación

De un primer análisis de las Directivas y Reglamentos señalados, se advierten ciertas cuestiones que resulta interesante destacar en esta oportunidad.

El derecho europeo sólo protege al consumidor persona física excluyendo a la jurídica, como regla general y a excepción de la admisión prevista en la Directiva 2011/83¹²¹, que por el contrario, sí amparan tanto el

¹¹⁹ Art. 4: 1): “«consumidor»: todo consumidor según se define en el artículo 3, letra a), de la Directiva 2008/48/CE, y pese a que en el Considerando 12 aludía a la regulación de los actos con doble finalidad, luego no se estipuló en los artículos de la norma”.

¹²⁰ Art. 4: a): “«consumidor»: un consumidor con arreglo a la definición del artículo 4, apartado 1, letra a), de la Directiva 2013/11/UE”, y al igual que en la norma citada en la nota anterior, en este caso en el Considerando 13 se hizo alusión a los actos con fines mixtos, pese a lo cual no se regularon explícitamente.

¹²¹ La Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2011 sobre los derechos de los consumidores, por la que se modifican la Directiva 93/13/CEE del Consejo y la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se derogan la Directiva 85/577/CEE del Consejo y la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, revolucionó el derecho europeo pues, a pesar de que hasta ese momento siempre el consumidor había

ordenamiento español como el argentino, como se detallará en los próximos apartados.

En segundo lugar, todas las normas analizadas hacen referencia a un *destino, propósito o actuación* que se requiere sea *ajena* a su actividad comercial, empresarial, oficio, profesión, etc., cuestiones que analizaremos por separado.

En relación al requisito de la actuación, se alude a: “destino” que significa: “*consignación, señalamiento o aplicación de una cosa o de un lugar para determinado fin*”¹²², “propósito”: “*Objetivo que se pretende conseguir*”¹²³, y fin: “*Objeto o motivo con que se ejecuta algo*”¹²⁴, todos términos sinónimos que en definitiva exigen que la causa fin del acto no tenga en miras una actividad empresarial, profesional o comercial.

Por su parte, en la mención a las actividades respecto a las cuales el accionar debe ser ajeno, de las normativas citadas, todas menos las que se destacaran en cada caso, refieren a los adjetivos y sustantivos: “*comercial, empresarial, oficio o profesión*”, mientras que otras a: “*finés no profesionales, económicos o comerciales*”¹²⁵ o “*actividad económica,*

sido definido como persona física, lo que así reitera el art. 2 al brindar las correspondientes definiciones, lo cierto es que de manera expresa el Considerando 13 admite que los Estados miembro puedan decidir extender la aplicación de lo dispuesto en la presente Directiva “...a *personas jurídicas o físicas que no sean consumidores en el sentido de la presente Directiva, como organizaciones no gubernamentales, empresas de reciente creación o pequeñas y medianas empresas...*” Se ampliará la cuestión en el capítulo 4 a donde remitimos.

¹²² Diccionario de la RAE, 4º acepción, disponible en: <https://dle.rae.es/?id=DU58TNx>.

¹²³ Diccionario de la RAE, 2º acepción, disponible en: <https://dle.rae.es/?id=UOdvZX1>.

¹²⁴ Diccionario de la RAE, 3º acepción, disponible en: <https://dle.rae.es/?id=HxFMc9Z>.

¹²⁵ Directiva (UE) 2018/1792, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2018, por la que se establece el Código Europeo de las Comunicaciones Electrónicas (versión refundida), art. 2. 15.

negocio, oficio o profesión”¹²⁶ o simplemente a su “*actividad profesional*”¹²⁷.

Finalmente, al consagrarse en la totalidad de las normas analizadas el pronombre posesivo “*su*” se limita el ámbito de actuación que excluye a la persona como consumidora pues, de una interpretación literal parecería admitirse que lo fuera en actos ajenos al objeto principal de la actividad comercial propia del sujeto en cuestión. Se profundizará sobre la cuestión en el próximo capítulo.

De todos modos, la noción de consumidor en el derecho europeo es general, y casi no presenta diferencias en las diversas versiones consagradas en las Directivas y Reglamentos. En este sentido, vale destacar que no se prevén positivamente cuestiones específicas que generan dificultades a la hora de determinar si un sujeto es o no consumidor, tal como se sigue de la jurisprudencia del TJUE en relación a los actos con fines mixtos, la posibilidad de que el empresario sea consumidor, entre varios otros, cuyo análisis se realizará minuciosamente en los próximos capítulos.

¹²⁶ Directiva 2008/122/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de enero de 2009, relativa a la protección de los consumidores con respecto a determinados aspectos de los contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, de adquisición de productos vacacionales de larga duración, de reventa y de intercambio, art. 2.f. y Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (Directiva sobre el comercio electrónico), art. 2. e).

¹²⁷ Directiva 93/13/CCE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, art. 2: b) y Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de mayo de 1999, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo, art. 2.a., que será derogada en el año 2022, por la Directiva (UE) 2019/771.

2.3. El consumidor en España

a) Aclaración preliminar: delimitación del ámbito de estudio

En el capítulo anterior (punto 1.5) se señaló que las fuentes del derecho del consumidor español consisten en: las Directivas de la UE, el art. 51 de la CE, las distintas leyes estatales entre las que se destaca el TRLGDCU, y las regulaciones de las comunidades autónomas.

La noción concreta de consumidor no es única en el derecho español pues, la Constitución no lo definió y cada ley especial contiene una propia según los intereses que pretende proteger¹²⁸. Además, lo propio ocurre en los diversos ámbitos de regulación: europea, estatal y autonómico.

Sin embargo, este estudio se centrará en las previsiones estatales del derecho español¹²⁹, en virtud de su mayor ámbito de aplicación y, en especial, en el TRLGDCU por tratarse del básico, más general y

¹²⁸ A modo de ejemplo: TRLGDCU; Ley 7/1998, de 13 abril, sobre condiciones generales de la contratación; Ley General de Publicidad 34/1998, de 11 de noviembre; Ley 44/2006, de 29 de diciembre, de mejora de la protección de los consumidores y usuarios; Ley 2/2009, de 31 de marzo, por la que se regula la Contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito; las disposiciones sobre servicios financieros de consumo entre las que se encuentran la ley de Crédito para el consumo 16/2011 del 24 de junio y la ley Sobre Comercialización a Distancia de Servicios Financieros Destinados a los Consumidores Ley 22/2007, de 11 de julio; Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo; la Ley 7/2017, de 2 de noviembre, por la que se incorpora al ordenamiento jurídico español la Directiva 2013/11/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo, entre otras.

¹²⁹ Al respecto, y tal como se advierte de la enumeración de la nota anterior, el régimen infraconstitucional español de defensa del consumidor goza de una amplia y muy extensa reglamentación legislativa (considerablemente más amplia que la regulación argentina) en parte consecuencia de la incidencia de los imperativos de las Directivas de la Unión Europea sobre el derecho interno español (José H. SAHIÁN, *Dimensión constitucional de la tutela de los consumidores. Diálogo con los derechos humanos*, Buenos Aires: La Ley, 2017, 192).

completo, que pretende regular la materia contractual de consumo de modo integral (independientemente de las normas sectoriales de los contratos en particular), aun cuando se realicen referencias al derecho europeo, a otras leyes estatales y a los estatutos autonómicos.

La decisión anterior se funda en que al dictarse el TRLGDCU el Estado tuvo: *“competencia exclusiva para regular condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales (art. 149.1.1 CE), de las bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica (art. 149.1.16 CE), y de las bases y coordinación general de la sanidad (art. 149.1.16 CE), según sus apartados 1 y 2; y en su competencia exclusiva sobre la legislación mercantil y procesal (art. 149.1.6) y sobre la legislación civil (art. 149.1.8 CE), según sus apartados 1 y 3; y finalmente, en su competencia para regular las asociaciones de consumidores de competencia de ámbito estatal (art. 149.1.3 CE) según su apartado 4”*¹³⁰.

El Estado debía unificar en un único texto las Directivas Comunitarias en materia de protección de los consumidores y usuarios transponiendo, adaptando y armonizando los textos legales que debían ser fusionados¹³¹.

Además, con la sanción de la Ley 3/2014 se incluyeron en el art. 59 del TRLGDCU reglas relativas a su ámbito de aplicación y su integración con el Derecho Europeo, con otras normas sectoriales de los contratos con

¹³⁰ BERCOVITZ RODRÍGUEZ- CANO, *Comentario del Texto Refundido*, 49, 79 y 80.

¹³¹ SAHIÁN, *Dimensión constitucional de la tutela de los consumidores...*, 193.

consumidores, y la subsidiariedad del Código Civil para las cuestiones no reguladas expresamente¹³².

Las referencias anteriores demuestran la jerarquía del texto refundido y por ello también se justifica la decisión de su análisis prioritario en esta tesis.

b) Panorama general

La descripción de los conceptos de consumidor previstos en la gran cantidad de normas que integran el régimen jurídico español impone, ante el caso concreto, analizar si la persona en particular puede o no ser considerada consumidor.

Por su parte, si bien no existe un concepto general de consumidor válido para todos los supuestos, las diversas definiciones resultan coincidentes en términos generales.

Una cuestión característica del derecho español es la admisión de la persona jurídica como consumidor, aun cuando lo sea cada vez de modo más restrictivo, lo que difiere notoriamente del derecho europeo. Respecto a éste último, cabe destacar algunas normas de armonización plena que, al igual que las anteriores, circunscriben la tutela del consumidor a la persona física, como por ejemplo: las Directivas UE 2019/770 y 2019/771: que deroga la 1999/44, y entrarán en vigencia el 1 de enero de 2022, teniendo los Estados término para la transposición hasta el 1/7/2021 (conforme art. 24).

¹³² Para ampliar el estudio de la cuestión ver: Sebastián LÓPEZ MAZA y José R. GARCÍA VICENTE, en: BERCOVITZ RODRÍGUEZ- CANO, *Comentario del Texto Refundido*, 783-791.

Desde otra perspectiva, y tal como ya adelantamos, en el régimen jurídico español no sólo se presentan diversas normas en función de las competencias legislativas existentes en el país (europeo, estatal y autonómico), sino que también conviven con el TRLGDCU otras regulaciones sectoriales que resultan aplicables al consumidor y que lo definen, es decir, resulta fragmentario en la aplicación de dicha multiplicidad de normas.

Sin embargo, luego del análisis detenido de la normativa (que será detallado en los siguientes epígrafes) podemos determinar por inducción aspectos comunes de la categoría de consumidor en el derecho español: a) existe una noción única para consumidor y usuario, casi como sinónimos que pueden ser utilizados indistintamente¹³³, b) incluye a las personas físicas y a las jurídicas, aun cuando actualmente lo sea de manera más limitada que en las primeras versiones de la ley estatal tuitiva de los consumidores, y a los entes sin personalidad jurídica, a éstas dos últimas sólo si lo son sin fines de lucro y si realizan actos ajenos a una actividad comercial o empresarial, c) exigen que el acto realizado por el sujeto sea con fines, destino o propósitos ajenos a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión, pero que en definitiva no lo introduzca nuevamente en un círculo económico o de producción sino que sea utilizado o disfrutado de manera familiar, doméstica o social; d) en virtud de las regulaciones autonómicas pues, absolutamente todas lo prevén, se protege a ciertos consumidores que se consideran especialmente vulnerables (niños, mujeres embarazadas, ancianos, discapacitados, entre otros).

¹³³ En este sentido: BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, *Comentario al Texto Refundido...*, 66-67, quien sostuvo que al reformarse el artículo se perdió la posibilidad de unificar ambos términos y mantener sólo el de consumidor que resulta válido para bienes y servicios.

Desde otra perspectiva, del estudio se advierte que lamentablemente no se encuentran regulados específicamente los casos conflictivos, como por ejemplo: actos realizados por personas jurídicas que podrían calificarse de consumidores, empresarios, actos con fines mixtos, actos realizados de manera indirecta con la actividad empresarial o profesional, entre otros (que serán estudiados en particular en los siguientes capítulos).

A continuación describiremos detalladamente el régimen jurídico español que define al consumidor.

c) La Ley 26/1984 general para la defensa de consumidores y usuarios (LGDCU)

La Ley 26/1984 (LGDCU) en el art. 1.2 definió al consumidor en los siguientes términos: *“A los efectos de esta Ley, son consumidores o usuarios 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”*, y en el art. 1.3 aclaró que: *“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”*.

La conceptualización¹³⁴ se determinaba desde un aspecto positivo (punto 2): quienes sí eran consumidores, y desde uno negativo (punto 3): quienes

¹³⁴ Para profundizar el análisis: BERCOVITZ RODRIGUEZ CANO y Rodrigo BERCOVITZ RODRIGUEZ CANO, *Estudios sobre protección de los consumidores*, 120-137.

no eran consumidores por integrar el bien o servicio nuevamente al mercado en procesos productivos o afines. En ambos casos, el rasgo característico de la figura era la *finalidad* del consumo pues, se requería que la persona fuera “*destinataria final*” del bien o servicio, es decir, que le diera un uso personal, doméstico, familiar o social.

Además, el derecho del consumidor español admitió que puedan ser consumidores tanto las personas físicas como las jurídicas, tal como se mantiene hasta la actualidad, apartándose de la noción comunitaria que las excluye. Respecto a las personas jurídicas, en esta primera versión de la LGDCU se incluyeron de modo general y amplio, sin distinción del tipo ni fines que pudieran tener.

Por otro lado, el texto protegía tanto al consumidor jurídico: contratante ya que refería a “*quienes adquieren*”, como también al consumidor material o fáctico al referir a “*quienes utilizan o disfrutan*”.

d) El Real Decreto Legislativo 1/2007: el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios (TRLGDCU)

La definición de consumidor fue modificada con la sanción del TRLGDCU¹³⁵ mediante Real Decreto Legislativo 1/2007, que conforme

¹³⁵ Mediante el texto se incorporan a la anterior versión de la LGDCU con la que se refunden: la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios; la Ley 26/1991, de 21 de noviembre, sobre contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles; la regulación dictada en materia de protección a los consumidores y usuarios en la Ley 47/2002, de 19 de diciembre, de reforma de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista, para la transposición al ordenamiento jurídico español de la Directiva sobre contratos a distancia; la Ley 23/2003, de 10 de julio, de Garantías en la Venta de Bienes de Consumo, la Ley 22/1994, de 6 de julio, de responsabilidad civil por los daños

su exposición de motivos pretendía aproximar la legislación nacional en materia de consumo con la comunitaria, incluso en la terminología, aunque respetando la peculiaridad del ordenamiento español que incluía a las personas jurídicas.

En dicha explicación se señaló que: *“El consumidor y usuario, definido en la ley, es la persona física o jurídica que actúa en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional. Esto es, que interviene en las relaciones de consumo con fines privados, contratando bienes y servicios como destinatario final, sin incorporarlos, ni directa, ni indirectamente, en procesos de producción, comercialización o prestación a terceros”*. De su lectura se advierte la pretensión de mantener el requisito del destino final y la ajenidad a ámbitos comerciales del hecho o acto de consumo.

Sin embargo, el texto del TRLGDCU difiere de esta enunciación pues, en el art. 3 dispuso un: *“Concepto general de consumidor y de usuario”* en los siguientes términos: *“A efectos de esta norma y sin perjuicio de lo dispuesto expresamente en sus libros tercero y cuarto, son consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que actúan en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional”*.

En esta oportunidad, se adoptó un criterio negativo ya que se definió al consumidor por exclusión, en función de la ajenidad de propósito comercial, descartándose el anterior parámetro del destino final en el texto de la norma, quedando sólo la referencia en la exposición de motivos¹³⁶.

causados por productos defectuosos y la Ley 21/1995, de 6 de julio, sobre viajes combinados.

¹³⁶ Cámara Lapuente realizó un interesante y fundado estudio respecto a la relación entre ambas normativas y el valor de la inclusión del “destino final” en la exposición de motivos en: Sergio CÁMARA LAPUENTE, *El concepto legal de “consumidor” en el derecho privado europeo y en el derecho español: aspectos controvertidos o no resueltos*, Cuadernos de Derecho Transnacional, Marzo 2011, Vol. 3, Nº 1, 91-96.

Por su parte, se mantuvo la inclusión de las personas jurídicas de manera genérica y sin distinción.

Otro rasgo distintivo de la norma en comparación con las nociones de las Directivas -sutil pero importante- fue la sustitución del pronombre “su” por el artículo indefinido “una” actividad empresarial o profesional, lo que tiene relación directa con la posibilidad del consumo empresario sin relación directa con la actividad principal del empresario¹³⁷ (el tema se desarrollará en el capítulo 4).

e) La Ley 3/2014 de reforma del TRLGDCU

En tercer lugar, se sancionó la ley 3/2014, de 27 de marzo, por la que se modificó el TRLGDCU¹³⁸, y en especial la noción de consumidor¹³⁹, pues el art. 3 actualmente dispone: *“A efectos de esta norma y sin perjuicio de lo dispuesto expresamente en sus libros tercero y cuarto, son consumidores o usuarios las personas físicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión.”*

¹³⁷ CÁMARA LAPUENTE, *El concepto legal de “consumidor” en el derecho privado europeo...*, 88.

¹³⁸ A fin de transponer la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores, que en el art. 1 definió al consumidor como: *“toda persona física que, en contratos regulados por la presente Directiva, actúe con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresa, oficio o profesión”*.

¹³⁹ Sobre el tema también se expidieron: Manuel Jesús, MARÍN LÓPEZ, *El “nuevo” concepto de consumidor y empresario tras la Ley 3/2014, de reforma del TRLGDCU*, Revista CESCO de Derecho de Consumo, N° 9, 2014, Centro de Estudios de Consumo, Universidad de Castilla-La Mancha, disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/ejemplar/363204>; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *Comentario al artículo 3 del TRLGDCU*, en: *Comentario del Texto Refundido...*, 55 y ss.

Son también consumidores a efectos de esta norma las personas jurídicas y las entidades sin personalidad jurídica que actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial”.

La primera salvedad que consigna el artículo es la remisión a las regulaciones de la responsabilidad por bienes o servicios defectuosos (libro tercero) y a la de los viajes combinados (libro cuarto).

El libro tercero no brinda una definición de consumidor, sino sólo refiere al *perjudicado*, en el art. 128: “*Todo perjudicado tiene derecho a ser indemnizado en los términos establecidos en este Libro por los daños o perjuicios causados por los bienes o servicios...*” noción que reitera al definir su ámbito de protección en el art. 129¹⁴⁰.

En todo caso, en función de los arts. 3, 128 y 129 del TRLGDCU, se puede concluir quiénes son los sujetos protegidos por este régimen especial de responsabilidad. Parra Lucán explicó que pueden existir dos interpretaciones: una que llamó *restrictiva*: pues lo aplica a los daños sufridos por consumidores en el sentido del art. 3, cuando además, se trata de alguno de los daños mencionados en el art. 129 (acumula ambos requisitos); y otra que denominó *amplia*: pues excluye el requisito del art. 3 a fin de aplicar el régimen de responsabilidad civil, que se admite para cualquier persona que sufra los daños del art. 129, con independencia de que el acto o consumo haya sido una actividad personal, familiar, o empresarial¹⁴¹.

¹⁴⁰ Artículo 129: “*Ámbito de protección. 1. El régimen de responsabilidad previsto en este libro comprende los daños personales, incluida la muerte, y los daños materiales, siempre que éstos afecten a bienes o servicios objetivamente destinados al uso o consumo privados y en tal concepto hayan sido utilizados principalmente por el perjudicado...*”.

¹⁴¹ María Ángeles, PARRA LUCÁN, *Comentario al artículo 129 del TSLGDCU*, en: *Comentario del Texto Refundido...*, 1885/6.

La autora citada opinó, en posición que se comparte, que debe estarse a la segunda opción pues, el TRLGDCU no puede modificar el ámbito de aplicación de la Ley 22/1994 que es objeto de refundición, y por otro lado, porque así lo exige la interpretación conforme al derecho europeo¹⁴².

En definitiva, la noción del sujeto protegido en los arts. 128 y 129 del TRLGDCU es indudablemente más amplia que la figura del consumidor. En consecuencia, la inclusión del régimen de responsabilidad por producto se torna como un elemento perturbador del sistema pues, el perjudicado no tiene que ser necesariamente consumidor; es decir, no son normas protectorias de consumidores sino en realidad de víctimas, circunstancia que exigió al legislador incluir la salvedad contenida en el art. 3¹⁴³ al definir al sujeto tutelado.

Por su parte, el Libro 4 fue reformado con posterioridad, mediante Real Decreto-ley 23/2018, de 21 de diciembre, de transposición de Directivas en materia de marcas, transporte ferroviario y viajes combinados y servicios de viaje vinculados, y se titula: “*Viajes combinados y servicios de viaje vinculados*”.

En este apartado, el art. 151 brinda una definición de los sujetos a los que se aplica la normativa especial, y en el punto f. indica: “*Viajero*”: *toda persona que tiene la intención de celebrar un contrato o tiene derecho a viajar en virtud de un contrato celebrado con arreglo a este libro*”, lo que denota también un mayor alcance de protección en relación a la figura del consumidor del art. 3.

¹⁴² PARRA LUCÁN, *Comentario al artículo 129...*, 1886; en igual sentido: Joaquín CAYÓN DE LAS CUEVAS, *La prestación de servicios sanitarios como relación jurídica de consumo*, Cizur Menor: Aranzadi, 2017, 181, quien aclaró que la protección de esta sección aplica aun cuando no sea contratante.

¹⁴³ Artículo 3: Concepto general de consumidor y usuario: “*A efectos de esta norma y sin perjuicio de lo dispuesto expresamente en sus libros tercero y cuarto, son consumidores o usuarios...*”.

En este caso, no sólo se protege al consumidor contratante sino también al potencial o *expuesto*¹⁴⁴ a la relación de consumo, pues se pretende el cumplimiento de sus principales derechos en la etapa precontractual, como por ejemplo: publicidad, información: expresamente previsto en los arts. 153 a 155 y 168 del TRLGDCU, carga de la prueba en el art. 156, trato digno, etc.

Igualmente, se resguarda al cesionario del viajero contratante de modo expreso, en el art. 157 del TRLGDCU. La cesión puede tener lugar luego del perfeccionamiento del contrato de viaje o con posterioridad, pero en todo caso, la persona que efectivamente vaya a realizar el viaje (sea contratante, cesionario o beneficiario) se encuentra protegida¹⁴⁵.

Desde otro punto de vista, retomando la noción del consumidor del art. 3 del TRLGDCU, si bien incorpora la definición de consumidor de la Directiva 83/2011/UE¹⁴⁶, presenta algunas diferencias de redacción y de contenido.

En el primer caso, a diferencia de la Directiva, respecto a las personas físicas: se utiliza el término “empresarial” en vez de “empresa” y

¹⁴⁴ Para ampliar sobre la figura ver: Capítulo 3.

¹⁴⁵ Nieves MORALEJO IMBERNÓN, *Comentario al artículo 3 del TSLGDCU*, en: *Comentario del Texto Refundido...*, 2152.

¹⁴⁶ En relación a la definición del art. 3 del TRLGDCU, Reyes López señaló que: “*Dicho precepto es fiel reproducción del concepto que utiliza la Directiva 83/2011, en su art. 2.1, en relación con su considerando 17, recogida anteriormente en el art. 2 de la Directiva 85/577/CE, para los contratos negociados fuera de establecimientos comerciales; al art. 1.2.a de la Directiva 93/13/CEE, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores; al art. 2 de la Directiva 97/7/CE, relativa a la protección de los consumidores en los contratos a distancia y al art. 1.2 Directiva 99/44/CE, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo. Directivas que en la actualidad han sido derogadas por la Directiva 2011/83/UE, sobre derechos de los consumidores, a excepción de la Directiva 93/13/CE*”: María José, REYES LÓPEZ, *La reforma introducida en el TRLGDCU por ley 3/2014 sobre el derecho de desistimiento e información*, Actualidad Jurídica Iberoamericana, Núm. 2, febrero 2015, 260.

“propósito ajeno”, en lugar de un “ámbito ajeno”, lo que no genera consecuencias jurídicas pues tienen el mismo sentido y alcance lingüístico.

Se mantiene la inclusión de la persona tanto física como jurídica y agrega a las entidades sin personalidad jurídica, siendo ésta última una distinción que no preveían las anteriores versiones ni demás leyes estatales; aclarándose los requisitos para la configuración de la figura de consumidor en cada caso.

Respecto a la persona física, sólo se requiere que actúe con un propósito ajeno a *su* actividad comercial, empresarial, oficio o profesión; pero para las personas jurídicas y los entes sin personalidad jurídica se exige en primer lugar, que actúen *sin ánimo de lucro* (lo que no se pretende de la persona física), y además, que lo hagan en un *ámbito ajeno a una* actividad comercial.

El requerimiento de la actuación sin ánimo de lucro luce como una innovación en el derecho español respecto a las anteriores versiones y demás leyes estatales que integran el derecho del consumidor, y sin lugar a dudas pretende la exclusión de la protección de las sociedades comerciales (sociedades anónimas, sociedades de responsabilidad limitada, etc.) cuya inclusión fue criticada por la doctrina y excluida por la jurisprudencia mayoritaria (el tema se desarrollará en el capítulo 4).

Por otro lado, la referencia a “su” o “una” actividad comercial o afín, tiene consecuencias respecto a la eventual posibilidad de admitir la calificación como consumidor del empresario persona física¹⁴⁷, y también en caso de realización de actos con fines mixtos.

¹⁴⁷ Habrá que determinar si se trata de actos relacionados o no de manera directa o indirecta –existen diversas posturas respecto a esta posibilidad- con la (su)

f) La noción de consumidor en otras leyes estatales

Tal como se señaló al comenzar este apartado, el derecho del consumidor en España es difuso y se encuentra regulado por diversas normativas, algunas de las cuales remiten a la noción de la LGDCU o al TRLGDCU, y otras brindan uno propio que no siempre concuerda con el del art. 3, máxime cuando éste fue modificado en el tiempo.

En tal sentido, Cámara Lapuente realizó una detallada clasificación que se adoptará para este análisis pues distinguió las normas que definían al consumidor en función de diversos parámetros con fines comparativos¹⁴⁸. Cabe aclarar que se toman los criterios y normas citadas aunque se actualizan y completan con las principales regulaciones vigentes en la materia pues, el trabajo del autor es de 2010, anterior a la reforma de la Ley 3/2014.

- *Leyes que reproducen el tenor literal del art. 1.2. y 1.3. de la LGDCU de 1984: Ley 43/2007*, de 13 de diciembre, de protección de los consumidores en la contratación de bienes con oferta de restitución del precio, a pesar de resultar posterior a la reforma de la TRLGDCU
- *Leyes que mantienen la remisión expresa al derogado art. 1.2 de la LGDCU de 1984: Real Decreto 1468/1988*, de 2 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de etiquetado, presentación y publicidad de los productos industriales destinados a su venta directa a los consumidores y usuarios; *Real Decreto 515/1989*, de 21 de abril,

actividad profesional específica de la persona física en concreto, para decidir si puede o no ser considerado consumidor, pero brinda un mayor ámbito para habilitarlo en caso que fuera una actividad distinta a la principal. Por el contrario, para las personas jurídicas y entes sin personalidad al requerirse la actuación en un ámbito ajeno a “una” actividad comercial o empresarial, se limita notoriamente la posibilidad de calificarlos como consumidores pues no lo serían ni cuando el acto fuera indirectamente incorporado a tal ámbito.

¹⁴⁸ CÁMARA LAPUENTE, *El concepto legal de “consumidor”...*, 88.

sobre protección de los consumidores en cuanto a la información a suministrar en la compra-venta y arrendamiento de vivienda en el art. 1; *Ley 34/2002*, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico, Anexo letra e) que indica: “*persona física o jurídica en los términos establecidos en el artículo 1 de la Ley 26/1984, de 19 de julio*”.

- *Leyes que concuerdan con el art. 3 del TRLGDCU en su versión original que refería a quienes “actúan en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional”*, como son: la *Ley 22/2007*, de 11 de julio, sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores (art. 5) y la *Ley 2/2009*, de 31 de marzo, por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito (art. 1).
- *Leyes que concuerdan con el actual art. 3 del TRLGDCU (con la modificación de la ley 3/2014)*: *Ley 4/2012*, de 6 de julio, de contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, de adquisición de productos vacacionales de larga duración, de reventa y de intercambio y normas tributarias que definen al consumidor en el art. 1 como “*toda persona física o jurídica que actúe con fines ajenos a su actividad económica, negocio, oficio o profesión*” es más amplio en relación a las personas jurídicas¹⁴⁹; y la *Ley 7/2017*, de 2 de noviembre, por la que se incorpora al ordenamiento jurídico español la Directiva 2013/11/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo: en cuyo art. 2 exige que la persona física actúe en un ámbito ajeno a la actividad comercial, empresarial, oficio o

¹⁴⁹ Pues no les requiere que actúen sin fines de lucro. Otra diferencia es que no refiere a entidades sin personalidad jurídica.

profesión, y en caso de persona jurídica o entidad sin personalidad jurídica que igualmente lo haga de manera ajena a “una” actividad comercial y que además lo sea sin fines de lucro, y aclara: salvo que la normativa aplicable a un determinado sector económico limite la presentación de reclamaciones ante las entidades acreditadas a las que se refiere esta ley exclusivamente a las personas físicas.

- *Leyes que emplean el término consumidor o usuario sin definirlo ni remitir al concepto ni de la LGDCU ni al TRLGDCU: Real Decreto 1945/1983, de 22 de junio, por el que se regulan las infracciones y sanciones en materia de defensa del consumidor y de la producción agro-alimentaria; Real Decreto 825/1990, de 22 de junio, sobre el derecho de representación, consulta y participación de los consumidores y usuarios a través de sus Asociaciones; Real Decreto 820/1990, de 22 de junio, por el que se prohíbe la fabricación y comercialización de los productos de apariencia engañosa que pongan en peligro la salud o seguridad de los consumidores; Ley 28/1998, de 13 de julio, de venta a plazos de bienes muebles; Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, sólo refiere en el artículo 256.7 y 256.11 relativo a las “Clases de diligencias preliminares y su solicitud” a los “consumidores finales...”, y amplía el ámbito de protección al señalar en la Disposición adicional cuarta que: “Las referencias contenidas en la Ley de Enjuiciamiento Civil a los consumidores y usuarios, deberán entenderse realizadas a todo adherente, sea o no consumidor o usuario, en los litigios en que se ejerciten acciones individuales o colectivas derivadas de la presente Ley de Condiciones Generales de la Contratación”; Ley 40/2002, de 14 de noviembre, reguladora del contrato de aparcamiento de vehículo que emplea el término usuarios sin definirlos; Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica aunque en la Disposición adicional*

undécima. Resolución de conflictos: “*Los usuarios y prestadores de servicios de certificación podrán someter los conflictos que se susciten en sus relaciones al arbitraje. Cuando el usuario tenga la condición de consumidor o usuario, en los términos establecidos por la legislación de protección de los consumidores, el prestador y el usuario podrán someter sus conflictos al arbitraje de consumo, mediante la adhesión de aquéllos al Sistema Arbitral de Consumo competente*”; y *Ley 15/2007*, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia que menciona a los consumidores en diferentes artículos y en el 10 h incluso a los “*consumidores intermedios y finales*”; y *Real Decreto 231/2008*, de 15 de febrero, por el que se regula el Sistema Arbitral de Consumo. También se pueden incluir en este apartado las leyes que emplean el término consumidor implícitamente en el sentido de la LGDCU, a cuyo fin el Cámara Lapuente - afirmación que se comparte- opinó que debe interpretarse como una remisión dinámica, lo que impone aplicar el nuevo artículo 3 del TRLGDCU; *Ley 3/1991*, de 10 de enero, de competencia desleal – reformada por *ley 29/2009-* y *Ley 7/1998*, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación.

- *Leyes que restringen la noción de consumidor sólo a las personas físicas: Ley 22/2007*, de 11 de julio, sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores, que en el art. 5 lo define como: “*...las personas físicas que, en los contratos a distancia, actúan con un propósito ajeno a su actividad empresarial o profesional*”; y la *Ley 16/2011*, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo, en el art. 2.1 brinda la siguiente noción: “*la persona física que, en las relaciones contractuales reguladas por esta Ley, actúa con fines que están al margen de su actividad comercial o profesional*”.

- *Leyes tuitivas sectoriales que refieren al “consumidor o usuario” en un sentido más amplio o distinto al del art. 3: y la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del sector hidrocarburos que en el art. 44 bis refiere a “consumidor o usuario final”; el Real Decreto 1801/2003, de 26 de diciembre, sobre seguridad general de los productos; Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico, que define al consumidor en el art. 6.g. como: “las personas físicas o jurídicas que adquieren la energía para su propio consumo y para la prestación de servicios de recarga energética de vehículos”, y en la misma norma alude a los “consumidores directos en mercado” (también en arts. 11 y 44), en el art. Art. 3.7 y concordantes prevé la figura del “pequeño consumidor”, en los arts. 16 y 46 a los “consumidores finales”, y realiza una especial regulación del “consumidor vulnerable” que define en el art. 45¹⁵⁰ y en la disposición transitoria décima¹⁵¹ los menciona en las regulaciones de los arts. 17.3.a, 52 j sobre “suspensión del suministro” y en el 65 relativo a las “infracciones graves”; la Ley 9/2014, de 9 de*

¹⁵⁰ Art. 45.1: “Serán considerados como consumidores vulnerables los consumidores de electricidad que cumplan con las características sociales, de consumo y poder adquisitivo que se determinen. En todo caso, se circunscribirá a personas físicas en su vivienda habitual.

La definición de los consumidores vulnerables y de sus categorías y los requisitos que deben cumplir, así como las medidas a adoptar para estos colectivos se determinarán reglamentariamente por el Gobierno”.

¹⁵¹ La norma prevé: “Hasta que se desarrolle lo previsto en el artículo 45.1 tendrán derecho al bono social los suministros de los consumidores, que siendo personas físicas, tengan una potencia contratada inferior a 3 kw en su vivienda habitual.

También, tendrán derecho los consumidores con 60 o más años de edad que acrediten ser pensionistas del Sistema de la Seguridad Social por jubilación, incapacidad permanente y viudedad y que perciban las cuantías mínimas vigentes en cada momento para dichas clases de pensión con respecto a los titulares con cónyuge a cargo o a los titulares sin cónyuge que viven en una unidad económica unipersonal, así como los beneficiarios de pensiones del extinguido Seguro Obligatorio de Vejez e Invalidez y de pensiones no contributivas de jubilación e invalidez mayores de 60 años.

Asimismo, tendrán derecho los consumidores que acrediten ser familias numerosas y los consumidores que acrediten formar parte de una unidad familiar que tenga todos sus miembros en situación de desempleo”.

mayo, de telecomunicaciones: en el art. 25 a los “*consumidores que sean personas físicas*” y en el Anexo II.8 conceptualiza al consumidor: “*cualquier persona física o jurídica que utilice o solicite un servicio de comunicaciones electrónicas disponible para el público para fines no profesionales*” noción que difiere y es más amplia que la del TRLGDCU, por su parte, en diversas normas al usuario simplemente y en los arts. 46 y 47 y otros alude a los “*usuarios finales de servicios de comunicaciones electrónicas*”, los que son definidos en el Anexo II.41 y 42, respectivamente, como: “*Usuario: una persona física o jurídica que utiliza o solicita un servicio de comunicaciones electrónicas disponible para el público*” y “*Usuario final: el usuario que no explota redes públicas de comunicaciones ni presta servicios de comunicaciones electrónicas disponibles para el público ni tampoco los revende*”.

- *Normas que emplean conceptos distintos del de consumidor o usuario la mayoría por ser sectoriales*: el propio TRLGDCU que en el libro tercero refiere al “*perjudicado*” y en el art. 129 y el libro cuarto al “*viajero*” en el art. 151.f.¹⁵²; la *Ley 34/1988*, 11 de noviembre, General de Publicidad, protege a los “*destinatarios*” de la publicidad a quienes define en el art. 2¹⁵³; *Ley 3/1991*, de 10 de enero, de Competencia Desleal, que ampara a los consumidores, usuarios y a los “*perjudicados*” o “*afectados*” en los arts. 31 y 33¹⁵⁴, a quienes otorga legitimación activa para iniciar acciones fundadas en la ley.

¹⁵² Art. 151.f: “Viajero: toda persona que tiene la intención de celebrar un contrato o tiene derecho a viajar en virtud de un contrato celebrado con arreglo a este libro”.

¹⁵³ Art. 2: “Destinatarios: Las personas a las que se dirija el mensaje publicitario o a las que éste alcance”.

¹⁵⁴ Artículo 33.1: Legitimación activa: “1. *Cualquier persona física o jurídica que participe en el mercado, cuyos intereses económicos resulten directamente*

En definitiva, la clasificación anterior demuestra la diversidad de regulaciones y diferencias sutiles que existen entre muchas de ellas.

g) La noción de consumidor en las regulaciones autonómicas

En el capítulo anterior se detalló la competencia legislativa en materia de consumo, y se aclaró que las comunidades autónomas la poseen, en virtud de lo cual, cada una de ellas dictó su propia normativa tuitiva para su ámbito territorial.

Del análisis de las diecisiete leyes, y en lo que a este estudio interesa: la conceptualización del consumidor, se advierte que todas las normas: a) aclaran que los términos consumidores y usuarios se utilizarán indistintamente; b) incluyen a las personas físicas y jurídicas; y c) otorgan especial protección a colectivos de consumidores: niños, ancianos, enfermos, discapacitados, etc.

Por otro lado, y en relación a las diferencias en la noción de consumidor, podemos clasificar las leyes autonómicas según cuál de las versiones de la ley estatal han seguido en términos generales o literales, independientemente de que cada una de ellas adopte además circunstancias particulares, a saber:

(1) Normas que adoptan la noción y el criterio del *destino final de la Ley 26/1984*:

perjudicados o amenazados por la conducta desleal, está legitimada para el ejercicio de las acciones previstas en el artículo 32.1, 1.ª a 5.ª

Frente a la publicidad ilícita está legitimada para el ejercicio de las acciones previstas en el artículo 32.1, 1.ª a 5.ª, *cualquier persona* física o jurídica que resulte *afectada* y, en general, quienes tengan un derecho subjetivo o un interés legítimo”.

- Ley 13/2003, de 17 de diciembre, de Defensa y Protección de los Consumidores y Usuarios de Andalucía: además aclara los requisitos para que exista destino final según cada supuesto (art. 3 b).
- Ley 16/2006, de 28 de diciembre, de Protección y Defensa de los Consumidores y Usuarios de Aragón: además aclara los requisitos para que exista destino final según cada caso (art. 3.2).
- Ley 11/2002, de 2 de diciembre, de Consumidores y Usuarios de Asturias, sin particularidades.
- Ley 3/2003, de 12 de febrero, del Estatuto de los Consumidores y Usuarios de la Comunidad Autónoma de Canarias: incluye en la noción a quien se le “ofertan” bienes o servicios.
- Ley 1/2006, de 7 de marzo, de defensa de los consumidores y usuarios de Cantabria: en el ámbito negativo agrega que no serán consumidores quienes integren “*principalmente*” los bienes y servicios a un proceso productivo, aun cuando dicha actividad no implique un lucro directo.
- Ley 11/2005, de 15 de diciembre, del Estatuto del Consumidor de Castilla-La Mancha: literal sin particularidades.
- Ley 11/1998, de 9 de julio, de Protección de los Consumidores de la Comunidad de Madrid: aclara que no lo serán quienes adquieran el bien o servicio a procesos comerciales aún cuando no implique un beneficio directo.
- Ley 4/1996, de 14 de junio, del Estatuto de los Consumidores y Usuarios de la Región de Murcia: incluye que pueden ser de cualquier nacionalidad o residencia.

- Ley foral 7/2006, de 20 de junio, de Defensa de los Consumidores y Usuarios Comunidad Foral de Navarra: incorpora a las personas a las que se le “oferten” bienes o servicios.
- Ley 6/2003, de 22 de diciembre, Estatuto de las Personas Consumidoras y Usuarias del País Vasco: no presenta diferencias especiales.

(2) Normas que adoptan la definición y el criterio de la *actuación ajena a una actividad empresarial o profesional* del Real Decreto Legislativo 1/2007 (TRLGDCU):

- Ley 2/2015, de 4 de marzo, por la que se aprueba el Estatuto del Consumidor de Castilla y León: definición literal.
- Ley 22/2010, de 20 de julio, del Código de Consumo de Cataluña: casi literal e incluye en el art. 111-2: al socio cooperativista como consumidor en las relaciones con la cooperativa, brinda una noción de consumidor medio; además incluye en el ámbito de aplicación del Código, en el art. 111-1 a: las relaciones entre personas físicas empresarias que estén dentro del régimen especial de trabajadores autónomos y las empresas prestadoras de servicios básicos y servicios de trato continuado, y los entes que tengan la consideración de microempresas de acuerdo con la Recomendación 2003/361/CE, de 6 de mayo; finalmente, en el art. 111-2 además de proteger a ciertos colectivos, incluye a las “personas en situación de vulnerabilidad económica”.
- Ley 1/2011, de 22 de marzo, Estado de los Consumidores y Usuarios de la Comunitat Valenciana: sin particularidades.

- Ley 5/2013, de 12 de abril, para la defensa de los consumidores en la Comunidad Autónoma de La Rioja: agrega a la actuación en un ámbito ajeno, el requisito del destino final de la anterior Ley 26/1984.

(3) Normas que adoptan el parámetro del actual TRLGDCU conforme la Ley 3/2014:

- Ley 7/2014, de 23 de julio, de protección de las personas consumidoras y usuarias de las Illes Balears: prevé el caso del consumo con doble finalidad.
- Ley 6/2019, de 20 de febrero, del Estatuto de las personas consumidoras de Extremadura: recepción literal de la definición, y estipula la condición de consumidores los destinatarios finales de bienes y servicios fabricados, distribuidos o simplemente comercializados a través de un medio electrónico o telemático; y en la exclusión de quienes lo incorporan a procesos productivos aclara que lo es aun cuando no implique un beneficio directo.
- Ley 2/2012, de 28 de marzo, de Protección General de las Personas Consumidoras y Usuarias de Galicia: adopta la noción literal, pero agrega que también serán consumidores quienes tengan dicha consideración según el Derecho de la Unión Europea o la norma de transposición, y todo persona de cualquier nacionalidad o residencia a la que se le “oferte” o adquiera o utilice como “destinatario final”. Excluye a quienes los integran en procesos productivos aun parcialmente, y también a las cámaras oficiales de industria, navegación o cualquier otra entidad pública o privada de intereses empresariales, profesionales, artesanales o sindicales.

2.4. El consumidor en Argentina

Las fuentes del derecho del consumidor argentino, son mucho más accesibles para su estudio en relación a las del derecho español, en función de su cantidad. Concretamente, se conforman por: el art. 42 de la CA y los tratados internacionales de derechos humanos con jerarquía internacional¹⁵⁵; la regulación prevista en el CCCN, especialmente en los arts. 7, 1092 a 1110, y 1384 a 1389 (contratos bancarios con consumidores y usuarios), 2654 y 2455 (jurisdicción internacional y derecho aplicable en materia de contratos de consumo); la ley 24.240 LDC, y otras leyes provinciales y municipales dictadas en la materia.

Cabe aclarar que el art. 42 de la CA¹⁵⁶ si bien receptó por primera vez en el derecho argentino la noción de “relación de consumo”, con todo lo que ello significó al ampliar la noción legal que exigía el contrato de consumo, no definió al consumidor, razón por la cual no se justifica su análisis detenido en esta oportunidad.

a) Las provisiones en el ámbito del Mercosur y la OEA

¹⁵⁵ En función del art. 75.22 de la CA, muchos de los cuales incorporan la tutela consumeril de modo directo o indirecto, respecto a la relación entre los derechos humanos y el derecho del consumidor ver: Gabriel, STIGLITZ, en: AAVV, *Tratado de Derecho del Consumidor*, Gabriel A. Stiglitz; Carlos Hernández (Directores), Buenos Aires: Thomson Reuters La Ley, Tomo I, 2015, 353 y ss.; Gonzalo, SOZZO, *La resistematización de la regulación del consumo en el Proyecto de Código Civil 2012*, <http://www.pensamientocivil.com.ar/system/files/2015/01/Doctrina449.pdf>; Martina, ROJO, *Derechos humanos, consumidor y globalización*, La Ley Online: AR/DOC/818/2015.

¹⁵⁶ Artículo 42 de la CA. “*Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección, y a condiciones de trato equitativo y digno*”.

Tal como se reseñó en el capítulo 1, en el marco del Mercosur, del cual Argentina es parte, se gestaron diversos intentos de regulación normativa del consumidor¹⁵⁷, incluso se estipuló un Reglamento Común sobre Defensa del Consumidor que no fue aprobado, sin conseguirse mayores acuerdos al respecto. En esta oportunidad, y a fin de no resultar reiterativos, nos limitaremos a analizar la noción de consumidor en dicho ámbito.

La última definición que el Grupo Mercado Común (órgano ejecutivo) dictó fue hace años, mediante Resolución N° 34/2011¹⁵⁸, de 17/12/2011: “*Defensa del consumidor – Conceptos básicos*” en aras a lograr una armonización de las legislaciones en materia de consumo. El art. 1. A de dicha Resolución conceptualizó al consumidor en los siguientes términos: “*Consumidor es toda persona física o jurídica que adquiere o utiliza productos o servicios en forma gratuita u onerosa como destinatario final, en una relación de consumo o como consecuencia o en función de ella. No se considera consumidor aquel que sin constituirse en destinatario final adquiere, almacena, utiliza o consume productos o servicios con el fin de integrarlos como insumo directo a otros productos*

¹⁵⁷ Sobre el tema ver: Martina, ROJO, *La defensa del consumidor en el MERCOSUR*, Aequitas, Vol. 6, Núm. 6, 2012, Buenos Aires: Universidad del Salvador, <https://p3.usal.edu.ar/index.php/aequitas/article/view/1685/2136>; Sara L. FELDSTEIN DE CÁRDENAS y Luciane KLEIN VIEIRA, *La noción de consumidor en el Mercosur*, Cuadernos de Derecho Transnacional, Vol. 3, N° 2, Buenos Aires: UBA, 71-84, <http://www.derecho.uba.ar/investigacion/investigadores/publicaciones/feldstein-de-cardenas-la-nocion-de-consumidor-en-el-mercosur.pdf>; Cristian R. PIRIS, *Los conceptos fundamentales del derecho del consumidor en el Mercosur*, <https://www.acaderc.org.ar/wp-content/blogs.dir/55/files/sites/55/2020/02/dsconsumidormercosur.pdf>, última consulta el 18/7/2020.

¹⁵⁸ Texto completo disponible en: [http://gd.mercosur.int/SAM%5CGestDoc%5Cpubweb.nsf/D688D097317D28460325843C007AFEE4/\\$File/RES_034-2011_ES_Defensa%20del%20Consumidor-Conceptos%20Basicos.pdf](http://gd.mercosur.int/SAM%5CGestDoc%5Cpubweb.nsf/D688D097317D28460325843C007AFEE4/$File/RES_034-2011_ES_Defensa%20del%20Consumidor-Conceptos%20Basicos.pdf). Cabe destacar que conforme el art. 4 se deroga la Resolución GMC N° 123/96, en la que se había definido al consumidor en otros términos.

o servicios en proceso de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros”.

En el aspecto positivo de la categoría consumidor, se incluyó tanto a las personas físicas como a las jurídicas, sin distinción ni requisito especial, así como también a quien adquiere o utiliza (consumidor jurídico fáctico) bienes o servicios; por su parte, adoptó el criterio del “*destino final*” que el sujeto debe otorgar al bien o servicio y exigió que lo fuera en una relación de consumo o como consecuencia o en función de ella. Además, previó una noción negativa al excluir del concepto a quienes no resulten destinatarios finales sino que utilicen el bien o servicio para integrarlo como “insumo directo” a procesos productivos o servicios a otros sujetos.

Con posterioridad, lamentablemente no se lograron mayores avances en la materia hasta la actualidad¹⁵⁹, ni los Estados parte adoptaron la noción¹⁶⁰ anterior; de hecho, Argentina incorporó una definición distinta tanto en la LDC como en el CCCN y en el último Proyecto de sustitución de la LDC.

Desde otra perspectiva, Argentina también es parte de la OEA, que desde el año 2003 previó el dictado de la CIDIP VII, siendo uno de los temas la protección al consumidor, y en especial: ley aplicable, jurisdicción, y restitución monetaria, aunque a la fecha tampoco fue aprobada.

El texto proyectado, consta de siete artículos y define al consumidor en el art. 1 como: “*cualquier persona física que actúe con fines que no pertenezcan al ámbito de su actividad profesional (Art.1, 1)*” y tal como se explicó incluye: “*Una extensión al bystander, destinatario final, "que usufructúan directamente los servicios y productos contratados, en los*

¹⁵⁹ Recientemente se dictó la Resolución N° 36/19: “Defensa del consumidor – Principios Fundamentales- en Santa Fe, Julio de 2019, pero no incluye una noción de consumidor sino sólo los principios en la materia.

¹⁶⁰ Conforme información oficial del sitio web: <https://www.mercosur.int/documentos-y-normativa/resoluciones/>.

contratos comprendidos por esta Convención, como destinatarios finales”(Art.1, 2). Una definición especial para contratos de viaje y de tiempo compartido (Art.1,3) y la posibilidad del juez, utilizando la ley indicada como aplicable, ampliar esta definición, en una verdadera excepción favor status consumidor (Art. 1,4)”¹⁶¹.

En definitiva, en los ámbitos regionales en los que Argentina es parte, no existe una conceptualización del consumidor vinculante y vigente para el país.

b) El consumidor en la Ley de Defensa del Consumidor N° 24.240 originaria de 1993

La primera definición de consumidor en el derecho argentino fue prevista en el art. 1 de la ley 24.240, en su versión originaria de 1993, que disponía: “...*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:*

- *La adquisición o locación de cosas muebles;*
- *La prestación de servicios;*
- *La adquisición de inmuebles nuevos destinados a vivienda, incluso los lotes de terreno adquiridos con el mismo fin, cuando la oferta sea pública y dirigida a personas indeterminadas”.*

¹⁶¹ Tal como lo explicó la Secretaria de Asuntos Jurídicos de la CIDIP VII: Claudia LIMA MARQUES, en: *Una breve introducción al proyecto de Convención*, texto disponible en: <https://www.oas.org/dil/esp/CIDIPintroduc-%20L2.pdf>, última consulta 15/4/2020.

La primera versión de la ley incluyó la protección tanto de personas físicas como jurídicas, pero exigía que fueran contratantes y a título oneroso. Es decir, se trataba de una noción restringida pues sólo contemplaba los supuestos de perfeccionamiento del acto jurídico, excluyendo otras situaciones de hecho y relacionadas con el consumo que luego fueron incluidas en la noción más amplia de “relación de consumo”¹⁶².

Cabe aclarar que mediante Decreto 1798/94, de 13/10/1994, reglamentario de la LDC, se amplió ligeramente el ámbito de aplicación al incluirse algunas adquisiciones a título gratuito; en el art. 1.º se dispuso: “*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)*”.

El art. 1 de la LDC, adoptó un criterio positivo y subjetivo ya que requería que el contrato fuera para consumo final o beneficio propio o de su grupo familiar o social, es decir, también requería un “elemento material, finalista”: la “causa fin” del acto¹⁶³.

Además, limitó el ámbito de aplicación objetivo, en cuanto a la materia u objeto del contrato de consumo, en tres incisos.

Por su parte, la ley receptó un criterio negativo para definir al consumidor en el art. 2 segundo párrafo, al excluir a quienes contrataran para reincorporar el bien o servicio en la cadena de producción o similar: “*No*

¹⁶² Con la reforma de la CA que incorporó en el año 1994 la protección de los consumidores dentro de los “*Nuevos derechos y garantías*” en el art. 42, que expresamente receptó la noción de la “*relación de consumo*” que no necesariamente exige de un contrato, y recién en la LDC con la reforma introducida por la ley 26.361 en 2008.

¹⁶³ En términos de Ricardo L. LORENZETTI en: *Defensa del consumidor*, Ricardo L. Lorenzetti y Gustavo J. Schotz: Coordinadores, Buenos Aires: Abaco de Rodolfo Depalma, 2003, 75.

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” y también excluyó del ámbito de aplicación de la ley a los contratos con profesionales liberales en estos términos: “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”¹⁶⁴.

c) La ampliación de la categoría con la reforma de la LDC por la Ley 26.361

En el año 2008 se dictó la Ley 26.361 que modificó diversos aspectos relevantes de la LDC, siendo uno de los principales la definición de consumidor.

Concretamente, sustituyó los arts. 1 y 2 de la 24.240 cambiando la noción de consumidor en el primero y eliminando del art. 2 (el segundo párrafo) el criterio negativo que excluía de aquella a ciertos sujetos que reintegraban el bien o servicio en un ámbito productivo, lo que generó gran debate doctrinario al respecto¹⁶⁵.

¹⁶⁴ La reglamentación del art. 2, mediante decreto 1798/94, aclaró que: “*se entiende que los bienes o servicios son integrados en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros cuando se relacionan con dichos procesos, sea de manera genérica o específica*”.

¹⁶⁵ Para ampliar sobre el tema y las críticas a la reforma ver: FRUSTAGLI; HERNÁNDEZ, *El concepto de consumidor*, 2 y ss.; Fulvio G., SANTARELLI, *Hacia el fin de un concepto único de consumidor*, La Ley Online: 07/09/2009, 1; Francisco JUNYENT BAS, M. Constanza GARZINO, *La categoría de “consumidor”*, en especial con relación a las personas jurídicas”, *Revista de Derecho Comercial del Consumidor y de la Empresa*, Buenos Aires: La Ley, Año

El art. 1 de la LDC, conforme la reforma, disponía que eran consumidores: “...*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”.

La reforma mantuvo la posibilidad de que sean consumidores tanto las personas físicas como las jurídicas, y por otro lado, eliminó el requisito de

II, N° 5, octubre 2011, 73-84; Rubén S. STIGLITZ; Ramón D. PIZARRO, *Reformas a la Ley de Defensa del Consumidor*, Diario La Ley, 16/3/2009; Ariel G. PARELLADA y Carlos A. PARELLADA, *Si todos somos consumidores, ¿Quién es el consumidor?*, en: Pascual E. ALFERILLO y otros *Tutela jurídica de los consumidores*, San Juan: Facultad de Derecho de Universidad Nacional de San Juan, 2010, 29-48; Conclusiones de las XXII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, V Congreso Nacional de Derecho Civil, Comisión N° 9 de Derecho Interdisciplinario. Derechos del Consumidor, Córdoba, 2009 y XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Comisión N° 8: “La categoría jurídica de consumidor”, Tucumán 2011; Conclusiones de la Comisión N° 1: “Ámbito de aplicación del Derecho del Consumo. El bystander y su problemática”, en las III Congreso Euroamericano de Protección Jurídica de los Consumidores, Buenos Aires, Argentina, Facultad de Derecho de la UBA, Setiembre de 2010; Jorge MOSSET ITURRASPE; Javier WAJNTRAUB, *Ley de defensa del consumidor*, Santa Fe: Rubinzal Culzoni, Reimpresión, 2010, 37/46; FARINA, *Defensa del consumidor y del usuario*, comentarios al art. 1; Fulvio G. SANTARELLI, comentarios al art. 1 y 2, en: *Ley de Defensa del consumidor comentada y anotada*, Tomo 1, Sebastián PICASSO y Roberto VÁZQUEZ FERREYRA: Directores, Buenos Aires: La Ley: 2009, 26-54; Guillermo P. TINTI, Maximiliano R. CALDERÓN, *Derecho del consumidor. Ley 24.240 de defensa del consumidor comentada*, 3° edición, Córdoba: Alveroni, 2011, 25-33; Francisco JUNYENT BAS, Carlos MOLINA SANDOVAL, M. Constanza GARZINO, Juan S. HEREDIA QUERRO, *Ley de defensa del consumidor. Comentada, anotada y concordada*, Buenos Aires: Errepar, 2013, 19-39.

la contratación a título oneroso, incluyendo la gratuita. Concretamente, estipuló que eran consumidores quienes “*contratan o utilizan*” incluyendo a quienes lo hacen en forma gratuita y también a quienes usan la cosa o servicio sin haberlo adquirido.

La normativa conservó los dos criterios para la calificación del sujeto protegido: el “*destino final*” y el “*beneficio propio, o de su grupo familiar o social*” que debía darse al bien o servicio de manera conjunta al utilizarse la conjunción “y”.

Respecto al ámbito de aplicación objetivo, se eliminaron los tres incisos que contenía la versión original del art. 1, y se aludió a bienes y servicios en general, aunque se aclaró que comprendía la adquisición de derechos en tiempos compartidos, clubes de campo, cementerios privados y figuras afines, a fin de eliminar dudas al respecto.

La gran novedad fue la equiparación al consumidor de los sujetos que sin ser parte en la relación de consumo, adquieren o utilizan bienes o servicios, y a quien de cualquier manera esté expuesto a una relación de consumo (clasificaciones que se analizarán detenidamente en el siguiente capítulo).

Por otro lado, se eliminó el segundo párrafo del art. 2 de la LDC que excluía expresamente del ámbito de aplicación de la ley a: “*quienes adquieran, almacenen, utilicen o consuman bienes o servicios para integrarlos en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros*”. En esta modificación brindó mayores argumentos a quienes consideraban que la persona jurídica con fines de lucro y el empresario pueden ser amparados en el ámbito tuitivo entendiendo que así lo buscó el legislador reformista.

De este modo se amplió notoriamente el ámbito de aplicación de la ley, pues se abandonó el criterio del consumidor contratante para adoptar también el del consumidor fáctico y el consumidor expuesto o potencial, nociones que generaron gran debate doctrinario¹⁶⁶ y diversidad de criterios al momento de la subsunción en casos jurisprudenciales concretos¹⁶⁷.

d) La categoría de consumidor tras la aprobación del CCCN que modificó la LDC

El CCCN que entró en vigencia el 1/8/2015, incorporó el derecho del consumidor de manera expresa en diversas normas¹⁶⁸, pero en especial, al regular la materia contractual en el Libro Tercero: “*Derechos personales*”, Título III: “*Contratos de consumo*”, en los arts. 1092 a 1121, e introdujo modificaciones relevantes en la materia¹⁶⁹ incluso a través del Anexo II que expresamente modificó la LDC en diversos artículos.

¹⁶⁶ Ver cita anterior.

¹⁶⁷ A modo de ejemplo se pueden citar: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala E, “M.N.S. c/ Alto Palermo S.A. y otro s/daños y perjuicios”, 07/04/2015, La Ley Online, AR/JUR/4096/2015; Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Junín, 2012-05-24, Montiel, Gabriela Alejandra c. Día Argentina S.A., 24/05/2012, AR/JUR/20875/2012; Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de San Martín, sala I, “Samojluk, Alejandro Miguel c. COTO CICSA s/ daños y perjuicios”, 16/07/2015, La Ley Online, AR/JUR/30087/2015.

¹⁶⁸ Tal como ya se señaló al iniciar el estudio del derecho argentino, el CCCN incorpora la protección del consumidor en diversas normas: 7, 1092 a 1110, y 1384 a 1389 (contratos bancarios con consumidores y usuarios), 2654 y 2455 (jurisdicción internacional y derecho aplicable en materia de contratos de consumo).

¹⁶⁹ Este parágrafo tiene como fuente dos trabajos anteriores de la redactora de esta tesis, en coautoría: Francisco A. JUNYENT BAS; M. Constanza GARZINO, *El consumidor en el Código Civil y Comercial*, La Ley Online: AR/DOC/2288/2016; Francisco A. JUNYENT BAS; M. Constanza GARZINO, Santiago RODRÍGUEZ JUNYENT, *Cuestiones claves de derecho del consumidor a la luz del Código Civil y Comercial*, Córdoba: Advocatus, 2016, 29-58. Para profundizar sobre el tópico se recomienda: Demetrio A. CHAMATRÓPULOS, *Estatuto del Consumidor Comentado*, 2º edición Tomo 1,

La Comisión redactora del Anteproyecto de Código fundamentó la inclusión del derecho del consumidor en la regulación en los siguientes términos: “...se propone incluir en el Código Civil una serie de principios generales de protección del consumidor que actúan como una “protección mínima”, lo que tiene efectos importantes: En materia de regulación, ello implica que no hay obstáculos para que una ley especial establezca condiciones superiores. Ninguna ley especial en aspectos similares pueda derogar esos mínimos sin afectar el sistema. El código, como cualquier ley, puede ser modificado, pero es mucho más difícil hacerlo que con relación a cualquier ley especial. Por lo tanto, estos “mínimos” actúan como un núcleo duro de tutela. También es considerable el beneficio en cuanto a la coherencia del sistema, porque hay reglas generales sobre prescripción, caducidad, responsabilidad civil, contratos, del Código Civil que complementan la legislación especial proveyendo un lenguaje normativo común...”.

El código modificó la noción legal de consumidor, al incorporar una propia en el art. 1092, cuyo texto reemplazó el art. 1 de la LDC¹⁷⁰, conforme el Anexo II del CCCN.

La norma lo definió en los siguientes términos: “Se considera consumidor a la persona humana o jurídica que adquiere o utiliza, en forma gratuita u onerosa, bienes o servicios como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social.

Buenos Aires: La Ley, 2019, 53-176; Federico ÁLVAREZ LARRONDO, *Elementos de la relación de consumo. El consumidor*, en: AAVV, *Manual de Derecho del Consumidor*, Federico ÁLVAREZ LARRONDO (Director), Gonzalo M. RODRÍGUEZ (Coordinador), Buenos Aires: Erreius, 2017, 75-97; Sergio S. BAROCELLI, *Diálogo de fuentes en el Derecho del Consumidor. Perspectivas desde el Derecho Argentino*, Berlín: Editorial Académica Española, 2017, 56-67.

¹⁷⁰ Con la única diferencia que el Anexo que modificó el art. 1 mantuvo la referencia a “persona física”, lo que se trasladó a la LDC; mientras que la redacción del CCCN alude a “persona humana”.

Queda equiparado al consumidor quien, sin ser parte de una relación de consumo como consecuencia o en ocasión de ella, adquiere o utiliza bienes o servicios, en forma gratuita u onerosa, como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social”.

El primer cambio es de denominación de persona “*física*” por “*humana*”, en función de la nueva denominación que el Código le concedió (Libro Primero, art. 19 y ss.), lo que no implica modificación de contenido alguna, aunque injustificadamente se mantuvo en la LDC la referencia a la persona física, siendo ésta la única diferencia entre los artículos.

Otro aspecto a considerar es que se conservaron, por un lado, la inclusión de la persona jurídica de modo genérico sin distinción; y por otro, los criterios calificativos del consumidor en función del destino final y el beneficio propio o de su grupo familiar o social que debe hacer del bien o servicio.

De igual modo, se mantuvo la equiparación del sujeto que adquiere o utiliza el bien o servicio sin ser parte de la relación de consumo, pero se eliminó al que “*de cualquier modo esté expuesto*”, última frase de la redacción del art. 1 de la LDC conforme la ley 26.361.

Sin embargo, este sujeto sigue estando protegido en virtud del art. 1096 del CCCN¹⁷¹ que afirma que las normas del código que regulan las prácticas abusivas y las de la información y publicidad a consumidores también rigen para las personas “expuestas” a prácticas comerciales.

¹⁷¹ Artículo 1096: “Ámbito de aplicación. Las normas de esta Sección y de la Sección 2ª del presente Capítulo son aplicables a todas las personas expuestas a las prácticas comerciales, determinables o no, sean consumidores o sujetos equiparados conforme a lo dispuesto en el artículo 1092”. Se ampliará sobre el tema en el capítulo siguiente. Para ampliar ver: Francisco JUNYENT BAS, María C. GARZINO, *El consumidor en el Código Civil y Comercial*, La Ley Online: AR/DOC/2288/2016.

En definitiva, esta definición de consumidor prevista en el art. 1092 del CCCN y en el art. 1 de la LDC -idéntico texto- es el vigente en Argentina y que define de modo expreso al consumidor o usuario.

e) La definición del Proyecto de Código de Defensa de los Consumidores y Usuarios

En los fundamentos del hoy Proyecto de Código de Defensa del Consumidor, conforme la versión presentada en el Senado¹⁷², se explicó que: “...busca delimitar con precisión el alcance de la categoría de consumidor, alcanzando al sujeto expuesto a los efectos de la información, la publicidad, las prácticas abusivas y la seguridad, procurando zanjar las disputas que aún existen en el ámbito de la doctrina y jurisprudencia”.

Concretamente, el proyectado art. 2 titulado “Categoría de consumidor” en su última versión presenta ante la Cámara de Diputados dispone: “Es consumidor la persona humana o jurídica que adquiere, de modo gratuito u oneroso, bienes o servicios como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social.

Queda equiparado al consumidor quien, sin ser parte de una relación de consumo originaria, como consecuencia o en ocasión de ella utiliza bienes o servicios, de manera gratuita u onerosa, como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social.

¹⁷² Texto completo presentado en el Senado disponible en: <https://www.senado.gov.ar/parlamentario/comisiones/verExp/2576.19/S/PL>, última consulta el 16/4/2020; actualmente el Proyecto se encuentra presentado, con modificaciones en su texto, en la Cámara de Diputados, trámite legislativo disponible en: <https://www.hcdn.gob.ar/proyectos/resultados-buscador.html>, última consulta el 4/7/2020.

El presente Código es aplicable a quien se encuentra expuesto a una relación de consumo a consecuencia de la información, la publicidad, las prácticas abusivas y el deber seguridad”.

De tal modo, la proyección mantiene los ya tradicionales criterios adoptados en la LDC para la calificación del sujeto protegido en sus distintas versiones: a) puedan ser calificados como consumidores tanto las personas humanas como las jurídicas, y b) exige que tanto el consumidor contratante como el fáctico adquieran o utilicen, respectivamente, el bien o servicio como destinatario final y para beneficio propio o de su grupo familiar o social.

Desde otra perspectiva, el texto reintroduce de manera expresa en el artículo 1 que define al consumidor al sujeto “*expuesto*”, aclarando que tiene la protección legal en materia de información, publicidad, prácticas abusivas y seguridad, despejando las dudas y debates generados con anterioridad al respecto. Además, el art. 19 relativo al ámbito de aplicación de las reglas sobre las prácticas abusivas también incluye expresamente a las personas expuestas a éstas.

Finalmente, cabe destacar que por primera vez en el derecho del consumidor argentino se regula legislativamente la figura del consumidor hipervulnerable en el art. 3¹⁷³ y en diversas normas¹⁷⁴ que insisten en su protección, pues en la actualidad la única norma vigente es la Resolución

¹⁷³ Artículo 3: “*Consumidores hipervulnerables. El principio de protección del consumidor se acentúa tratándose de colectivos sociales hipervulnerables. En tales supuestos, en el marco de la relación de consumo, la educación, la salud, la información, el trato equitativo y digno y la seguridad deben ser especialmente garantizados*”.

¹⁷⁴ Artículos 5, 6, 8, 10, 13, 19, 23, 37, 80 y 170 del texto proyectado, lo que demuestra la impronta que los autores quisieron dar a la temática.

Nº 139 del Ministerio de Desarrollo Productivo Secretaría de Comercio Interior¹⁷⁵, de 28 de mayo de 2020.

f) Las leyes provinciales de defensa del consumidor

En este ámbito, la mayoría de las provincias argentinas¹⁷⁶ dictaron leyes en materia de defensa del consumidor, pero en general, adhieren a la LDC y determinan el procedimiento administrativo, aunque en algunos casos también el judicial, mediante los cuales tramitarán los reclamos de los consumidores, sin definir la noción de éstos.

En concreto, sólo las normativas de Mendoza¹⁷⁷ y Río Negro¹⁷⁸ definen al consumidor sin que su contenido sea totalmente coincidente con el de

¹⁷⁵ Texto disponible para su consulta en: <https://www.boletinoficial.gob.ar/detalleAviso/primera/229875/20200528>, última consulta el 6/7/2020.

¹⁷⁶ Ley Nº 13.133 de la Provincia de Buenos Aires, Ley Nº 757 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Ley Nº 5.069 de Catamarca, Ley Nº 7.134 de Chaco, Ley Nº 4.219 de Chubut (Ley VII - Nº 22), Ley Nº 10.247 de Córdoba, Ley Nº 4.811 de Corrientes, Ley Nº 8.973 de Entre Ríos, Ley Nº 1.480 de Formosa, Ley Nº 5.992 de Jujuy; Ley Nº 8.468 de La Rioja, Ley Nº 5.547 de Mendoza, Ley Nº 3.811 de Misiones (Ley Nº III- 2), Ley Nº 2.268 de Neuquén, Ley Nº 2.817 Río Negro, Ley Nº 7.402 de Salta, Ley Nº 7.714 de San Juan, Decreto Acuerdo Nº 373/14, ratificado por Ley 7.148 de Santiago del Estero, Ley Nº I-0742-2.010 de San Luis, Ley Nº 2465 de Santa Cruz y Leyes Nº 271 y 962 de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur y Ley Nº 8.365 de Tucumán. Por su parte, no dictaron leyes La Pampa y Santa Fe.

¹⁷⁷ Artículo 2: “A los efectos de la presente ley se consideran consumidores todas las personas de existencia física o ideal que utilicen o contraten bienes o servicios para su consumo final, cualquiera sea su naturaleza, pública o privada, individual o colectiva; de quienes produzcan, faciliten, suministren o expendan aquellos”.

Artículo 3: “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”.

¹⁷⁸ Artículo 2: “A los fines de la presente, se consideran consumidores o usuarios, a todas las personas físicas o jurídicas que no realizan actividad comercial o con fines de lucro, que contratan para su consumo final y en beneficio propio, la

ninguna de las versiones de la LDC, sino que incluyen criterios específicos propios.

2.5. Tendencias o sistemas

Del análisis de las diversas definiciones legales de consumidor en el derecho español y argentino, podemos obtener por inducción, diversas tendencias en relación a los criterios utilizados para la calificación del sujeto tutelado:

- (a) Definición única o plural: conforme exista en el ordenamiento jurídico una sola conceptualización genérica de consumidor, aplicable a todos los casos en que se cumplan con los requisitos para tal calificación e independientemente del objeto del contrato o área de interés protegida (CCCN y LDC argentina); o diversas definiciones dependientes de cada ámbito de protección en particular o sector (UE y España: donde a pesar de existir una con intenciones de generalidad en el TRLGDCU, luego existen distintas en ámbitos especiales como por ejemplo: contratos de crédito para consumo, cláusulas abusivas, etc.).
- (b) Contrato o relación de consumo: según cuál sea la fuente generadora de la protección, es decir, si se exige que el sujeto “*adquiera*” mediante un contrato el bien o servicio, o se admite la noción más amplia de relación de consumo que incluye a quien

adquisición o uso en locación de bienes muebles, perecederos o no y servicios, cualquiera sea la naturaleza pública o privada, individual o colectiva de quienes los producen, facilitan, suministran o expenden”.

Artículo 3: “*No tienen el carácter de consumidores o usuarios, quienes adquieren, almacenan, utilizan, trasladan o consumen bienes o servicios para integrarlos en cualquier proceso de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros”.*

“*interviene*” en ella, o “*utiliza*” el bien o servicio (consumidor material o fáctico) e incluso a quien está “*expuesto*” a aquella; es decir, la protección derivada no sólo del contrato sino también del acto o hecho de consumir.

- (c) Persona física o humana, persona jurídica y entes sin personalidad jurídica: refiere al elemento subjetivo de la relación de consumo; puede considerarse o no que los tres tipos sean consumidores; las físicas pueden serlo de forma individual o colectivamente; respecto a las personas jurídicas, no todas las normas lo admiten, y las que lo hacen suelen restringir la tutela sólo a las que son sin fines de lucro, o a pequeñas y medianas empresas, o conforme el uso indirecto o marginal que se dé al bien o servicio, etc. Los entes sin personalidad jurídica están expresamente incluidos en la noción del art. 3 del TRLGDCU sin previsión normativa en la LDC ni en el CCCN.
- (d) Positivo o negativo: en un primer sentido, de acuerdo a la redacción de la norma, puede identificarse al sujeto de manera positiva pues, incluye a quienes “*son consumidores...*”, o negativo al excluir a determinados sujetos: “*no son consumidores...*”; en un segundo sentido, positivo: exigir que cumplan determinados requisitos como las referencias al “*destino final*” o “*beneficio propio*”; o negativo: exigir que actúe en ámbito “*ajenos a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión*” o que el sujeto “*no sea profesional*” o no haga “*uso profesional*” del bien o servicio, etc.
- (e) Subjetivo, objetivo o mixto: el subjetivo se centra en la persona y las condiciones que ésta debe tener para ser calificada como consumidor, por ejemplo: “*no profesional*”, o las referencias a:

“propósitos”, “fines” o “beneficio propio que tiene la persona; mientras que el criterio objetivo focaliza en el acto o hecho de consumo -no en el sujeto-, en su naturaleza y objeto, y determina los requisitos que debe cumplir para ser tutelado por ejemplo: una “adquisición”, “utilización”, “actuar ajeno a una/su actividad”, “destino final” en su noción de extinción económica del bien o servicio (como hecho objetivo teniendo en miras la *causa fin*); y el mixto tiene en cuenta ambos parámetros y en especial la vulnerabilidad del sujeto tutelado en relación con su contraparte¹⁷⁹.

Por otro lado, cabe profundizar respecto a las siguientes nociones utilizadas para definir al consumidor desde un punto de vista teleológico, pues en todo caso, del sentido y alcance que se le otorgue a éstas dependerá el ámbito de aplicación del derecho del consumidor:

¹⁷⁹ En este sentido, en la doctrina brasilera, en ocasiones seguida por la argentina (por ej: LORENZETTI, *Consumidores*, 65-66; CHAMATROPULOS D., *Estatuto de Defensa del consumidor*, 44-50; Claudia Lima Márques explicó que en su país existen dos corrientes que definen el ámbito de aplicación del derecho del consumidor: la “finalista” (restrictiva: consumidor es el destinatario final fáctico y económico, que excluye consumo intermedio) y la “maximalista” (extensiva: solo interesa el destinatario fáctico que retira el producto del mercado, incluye al consumidor intermediario), y señaló que surgió una variante de la primera: “finalismo aprofundado” que basada en la finalista, tenía en cuenta especialmente la vulnerabilidad del sujeto en el caso concreto, para profundizar ver: *Campo do aplicação do CDC*, en: Antonio H. BENJAMIN, Claudia LIMA MÁRQUES, Leonardo ROSCOE BESSA, *Manual de direito do consumidor*, 3° edición, Sao Paulo: Editora Revista Dos Tribunais, 2010, 84-88; en igual sentido en el derecho portugués: Jorge MORAIS CARVALHO, *Manual de Direito do Consumo*, 4° edición, Coimbra: Almedina, 2017, 25-30. En similar sentido, Barocelli aseveró respecto al ordenamiento argentino que: “...la categoría de consumidor se construye a partir de la existencia de dos elementos estructurales: a) la vulnerabilidad o debilidad, y b) el destino final de los bienes incorporados, para beneficio propio o de su grupo familiar o social...” y señaló que en dichos elementos se justifica la especial tutela protectoria: Sergio S. Barocelli, *Diálogo de fuentes en el Derecho del Consumidor...*, 57.

- (a) Destinatario final: exige que la persona sea el último eslabón de la cadena de producción y comercialización del bien o servicio, sin reinsertarlo en el mercado. Puede distinguirse entre “*destino final fáctico*”: quien retira el bien o servicio de la cadena de producción; y “*destino final económico*”: quien no lo adquiere para la reventa ni uso profesional ni como instrumento de producción cuyo precio será incluido en el precio final del bien o servicio¹⁸⁰.

Se afirmó¹⁸¹ que esta noción amplía la protección en relación con otras más estrictas (como la referida en el punto 3) pues admite la calificación de consumidor en supuestos de: a) empresarios que celebran contratos atípicos, b) las persona jurídicas, c) empleados, d) contratos de doble uso o mixto, e) actividades relacionadas con la fundación de un negocio.

- (b) Beneficio propio: disfrute, uso o goce personal del consumidor o de su grupo familiar o social del bien o servicio, es decir: exige un consumo del mismo sujeto o alguno cercano de su entorno.
- (c) Actividad, fines o propósitos ajenos a¹⁸²: que el acto de consumo no tenga relación con “su” o “un”¹⁸³ ámbito comercial,

¹⁸⁰ LIMA MÁRQUES, *Manual de direito do consumidor*, 84-85.

¹⁸¹ Martin EBERS, *The notion of “consumer”*, en: *EC Consumer Law Compendium - Comparative Analysis*, Edited by Prof. Dr. Hans Schulte-Nölke in co-operation with Dr. Christian Twigg-Flesner and Dr. Martin Ebers, Prepared for the European Commission under Service Contract No. 17.020100 / 04 / 389299: “Annotated Compendium including a comparative analysis of the Community consumer acquis”, Universitat Bielefeld, 2008, <http://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.183.3328&rep=rep1&type=pdf>. El trabajo de campo comparativo realizado por los autores es altamente recomendable.

¹⁸² Ya referimos a que los términos fines, propósitos y destino resultan sinónimos conforme los significados dados por la RAE al analizar la noción de consumidor en el derecho estatal español.

empresarial, oficio, profesión (conforme lo dispone el derecho europeo). Estos ámbitos son propios del empresario, por lo tanto, la inclusión del bien o servicio en ellos excluiría al sujeto de la tutela especial (referencia en potencial dado el debate existente respecto a la admisión del uso mixto y en relación al consumidor empresario que se analizarán en los próximos capítulos).

- (d) Vulnerabilidad del sujeto tutelado: La vulnerabilidad es la cualidad de vulnerable, que según la RAE significa: “*Que puede ser herido o recibir lesión, física o moralmente*”¹⁸⁴. Si bien el derecho del consumidor se fundamenta en el desequilibrio estructural que existe entre las partes y la vulnerabilidad del sujeto tutelado (sea técnica, jurídica, fáctica o socioeconómica, y/o informativa¹⁸⁵), lo cierto es que ninguna de las normas analizadas refiere de forma expresa a este elemento como requisito para la calificación del sujeto.

2.6. Valoración crítica

En virtud del estado de avance de este estudio y de las tendencias reseñadas en el apartado anterior, procede reflexionar de manera

¹⁸³ Las normas posibilitan ambas opciones, teniendo consecuencias distintas en cada caso, puesto que uno admitiría la calificación de consumidor a quien introduce el bien o servicio en un proceso productivo pero no directamente relacionado con *su* actividad u objeto comercial, mientras que el otro no.

¹⁸⁴ Diccionario de la RAE en: <https://dle.rae.es/?id=c5dW2by>

¹⁸⁵ Claudia LIMA MÁRQUES, en: Antonio H. BENJAMIN, Claudia LIMA MÁRQUES, Leonardo ROSCOE BESSA, *Manual de direito do consumidor*, 3º edición, Sao Paulo: Editora Revista Dos Tribunais, 2010, 38 y 88-96.

preliminar respecto a algunas cuestiones en particular que se detallan a continuación.

a) Noción internacional o nacional

Del análisis de las regulaciones en diversos niveles internacional, regional, estatal y autonómico, se advierte que la opción que mayor seguridad jurídica otorgaría al consumidor sería la de contar con una noción legal internacional, común a todos los Estados, dada la globalidad del fenómeno del consumo, el que debe complementarse con una adecuada incorporación o regulación interna que asegure al sujeto nacional que podrá contar con el resguardo legal necesario y que sea conforme a la norma internacional.

En otras palabras, nos referimos a la armonización legislativa¹⁸⁶, respecto a la cual Félstein y otros señalaron que es: “*el proceso mediante el cual se tiende a facilitar la modificación de ciertos regímenes del derecho interno de los Estados, para conferir previsibilidad a las operaciones comerciales*”¹⁸⁷. La autora citada explicó que existen diversos tipos o niveles de armonización, desde la coordinación hasta la uniformidad, tal como se observa en las Directivas de la UE sobre la temática, siendo las últimas de “armonización plena o de máximos”¹⁸⁸.

¹⁸⁶ Para ampliar sobre el tema ver: Stephen WEATHERILL, *EU Consumer Law and Policy*, Second Edition, Cheltenham, UK, Edward Elgar, 2013, 12 y 62 y ss.

¹⁸⁷ Sara L. FELDSTEIN DE CARDENAS, Flavia A. MEDINA, Mónica S. RODRIGUEZ, Luciana B. SCOTTI, *Contratación Electrónica Internacional. Una mirada desde el Derecho Internacional Privado*, AAVV, 79, <http://www.derecho.uba.ar/investigacion/investigadores/publicaciones/feldstein-de-cardenas-contratacion-electronica-internacional-una-mirada-desde-el-derecho-internacional-privado.pdf>, última visita el 18/7/2020.

¹⁸⁸ Por ejemplo: Directivas UE 2019/770 y 2019/771 que conforme sus arts. 4 respectivamente, los Estados no podrán mantener o introducir en su Derecho

A tal fin, existe una definición internacional de consumidor contenida en las Directrices para la Protección del Consumidor de la ONU -antes transcrita al comenzar este capítulo-, que en el art. 3 al demarcar el ámbito de aplicación lo definen en estos términos: “A los efectos de las presentes directrices, el término “consumidor” hace referencia, por lo general, a una persona física, con independencia de su nacionalidad, que actúa principalmente con fines personales, familiares o domésticos, si bien se reconoce que los Estados Miembros podrán adoptar diferentes definiciones para abordar necesidades internas específicas”.

Tal como ya advertimos, esta conceptualización si bien alude a las personas físicas, no excluye de manera definitiva a las jurídicas ya que comienza aclarando que el término “por lo general” hace referencia a las primeras. La norma señala que la caracterización aplica independientemente de la nacionalidad de la persona.

Por otro lado, el criterio adoptado es el destino final y el beneficio propio por tanto, exige que actúe *principalmente* con fines personales, familiares o domésticos, lo que habilitaría los actos mixtos y los de intermediación.

b) Regulación impuesta o autorregulación

El derecho del consumidor y los requisitos para la configuración de este sujeto, pueden no tener como fuente la autoridad legislativa de un Estado u organización internacional. Si bien esta cuestión no surge de las normas analizadas, debido a su actualidad se considera relevante realizar una breve referencia a ella.

nacional disposiciones que se aparten de las contenidas en dichas Directivas, ni más ni menos estrictas para garantizar diferente nivel de protección al consumidor, salvo se disponga lo contrario en aquellas.

Como alternativa se plantea la posibilidad de una autorregulación por los propios consumidores a través de asociaciones que los aglutinan junto con los proveedores, que en todo caso debe tener una participación estatal o equivalente a fin de mantener la equivalencia y justicia de las reglas.

Ello en función de que el mismo desequilibrio que justifica el régimen proteccionista del derecho del consumidor se replica en este marco de regulación, y por ello, se requiere de métodos que garanticen la equivalencia en las negociaciones y disposiciones que en definitiva se dictaran.

De cualquier modo, estas normas de autorregulación no desplazan ni extinguen las normas públicas, sino que se consideran de suma utilidad para complementarlas, especialmente en sectores particulares, por ejemplo: sistema financiero, crédito para consumo, seguros, etc.

Una de las principales variables de autorregulación son los denominados *Códigos de Conducta* -aunque muchas veces elaborados sólo por los proveedores- que contienen una filosofía de protección del cliente, con normas y compromisos de actuación empresarial destinados a elevar la protección del cliente-consumidor por encima de los niveles de tutela legal¹⁸⁹.

El Libro Verde “*sobre la protección de los consumidores en la Unión Europea*”¹⁹⁰, expresamente previó la alternativa de la autorregulación y

¹⁸⁹ Leonor AGUILAR RUIZ, *Mecanismos autorreguladores del mercado y defensa de consumidores*, Boletín Mexicano de Derecho Comparado, Volumen 44, N° 130, México, Enero/abril de 2011, versión online: http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0041-86332011000100001.

¹⁹⁰ Libro Verde sobre la protección de los consumidores en la Unión Europea, Comisión de las Comunidades Europeas, Bruselas, 2/10/2001, texto disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2001:0531:FIN:ES:PDF>.

detalló los inconvenientes para una a nivel comunitario y los requisitos que debería tener. En dicha oportunidad se aclaró que en el: *“Libro Blanco sobre la gobernanza, la Comisión ha recomendado hacer un mayor uso de los «mecanismos de correulación» y las «Directivas marco», por lo que cualquier propuesta para la protección del consumidor que incluya la correulación deberá cumplir las condiciones que el Libro Blanco establece para ella”*.

En definitiva, se trata de otra opción para la protección de los consumidores que entendemos es complementaria a la legal, pero que por cuestiones de pertinencia con el tema de tesis, no desarrollaremos con mayor profundidad en esta oportunidad.

c) Definición general única o diversas en cada ley sectorial

En este sentido, resulta una cuestión de política legislativa fundamental definir si conviene o no brindar una definición positiva de consumidor, en su caso si sería única, o si por el contrario, resulta más conveniente consagrar una noción especial en cada normativa sectorial; finalmente se presenta la opción mixta que combina ambas¹⁹¹.

La previsión de la noción única podría estar contenida en un código o ley marco que brinde reglas generales para su identificación, que abarque los distintos casos particulares, independientemente del objeto del acto de consumo y de otros intereses sectoriales de leyes especiales.

¹⁹¹ El tema fue especialmente analizado en el “Libro Verde sobre la protección de los consumidores en la Unión Europea”, elaborado por la Comisión de las Comunidades Europeas, Bruselas, 2/10/2001, texto disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2001:0531:FIN:ES:PDF>, última consulta el 6/7/2020.

Otra alternativa es brindar tantas nociones de consumidor como leyes especiales o sectoriales refieran a él, consignando las peculiaridades en cada caso.

Por último, la opción mixta admite que se consagre una noción general, pero luego otras específicas aplicables a casos particulares que justifiquen un apartamiento de aquella.

Detallaremos las ventajas y desventajas que consideramos respecto a cada una de las alternativas.

La primera opción, consiste en consagrar una noción general de consumidor, cuyas ventajas podemos sintetizar en las siguientes:

- (a) concede seguridad jurídica al sistema de protección: pues el consumidor, y los operadores jurídicos, conocen con certeza cuáles son los requisitos que debe cumplimentar el sujeto para ser amparado por el régimen tuitivo; además no existirían diversas nociones que generan confusión e incertidumbre en el sujeto.
- (b) simplifica el estudio y la aplicación: al no presentarse dispersión normativa;
- (c) amplía el ámbito de aplicación: para todos los sectores o áreas de interés, independientemente del objeto de la relación de consumo o del sector;
- (d) concede mayor libertad al juez: para resolver el caso concreto;
- (e) en caso de desactualización de la definición, su adaptación resulta sencilla mediante la sola modificación de ese concepto general en una norma;

- (f) simplifica la armonización del derecho nacional con el internacional pues, al igual que en el caso anterior, sólo debe consagrarse o actualizarse en una norma.

Por su parte, las desventajas que advertimos ante una noción general son:

- (a) no es posible prever todos los supuestos especiales, pudiendo quedar sin resguardo algún sujeto en situación particular;
- (b) ocasiona divergencia en la aplicación e interpretación en el caso concreto pues, precisamente la regulación es general y no prevé casos especiales lo que habilita la diversidad de criterios.

La segunda alternativa es la incorporación de una definición en diversas leyes sectoriales, que creemos brinda como principal ventaja: una mayor protección para todos los casos especiales al prever los requisitos para cada supuesto; como desventajas podemos citar las siguientes:

- (a) puede dejar al margen de la protección supuestos no contemplados por ninguna norma especial (lagunas);
- (b) el ámbito de aplicación de cada noción es reducido para la ley sectorial de que se trate;
- (c) genera inseguridad jurídica en perjuicio de los operadores y del propio consumidor por la cantidad y diversidad de leyes existentes.

Por último, se presenta la opción mixta, de definirse al consumidor de modo general, y sólo en ámbitos especiales modificarse dicha previsión si lo justifican las circunstancias del caso.

Creemos que esta opción sería quizás la más razonable, pero en todo caso, también se correría el riesgo de terminar teniendo tantas definiciones

especiales que transformarían a la noción general en una residual para cuando no haya previsión particular.

Por nuestra parte, y con fundamento en las ventajas reseñadas con anterioridad, consideramos que la opción que brinda mayor seguridad jurídica y cobertura integral a todos los consumidores es la previsión de un único concepto general.

Además, abona esta postura la necesaria distinción, por un lado, de la desigualdad estructural del consumidor, su vulnerabilidad en que se fundamenta el derecho tuitivo, y por otro cuestiones diversas como: el objeto del contrato (créditos, seguros, turismo, etc.), el medio por el que se relacione con el empresario, la forma en que lo haga, y las particularidades del caso o ámbito de protección sectorial.

Por ello, consideramos que lo dirimente es la determinación clara y exacta de la categoría de consumidor que delimita el ámbito de aplicación de la tutela protectoria, independientemente del resto de las cuestiones referidas o áreas específicas que pueden ser abordadas por las leyes sectoriales.

d) Criterios para la definición del consumidor

A esta altura del desarrollo del derecho del consumidor, no existen dudas respecto a que la protección se justifica en la noción de *relación de consumo*¹⁹², más amplia que la primitiva visión contractual, pues incluye supuestos precontractuales y extracontractuales, en especial en lo relativo

¹⁹² Así lo receptó expresamente la CSJN argentina desde hace años, al explicar en referencia a la relación de consumo que: “*La fuente de esta relación jurídica puede ser un contrato o actos unilaterales o bien hechos jurídicos*” en la repercutida causa: “Ferreyra, Víctor Daniel y Ferreyra, Ramón c/ V.I.C.O.V. S.A. s/ daños y perjuicios”, 21 de marzo de 2006, voto del Ministro Ricardo Lorenzetti.

a la información, las prácticas abusivas, el trato digno y equitativo y el deber de seguridad.

El derecho del consumidor fue pensado en defensa de la *persona física-humana*, y si bien tanto España como Argentina admiten que también lo sea la *persona jurídica*, no es de modo general sino sólo en circunstancias determinadas (esta cuestión se estudiará detenidamente en el capítulo 4).

Por ello, resulta lógico que la debilidad de la persona física se presuma en todos los casos en los que se relaciona con un proveedor, mientras que la de la persona jurídica requiera de prueba, aun cuando no fuera alegada sino calificada como tal por el juez que debe fundarla en la prueba de la causa.

En función de los criterios detallados como tendencias, consideramos que desde un punto de vista gramatical resulta más clara una definición *positiva* de los requisitos que deba cumplimentar el sujeto para aplicar al régimen tuitivo. También debiera tratarse de una redacción clara que evite ambigüedades e incoherencias en su aplicación, con términos fácilmente comprensibles por cualquier persona ajena al ámbito jurídico para fortalecer el conocimiento y entendimiento del derecho del consumidor por todos los ciudadanos y operadores jurídicos.

Por su parte, si bien el criterio que prevalece es el objetivo pues focaliza en el acto o hecho de consumo más que en las cualidades del sujeto¹⁹³, lo

¹⁹³ En este sentido se pronunció el TJUE al considerar que: “*El concepto de «consumidor», en el sentido de los artículos 17 y 18 del Reglamento n.º 1215/2012, debe interpretarse de forma restrictiva, en relación con la posición de esta persona en un contrato determinado y con la naturaleza y la finalidad de este, y no con la situación subjetiva de dicha persona, dado que una misma persona puede ser considerada consumidor respecto de ciertas operaciones y operador económico respecto de otras*” (considerando 87) y expresamente aclaró que: “*se aplican en el supuesto de que la finalidad del contrato celebrado entre las partes tenga por objeto un uso que no sea profesional del bien o servicio de*

realmente trascendental que debe primar a fin de la calificación jurídica es el *elemento teleológico*.

En este sentido, tanto las Directrices de la ONU sobre el Derecho del Consumidor adoptaron un criterio positivo al exigir a la persona que actúe: “*principalmente con fines personales, familiares o domésticos*”, mientras que de modo general el derecho de la UE de manera negativa requiere que lo haga con “*propósitos ajenos a su actividad comercial, empresa, oficio o profesión*”.

En todo caso, ambas definiciones ponen el foco en el fin, propósito o destino del acto de consumo, mirado desde perspectivas opuestas: “fines personales familiares o domésticos” vs. “ajeno a su actividad comercial, empresa, oficio o profesión”, que es lo que en definitiva justifica la protección del régimen de defensa del consumidor.

Por otro lado, resulta conveniente que la *regulación* estipule y resuelva de manera expresa los denominados “*casos difíciles*”, identificados y

que se trata” (considerando 90), en la causa: Anica Milivojević y Raiffeisenbank St. Stefan-Jagerberg-WolfsbergeGen, ECLI:EU:C:2019:123; también se refirió al criterio objetivo en la causa: Henri Pouvin, Marie Dijoux y Électricité de France (EDF), ECLI:EU:C:2019:232 (considerando 24); y en otra expresamente señaló que: “*El concepto de consumidor, en el sentido del artículo 2, letra b), de la Directiva 93/13, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, tiene un carácter objetivo y debe apreciarse según un criterio funcional, consistente en evaluar si la relación contractual de que se trata se inscribe en el marco de actividades ajenas al ejercicio de una profesión*”; Pavel Dumitraş y Mioara Dumitraş contra BRD Groupe Société Générale, EEU:C:2016:700 (considerando 2); HoraŃiu Ovidiu Costea contra SC Volksbank Rom nia SA, EU:C:2015:538 (considerando 21), (el destacado me pertenece) entre otros. El Tribunal Supremo adoptó tal criterio en los siguientes términos: “*Este mismo concepto de consumidor que utiliza el TJUE, referido al ámbito objetivo de la operación y no a la personalidad del contratante, es también el que ha tomado en consideración esta sala en sus últimas resoluciones, como por ejemplo las sentencias 149/2014, de 10 de marzo; 166/2014, de 7 de abril ; 688/2015, de 15 de diciembre; 367/2016, de 3 de junio; 16/2017, de 16 de enero; y 224/2017, de 5 de abril*” en la causa: STS 3956/2017 - ECLI: ES:TS:2017:3956.

comunes a las diversas regulaciones, como: el consumo mixto, el empresario consumidor, la transmisión de la calidad de consumidor, etc., a fin de culminar con el debate y criterios encontrados a su respecto, fortaleciendo la certeza y seguridad jurídica.

Desde otra perspectiva, la *vulnerabilidad* debe constituirse como el criterio clave para despejar cualquier duda que un caso concreto pudiera plantearse pues, a pesar de no consagrarse positivamente como un requisito, resulta fundamental valorar la eventual inferioridad, en términos del TJUE¹⁹⁴, del sujeto al momento de la calificación. Si bien se trata de una cuestión subjetiva, que impone analizar la relación entre las partes, es

¹⁹⁴ Este criterio fue especialmente analizado por el TJUE en la causa: Henri Pouvin, Marie Dijoux y Électricité de France (EDF), ECLI:EU:C:2019:232, en la que consideró que: “...*el consumidor se halla en situación de inferioridad con respecto al profesional, en lo que respecta tanto a la capacidad de negociación como al nivel de información, situación que le lleva a adherirse a las condiciones redactadas de antemano por el profesional sin poder influir en el contenido de estas (sentencia de 3 de septiembre de 2015, Costea, C-110/14, EU:C:2015:538, apartado 18 y jurisprudencia citada)*” (considerando 25) y agregó que: “*Esta concepción amplia del concepto de «consumidor» del artículo 2, letra b), de la Directiva 93/13, permite garantizar la protección que otorga esa Directiva a todas las personas físicas que se encuentren en la situación de inferioridad mencionada en el apartado 25 de la presente sentencia*” (considerando 28), el destacado me pertenece. En igual sentido se pronunció en las causas: VB Pénzügyi Lízing, EU:C:2010:659, considerando 46; Banif Plus Bank, EU:C:2013:88, considerando 19 y Banco Santander, EU:C:2017:945, considerando 36 y Karel de Grote — Hogeschool Katholieke Hogeschool Antwerpen VZW y Susan Romy Jozef Kuijpers ECLI:EU:C:2018:320 (considerandos 26, 27 y 54), también en Horațiu Ovidiu Costea contra SC Volksbank România SA, EU:C:2015:538 (considerando 2), entre otros.

Por su parte, la CSJN también recibió la noción al remitir en su resolución Dictamen del Procurador, quien aclaró que la LDC: “...*tuvo por fin llenar un vacío existente en la legislación argentina, pues otorga una mayor protección a la parte más débil en las relaciones comerciales -los consumidores- recomponiendo, con un sentido ético de justicia y de solidaridad social, el equilibrio que deben tener los vínculos entre comerciantes y usuarios*”, (el destacado me pertenece) en la causa “Flores Automotores S.A. s/ recurso ley 2268/98”, 11/12/2001, y en un caso de consumidor de servicios de salud lo calificó como: “...*en una posición de subordinación estructural y urgida ciertamente de tutela*...” en: “Cambiaso Péres de Nealón, Celia M. A. y otros c. Centro de Educación Médica e Investigaciones Médicas”, 28 de agosto de 2007.

un elemento más que ayuda a justificar la aplicación del régimen tuitivo. A tal fin, consideramos de suma utilidad su recepción normativamente a fin de favorecer su utilización por los operadores jurídicos.

Finalmente, la categoría de consumidor debe resultar lo suficientemente flexible como para adaptarse a los cambios tecnológicos que afectan al derecho del consumidor para abarcar también las relaciones de consumo en el ámbito electrónico o digital.

CAPÍTULO 3: CLASIFICACIÓN DEL CONSUMIDOR

En el capítulo anterior se desarrollaron los elementos estructurales de la figura del consumidor, y los criterios para su caracterización. En este apartado se desarrollarán las alternativas de clasificación del consumidor, determinando los criterios para ello y su justificación. En particular, se estudiarán, por un lado, las nociones de consumidor material o fáctico, consumidor legal, consumidor equiparado o bystander. Además, se considerará la eventual necesidad y fundamentos de una regulación diferenciada de los denominados: consumidor medio y consumidor especialmente vulnerable, como pueden ser niños, ancianos, enfermos, etc. En definitiva, el objetivo especial de este apartado es detectar las “clases” o “categorías” que engloba la noción de consumidor y explicitar los criterios conforme surge de las regulaciones legales, la jurisprudencia y las opiniones científicas. Además, se pretende indagar críticamente si se justifica una distinción entre ellos y una especial sub-regulación, o si por el contrario, es preferible contar con normas generales que tutelen al consumidor e incluyan los supuestos especiales.

3.1 Fundamentos de la clasificación

Si bien la noción jurídica de consumidor es unívoca, tal como se especificó en el capítulo anterior, puede clasificarse en función de diversos parámetros. En todo caso, se trata de subcategorías, especies dentro del género “consumidor” que por alguna razón el legislador, la doctrina o la jurisprudencia consideran que resulta conveniente distinguir.

Cabe destacar que en todos los supuestos el sujeto, sea persona física o jurídica debe cumplir los requisitos legales para ser calificado como consumidor, en especial: que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión (derecho español), o bien, ser destinatario final del bien o servicio o para beneficio de su grupo social o familiar (derecho argentino).

Desde mi perspectiva, el fundamento de las subcategorías de la noción de consumidor se justifica a fin de:

- (a) abarcar la totalidad de los casos que requieren la protección del derecho del consumidor,
- (b) identificar los diversos sujetos amparados en el régimen especial, es decir, delimitar el ámbito de aplicación;
- (c) brindar una tutela diferenciada en función de las características o situaciones especiales de las personas (discriminación positiva);
- (d) perfeccionar la aplicación y vigencia del derecho del consumidor especificando los roles o caracteres de cada sujeto.

En definitiva, se pretende fortalecer la protección del consumidor en cumplimiento de las disposiciones internacionales (Directrices de Naciones Unidas, Directivas y Reglamentos de la Unión Europea y Normas del Mercosur, según el caso) y de la propia constitución nacional tanto española como argentina.

3.2 Criterios para la distinción

Para comenzar, vale destacar que ni la ley ni la doctrina desarrollan de manera expresa los criterios para subclasificar al consumidor; sin

embargo, por vía de inducción podemos identificarlos para comprender su origen y analizar el sentido de su distinción.

Del análisis de los textos legales referenciados en el capítulo anterior: normas vigentes en la Unión Europea, España y Argentina, así como también de la doctrina especializada y de diversos fallos jurisprudenciales localizados en cada jurisdicción, se pueden determinar principalmente dos criterios para clasificar al consumidor: uno objetivo y otro subjetivo.

El criterio que denomino *objetivo* focaliza en el *rol* del consumidor en la relación de consumo, y dentro de ésta variable cabe incluir al contratante (consumidor jurídico), a quien no lo es (consumidor fáctico) y a quien simplemente se encuentra expuesto a una relación de consumo (consumidor expuesto o bystander).

Por el contrario, el parámetro *subjetivo* toma en cuenta las especiales *cualidades de la persona* del consumidor, a fin de determinar su capacidad de comprensión de la información que se le pone a disposición, del nivel de seguridad que requiere, del trato que debe brindársele, etc. En este marco se ubican el consumidor medio y el especialmente vulnerable o hipervulnerable, nociones que tuvieron origen en la jurisprudencia, para luego conseguir algún tipo de regulación positiva.

En los próximos apartados se analizará de forma detenida cada una de estas subespecies de consumidor.

3.3 El criterio objetivo: consumidor jurídico, consumidor material y expuesto

a) Consumidor jurídico

La principal distinción que surge de la norma, tanto española como argentina, deriva del rol o carácter que la persona asume al ingresar a la relación de consumo.

Concretamente, el art. 3 del TRLGDCU refiere a las personas que “actúen” mientras que el art. 1 de la LDC y el art. 1092 del CCCN aluden a quien “*adquiere o utiliza*”¹⁹⁵. Estas referencias normativas permiten incluir tanto al consumidor jurídico (contratante) como al material (no contratante), condiciones que pueden darse o no en una misma persona¹⁹⁶.

En primer lugar, es consumidor quien adquiere o compra un bien o servicio, es decir: quien perfecciona un contrato (compraventa, locación, leasing, bancario, mutuo, etc.), a quien la doctrina denominó de diversos

¹⁹⁵ En el derecho argentino, la doctrina colectiva reunida en las XXII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, en la "Comisión de Derecho Interdisciplinario: Derecho del Consumidor", llevadas a cabo en Córdoba en el año 2009, concluyó respecto al consumidor que: "*En el ámbito de la ley 24.240, conforme su actual redacción, quedan amparados en la protección legal:*

a) *Quien asume el rol de contratante al adquirir un bien o servicio, actuando como destinatario final, sea la contratación a título gratuito u oneroso;*

b) *Quien utiliza bienes o servicios sin ser parte sustancial de un contrato de consumo, generalmente por estar vinculado familiar o socialmente con el adquirente;*

c) *Quien se expone a una relación de consumo, a un peligro derivado de la misma o quien resulta efectivamente afectado. La noción comprende, entre otras situaciones, a: 1) Los sujetos indeterminados expuestos a prácticas comerciales; 2) Los sujetos expuestos a los defectos de seguridad de los productos y servicios incorporados al mercado por el proveedor".*

¹⁹⁶ Tal como lo advirtieron en los orígenes del derecho del consumidor los Bercovitz Rodríguez Cano: Alberto BERCOVITZ RODRIGUEZ CANO, Rodrigo BERCOVITZ RODRIGUEZ CANO, *Estudios jurídicos sobre protección de los consumidores*, Madrid: Tecnos, 1987, 133.

modos: consumidor “jurídico”, “contratante”, “directo”, “en sentido estricto”¹⁹⁷.

Lasarte y Botana García afirmaron que: “*el consumidor es sistemáticamente asimilado a la figura del contratante*” a quien se lo denomina consumidor jurídico¹⁹⁸. A su vez, es el sujeto que originariamente protegió de manera exclusiva el derecho del consumidor argentino, en la tradicional visión contractualista que exigía el perfeccionamiento de un negocio jurídico, incluso a título oneroso¹⁹⁹.

En definitiva, es la persona más fácil de identificar como sujeto protegido por el derecho del consumidor, incluso desde el punto de vista probatorio pues, al haber perfeccionado el negocio jurídico, debería tener en su poder la factura, ticket de compra o alguna constancia del negocio que acredita su calidad de consumidor contratante con el empresario o proveedor.

De manera ejemplificativa puede mencionarse como consumidor jurídico o contratante a: quien adquiere el servicio de: tarjeta de crédito, de telefonía celular o fija, gas, electricidad, medicina prepaga, préstamo hipotecario²⁰⁰, redes sociales²⁰¹, seguro, catering para un evento social, o

¹⁹⁷ Así denominado por: Sandra A. FRUSTAGLI, Carlos A., HERNÁNDEZ, *El concepto de consumidor. Proyecciones actuales en el Derecho argentino*, La Ley Online: 20/09/2011, 1.

¹⁹⁸ Carlos LASARTE, Gema BOTANA GARCÍA, *La noción de consumidor*, en: *Manual sobre protección de consumidores y usuarios*, Madrid: Dykinson, 2010, 63.

¹⁹⁹ Conforme la versión original de 1993 de la LDC que en el art. 1 disponía: “*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...*”.

²⁰⁰ El TJUE se expidió sobre el derecho del consumidor, y en especial el régimen de cláusulas abusivas, en diversas causas a consumidores *contratantes* de préstamos hipotecarios como en: “Mohamed Aziz y Caixa d’Estalvis de Catalunya, Tarragona i Manresa (Catalunyacaixa)”, C-415/11, ECLI:EU:C:2013:164; y más recientemente resolvió a favor de la condición de consumidor de un trabajador y su esposa que tomaron un préstamo hipotecario del empleador del primero: “*el empleado de una empresa y su cónyuge, que*

bien quien compra un automotor de contado o mediante un plan de ahorro²⁰², un inmueble, un libro, un electrodoméstico, etc.

b) Consumidor material o fáctico

En segundo lugar, se presenta el consumidor “*material*”, “*no contratante*”, “*fáctico*”, “*indirecto*” o “*conexo*” quien disfruta o utiliza de hecho el bien o servicio sin haberlo adquirido contractualmente, y que en general, es un sujeto del ámbito familiar o social del consumidor jurídico.

También se afirma que el usuario es precisamente este sujeto que se sirve del bien o servicio, sin haber contratado, pues es quien en definitiva goza del bien, lo “*usa*”²⁰³.

celebran con dicha empresa un contrato de préstamo reservado principalmente a los miembros del personal de la referida empresa y destinado a financiar la adquisición de un inmueble para fines privados, deben considerarse «consumidores», en el sentido de dicha disposición” en “Henri Pouvin, Marie Dijoux, de casada Pouvin y Électricité de France (EDF)”, C-590/17, ECLI:EU:C:2019:232.

De igual modo, el TS aplicó el derecho del consumidor y declaró la nulidad de una cláusula que mandaba a pagar al consumidor todos los gastos en contrato de préstamo hipotecario en la causa: STS 101/2019 - ECLI: ES:TS:2019:101.

²⁰¹ El TJUE consideró que es consumidor o usuario contratante el usuario de una cuenta de Facebook aun cuando: “...*publica libros, pronuncia conferencias, gestiona sitios web, recauda donaciones y acepta la cesión de los derechos de numerosos consumidores para ejercerlos ante los tribunales*”, tal como lo resolvió en la causa: “Maximilian Schrems / Facebook Ireland Limited”, Asunto C-498/16, ECLI:EU:C:2018:37.

²⁰² La CSJN resolvió (remitiendo a los fundamentos del dictamen del Procurador) el tribunal competente aplicando el derecho del consumidor a un contratante de un plan de ahorro con fines determinados (automotor): 07/04/2008, “Escobar, Aldo Alberto y otros c. Inversores S.A. de Ahorro para Fines Determinados”.

²⁰³ El texto originario de la ley 26/1984 definía al consumidor como: “*son consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que adquieren, utilizan o disfrutan...*” (el destacado me pertenece).

En el derecho español, si bien la figura no tiene previsión expresa como tal, está incluida de modo general en la referencia a las personas que “actúen” del art. 3 del TRLGDCU.

Por el contrario, el derecho argentino sí prevé positivamente la noción del consumidor material en los arts. 1 de la LDC y 1092 del CCCN cuyos segundos párrafos disponen que se equipara al consumidor a quien: “*sin ser parte de una relación de consumo como consecuencia o en ocasión de ella, adquiere o utiliza...*”, incorporando en estos términos al consumidor material o fáctico al que también exige el destino final en beneficio propio o de su grupo familiar o social.

La fórmula es amplia y debe entenderse referida a los meros usuarios materiales del producto o servicio, que no se han vinculado directamente con el proveedor, o bien a los terceros beneficiarios de algún derecho comprendido en la relación de consumo celebrada por otro²⁰⁴.

El fundamento de la protección de este sujeto se encuentra en que el “*elemento activante del principio protectorio*” no es el acto de contratar sino el acto de consumir, en cuanto hecho jurídico²⁰⁵.

De las reseñas anteriores se advierte que existe una notable diferencia en las regulaciones del consumidor fáctico en el derecho español y en el argentino pues, mientras en el primero se distinguen los derechos que aquél tiene respecto a los del consumidor jurídico, en el argentino se los equipara y otorga idénticas prerrogativas a ambas subcategorías (jurídico y material).

²⁰⁴ Carlos A., HERNÁNDEZ, *Relación de consumo*, en: *Tratado de Derecho del Consumidor*, Tomo I, Buenos Aires: La Ley, 2015, 418; FRUSTAGLI, HERNÁNDEZ, *El concepto de consumidor*, 1.

²⁰⁵ Ricardo L. LORENZETTI, en: *Defensa del consumidor*, Ricardo L. Lorenzetti y Gustavo J. Schotz: Coordinadores, Buenos Aires: Abaco de Rodolfo Depalma, 2003, 76.

En este sentido, la doctrina española aclaró que el consumidor jurídico será quien generalmente ostentará los derechos individuales que la ley le reconoce y puede ejercerlos a título personal, mientras que el material tiene ciertos derechos y acciones protectorias²⁰⁶ pero de carácter más limitado, por ejemplo, relativas a la seguridad o información.

En definitiva, tanto el consumidor jurídico como el material tendrán la calificación de “consumidor” conforme el TRLGDCU, pero ello no significa que puedan ejercer los mismos derechos; los vinculados directamente a la realización del contrato serán ejercitables por el consumidor jurídico, mientras que los otorgados para proteger la salud o seguridad por el material²⁰⁷.

Por el contrario, en el derecho argentino se afirmó que la distinción entre consumidor jurídico y material es “artificial”²⁰⁸ y que: “ambos son consumidores sin otro aditamento aunque se los califique de equiparados para diferenciarlos de los contratantes”²⁰⁹.

A modo de ejemplo de consumidores fácticos o materiales, podemos citar un caso legal en el derecho español: el beneficiario del viaje combinado contratado por el consumidor jurídico, tal como lo admite el art. 151.1.e del TRLGDCU²¹⁰.

²⁰⁶ Ángel, ACEVEDO PENCO, *La noción de consumidor y su tratamiento en el derecho comunitario, estatal y autonómico. Breve referencia al concepto de consumidor en el derecho extremeño*, Anuario de la Facultad de Derecho, Universidad de Extremadura, Nº 18, 2000, 315.

²⁰⁷ BERCOVITZ RODRIGUEZ CANO, BERCOVITZ RODRIGUEZ CANO, *Estudios jurídicos...*, 133.

²⁰⁸ Demetrio A. CHAMATROPULOS, *Estatuto del consumidor comentado*, 2ª edición aumentada, actualizada y reelaborada, Tomo I, Buenos Aires: La Ley, 2019, 104.

²⁰⁹ Ricardo L. LORENZETTI, *Consumidores*, 2ª Edición, Santa Fe: Rubinzal Culzoni, 2009, 123.

²¹⁰ La norma define al “beneficiario” como: “la persona física en nombre de la cual el contratante principal se comprometa a comprar el viaje combinado”.

Por otro lado, en el derecho argentino la justicia resolvió que: “los invitados a un evento social (en este caso, una boda) por quien ha contratado un servicio a tal efecto, conforman su grupo “familiar o social” y por ello, se encuentran amparados por el régimen tuitivo mencionado en calidad de consumidores indirectos del servicio que se ha contratado (art. 1 LDC)”²¹¹.

También se consideró que se trataban de consumidores fácticos a los menores que consumieron alimentos adquiridos por sus padres en un local de comidas rápidas, y que sufrieron una intoxicación²¹² en violación al deber de seguridad que los proveedores deben cumplir.

Por su parte, la CSJN entendió que una asociación de consumidores no podía pretender representar a los consumidores directos e indirectos puesto: “Que la reseña efectuada demuestra que el universo de situaciones y supuestos que la actora pretende abarcar en su demanda resulta excesivamente vasto y heterogéneo y, además, presenta singularidades que impiden resolver la cuestión planteada, útilmente y con efecto expansivo, en el marco de un único proceso”²¹³.

En definitiva, pueden ser considerados consumidores fácticos quienes utilizan los servicios del consumidor contratante en general, miembros de su grupo familiar o social, por ejemplo: los invitados a un evento que consumen los alimentos del servicio de catering, la esposa e hijos del titular del servicio de medicina prepaga, quien es transportado (por el consumidor jurídico) en un vehículo por una ruta concesionada y sufre un

²¹¹ CCC de Córdoba de 3º, sentencia N° 137, 6/11/2014, "Gómez María Esther c. Jockey Club", Ordinario. Daños y perjuicios. Otras formas de responsabilidad extracontractual. Recurso de apelación”.

²¹² SCJBA, 1/5/2015, "G., A. C. contra ‘Pasema S.A.’ y otros. Daños y perjuicios”.

²¹³ CSJN, 10/02/2015, “Asociación Protección Consumidores del Mercado Común del Sur c. Loma Negra Cía. Industrial Argentina S.A. y otros”, La Ley Online: AR/JUR/133/2015

accidente por cruzárseles un animal suelto, el beneficiario del seguro de vida contratado por el causante, entre otros.

c) Consumidor por equiparación o expuesto, con especial referencia al bystander

- Noción y origen

La categoría de consumidor puede ampliarse a sujetos no contratantes, pero equiparados al consumidor jurídico, en función de ser usuarios del bien o servicio con destino final, es decir: el consumidor material, tal como se analizó anteriormente. Sin embargo, existen otros sujetos que no siendo ni consumidores jurídicos ni materiales, igualmente resultan equiparados a ellos a fin de otorgarles una tutela especial.

Esta subcategoría de la figura del consumidor incluye a la persona que si bien no contrató ni usó un bien o servicio, y aún cuando no se encuentra dentro del círculo familiar o social del consumidor jurídico, de algún modo está expuesta a un daño que surge de una relación de consumo. Ésta es la razón por la cual algunos derechos equiparan a este tercero (distinto al consumidor jurídico o al fáctico y al empresario) al consumidor y lo legitiman a reclamar con fundamento en el derecho del consumidor.

La figura del consumidor expuesto incluye principalmente a quienes son víctimas o perjudicados de bienes o servicios defectuosos o de cláusulas o prácticas abusivas, pudiendo tratarse de consumidores potenciales²¹⁴.

²¹⁴ Ricardo L. LORENZETTI, *Defensa del consumidor*, 76-77. El autor señaló que en el caso del afectado o expuesto a prácticas comerciales no hay contrato sino un trato previo, una especie de responsabilidad precontractual, que se trata de contactos sociales típicos, y que permite al sujeto ejercer acciones preventivas para desbaratar ese tipo de prácticas.

La noción tiene origen en el derecho estadounidense, bajo la denominación de “*bystander*” que en español sería “expectante”, en el ámbito de la responsabilidad por productos defectuosos, entendida en estos términos: “*A bystander (plaintiff) is someone who is not directly involved in the purchase or use of the product. (Blacks Law Dictionary, 2009). Bystanders are affected by the product essentially because they are near the person who purchased or used it and are injured by the product*”²¹⁵.

Los tribunales de Estados Unidos legitimaron al tercero expuesto dañado a reclamar de manera directa al fabricante del producto defectuoso, del mismo modo que podían hacerlo el consumidor jurídico o el material; en general el fundamento fue que éstos se encuentran en mejores condiciones pues tuvieron la oportunidad de informarse, elegir y adquirir o usar el

En similar sentido, Barocelli expuso que: “*Los consumidores potenciales serán aquellos sujetos que se encuentran en la etapa de tratativas previas a la celebración de un contrato o vínculo de derecho público. En este punto se inscriben las disposiciones que protegen a los consumidores frente a prácticas comerciales que pueden afectarlos. Aquí podemos ejemplificar los supuestos de incumplimiento de ofertas (art. 7, LDC) y publicidades (art. 8, LDC), publicidades ilícitas¹⁰, prácticas abusivas (art. 8 bis, LDC), cláusulas abusivas (art. 37, LDC), tanto en sus derechos individuales como de incidencia colectiva*”, Sergio S. BAROCELLI, *Las víctimas de daños como sujetos expuestos a una relación de consumo*, disponible en: https://www.academia.edu/28660915/Las_v%C3%ADctimas_de_da%C3%B1os_como_sujetos_expuestos_a_una_relaci%C3%B3n_de_consumo, consultada el 1/9/2019.

²¹⁵ Richard J. HUNTER Jr., John H. SHANNON, Henry J. AMOROSO, *Compensation for Bystander Injuries in Strict Products Liability: Why It is Important to Afford Bystanders with More Protection than Consumers or Users of Products*, *International Journal of Management Sciences* Vol. 7, No. 6, 2016, 302-311, disponible en: http://www.rassweb.org/rss_weblogin/pages/ResearchPapers/Paper%203_1497549217.pdf, consultado 29/8/20109, a donde se remite para ampliar el análisis de los casos jurisprudenciales y la doctrina al respecto.

producto, lo que no ocurre con el bystander, lo que justifica la ampliación de la protección a su favor²¹⁶.

Lima Marques señaló respecto al equiparado al consumidor en el derecho brasileiro que: “*O ponto de partida dessa extensão do campo de aplicação do CDC é a observação de que muitas pessoas, mesmo não sendo consumidores stricto sensu, podem ser atingidas ou prejudicadas pelas atividades dos fornecedores no mercado*”²¹⁷.

En el derecho español este sujeto no se encuentra expresamente incorporado, sino que su protección o derechos derivan directamente de su calidad de perjudicado de bienes o servicios defectuosos, de afectado a prácticas desleales, etc., más que por su equiparación a un consumidor.

En cambio, en el derecho argentino la figura fue incorporada normativamente en la LDC al definir al consumidor en el art. 1, de manera expresa sólo entre 2008 y 2015, pues con la sanción del CCCN se eliminó la referencia a este sujeto de dicha norma y su legitimación activa se limitó al ámbito de las prácticas abusivas y al deber de información (art. 1096 a 1103), tal como se analizará a continuación.

- La figura en el derecho del consumidor español

En el derecho español, la ley no prevé al consumidor expuesto o bystander de modo concreto al definir al consumidor; sin embargo, existen supuestos especiales que admiten la legitimación del “perjudicado” o “afectado” en el TRLGDC y en otras leyes.

²¹⁶ HUNTER Jr., SHANNON, AMOROSO, *Compensation for Bystander...*

²¹⁷ Claudia LIMA MARQUES, *Campo de aplicação do CDC*, en: Antonio H. BENJAMIN, Claudia L. MARQUES, Leonardo ROSCOE BESSA, *Manual de direito do consumidor*, 3º edición, Sao Paulo: Editora Revista Dos Tribunais, 2010, 97.

En primer lugar, se encuentra el perjudicado por bienes y servicios defectuosos. La Directiva 85/374/CEE sobre responsabilidad de productos defectuosos es el antecedente de dicha norma, y equipara al consumidor con el perjudicado, conforme el art. 9.b.ii) que requiere respecto a la cosa que: *“el perjudicado la haya utilizado principalmente para su uso o consumo privados”*.

La norma comunitaria fue incorporada al Derecho español, originariamente mediante ley 22/1994 de 6 de julio sobre Protección de Productos Defectuosos, hoy derogada y refundida en el TRLGDCU: Libro III destinado a la: *“Responsabilidad Civil por Bienes o Servicios Defectuosos”*.

Concretamente, el art. 128 del TRLGDCU habilita al perjudicado a reclamar una indemnización por los daños y perjuicios ocasionados por los bienes y servicios defectuosos. Además, el art. 129.1 de dicho cuerpo legal estipula el ámbito de aplicación: *“El régimen de responsabilidad previsto en este libro comprende los daños personales, incluida la muerte, y los daños materiales, siempre que éstos afecten a bienes o servicios objetivamente destinados al uso o consumo privados y en tal concepto hayan sido utilizados principalmente por el perjudicado”*, precepto al que ya nos referimos en el capítulo anterior al analizar la Ley 3/2014 de reforma del TRLGDCU²¹⁸.

De tal modo, en materia de bienes o servicios defectuosos la protección es más amplia que la prevista en el art. 3 del TRLGDCU pues, se protege al perjudicado y requiere que éste haya usado la cosa o producto para

²¹⁸ En dicha oportunidad señalamos que se adhiere a la interpretación amplia de la norma que requiere sólo los presupuestos de esta norma para proteger al sujeto dañado, independientemente que sea o no considerado consumidor en los términos del art. 3 del TRLGDCU.

consumo privado, independientemente que sea o no consumidor contratante o material.

En este sentido, Gómez Pomar señaló que el TRLGDCU amplía la noción habitual de consumidor al admitir la protección: del adquirente de un producto para su consumo, de las personas de su círculo íntimo o familiar o de su entorno (padre, madre, cónyuge, hijos, hermanos, pareja de hecho, convivientes, amigos) y también de quien sin ser usuario del producto ni tener ninguna relación con el adquirente o usuario, salvo la causal de la proximidad, sufre alguno de los daños previstos en el art. 129. Además, justificó esta inclusión de terceros en que el análisis económico del Derecho demostró que el extraño *bystander* merece protección en el ámbito de la responsabilidad por productos porque el bienestar del tercero no afecta a la decisión de compra del adquirente, y obliga a los productores a invertir en medidas de precaución y en la seguridad del producto²¹⁹.

En igual sentido, Parra Lucán²²⁰, Ramos González²²¹ y Bercovitz²²² argumentaron que el perjudicado es cualquier persona que sufra los daños previstos en la norma, cualquier ciudadano sea el adquirente, el que utilice

²¹⁹ Fernando, GÓMEZ POMAR, *Ámbito de protección de la responsabilidad civil del fabricante*, en: *Tratado de responsabilidad del fabricante*, Pablo S. CODERCH y Fernando GÓMEZ POMAR (Editores), Civitas: Tomson Reuters, 2008, p. 670-672.

²²⁰ María Ángeles PARRA LUCÁN, *La protección del consumidor frente a los daños, Responsabilidad civil del fabricante y del prestador de servicios*, Colección Derecho del Consumo, Madrid: Reus, 2011, 42; y en *Comentario al artículo 129 del TSLGDCU*, en: *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes Complementarias*, 2ª Edición, Pamplona: Thomson Reuters Aranzadi, 2015, 1885.

²²¹ Sonia RAMOS GONZÁLEZ, *Accidente de trabajo causado por tráctel defectuoso*, Working Paper nº: 175 Barcelona, octubre de 2003, disponible en: http://www.indret.com/pdf/175_es.pdf, consultada el 31/8/2019.

²²² Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ- CANO, *Comentario al artículo 2 del TSLGDCU*, en: *Comentario del Texto Refundido...*, 2015, 69.

o disfrute de la cosa o quien no la adquirió ni disfrutó tal el “*bystander*”, como refirió el último de los autores citados. De tal modo, pareciera que se estaría aplicando la noción general o abstracta²²³ de consumidor analizada en el capítulo anterior, y que excede la estricta que prevé el derecho del consumidor.

Al respecto, se resolvió que: “*se protege tanto al adquirente o consumidor en sentido estricto como a cualquiera que utilice el producto defectuoso o usuario e incluso al que sufre un daño por hallarse próximo a la cosa defectuosa o "bystander"*”²²⁴.

En relación a este tipo de responsabilidad, el TS aseveró que: “*Se trata de una responsabilidad objetiva exigible al margen de cualquier relación contractual y basada en el carácter defectuoso del producto*” y aclaró que: “*Según el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, la seguridad que legítimamente cabe esperar ha de apreciarse atendiendo a las expectativas legítimas del gran público (arg. considerando sexto de la Directiva) y a su vez tales expectativas deben apreciarse atendiendo al destino, características y propiedades objetivas del producto así como de las características del grupo de usuarios de que se trate (sentencia de 5 de marzo 6 JURISPRUDENCIA de 2015, Boston Scientific Medizintechnik, C-503/13 y C-504/13 , apartado 37, seguida por la sentencia de 21 de junio de 2017, Sanofi Pasteur MSD SNC, C-621/15 , apartado 23)*”²²⁵ (el destacado me pertenece).

²²³ En dicha oportunidad se señaló que se trata del consumidor en cuanto persona, como ciudadano, e incluye a todos, y que se trata de una visión que aspira a garantizar el derecho al acceso al consumo y a una adecuada calidad de vida de toda la población, protegiéndola por ejemplo de los productos o servicios riesgosos.

²²⁴ SAP IB 2316/2006, ECLI: ES:APIB:2006:2316, segundo fundamento de derecho.

²²⁵ STS 3145/2018 - ECLI:ES:TS:2018:3145, cuarto fundamento de derecho.

De igual modo, se puede considerar que admite al consumidor expuesto la *Ley 34/1988*, 11 de noviembre, General de Publicidad, pues protege a los “*destinatarios*” de la publicidad quienes conforme el art. 2 son: “*Las personas a las que se dirige el mensaje publicitario o a las que éste alcance*”.

También la *Ley 3/1991*, de 10 de enero, de Competencia Desleal, ampara tanto a los consumidores, a los usuarios y a los “*perjudicados*” o “*afectados*”, tal como se sigue de tu texto literal: art. 31.1: “*Cualquier persona física o jurídica que participe en el mercado, cuyos intereses económicos resulten directamente perjudicados o amenazados por la conducta desleal*” y art. 33 que aún más amplio refiere a “*cualquier persona física o jurídica que resulte afectada y, en general, quienes tengan un derecho subjetivo o un interés legítimo*”, legitimándolos a iniciar acciones fundadas en la ley.

En definitiva, si bien la noción de consumidor expuesto o bystander no está expresamente prevista en el derecho español del consumidor, existen supuestos en los que sí se consagra la protección de este sujeto.

- El consumidor expuesto o bystander en el derecho del consumidor argentino

Actualmente, la doctrina nacional especializada en el tema²²⁶ brinda una noción de sujeto expuesto en referencia a quien sin haber adquirido o utilizado directamente un bien o servicio introducido en el mercado por los proveedores, sufre o está en peligro de sufrir un daño o lesión en sus derechos, como consecuencia de una acción u omisión originada en una actividad encaminada a satisfacer la demanda de bienes o servicios para

²²⁶ BAROCELLI, S., ob. cit., pág. 49; HERÁNDEZ, C., ob. cit., pág. 422.

destino final de los consumidores o usuarios, comprendiendo tanto a potenciales consumidores frente a prácticas de mercado, como también a víctimas no contratantes de daños por defectos de productos o incumplimiento del deber de seguridad.

Lo cierto es que el concepto del consumidor expuesto en Argentina fue construido a partir del caso Mosca²²⁷, resuelto por la CSJN en 2007, referido a la obligación de seguridad en el que se responsabilizó a los organizadores de un partido de fútbol (Club Atlético Lanús y Asociación del Fútbol Argentino) por los daños sufridos por un sujeto expuesto a la relación entre el asistente al partido y el organizador (conductor de taxi que trasladó a periodistas al estadio el día del evento deportivo).

Al año siguiente, la subcategoría del consumidor expuesto fue expresamente incorporada en el art. 1 de la LDC, mediante la reforma introducida por la ley 26.361 (del 3 de abril de 2008) que amplió la noción al agregar dentro del equiparado, en la parte final de la norma: “y a quien de cualquier manera está expuesto a una relación de consumo” otorgándole idénticos derechos al consumidor en sentido jurídico y generando un gran debate por su amplitud.

En los fundamentos de la ley 26.361 se argumentó que: “*Hay numerosas situaciones en que la tutela legal se proyecta –y debe proyectarse– a la etapa precontractual; más aún, la normativa establece obligaciones puntuales a los proveedores en dicha etapa. Por citar algunas de las más destacadas, podemos aludir al deber de información del artículo 4°; al vínculo obligacional que crea la oferta para quien la emite, en el artículo 8°; la necesaria confección y entrega de presupuesto de ciertos servicios contemplada en el artículo 21; la prohibición del artículo 35 de formular*

²²⁷ CSJN, "Mosca, Hugo Arnaldo c/ Buenos Aires, Provincia de (Policía Bonaerense) y otros s/ daños y perjuicios", 5/4/2007.

*cargos por productos o servicios no solicitados. Empero, no siempre legítima de manera expresa al potencial consumidor para reclamar por su interés particular vulnerado. Por ello, se propone equiparar en el carácter de consumidores a quienes, sin estar involucrados en una relación de consumo propiamente dicha, estén expuestos a ella*²²⁸.

Luego la jurisprudencia aplicó la noción en diversos supuestos como por ejemplo: individuos que concurren a centros de compras²²⁹, locales de baile o discotecas²³⁰, espectáculos deportivos, los meros asistentes o

²²⁸ Texto disponible en: <https://es.scribd.com/doc/15830574/Ley-26-361-Antecedentes-Parlamentarios-Argentina>.

²²⁹ En argentina, un *leading case* en la materia lo constituye el fallo de la SCJ de Mendoza, con voto de Kemelmajer de Carlucci, en la causa: “Bloise de Tucci, Cristina en J° 140.351 Bloise de Tucci c. Supermercados Makro S.A. p/d. y ps s”, de fecha 26/6/2002, en el que aplicó el derecho del consumidor (en especial los deberes de información y seguridad de los proveedores) e hizo responsable al centro de compras por los daños sufridos por la actora al ingresar erróneamente por una puerta automática abierta que era la de egreso, que se cerró atrapándola y ocasionándole graves daños, Si bien no se alude a la categoría de consumidor de la actora, lo cierto es que aun no había adquirido ningún bien o servicio. También pueden citarse: CNCiv., Sala C, “F., H. S. c/ Carrefour s.a. y otro s/ daños y perjuicios”, 25/08/2010; CCC 8° de Córdoba, “Hernández Andrés Roberto c/ Hipermercados Libertad S.A., 28/5/2009; CNCiv. Sala C, “Pasarelli, Marisa Paula c. Disco S.A.”, 24/2/2011, AR/JUR/5190/2011, en la que se resolvió que: *“la relación entre el supermercado y quien transita dentro del lugar es un usuario involucrado en una típica relación de consumo: el propio art. 42 de la Constitución Nacional adopta esta expresión de “relación de consumo” para evitar circunscribirse a lo contractual y referirse con una visión más amplia a todas las circunstancias que rodean o se refieren o constituyen un antecedente o son una consecuencia de la actividad encaminada a satisfacer la demanda de bienes y servicios para destino final de consumidores y usuarios. Ahora bien, el que transita dentro de un supermercado es, en definitiva, un usuario que se ajusta a lo determinado por los arts. 1 y 2 de la ley 24.240...La sociedad explotadora de un supermercado es responsable en los términos de la ley 24.240, por los daños sufridos por una clienta que sufrió una caída como consecuencia de la defectuosa colocación y estado de los cerámicos en el piso del local, en tanto dicha norma pone en cabeza del proveedor una obligación de seguridad de resultado...”*.

²³⁰ CCC 6° de Córdoba, “Llufriu, Cesar Osvaldo c/ Ibáñez, Edvino Arcángel - ordinario - daños y perj. - accidentes de tránsito - recurso de apelación”, 10/2/2010; CNCiv. Sala D, “Pin, Silvana Carina c. Ferrant S.R.L”, 11/12/2008, en donde se resolvió que: *“el propietario de un local bailable debe responder por los daños padecidos por un cliente que fue agredido físicamente por otro dentro*

acompañantes²³¹, y que aun sin haber adquirido ningún bien ni servicio sufrieron algún tipo de daño como caída en escalera²³², resbalón en el piso, o robo como puede ser incluso de su automotor²³³; también se consideró como consumidores expuestos a quienes sin haber solicitado servicios bancarios se vieron perjudicados por un fraude a su persona²³⁴.

de su comercio, pues, dicha agresión por parte de un tercero no puede ser alegada como caso fortuito y con aptitud para exonerar de responsabilidad al titular de la discoteca por el incumplimiento de su obligación de seguridad dado que no es un tercero extraño, exterior o que quede fuera de la actividad o marco de control del empresario”.

²³¹ CNCiv., SALA L, “M., J. J. c/ Catedral Alta Patagonia S.A s/ daños y perjuicios”, 20/04/2010, oportunidad en la que la Cámara resolvió: “*la obligación de seguridad tiene como acreedor no sólo a quien participa de un entretenimiento o juego (en locales o patios de juego de un centro comercial) sino también a cualquier persona meramente asistente o acompañante (“Osorio c. Alto Palermo”, elDial - AA3E87, RCyS. 2007-1015. De allí que cualquiera que ingrese al ámbito territorial de la concesión está amparado por las normas a que se está haciendo referencia, como lo está quien pasea por un centro comercial, a pesar de que no compre o consuma cosas o servicios*”; CNCiv. de la Capital Federal, Sala H, “Sánchez, Jesús Abel c/ Los Constituyentes S.A. de Transportes y otros s/ daños y perjuicios”, 30/11/2011, en donde también se reconoció de manera expresa la figura del consumidor expuesto o “bystander”.

²³² En este sentido se resolvió que: “*...independientemente de que la responsabilidad sea contractual o extracontractual, de lo que no cabe duda es de que la relación entre el supermercado y quien transita dentro del lugar es un usuario involucrado en una típica relación de consumo. El propio art. 42 C.N. adopta esta expresión de "relación de consumo" para evitar circunscribirse a lo contractual y referirse con una visión más amplia a todas las circunstancias que rodean o se refieren o constituyen un antecedente o son una consecuencia de la actividad encaminada a satisfacer la demanda de bienes y servicios para destino final de consumidores y usuarios. El particular que transita dentro de un supermercado y utiliza la escalera rodante para trasladarse de un piso a otro, es en definitiva un usuario que se ajusta a lo determinado por los arts. 1 y 2 de la ley 24.240; y la empresa es un típico proveedor de servicios*”, CNCIV - SALA F “Torres, Erica Fabiana c/ COTO C.I.C.S.A. y otro s/daños y perjuicios – sumario”, 17/09/2003.

²³³ CCC de San Martín, Sala I, “Samojluk, Alejandro Miguel c. COTO CICSA s/ daños y perjuicios”, 16/07/2015, La Ley Online, AR/JUR/30087/2015.

²³⁴ CFed. de Apelaciones de Córdoba, sala A, “Aguirre, Daniela del Valle c. Banco Cetelem Argentina S.A.” s/ Ley de defensa del Consumidor, 23/06/2015, La Ley Online, AR/JUR/24353/2015. El Tribunal consideró que una persona que fue tenida como deudora de una entidad financiera, y como tal incluida en los registros de morosos del Banco Central de la República Argentina, tenía derecho

Todos estos ejemplos, según las circunstancias de tiempo, modo y lugar, permiten predicar la existencia de una persona expuesta a una relación de consumo que justifica su especial protección equiparable a la del consumidor jurídico.

Posteriormente, en el año 2015, la sanción del CCCN modificó el art. 1 de la LDC y estipuló la noción de consumidor en el art. 1092, eliminado la última parte del art. 1 de la LDC: “...y a quien de cualquier manera está expuesto a una relación de consumo”.

En relación a la figura del bystander, en los Fundamentos del Anteproyecto de CCCN la Comisión Redactora aclaró que: *“Estas definiciones receptan las existentes en la legislación especial, depurando su redacción y terminología conforme a observaciones efectuadas por la doctrina. En especial cabe mencionar la figura del “consumidor expuesto”, incluido en la ley especial dentro de la definición general de consumidor. Ello ha sido una traslación inadecuada del Código de Defensa del Consumidor de Brasil (artículo 29), que contempla esta noción en relación a las prácticas comerciales, pero no como noción general. Como se advierte, la fuente si bien amplía la noción de consumidor, la limita a quien se halla expuesto a prácticas abusivas lo que aparece como absolutamente razonable. En cambio, la redacción de la ley 26.361, carece de restricciones por lo que, su texto, interpretado literalmente, ha logrado una protección carente de sustancialidad y de límites por su amplitud. Un ejemplo de lo expuesto lo constituye el hecho que alguna opinión y algún fallo que lo recepta, con base en a la frase*

a reclamar el daño ocasionado, a pesar de no tener relación contractual con el banco, al ser un consumidor *bystander*, e incluso además del daño moral condenó al banco a pagar una sanción en concepto de daño punitivo (previsto para graves inconductas de los proveedores en el art. 52 bis de la LDC). Este sería un típico caso de consumidor expuesto a prácticas abusivas que aun con la actual redacción tendría legitimación activa para reclamar con fundamento en el derecho del consumidor.

“expuestas a una relación de consumo”, han considerado consumidor al peatón víctima de un accidente de tránsito, con relación al contrato de seguro celebrado entre el responsable civil y su asegurador. La definición que surge del texto, constituye una propuesta de modificación de la ley especial. De todos modos, y tomando como fuente el artículo 29 del Código de Defensa del Consumidor de Brasil, la hemos reproducido al regular las “Prácticas abusivas” ya que, en ese caso, su inclusión aparece como razonable”.

Esta argumentación generó diversas opiniones en torno a la supuesta eliminación o reubicación del “expuesto”, tal como se reseñará.

Lo cierto es que el consumidor expuesto o bystander quedó incluido en el art. 1096 del CCC, que regula el ámbito de aplicación de las prácticas abusivas e incluyendo las normas relativas al deber de información, al señalar que: *“las normas de esta sección son aplicables a todas las “personas expuestas” a las prácticas comerciales, determinables o no, sean consumidores o sujetos equiparados conforme a lo dispuesto en el art. 1092”.*

De tal modo, a pesar de la exclusión expresa del bystander de la noción de consumidor en los arts. 1 de la LDC y 1092 del CCC, aquél se encuentra tutelado por en el art. 1096 del CCCN.

Hernández²³⁵ consideró que, aunque la solución resulte opinable y por lo tanto sujeta a los márgenes de una razonable política legislativa, la finalidad del proyecto fue evitar interpretaciones muy amplias, y en especial, para combatir las prácticas comerciales abusivas. También reconoció que un debate complementario lo constituye la determinación

²³⁵ Carlos HERNÁNDEZ, *Relación de consumo*, en: *Tratado de derecho del consumidor*, Gabriel STIGLITZ, Carlos HERNÁNDEZ (Directores), Tomo I, Buenos Aires: La Ley, 2015, 424- 425.

del eventual funcionamiento de la figura en casos donde está comprometido la seguridad de los productos y servicios incorporados al mercado por el proveedor, o de las cosas a través de las cuales la relación de consumo se establece, con especial cita del caso “Mosca” de la CSJN, a lo que el autor afirmó que la respuesta parece evidente, máxime cuando el sistema del Código reconoce importantes instrumentos preventivos en la Teoría General de la Responsabilidad civil, dirigidos a evitar el daño.

Por su parte, Barocelli²³⁶ aseveró que el consumidor “expuesto” no ha sido “eliminado” sino “reubicado” en el art. 1096 del CCC, todo lo cual exige profundizar en el concepto de prácticas comerciales abusivas. De tal modo, opinó que la noción de expuesto continúa comprendiendo tanto a los consumidores potenciales, como a las víctimas de daños que no tienen un vínculo contractual con el proveedor, sea el daño originario por el incumplimiento del deber de seguridad o por un defecto del producto o servicio, especialmente fundamentado en la falta de información sobre riesgos y daños; por todo lo expuesto concluyó (aspecto que comparto) que la noción no ha sufrido morigeración alguna, sino que han sido pulidas ciertas indefiniciones.

A su vez, Sozzo²³⁷ señaló que el fundamento fue corregir el uso indeterminado que los operadores del campo legal estaban ensayando de esa figura, y evitar con ello que el principio tutelar pierda precisión.

Por nuestra parte, opinamos que la noción de práctica abusiva prevista en el art. 1096 del CCCN es amplia y comprensiva de supuestos de violación

²³⁶ Sergio S. BAROCELLI, *Ámbito de aplicación del derecho del consumidor*, en: *Derecho del Consumidor*, Buenos Aires: El Derecho, 2016, 51.

²³⁷ Gonzalo SOZZO, *La nueva delimitación del ámbito de funcionamiento en la protección del consumidor*, en: *Personas Humanas*, Revista de Derecho Privado y Comunitario, 2015-3, Santa Fe: Rubinzal Culzoni, 478-484.

a la información, seguridad, la oferta, la publicidad, el trato digno y equitativo, el derecho a la información y a la salud del consumidor, etc.²³⁸.

Por otro lado, cabe destacar un caso resuelto por la CSJN de daños ocasionados a una persona en un espectáculo público: festival organizado por la Comunidad Homosexual Argentina (CHA), en el cual se apartó del criterio sentado en el famoso caso “Mosca” al resolver que la plataforma fáctica variaba pues en este caso: *“Los hechos que dan lugar al reclamo de la actora en el presente, en cambio, no sucedieron en el marco de un espectáculo deportivo 'sino en un recital gratuito celebrado en un espacio abierto y público, con autorización del gobierno local y cuyo objeto era difundir una determinada consigna vinculada con la prevención del VIH-SIDA”*.

El Vocal Lorenzetti en su voto en disidencia esgrimió: *“no se trata de una relación de consumo porque el sujeto organizador no es un "proveedor, conforme lo definiera esta Corte. Tampoco se inserta en la categoría del art. 2 de la ley de defensa del consumidor y del actual art. 1092 del Código Civil y Comercial de la Nación...”*; además, consideró que: *“Si se confirmara la sentencia del a qua, se reducirían los incentivos para la organización de eventos públicos y en espacios abiertos por parte de entidades sin fines de lucro, lo que también podría predicarse respecto del Estado”*²³⁹.

De tal modo, la CSJN consideró que no regía la obligación objetiva de seguridad porque el organizador no era proveedor, lo que imposibilitaba aplicar la ley 24.240, e indirectamente descartó la posibilidad que el

²³⁸ Francisco, JUNYENT BAS, M. Constanza GARZINO, Santiago RODRÍGUEZ JUNYENT, *Cuestiones claves de derecho del consumidor. A la luz del Código Civil y Comercial*, Córdoba: Advocatus, 2016, 46-7.

²³⁹ CSJN, “Arregui, Diego Maximiliano c/ Estado Nacional - PFA - y otros s/ - daños y perjuicios. Recurso de hecho”, 16/12/2017.

dañado fuera un bystander en el sentido que lo había considera a “Mosca” en el anterior precedente, lo que fue criticado por la doctrina nacional especializada en daños que lo consideró un “criterio regresivo”²⁴⁰.

En definitiva, la figura del consumidor expuesto o bystander tiene expresa previsión en el derecho del consumidor argentino desde el año 2007 y sus límites fueron definiéndose por la ley, la jurisprudencia y la doctrina con el paso del tiempo, sin que hasta la fecha se pueda afirmar que se encuentren definitivamente fijados.

3.4 El criterio subjetivo: el consumidor medio y el especialmente vulnerable o hipervulnerable

a) Consumidor medio

La referencia al consumidor medio, típico o regular importa un estereotipo o estándar de la figura del consumidor, que presentaría las características generales y esperables del promedio de estos sujetos. Se asimila a las nociones del “buen padre de familia”, el “buen hombre de negocios” o el “estándar de profesional médico”²⁴¹ como criterios abstractos, objetivos y

²⁴⁰ Ramón C., PIZARRO, *El fallo “Arregui”. Un retroceso en materia de responsabilidad civil*, Revista Jurídica La Ley, Año LXXXII N° 43, Lunes 5 de marzo de 2018, 7. El autor explicó que la el caso debió resolverse en función de la ley vigente al momento del hecho: 2005, y que la noción de consumidor varió desde allí en adelante, en consecuencia, la decisión arribada podría resultar diferente en la actualidad, máxime con la sanción del CCCN que expresamente consagra la responsabilidad por actividades riesgosas o peligrosas.

²⁴¹ Se recurre a esta figura a fin de analizar si el médico cumplió con sus deberes conforme a las reglas del arte de curar, incluidos el deber de información y el consentimiento informado, en juicios de mala praxis. Sobre el tema ver: Carlos A. CALVO COSTA, *La culpabilidad en la actual responsabilidad civil médica. Apreciación y prueba*, en La Ley Online: AR/DOC/3463/2016, consultado 18/9/2019.

dinámicos a fin de evaluar o comparar la conducta de un sujeto en particular.

La referencia al consumidor medio tuvo origen en las resoluciones del TJUE pues, originariamente ninguna norma legal preveía tal subcategoría. Hualde Manso afirmó que: *“el pronunciamiento que puede ser considerado como el que condensa quizá con mayor precisión la jurisprudencia anterior y acuña con precisión el concepto del average consumer”*²⁴² es *“Gut Springenheide”*²⁴³ en 1998, aun cuando con anterioridad ya se comenzó a delinear un prototipo de consumidor capaz de comprender la información que se le brindaba.

En dicha oportunidad, a fin de analizar si la publicidad de los huevos de gallina de una empresa puede considerarse engañosa y violatoria de la normativa que regula este tipo de publicidad, se concluyó que la cuestión debía valorarse conforme el entendimiento de un “consumidor medio”. El TJUE declaró que: *“el Juez nacional debe tomar como referencia la expectativa que con respecto a dicha mención se presuma en un consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz. Sin embargo, el Derecho comunitario no se opone a que, si el Juez nacional tropieza con dificultades especiales para evaluar el carácter engañoso de la mención de que se trate, pueda ordenar, en las*

²⁴² Teresa HUALDE MANSO, *Del consumidor informado al consumidor real. El futuro del derecho de consumo europeo*, 2016, disponible en: <https://2019.vlex.com/#search/jurisdiction:ES,EU/concepto+de+consumidor/p5/WW/vid/657819121>, consultado el 12/12/2018.

La autora cita como antecedentes a dicho fallo, entre otras las siguientes: sentencias 9 de diciembre de 1981, (asunto 193/80), Commission/ Italie; 27 de febrero de 1980 (asunto 170/8), Commission/Royaume Uni; 15 de marzo de 1983 (asunto 319/81), Commission/Italie; 12 de marzo de 1987 (asunto 178/84) Commission/Allemagne (ver nota 3 de su trabajo).

²⁴³ TJUE, Sala Quinta, “Gut Springenheide y Tusky”, Asunto C-210/96, Sentencia de 16 de julio de 1998.

condiciones previstas por su Derecho nacional, un sondeo de opinión o un dictamen pericial para instruir su decisión”.

Luego el TJUE reiteró de modo casi literal la noción brindada en diversos pronunciamientos²⁴⁴.

En relación a los conocimientos del consumidor, González Vaqué explicó que: *“A la idea de consumidor medio se asocia la normalidad del nivel de información (de conocimientos). Por supuesto, no se trata de que el consumidor posea un determinado nivel académico o cultural, sino de que cuente con cierta experiencia y aptitud para interpretar la información que se le facilita sobre los productos y las condiciones en las que éstos se comercializan”*²⁴⁵.

En definitiva, la noción de consumidor medio delineada por el TJUE alude al que está normalmente informado y es razonablemente atento y perspicaz, teniendo en cuenta los factores sociales, culturales y

²⁴⁴ TJCE 4 abril 2000, asunto C-465/98, caso Verein gegen Unwesen in Handel und Gewerbe Köln eV c. Adolf Darbo; STJCE (Sala 5ª) 13 enero 2000, asunto C-220/98, caso Estée Lauder c. Lancaster; STJCE (Pleno) 8 abril 2003, asunto C-44/01, caso Pippig Augenoptik GmbH & Co. KG c. Hartlauer Handelsgesellschaft mbH y Verlassenschaft nach dem verstorbenen Franz Josef Hartlauer; STJCE (Sala 4ª) 7 julio 2005, asunto T-385/03, caso Miles Handelsgesellschaft International mbH c. OAMI y Biker Miles Motorrad Handels- und Vertriebsgesellschaft mbH, citados por Sergio CÁMARA LAPUENTE, *El concepto legal de «consumidor» en el derecho privado europeo y en el derecho español: aspectos controvertidos o no resueltos*, Cuadernos de Derecho Transnacional, Marzo 2011, Vol. 3, Nº 1, 108-109. También se extrapola la noción en materia de medicamentos y su publicidad, a fin de determinar si se había cumplido con el deber de información en el: Asunto C-316/09, MSD Sharp & Dohme GmbH contra Merckle GmbH, ECLI:EU:C:2010:712, del 24/11/2010.

²⁴⁵ Luis GONZÁLEZ VAQUÉ, *La noción de consumidor medio según la jurisprudencia del tribunal de justicia de las comunidades europeas*, Revista de Derecho Comunitario Europeo Aflo 8., Núm. 17, Enero-Abril 2004, 67. Consultar para un análisis profundo de la jurisprudencia del TJUE en la materia.

lingüísticos del sujeto²⁴⁶, pudiendo el juez a fin acudir a sondeos, estadísticas, etc.

En función de los lineamientos brindados por el TJUE se puede concluir que las características del consumidor medio son:

- (1) tiene una actitud razonablemente activa: es perspicaz, presta atención y se interesa por la información que le brindan sobre las características del bien o servicio en cuestión, sus condiciones de comercialización, etc.;
- (2) se conforma en función del nivel promedio de conocimiento esperable de los consumidores en un determinado lugar y tiempo, pues estas variables influyen en su noción;
- (3) puede existir más de un consumidor medio en la misma sociedad, conforme los diversos bienes o servicios que se comercialicen²⁴⁷.

En el derecho europeo, la noción de consumidor medio surgió en el ámbito de la publicidad engañosa y las prácticas abusivas, lo que motivó

²⁴⁶ El TJUE refirió a los factores sociales, culturales y lingüísticos de los consumidores de un estado en el año 2000, en el Asunto “Estée Laudervs Lancaster”, 13 de enero de 2000, C-222/98, en el considerando 29: “*Para aplicar este criterio al caso de autos, hay que tomar en consideración varios elementos. En particular, hay que verificar si los factores sociales, culturales o lingüísticos pueden justificar que los consumidores alemanes entiendan el término «lifting», empleado en relación con una crema antiarrugas de manera diferente que los consumidores de los demás Estados miembros o si las propias condiciones de utilización del producto bastan para destacar el carácter transitorio de sus efectos, neutralizando cualquier conclusión contraria que pueda deducirse del término «lifting»*”.

²⁴⁷ En este sentido, se señaló que: “...courts will assume that the attention the average consumer will pay to the mark at issue will vary according to the nature of the goods or services; whether, for instance, they are ‘everyday’ goods or luxury items. Furthermore, there can be more than one group of average consumers...”: Ramón SALIHU, *The characteristics of the Average Consumer in Trade Mark Law*, disponible en: https://www.academia.edu/32796171/The_Characteristics_of_the_Average_Consumer_in_Trade_Mark_Law, consultado el 20/9/2019.

su posterior inclusión en la legislación especial: Directiva 2005/29/CE, de 11 de mayo de 2005²⁴⁸, en los considerandos 18 y 19²⁴⁹, así como en los

²⁴⁸ Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior, que modifica la Directiva 84/450/CEE del Consejo, las Directivas 97/7/CE, 98/27/CE y 2002/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y el Reglamento (CE) n° 2006/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo (Directiva sobre las prácticas comerciales desleales).

²⁴⁹ Considerando 18: *“Es importante que todos los consumidores estén protegidos de las prácticas comerciales desleales; sin embargo, el Tribunal de Justicia ha considerado necesario, al fallar sobre casos relacionados con la publicidad desde la entrada en vigor de la Directiva 84/450/CEE, estudiar los efectos de dichas prácticas en la figura teórica del consumidor típico. Atendiendo al principio de proporcionalidad, la presente Directiva, con objeto de permitir la aplicación efectiva de las disposiciones de protección que contiene, toma como referencia al consumidor medio, que, según la interpretación que ha hecho de este concepto el Tribunal de Justicia, está normalmente informado y es razonablemente atento y perspicaz, teniendo en cuenta los factores sociales, culturales y lingüísticos, pero incluye además disposiciones encaminadas a impedir la explotación de consumidores cuyas características los hacen especialmente vulnerables a las prácticas comerciales desleales. Cuando una práctica comercial se dirija específicamente a un grupo concreto de consumidores, como los niños, es conveniente que el efecto de la práctica comercial se evalúe desde la perspectiva del miembro medio de ese grupo. Por consiguiente, es adecuado incluir en la lista de prácticas que se consideran desleales en cualquier circunstancia una disposición por la cual, sin prohibir totalmente la publicidad dirigida a los niños, los proteja frente a exhortaciones directas a comprar. La referencia del consumidor medio no es una referencia estadística. Los tribunales y autoridades nacionales deben aplicar su propio criterio, teniendo en cuenta la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, para determinar la reacción típica del consumidor medio en un caso concreto.*

Considerando 19: *“Cuando determinadas características como la edad, una dolencia física o un trastorno mental o la credulidad hagan que los consumidores sean especialmente sensibles a una práctica comercial o al producto correspondiente y, con toda probabilidad, únicamente el comportamiento económico de tales consumidores sea susceptible de distorsión merced a la práctica en cuestión en un sentido que el comerciante pueda prever razonablemente, debe garantizarse que estén adecuadamente protegidos, para lo cual es necesario que la práctica se evalúe desde la perspectiva de un miembro medio de ese grupo...”* En este punto se advierte la vinculación especial entre las nociones de consumidor medio y consumidor especialmente vulnerable.

arts. 5 y 6 al definir las prácticas comerciales desleales y las engañosas que refieren al consumidor medio²⁵⁰.

Luego, también prevén una referencia al consumidor medio, entre otros, el Reglamento CE 1924/2006, del Parlamento y del Consejo, de 20 de diciembre de 2006, relativo a las declaraciones nutricionales y de propiedades saludables en los alimentos, en los arts. 5, 13 y 16 a fin de brindar un parámetro para la comprensión de dichas declaraciones; y el Reglamento 1169/2011, de idénticos órganos, de 25 de octubre de 2011, sobre información alimentaria facilitada al consumidor.

Desde otra perspectiva, en el derecho español, el TRLGDCU no incluye la previsión del consumidor medio, aunque sí refieren a él otras normas.

²⁵⁰ Artículo 5: Prohibición de las prácticas comerciales desleales: “1. Se prohibirán las prácticas comerciales desleales.

2. Una práctica comercial será desleal si:

...b) *distorsiona o puede distorsionar de manera sustancial, con respecto al producto de que se trate, el comportamiento económico del consumidor medio al que afecta o al que se dirige la práctica, o del miembro medio del grupo, si se trata de una práctica comercial dirigida a un grupo concreto de consumidores...*”.

Artículo 6: Prácticas comerciales engañosas: “*Acciones engañosas: 1. Se considerará engañosa toda práctica comercial que contenga información falsa y por tal motivo carezca de veracidad o información que, en la forma que sea, incluida su presentación general, induzca o pueda inducir a error al consumidor medio, ... y que... le haga o pueda hacerle tomar una decisión sobre una transacción que de otro modo no hubiera tomado...*

2. *También se considerará engañosa toda práctica comercial que, en su contexto fáctico, y teniendo en cuenta todas sus características y circunstancias, haga o pueda hacer que el consumidor medio tome una decisión sobre una transacción que de otro modo no hubiera tomado, y que suponga...*

Omisiones engañosas

1. *Se considerará engañosa toda práctica comercial que... omita información sustancial que necesite el consumidor medio, según el contexto, para tomar una decisión sobre una transacción con el debido conocimiento de causa y que, en consecuencia, haga o pueda hacer que el consumidor medio tome una decisión sobre una transacción que de otro modo no hubiera tomado...*”.

Por ejemplo, el Decreto 2484/1967, de 21 de septiembre, por el que se aprueba el texto del Código Alimentario Español incorpora la noción en el punto 1.02.12 al regular el alimento nocivo.

También la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal (conforme texto modificado en 2009), en el art. 4, refiere al “*comportamiento económico del consumidor medio*” y al “*miembro medio del grupo destinatario de la práctica*”, como parámetro para valorar la conducta del empresario para su eventual calificación como desleal.

Asimismo, la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista (conforme modificación de 2018), en el art. 14 incorpora al consumidor medio a fin de determinar si existe práctica desleal del empresario en la venta a pérdida cuando la información que brinda induzca al error o pueda hacerlo.

Por su parte, las resoluciones de algunas comunidades autónomas aluden al consumidor medio como: la Ley 3/2011, de 23 de marzo, de Comercio de la Comunitat de Valencia, en el art. 24, a fin de determinar la información que debe contener las condiciones de la oferta.

En este marco, la Ley 22/2010, de 20 de julio, del Código de Consumo de Cataluña, expresamente define al consumidor medio en estos términos: “*Persona consumidora media: persona consumidora que, de acuerdo con un criterio de diligencia ordinaria, debería estar normalmente informada y ser razonablemente cuidadosa en las relaciones de consumo, en función de los factores sociales, culturales y lingüísticos*”.

En materia judicial, el Tribunal Supremo²⁵¹ utilizó el parámetro del consumidor medio a fin de analizar la suficiencia de la información

²⁵¹ TS España, Sala1, 01/07/2010, Sentencia N° 401/2010 de fecha 1 de julio, publicada en La Ley Online: ES/JUR/8/2010, consultada el 26/9/2019.

brindada por una aseguradora, y expresamente advirtió que: *“una información exhaustiva de complejos cálculos matemáticos, puede incluso dificultar la comprensión de la información adecuada para que el consumidor medio adopte decisiones económicas con conocimiento de causa”*.

Recientemente, el Supremo refirió a su propia doctrina judicial, al analizar un caso de diseño y distinguió entre el usuario informado y el consumidor medio, en los siguientes términos: *“...como afirmamos en la sentencia 343/2014, de 25 de junio , "los "ojos que miran" el producto, a efectos de valorar si el diseño goza de singularidad por producir una impresión general diferente a la del diseño registrado, son los del " usuario informado", que presenta un especial cuidado y observa con mayor atención el producto que incorpora el diseño, y no los del simple consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, que no presta atención a los detalles[...]"*²⁵².

También resulta interesante la resolución del Tribunal Supremo respecto a un caso referido a la Denominación de Origen Protegida (DOP) del "queso manchego"²⁵³. Luego de referir a las reglas sentadas por el TJUE, aclaró que: *“...la Mancha tiene unos símbolos que son fácilmente reconocibles por el consumidor medio como relacionados con dicha región, porque la obra del Quijote y diversos elementos de la misma (personajes, paisajes) son ampliamente conocidos entre el público en general y la relación de esa obra literaria con esa región es evidente, hasta el punto de que don Quijote lleva como parte de su denominación la expresión "de la Mancha”, y finalmente resolvió: “el hecho de que el conocimiento por el consumidor de los signos y símbolos utilizados por los demandados, como relacionados con la Mancha, se haya constatado*

²⁵² ATS 8715/2019 - ECLI: ES:TS:2019:8715A.

²⁵³ STS 2464/2019 - ECLI: ES:TS:2019:2464.

solamente en consumidores radicados en España no impide considerar que se ha producido la evocación prohibida en el art. 13.1.b del Reglamento n.º 510/2006”.

En otro antecedente en el que resolvió respecto al deber de información y la abusividad de cláusulas en contratos de préstamos con garantía de hipoteca el TS aclaró que: *“Un consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, puede conocer que las cuotas de un préstamo denominado en divisa extranjera, pero en el que los pagos efectivos se hacen en euros, pueden variar conforme fluctúe la cotización de la divisa. Pero este consumidor no necesariamente puede conocer, sin la información adecuada, que la variación del importe de las cuotas debida a la fluctuación de la divisa puede ser tan considerable que ponga en riesgo su capacidad de afrontar los pagos. De ahí que las sentencias del TJUE Andriciuc y OTP Bank exijan una información adecuada sobre las consecuencias que puede llegar a tener la materialización de este riesgo, sobre todo en los casos en que el consumidor prestatario no perciba sus ingresos en la divisa”*²⁵⁴.

De la jurisprudencia referenciada con fines ejemplificativos, se advierte de qué manera el TS aplicó la noción del consumidor medio en diversas especialidades del derecho del consumidor, siempre siguiendo los lineamientos del TJUE que cita en todos los casos.

Por su parte, el derecho argentino²⁵⁵ no prevé la noción del consumidor medio, y si bien existen referencias en la doctrina y jurisprudencia, no existe un desarrollo profundo del tema.

²⁵⁴ STS 773/2019 - ECLI: ES:TS:2019:773.

²⁵⁵ Ni la LDC, ni el CCCN ni otras leyes.

La doctrina especializada²⁵⁶ en la materia refiere al consumidor medio describiendo la figura en el derecho europeo, así como también en función de su contraposición a la del consumidor vulnerable o subconsumidor.

El consumidor medio sería aquel a quien se proyecta el “*principio protectorio*” y se aplica todo el ordenamiento tuitivo de defensa del consumidor²⁵⁷.

Barocelli opinó que no adhiere a la caracterización del consumidor vulnerable en oposición al consumidor medio o racional por distintas razones: 1) el concepto de consumidor se construye sobre la base de la vulnerabilidad derivada de la asimetría estructural respecto al proveedor, es decir, que se trata de una vulnerabilidad en abstracto, 2) “*el concepto de consumidor medio parece una versión 2.0 del buen padre de familia, que “desnaturaliza” al concepto de consumidor, requiriéndole la prueba de la vulnerabilidad in concreto*”, 3) “*la presunción homogeneizadora del consumidor medio pretende invisibilizar las diferencias, particularidades y situaciones de muchas personas bajo una idea totalizante, propia del*

²⁵⁶ HERNÁNDEZ, *Relación de consumo*, en: *Tratado de...*, 408-412; Sandra, FRUSTRAGLI, *Subconsumidores o “consumidores especialmente vulnerables”*: *hacia la acentuación del principio protectorio*, en: *Protección jurídica de los subconsumidores. Consumidores especialmente vulnerables*, María P. ARIAS y Liliana A.B URRUTIA (Coordinadoras), Rosario: Juris, 2017, 42-44; Sergio S. BAROCELLI, *Hacia la construcción de la categoría de consumidores hipervulnerables*, en: *Consumidores hipervulnerables*, Sergio S. BAROCELLI (Director), Buenos Aires: El Derecho, 2018, 20-21; José H. SAHIÁN, *Dimensión constitucional de la tutela de los consumidores. Diálogo con los Derechos Humanos*, Buenos Aires: La Ley, 2017, 104-105; Sandra A. FRUSTRAGLI, Carlos A., HERNÁNDEZ, *El concepto de consumidor. Proyecciones actuales en el Derecho argentino*, La Ley Online: 20/09/2011, 1; otros autores mencionan la figura al analizar temas determinados como el deber de información y la publicidad: Demetrio A. CHAMATROPULOS, *Estatuto del Consumidor Comentado*, 2ª Edición, Tomo I, Buenos Aires: La Ley, 2019; o al tema de las prácticas abusivas o desleales: Walter KRIEGER, *La responsabilidad derivada de las prácticas abusivas e ilícitas en el Anteproyecto de Ley de Defensa del Consumidor*, en: *Suplemento Especial Comentarios al Anteproyecto de LDC*, Buenos Aires: La Ley, 27/03/2019, cita online: AR/DOC/617/2019, 327 y ss.

²⁵⁷ FRUSTRAGLI, *Subconsumidores...*, 41.

Derecho Decimonónico, perjudicando especialmente a las más vulnerables...obligándolas a demostrar esa situación en todos los casos y dejar muchas veces en el camino a otros, según el ojo del juzgador”²⁵⁸.

Por su parte, la jurisprudencia refirió aisladamente a la noción de consumidor medio, pero sin desarrollar su contenido, sino más bien aplicándolo directamente, tal como se ejemplificará.

En un antecedente jurisprudencial en el que se analizó el deber de seguridad de un establecimiento de comercial destinado a la diversión de menores, se referenció al consumidor medio en los siguientes términos: *“Cabe preguntarse, sólo a mayor abundamiento, si para el sentido común de un consumidor medio es lo mismo ir a u organizar un evento en un local de Sacoa que da a la calle que ir a Sacoa dentro de un centro comercial como Alto Avellaneda. La respuesta evidentemente es negativa. Y esta negativa se basa, entre otros elementos, en el factor confianza, factor económico trascendente cuando se trata de relaciones de consumo*”²⁵⁹.

Otra referencia se encuentra en el voto en minoría del Dr. Carreras, quien al analizar un conflicto de marca, y su eventual reconocimiento por el público, consideró que: *“...“Rabbit” aparece careciendo de suficiente energía diferenciadora por tratarse de productos de igual naturaleza e incluidos en la misma clase; además de ser una palabra extranjera, cuyo significado no se acreditó, y no es dable que sea conocida por el público consumidor medio, y mucho menos por niños (a quienes está dirigida)*”²⁶⁰.

²⁵⁸ BAROCELLI, *Hacia la construcción de la categoría ...*, 21.

²⁵⁹ CNCiv., Sala L, 13/6/2007, “O. M. B. c/ Alto Palermo S.A. s/ daños y perjuicios”, publicado en Microjuris: MJ-JU-M-12389-AR.

²⁶⁰ CNFedCivyCom., SalaI, 17/08/2000, “Conagra International Inc. c. La Delicia Felipe Fort S.A.”, La Ley Online: AR/JUR/2879/2000.

Por su parte, en relaciona a la percepción de defectos en la reparación de un vehículo se consideró que: “... *las fallas detectadas -que no habrían sido resueltas pese a la intervención del servicio técnico en reiteradas oportunidades- no resultaban manifiestas y/o evidentes y -por tanto- no podían ser divisadas por la reclamante (consumidor medio) al retirar el rodado, sino recién con su uso; exactamente lo que aconteció en el caso, en el que la señora Guida, luego de retirar la unidad del servicio técnico*”²⁶¹.

En otro antecedente, al decidir respecto al eventual cumplimiento del deber de información, se aclaró que: “...*el proveedor concentra frente al consumidor un poder que deriva del conocimiento específico en su área de actividad comercial, considerándose “experto”; a diferencia de su contraparte, novato en la materia, que se informa a través del mercado (se presume el desconocimiento del consumidor medio)*”²⁶².

En definitiva, en el derecho argentino si bien existen referencias a la noción de consumidor medio en casos puntuales, su contenido y características no se encuentra detenidamente estudiado a fin de determinar la conveniencia práctica de una eventual recepción normativa.

b) Consumidor especialmente vulnerable

Esta noción tiene origen en la preocupación por ciertos consumidores, que además de su vulnerabilidad derivada de la asimetría en el mercado frente

²⁶¹ CNFedContenciosoadministrativa, Sala II, 15/12/2016, “Volkswagen Argentina S.A. c. D.N.C.I. s/ recurso directo de organismo externo”, La Ley Online: AR/JUR/97567/2016.

²⁶² CCC de Salta, sala III, 11/04/2019, “Acosta, Martín Enrique c. Horacio Pussetto SA; Volkswagen SA de ahorro para fines determinados s/ acciones Ley de Defensa del Consumidor”, Diario jurídico LA LEY, 02/09/2019, cita online: AR/JUR/8778/2019.

al empresario o proveedor, presentan alguna otra circunstancia o característica que agrava su situación en la relación de consumo, a fin de resguardar íntegramente sus derechos.

La noción se fundamenta en los derechos humanos, y en especial, con la protección de la dignidad de la persona. En este contexto, se advirtió que el concepto vulnerable: “...is normally used to refer to particular individuals or groups of individuals. Nevertheless, it must be acknowledged that the notion remains vague and all attempts to define it in precise terms has proved problematic. Despite this definitional difficulty, appeals to vulnerability are in widespread use in ethical, legal and political discourse...In human rights discourse, for instance, the term vulnerability is used to indicate a heightened susceptibility of certain individuals or groups to being harmed or wronged by others or by the state...”²⁶³.

La calificación de un consumidor como “especialmente vulnerable” justifica una protección agravada, a fin de garantizarle el ejercicio de los mismos derechos que tiene y ejerce quien no lo es: “Vulnerable people deserve different treatment than people not belonging to any vulnerable group in order to enjoy the same rights”²⁶⁴.

Por ello, se otorgan beneficios a ciertos grupos o personas a fin de restablecer la igualdad de oportunidades por cuestiones de raza, sexo, religión, edad, discapacidad, sociales, entre otras, y por ello, el derecho a

²⁶³ Roberto A. ANDORNO, *Is vulnerability the foundation of human rights?*, Masferrer and E. García Sánchez (eds.), *Human Dignity of the Vulnerable in the Age of Rights*, Ius Gentium Series, Vol. 55, Dordrecht: Springer, 2016, 257-8.

²⁶⁴ ANDORNO, *Is vulnerability...*, 2.

un trato equitativo comprende, entonces, la prohibición de discriminación negativa y la promoción de discriminación positiva²⁶⁵.

La protección del consumidor especialmente vulnerable tiene expresa consideración en las *Directrices para la Protección del Consumidor* (Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo 2016) que impone la especial protección de los “*consumidores en situación vulnerable y de desventaja*” al regular: los principios generales (5.b), el trato digno y equitativo (11.a), los procedimientos de solución de controversias y compensaciones (37), los programas de educación e información (42) y los servicios públicos (77).

Por otro lado, si bien no en relación directa con el consumidor vulnerable, pero absolutamente aplicables a éste, resultan ilustrativas las afirmaciones vertidas en las *Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las personas en condición de vulnerabilidad*²⁶⁶ en relación a que: “*Poca utilidad tiene que el Estado reconozca formalmente un derecho si su titular no puede acceder de forma efectiva al sistema de justicia para*

²⁶⁵ José H. SAHÍÁN, *El principio antidiscriminatorio en la relación de consumo*, La Ley Online: AR/DOC/2635/2019.

²⁶⁶ “*Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las personas en condición de vulnerabilidad*”, dictadas en la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana Brasilia, 4 a 6 de marzo de 2008. En la “Sección 2ª.- Beneficiarios de las Reglas” se brindó un concepto de “*personas en situación de vulnerabilidad*” en los siguientes términos: “(3) *Se consideran en condición de vulnerabilidad aquellas personas que, por razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico. (4) Podrán constituir causas de vulnerabilidad, entre otras, las siguientes: la edad, la discapacidad, la pertenencia a comunidades indígenas o a minorías, la victimización, la migración y el desplazamiento interno, la pobreza, el género y la privación de libertad. La concreta determinación de las personas en condición de vulnerabilidad en cada país dependerá de sus características específicas, o incluso de su nivel de desarrollo social y económico*”. Texto completo disponible en: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2009/7037.pdf>, última consulta el 7/10/2019.

obtener la tutela de dicho derecho. Si bien la dificultad de garantizar la eficacia de los derechos afecta con carácter general a todos los ámbitos de la política pública, es aún mayor cuando se trata de personas en condición de vulnerabilidad dado que éstas encuentran obstáculos mayores para su ejercicio. Por ello, se deberá llevar a cabo una actuación más intensa para vencer, eliminar o mitigar dichas limitaciones”.

A fin de delimitar las características principales de la figura del consumidor especialmente vulnerable se analizará su vigencia tanto en el derecho europeo como en el español y el argentino.

En el derecho europeo, existen diversas regulaciones que incorporan una referencia al consumidor especialmente vulnerable.

Tal como ya señalamos en el apartado anterior, la Directiva 2005/29/CE²⁶⁷, relativa a las prácticas comerciales desleales, en los considerandos 18 y 19²⁶⁸ refiere a los consumidores especialmente vulnerables, y brinda como ejemplo a los niños y otros. Además, el art. 5.3. prohíbe prácticas desleales que distorsionen el comportamiento económico (previsible razonablemente por el comerciante) únicamente de un grupo identificable consumidores “*especialmente vulnerables*” respecto a las personas que padezcan: 1) dolencia física, 2) trastorno mental, 3) o por su edad o 4) credulidad, e impone que en esos casos se tome como referencia al miembro medio de ese grupo de sujetos.

En definitiva, en todos los supuestos, se especifica la noción de consumidor vulnerable, y se aclara que en caso de tratarse de un grupo de

²⁶⁷ Esta Directiva: “*se centra principalmente en la vulnerabilidad desde la perspectiva de los intereses económicos de los consumidores...*”, conforme lo señaló la Resolución del Parlamento Europeo sobre el refuerzo de los derechos de los consumidores vulnerables, del 22 de mayo de 2012, punto 7.

²⁶⁸ Ver nota N° 55 en la que se transcribió el texto de ambos considerandos.

personas especialmente vulnerables en razón de sus condiciones particulares, debe estarse al “consumidor vulnerable medio” de ese grupo a los fines de su previsión.

Hualde Manso²⁶⁹ aseveró que los cuatro supuestos que prevé la Directiva 2005/29/CE (al analizar el art. 5.3) no conforman un listado cerrado, lo que importa -a nuestro entender- que pueden existir otros supuestos de consumidores especialmente vulnerables.

En idénticos términos refiere al consumidor especialmente vulnerable la Directiva 2006/114, en el art. 6, 3, sobre publicidad engañosa y publicidad comparativa.

Por otro lado, en el sector energético en particular, se incorporó la protección especial del consumidor vulnerable en la Directiva 2009/72/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2009, sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad, que en diversos considerandos y artículos²⁷⁰ refiere a él.

Posteriormente, la Directiva 2011/83, sobre derechos de los consumidores, en el considerando 34, dispuso que el comerciante debe proporcionar al consumidor información clara y comprensible en los

²⁶⁹ HUALDE MANSO, *Del consumidor informado...*, 35. Se recomienda especialmente esta obra a fin de profundizar las nociones de consumidor medio y consumidor vulnerable.

²⁷⁰ Cabe destacar los Considerando 45 que reza: “*Es importante que los Estados miembros adopten las medidas necesarias para proteger a los consumidores vulnerables en el contexto del mercado interior de la electricidad*”; el Considerando 50: “*Deben reforzarse las obligaciones de servicio público, inclusive en materia de servicio universal, y las consiguientes normas mínimas comunes para asegurarse de que todos los consumidores, en particular los vulnerables, puedan beneficiarse de la competencia y de precios justos*”, y el artículo 7: “*Los Estados miembros garantizarán la aplicación de los derechos y las obligaciones relacionados con los clientes vulnerables. En particular, los Estados miembros adoptarán medidas para proteger a los clientes finales de zonas apartadas. Garantizarán un nivel elevado de protección del consumidor,...*”, entre otros.

contratos a distancia o fuera del establecimiento, teniendo en cuenta las necesidades especiales de los consumidores que sean particularmente vulnerables y enumera los mismos casos que las antecedentes (debido a enfermedad mental, física o psicológica, edad o credulidad); pese a lo cual en su articulado no dispone ninguna particularidad para estos casos.

Por último, cabe mencionar la Resolución del Parlamento Europeo sobre el refuerzo de los derechos de los consumidores vulnerables, de 22 de mayo de 2012, que expresamente estipula las preocupaciones relacionadas con estas personas en el ámbito de la información, publicidad, seguridad, educación y capacitación a fin de que puedan tomar buenas decisiones, entre otras.

La Resolución refiere especialmente como consumidores vulnerables a los: discapacitados (15, 19 y 30), adultos mayores (16 y 31), personas con movilidad reducida (22 y 30), niños y jóvenes (24, 25, 26, 28, 29), mujeres embarazadas (25), viajeros (30).

También destaca que existen sectores especialmente vulnerables como el mercado financiero (sobreendeudamiento), el alimentario, el de viajes, el digital, entre otros.

El TJUE utilizó en algunos pronunciamientos la referencia al consumidor vulnerable.

A modo de ejemplo, puede citarse el caso²⁷¹ en el que se analizó el artículo 5, apartado 1, letra a), de la Directiva 2002/46 (fija cantidades máximas de vitaminas y de minerales que pueden utilizarse en la fabricación de complementos alimenticios), teniendo en cuenta los diferentes grados de sensibilidad de las distintas categorías de consumidores, e hizo especial alusión a los niños.

²⁷¹ ECLI:EU:C:2010:233, 18, 49, 53 y 56.

En otra oportunidad, aclaró en materia de consumo de tabaco, que se requiere un nivel elevado de protección de la salud humana, especialmente por lo que respecta a los jóvenes, que exige que los consumidores de productos del tabaco, quienes *“constituyen una categoría de consumidores particularmente vulnerable por la dependencia que genera la nicotina, no sean incitados aún más a consumir tales productos mediante información...”*²⁷².

También se consideró a los consumidores vulnerables en materia de ejecución de un crédito garantizado mediante pública subasta de un inmueble²⁷³.

Desde otra perspectiva, en España, la noción de consumidor vulnerable se receptó en la ley 3/1991, de Competencia Desleal, en el art. 4. c²⁷⁴, también mediante Real Decreto-ley 6/2009, de 30 de abril, se creó un bono social para proteger la seguridad jurídica y confianza legítima de los consumidores más desprotegidos en el ámbito de la electricidad y por ley 24/2013, se especificó una noción de consumidor vulnerable en el ámbito eléctrico²⁷⁵.

²⁷² ECLI:EU:C:2016:325, 143 y 144.

²⁷³ ECLI:EU:C:2013:765, 95 y 96.

²⁷⁴ La norma reza: *“Las prácticas comerciales que, dirigidas a los consumidores o usuarios en general, únicamente sean susceptibles de distorsionar de forma significativa, en un sentido que el empresario o profesional pueda prever razonablemente, el comportamiento económico de un grupo claramente identificable de consumidores o usuarios especialmente vulnerables a tales prácticas o al bien o servicio al que se refieran, por presentar una discapacidad, por tener afectada su capacidad de comprensión o por su edad o su credulidad, se evaluarán desde la perspectiva del miembro medio de ese grupo”* (el destacado me pertenece).

²⁷⁵ Artículo 45: *“Consumidores vulnerables: 1. Serán considerados como consumidores vulnerables los consumidores de electricidad que cumplan con las características sociales, de consumo y poder adquisitivo que se determinen. En todo caso, se circunscribirá a personas físicas en su vivienda habitual.*

En el ámbito del TRLGDCU el art. 43.c., que estipula la cooperación en materia de formación y control de la calidad, contempla la situación de los “colectivos especialmente vulnerables” en los siguientes términos: “*Los bienes o servicios sobre los que se produzca un mayor número de reclamaciones o en los que, por el tipo de estas, quepa deducir razonablemente que existen situaciones especialmente lesivas para los derechos de los consumidores y usuarios o afecten a colectivos especialmente vulnerables*”.

Por su parte, absolutamente todas las leyes de las comunidades autónomas sobre derecho del consumidor incorporan la especial protección de los consumidores vulnerables.

En este marco, algunas refieren a la protección de “colectivos especialmente vulnerables” o “protegidos”²⁷⁶, otras al “consumidor

La definición de los consumidores vulnerables y los requisitos que deben cumplir, así como las medidas a adoptar para este colectivo, se determinarán reglamentariamente por el Gobierno”.

Sobre la temática de los consumidores vulnerables de electricidad ver: STC Nº 97, de 22 de abril de 2016, BOE-A-2016-3915, y STC Nº 151, de 22 de junio de 2018, ECLI:ES:TC:2018:54, y STC Nº 99, de 25 de abril de 2019, ECLI:ES:TC:2019:37.

²⁷⁶ Ley de Defensa y Protección de los Consumidores y Usuarios de Andalucía (Ley 13/2003, de 17 de diciembre), art. 5, LEY 16/2006, de 28 de diciembre, de Protección y Defensa de los Consumidores y Usuarios de Aragón, art. 5, Ley de los Consumidores y Usuarios de Asturias (Ley 11/2002, de 2 de diciembre), art. 5; Ley del Estatuto de los Consumidores y Usuarios de la Comunidad Autónoma de Canarias (Ley 3/2003, de 12 de febrero), art. 4; Ley del Estatuto del Consumidor (Ley 11/2005, de 15 de diciembre) Castilla- La Mancha, art. 3; Ley del Código de Consumo de Cataluña (Ley 22/2010, de 20 de julio), art. 111-2-c y w (incluye en este último especialmente la vulnerabilidad económica y da criterios para su definición); Estatuto de los Consumidores y Usuarios de la Comunitat Valenciana (Ley 1/2011, de 22 de marzo), art. 7; Ley 6/2019, de 20 de febrero, del Estatuto de las personas consumidoras de Extremadura, art. 5 (de manera muy detallada prevé diversos supuestos); Ley de Protección General de las Personas Consumidoras y Usuarías de Galicia (Ley 2/2012, de 28 de marzo), art. 7; Ley de Protección de los Consumidores de la Comunidad de Madrid (Ley 11/1998, de 9 de julio), art. 4; Ley 4/1996, de 14 de junio del Estatuto de los Consumidores y Usuarios de la Región de Murcia, art. 4; Ley Foral 7/2006, de 20

vulnerable”²⁷⁷ y las demás incorporan la noción de modo general sin aclarar si se trata de una protección colectiva o individual²⁷⁸.

En general, refieren a situaciones en las que el consumidor o usuario se encuentra en condiciones de inferioridad, subordinación, indefensión o desprotección, y la mayoría enumera de modo no taxativo, supuestos comunes como: niños, adolescentes, mayores, discapacitados, enfermos, mujeres gestantes, sectores económica o socialmente débiles, etc.

Por su parte, varias de las regulaciones autonómicas prevén situaciones de especial protección en caso de relaciones de consumo que tengan por objeto “*productos o servicios de uso o consumo común, ordinario y generalizado*”²⁷⁹, que ya no ponen el foco en el sujeto sino en el objeto de consumo, motivo por el cual no se profundiza su análisis.

En la jurisprudencia española, la mayoría de los antecedentes que refieren al consumidor vulnerable son en el ámbito energético²⁸⁰.

Desde otra perspectiva, en Argentina, actualmente ni la LDC ni el CCCN presentan una norma expresa que prevea la situación del consumidor especialmente vulnerable en general. Sin embargo, sí rigen algunas normas concretas, por ejemplo: en materia de educación para el consumo:

de junio, de Defensa de los Consumidores y Usuarios Comunidad Foral de Navarra, art. 3, Estatuto de las Personas Consumidoras y Usuarías del País Vasco (Ley 6/2003, de 22 de diciembre) País Vasco, art. 5.b.; y Ley 5/2013, de 12 de abril, para la defensa de los consumidores en la Comunidad Autónoma de La Rioja, art. 6.3.

²⁷⁷ Ley 7/2014, de 23 de julio, de protección de las personas consumidoras y usuarias de las Illes Balears, art. 4.

²⁷⁸ Ley de Cantabria 1/2006, de 7 de marzo, de defensa de los consumidores y usuarios, art. 4; Ley 2/2015, de 4 de marzo, por la que se aprueba el Estatuto del Consumidor de Castilla y León, art. 4.

²⁷⁹ Lo prevén las leyes de Canarias, Castilla-La Mancha, Castilla y León, Navarra y País Vasco, antes detalladas, en los mismos artículos en los que refieren a los consumidores vulnerables.

²⁸⁰ Ver fallos citados en nota 75 y resultado de búsqueda en: <http://www.poderjudicial.es/search/indexAN.jsp#>, consultado el 2/10/2019.

art. 60 de la LDC²⁸¹ y en materia financiera la Comunicación “A” 5460 del Banco Central de la República Argentina²⁸², y la destacada Resolución N° 139 del Ministerio de Desarrollo Productivo Secretaría de Comercio Interior²⁸³, de 28 de mayo de 2020 sobre la que profundizaremos. Por último, cabe citar la incorporación de la noción en Resolución N° 36/19²⁸⁴ del Grupo Mercado Común del MERCOSUR, cuyo art. 1.6 dispuso que: *“el sistema de protección del consumidor protege especialmente a grupos sociales afectados por una vulnerabilidad agravada derivada de circunstancias especiales, en particular niñas, niños y adolescentes, adultos/mayores, personas con problemas de salud, o con discapacidad, entre otras”*

La Resolución 139/2020 merece especial atención pues define y determina quiénes son los *“consumidores hipervulnerables”*. Concretamente, el art. 1 de la Resolución dispone: *“Establécese que a los fines de lo previsto en el de la Ley N° 24.240 se consideran consumidores*

²⁸¹ Al regular los planes educativos expresamente consagra: *“...garantizando la implementación de programas destinados a aquellos consumidores y usuarios que se encuentren en situación desventajosa, tanto en zonas rurales como urbanas”*.

²⁸² La normativa dedica todo un apartado el 2.2. a los casos especiales dentro de los derechos de los usuarios del sistema financiero, como por ejemplo: acceso a los locales a personas con movilidad restringida, acceso a cajeros automáticos a personas con dificultad o discapacidad visual, etc. Texto completo accesible en: <http://www.bcra.gov.ar/pdfs/comytexord/A5460.pdf>, última consulta 7/10/2019.

²⁸³ Texto completo disponible para su consulta en: <https://www.boletinoficial.gob.ar/detalleAviso/primera/229875/20200528>, última consulta el 6/7/2020.

²⁸⁴ Norma completa accesible en: [http://www.sajj.gob.ar/36-internacional-defensa-consumidor-principios-fundamentales-rmr2019000036-2019-07-15/123456789-0abc-de6-3000-](http://www.sajj.gob.ar/36-internacional-defensa-consumidor-principios-fundamentales-rmr2019000036-2019-07-15/123456789-0abc-de6-3000-09102rserced?q=%28organismo%3ACMC%29%20OR%20%28organismo%3AGMC%29&o=14&f=Total%7CFecha%7CEstado%20de%20Vigencia%5B5%2C1%5D%7CTema%5B5%2C1%5D%7COrganismo%5B5%2C1%5D%7CAutor%5B5%2C1%5D%7CJurisdicci%F3n%5B5%2C1%5D%7CTribunal%5B5%2C1%5D%7CPublicaci%F3n%5B5%2C1%5D%7CColecci%F3n%20tem%Elitica%5B5%2C1%5D%7CTipo%20de%20Documento/Legislaci%F3n&t=3044)

[09102rserced?q=%28organismo%3ACMC%29%20OR%20%28organismo%3AGMC%29&o=14&f=Total%7CFecha%7CEstado%20de%20Vigencia%5B5%2C1%5D%7CTema%5B5%2C1%5D%7COrganismo%5B5%2C1%5D%7CAutor%5B5%2C1%5D%7CJurisdicci%F3n%5B5%2C1%5D%7CTribunal%5B5%2C1%5D%7CPublicaci%F3n%5B5%2C1%5D%7CColecci%F3n%20tem%Elitica%5B5%2C1%5D%7CTipo%20de%20Documento/Legislaci%F3n&t=3044](http://www.sajj.gob.ar/36-internacional-defensa-consumidor-principios-fundamentales-rmr2019000036-2019-07-15/123456789-0abc-de6-3000-09102rserced?q=%28organismo%3ACMC%29%20OR%20%28organismo%3AGMC%29&o=14&f=Total%7CFecha%7CEstado%20de%20Vigencia%5B5%2C1%5D%7CTema%5B5%2C1%5D%7COrganismo%5B5%2C1%5D%7CAutor%5B5%2C1%5D%7CJurisdicci%F3n%5B5%2C1%5D%7CTribunal%5B5%2C1%5D%7CPublicaci%F3n%5B5%2C1%5D%7CColecci%F3n%20tem%Elitica%5B5%2C1%5D%7CTipo%20de%20Documento/Legislaci%F3n&t=3044), última consulta el 7/7/2020.

hipervulnerables, a aquellos consumidores que sean personas humanas y que se encuentren en otras situaciones de vulnerabilidad en razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, que provoquen especiales dificultades para ejercer con plenitud sus derechos como consumidores” además, admite dicha calificación respecto a determinadas personas jurídicas: “Asimismo, podrán ser considerados consumidores hipervulnerables las personas jurídicas sin fines de lucro que orienten sus objetos sociales a los colectivos comprendidos en el presente artículo”.

Por su parte, la Resolución dispone en el art. 2 diversas causas de hipervulnerabilidad entre las que se destacan: derechos de niños, niñas y adolescentes, personas pertenecientes al colectivo LGBTQ+; mayores de 70 años, personas con discapacidad; migrantes o turistas; pertenecientes a comunidades de pueblos originarios y ruralidad; residentes en barrios populares conforme Ley N° 27.453; situaciones de vulnerabilidad socio-económica acreditada (ser jubilado o pensionado con remuneración menor a dos salarios mínimos vitales y móviles, ser monotributista con ingreso inferior a igual parámetro, entre otros). En comentario a esta Resolución Wajntraub concluyó que: *“La normativa que se incorpora al derecho del consumidor importa un avance importante en el reconocimiento formal de una categoría de sujetos que requiere un tratamiento distinto del que recibe el consumidor en el marco del régimen protectorio, toda vez que se trata de colectivos en los que la asimetría estructural típica de las relaciones de consumo se encuentra profundizada, ya sea por circunstancias permanentes o transitorias”*²⁸⁵.

²⁸⁵ Javier H. WAJNTRAUB, *Los consumidores con vulnerabilidad agravada en la reciente normativa*, en: Suplemento La Ley: *Consumidores hipervulnerables*, 16 de junio de 2020, 4.

Además, el consumidor hipervulnerable tiene protección en el derecho actual que protege al consumidor en función de la interpretación de las normas y principios especiales de la materia de manera integral y de conformidad al “diálogo de fuentes” que impone el CCCN, con especial referencia a los derechos humanos (art. 75.22 CA, art. 1 y 2 del CCCN), y a los principios protectorio (art. 42 CA y art. 1094 del CCCN) y de interpretación más favorable al consumidor (arts. 3, 25 y 37 de la LDC, arts. 7, 1094 y 1095 del CCCN).

Por su parte, la doctrina²⁸⁶ y la jurisprudencia²⁸⁷ expresamente refieren la figura en general bajo la denominación de “consumidor hipervulnerable”, “subconsumidor” o “consumidor especialmente vulnerable”.

Cabe agregar que existe consenso doctrinario respecto a que el principio protectorio se acentúa en las situaciones en que existe una vulnerabilidad agravada que la que se verifica en el promedio de los casos²⁸⁸. La

²⁸⁶ Recientemente se publicaron dos libros que específicamente tratan la temática del consumidor hipervulnerable en distintas facetas: AAVV en: Sergio S. BAROCELLI (Director), *Consumidores hipervulnerables*, Buenos Aires: El Derecho, 2018; y del subconsumidor en: AAVV: *Protección jurídica de los subconsumidores*, María P. ARIAS; Liliana A. URRUTIA, (Coordinadoras), Rosario: Juris, 2017, lo que denota la relevancia actual de la temática.

Sin perjuicio de lo cual, con anterioridad, la doctrina también se había ocupado de la figura: Atilio, ALTERINI, *El consumidor en la sociedad postmoderna*, La Ley, 1996–E. 818; Sergio S. BAROCELLI, *Consumidores hipervulnerables, hacia la acentuación del principio protectorio*, Diario Jurídico La Ley, Año XXXII, N° 57, viernes 23 de marzo de 2018; José H. SAHÍAN, *El principio antidiscriminatorio en la relación de consumo*, La Ley Online: AR/DOC/2635/2019; LORENZETTI, *Defensa del consumidor*, 78; CHAMATRÓPULOS, *Estatuto del consumidor...*, 139; HERNÁNDEZ, *Relación de consumo*, en: *Tratado...*, 408-410; Carlos E. TAMBUSI, *Los derechos del consumidor como derechos humanos*, en: *Derechos humanos*, Agustín Alberto Gordillo; Adelina Loiano; Gregorio Flax, 6a ed., Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2007.

²⁸⁷ SCJ Mendoza, “Bloise de Tucci, Cristina c. Supermercado Makro S.A.”, 2/7/2002, LLGran Cuyo, 2002-726; CSJN, “E.R.E. c. Omint S.A. de Servicios”, 3/1/2001, La Ley, 2001-E, 18, entre otros que se reseñarán en las próximas notas.

²⁸⁸ LORENZETTI, *Defensa del consumidor*, 78; Javier H. WAJNTRAU, *Análisis exegético de la ley*, en: Jorge MOSSET ITURRASPE y Javier H. WAJNTRAU,

protección especial de estos consumidores también se justificó desde el “diálogo de fuentes” que impone el CCCN y, en particular, con la protección de los derechos humanos del consumidor, entre ellos su dignidad²⁸⁹.

La vulnerabilidad que origina la protección del consumidor se vincula con una falla estructural del mercado, que afecta a toda la categoría de sujetos y que es económica, jurídica y técnica, mientras que la del subconsumidor afecta a un grupo particular de sujetos, que exige una discriminación positiva a fin de ubicarlo en condiciones de igualdad²⁹⁰.

Desde otra perspectiva, luce razonable considerar que las circunstancias particulares que afectan intrínsecamente al individuo pueden ser temporales o permanentes, con lo cual pueden concurrir en una misma persona diferentes expresiones de debilidad²⁹¹.

Ley de Defensa del Consumidor. Ley 24.240, Santa Fe: Rubinzal Culzoni, 2008, 40; Sergio S. BAROCELLI, *Hacia la construcción de la categoría de consumidores hipervulnerables*, en: Sergio S. BAROCELLI (Director), *Consumidores hipervulnerables*, Buenos Aires: El Derecho, 2018, 29; Sandra A. FRUSTRAGLI, *Subconsumidores o “consumidores especialmente vulnerables”*: *hacia la acentuación del principio protectorio*, en: AAVV: *Protección jurídica de los subconsumidores*, María P. ARIAS, Liliana A.B., URRUTIA, (Coordinadoras), Rosario: Juris, 2017, 39-52. En igual sentido se expresó la doctrina colectiva en el Punto 2 y 3 de las Conclusiones de la Comisión N° 1 del “XVII Congreso Argentino de Derecho del Consumidor. II Encuentro Nacional de Profesores de Derecho del Consumidor”, Bahía Blanca, 2018, en las que se participó en calidad de ponente sobre el consumidor hipervulnerable.

²⁸⁹ BAROCELLI, *Hacia la construcción de la categoría...*, 27-28; Sandra A. FRUSTRAGLI, Carlos A. HERNÁNDEZ, *La protección al consumidor desde la perspectiva de los derechos humanos y de los derechos fundamentales*, La Ley Online: AR/DOC/3979/2017. Para un interesante análisis de la vulnerabilidad y los derechos humanos ver: Roberto A. ANDORNO, *Is vulnerability the foundation of human rights?*, Masferrer and E. García Sánchez (eds.), *Human Dignity of the Vulnerable in the Age of Rights*, Ius Gentium Series, Vol. 55, Dordrecht: Springer, 2016, 257-272.

²⁹⁰ LORENZETTI, *Defensa del consumidor*, 78.

²⁹¹ HERNÁNDEZ, *Relación de consumo*, en: *Tratado...*, 414; BAROCELLI, *Hacia la construcción de la categoría...*, 26.

La jurisprudencia también utilizó la figura en resguardo de personas que se encontraban en particulares situaciones de vulnerabilidad por razones distintas a la propia del mercado por su condición de consumidores o usuarios.

En particular, cabe destacar el ya citado caso “Bloise de Tucci c. Makro” pues en él se valoró especialmente la edad avanzada de la actora a fin de determinar que la información sobre las puertas automáticas (carteles que señalaban “entrada” y “salida”) brindada por el supermercado no resultaba suficiente para resguardar su seguridad y la del resto de los consumidores. En igual sentido, también se tuvo en cuenta la edad avanzada del consumidor ante un robo de su automotor en un supermercado²⁹², o en oportunidad de la ejecución de un pagaré de consumo contra una jubilada²⁹³, y a fin de determinar los intereses y capacidad de pago de una mujer anciana²⁹⁴.

También se reconoció esta especial tutela a los menores²⁹⁵, enfermos²⁹⁶, personas con capacidades especiales o discapacitados²⁹⁷, entre otros.

²⁹² CNCCom., Sala C, 18/3/2016, “Luzuriaga, Julián Enrique c. COTO C.I.C.S.A. s/ ordinario”, disponible en La Ley Online Argentina.

²⁹³ CCC de Córdoba de 5º Nominación, 9/5/2019, “Comercial Salsipuedes S.A. c/ Casanova, Miriam Nelly -Presentación múltiple. Ejecutivos particulares.- Expte. N° 6533143”, Sentencia N° 48, enviada por la Cámara vía correo electrónico.

²⁹⁴ CNCCom, Sala C, 27/5/2019, “Fello, Elena Yolanda c/ Banco Piano S.A. s/ Sumarísimo”, publicado en: <https://www.diariojudicial.com/public/documentos/000/085/646/000085646.pdf>, consultado el 5/10/2019.

²⁹⁵ CNCiv., Sala L, 13/6/2007, “Osorio, Marcela B. c, Alto Palermo S.A.”, diario jurídico La Ley, Buenos Aires, 17/1/2008; CNCiv., Sala H, 2/6/2014, “G.R., J.H. y otros, s/daños y perjuicios, La Ley Online: AR/JUR/44769/2014.

²⁹⁶ CSJN, 28/8/2007, “C. P. de N., C. M. A. y otros v. Centro de Educación Médica e Investigaciones Médicas”, La Ley Online: 70039319, en el caso se ordenó a la entidad de medicina prepaga cubrir los gastos requeridos en juicio a favor del menor discapacitado. De igual modo se protegió a los fumadores: CNCiv., SalaC, 09/09/2019, “Q., M. A. c. Nobleza Piccardo S.A. y otros s/ Daños y perjuicios”, La Ley Online: AR/JUR/27633/2019, causa en la que se afirmó que: “*los fumadores, como categoría social genérica, fue catalogada por el Dr.*

Por último, cabe señalar que el Proyecto de Código de Defensa del Consumidor expresamente prevé la noción en el art. 3 que señala: “*Art. 3. Consumidores hipervulnerables. El principio de protección del consumidor se acentúa frente a colectivos sociales con hipervulnerabilidad. Son consumidores hipervulnerables aquellas personas humanas que, además de su vulnerabilidad estructural en el mercado, se encuentran también en otras situaciones de vulnerabilidad en razón de su edad, género, salud, o por otras circunstancias sociales, que provoquen especiales dificultades para ejercer con plenitud sus derechos como consumidores. En tales supuestos, y en el marco de la relación de consumo, la educación, la salud, la información, el trato equitativo y digno y la seguridad deben ser especialmente garantizados*”. Por su parte, el art. 5 que consagra los principios del derecho del consumidor, en el punto 6 incluye expresamente el de “*protección especial para situaciones de hipervulnerabilidad*” y aclara que: “*El sistema de protección del consumidor tutela particularmente a colectivos sociales afectados por una vulnerabilidad acentuada*”.

La recepción del consumidor hipervulnerable y de colectivos con hipervulnerabilidad es tan amplia que se incorpora reiteradamente en los arts. 8.2, 10.4, 13.1, 19, 23, 37, 47.8, 72, 80, 142, 162, 170.

En conclusión, el consumidor especialmente vulnerable o hipervulnerable tiene vigencia expresa en la Resolución 139/20, en el Proyecto de Código

Lorenzetti (CSJN, “Nobleza Piccardo SAICYF c. Santa Fe, Provincia s/ acción declarativa de inconstitucionalidad”, del 27 de octubre de 2015) como “un grupo especialmente vulnerable, en tanto —para muchos de ellos— el hábito de fumar se ha transformado en una adicción”.

²⁹⁷ El leading case en materia de trato digno y equitativo en el que se aplicó la sanción del daño punitivo en Argentina lo constituye el resuelto por la SCJBA ante la falta de rampa de acceso al local comercial de una empresa telefónica que obligó a que la actora fuera atendida en la vereda: SCBA, 06/11/2012, “Machinandarena Hernández, Nicolás c. Telefónica de Argentina SA s/ reclamo de actos de particulares”.

de Defensa del Consumidor, y conforme el diálogo de fuentes con el que debe aplicarse el derecho del consumidor actualmente vigente, que posibilita la tutela diferenciada de este grupo de sujetos como una categoría especial.

3.5 Análisis crítico

La clasificación del consumidor según el criterio objetivo, conforme el rol que asume la persona como: contratante, consumidor material o expuesto, constituyen supuestos que determinan una diversa legitimación y derechos en cada caso. En relación a los dos primeros, en el derecho español se diferencian tanto la legitimación como los derechos que posee cada uno, mientras que en el argentino se los equipara de manera absoluta.

Por su parte, la figura que mayor resistencia puede generar es la del consumidor expuesto o bystander, pese a lo cual consideramos que debe tener especial protección en el ámbito del derecho del consumidor, por ser quien se expone a mayores riesgos, aun involuntariamente sin siquiera haber ingresado aún a la relación de consumo. En especial debe asegurarse su derecho a la información, a la salud, al trato digno y equitativo, a la publicidad lícita y a la protección frente a prácticas abusivas.

Desde otro costado, creemos que merecen mayor atención las clasificaciones derivadas del criterio subjetivo, que tienen en cuenta las particularidades del sujeto consumidor.

La noción de consumidor medio, podría resultar de utilidad como criterio legislativo: para fijar pautas de conducta que los empresarios deben

cumplir frente a un consumidor medio²⁹⁸, así como también como criterio judicial: para facilitar al juez determinar en el caso concreto si una práctica resulta o no desleal, si se violó una marca, si existe publicidad engañosa, etc.

Sin embargo, con esta noción se puede correr el riesgo de configurar un estereotipo de consumidor por encima de la media, que disminuya la protección general brindada al sujeto débil, al exigirle una determinada actitud no pretendida por el legislador tuitivo del derecho del consumidor.

En este sentido, y en miras a justiciar la afirmación precedente, cabe citar la Resolución del Parlamento Europeo sobre el refuerzo de los derechos de los consumidores vulnerables (2012) en el que expresamente afirmó: *“la UE debe centrarse en proteger de manera efectiva los derechos de todos los consumidores, el concepto de «consumidor medio» no es lo suficientemente flexible para adaptarlo a casos específicos y que, en ocasiones, no se corresponde con las situaciones de la vida real”*²⁹⁹.

También se comparte plenamente la apreciación de Hualde Manso, quien aseveró que: *“El consumidor medio real -no el ideal de la Directiva- se desvía obviamente de la fórmula legal del ciudadano medio ideal...”*³⁰⁰.

De tal modo, con la configuración del consumidor medio no puede requerírsele una diligencia especial: que se informe por sí mismo antes de adquirir el bien o servicio, que compare por su cuenta las ventajas y desventajas de éstos, etc. transmitiendo deberes típicos del proveedor al sujeto débil, en especial: los de información, asesoramiento, trato digno y equitativo, protección de los intereses económicos.

²⁹⁸ Así lo entendía desde hace años Alberto BERCOVITZ RODRIGUEZ CANO, en: Alberto BERCOVITZ RODRIGUEZ CANO; Rodrigo BERCOVITZ RODRIGUEZ CANO, *Estudios jurídicos...*, 108.

²⁹⁹ *Vulnerabilidad y consumidor vulnerable*, punto 3.

³⁰⁰ HUALDE MANSO, *Del consumidor informado al consumidor real*, 45.

Por último, este riesgo se fundamenta también en la subjetividad de la figura que para su determinación depende de información estadística, sondeos o afines, tal como expresamente lo señaló el TJUE al habilitar a los Estados a recurrir a estas herramientas para tal fin. En relación al consumidor medio o el vulnerable se aclaró que: “...*estos conceptos abstractos necesitan también una ulterior concreción a través de factores culturales, sociales o lingüísticos. Y dado que todo ese difícil discurrir jurídico acaba teniendo efectos inesperados, se intenta evitar los mismos cerrando el círculo con un elemento o pieza jurídica que no cuadra en el sistema inicialmente diseñado*”³⁰¹.

Este tipo de mediciones estadísticas no siempre existen respecto a cada uno de los productos o servicios que se comercializan, y podrían en muchos casos provenir de fuentes privadas, lo que dificulta su determinación y confianza en su resultado.

Cámara Lapuente opinó en referencia al derecho español, con argumentos trasladables también al argentino, que: “*el «concepto general de consumidor y usuario» del art. 3 TRLGDCU no admite modulaciones en función de la competencia del consumidor, ni al alza ni a la baja (consumidor experto, medio o vulnerable). Cuestión distinta es la posibilidad de tomar en consideración si el Derecho de consumo ha llegado a un estado de madurez que pudiera aconsejar evitar la sobreprotección o bien si ha de primar la seguridad jurídica de las categorías asentadas sin hacer entrar en juego mudables factores sociológicos*”³⁰², postura que se comparte pero sólo respecto al consumidor medio.

³⁰¹ HUALDE MANSO, 45.

³⁰² CÁMARA LAPUENTE, *El concepto legal...*, 109.

Por las razones expuestas la noción de consumidor medio, si bien puede ser de gran utilidad en ámbitos específicos (publicidad engañosa, prácticas desleales, marcas, etc.), no resulta conveniente su extensión a otros, ni su concepción de modo general.

Por el contrario, existe consenso en la doctrina especializada en que se justifican la protección especial del consumidor especialmente vulnerable, en función de los siguientes criterios: a) edad: niños y ancianos; b) salud o limitaciones físicas: enfermos, personas con capacidades especiales, adictos; c) capacidad restringida o incapaces; d) nivel de educación: analfabetos, e) situación económica: desocupados, marginados, personas bajo el nivel de pobreza; f) género, g) territoriales: consumidor transfronterizo³⁰³, refugiados, desplazados, inmigrantes, turista, etc.

Cabe aclarar que estos parámetros pueden variar de una época a otra y de un lugar a otro, por lo que, no resulta conveniente determinar “categorías” definitivas sino flexibles, adaptables.

El consumidor que además se encuentra en alguna de estas situaciones de “vulnerabilidad agravada” se distingue del consumidor que no la ostenta, pues existe una desigualdad con respecto al resto (temporaria o definitiva) que justifica su denominación como “consumidor vulnerable” o “consumidor hipervulnerable” o “subconsumidor” o “consumidor especialmente vulnerable”.

³⁰³ Al respecto puede consultarse: Luciane KLEIN VIEIRA, *El consumidor “especialmente hipervulnerable” y el derecho internacional privado*, Intergovernmental Group of Experts on Consumer Law and Policy (IGE Consumer) 2nd SESSION, 3-4 July 2017 Room XVII, Palais des Nations, Geneva Monday, 3 July 2017, Afternoon Session Agenda Item 3 c. “The protection of vulnerable and disadvantaged consumers”, https://unctad.org/meetings/en/Contribution/cicplp2nd_c_brasilcon_vul_esp.pdf, última consulta 7/10/2019.

Se considera que la terminología que resulta más descriptiva y precisa es la de “consumidor especialmente vulnerable” pues, la persona no deja de ser un consumidor, que además tiene una situación de vulnerabilidad extra por ello los términos aludidos grafican esa situación de debilidad agravada.

En caso de relacionarse con consumidores especialmente vulnerables se debe exigir a los proveedores un cumplimiento más estricto de los deberes a su cargo.

En el ámbito administrativo y jurisdiccional, ya sea de manera preventiva o ante el daño consumado, el agente o juez debe resolver conforme a las particulares situaciones de la persona, tiempo y lugar, lo que impone el análisis y solución del caso conforme la interpretación de las normas y principios especiales en la materia.

En consecuencia, y de conformidad al estado de la materia en el derecho comparado, consideramos que es necesario tomar una acción positiva: incorporar una regulación expresa en protección de los consumidores especialmente vulnerables, que imponga y garantice el fortalecimiento de sus derechos.

A tal fin, debe tratarse de una norma:

(a) Equilibrada: en cuanto a sus efectos, que no genere un nuevo desequilibrio, es decir, una “sobrepotección” del consumidor hipervulnerable y una “desprotección” del consumidor que no lo es, en desmedro de los derechos generales de esta categoría que tanto costó y cuesta salvaguardar;

(b) De carácter flexible y abierta que incluya la totalidad de sujetos que puedan ser considerados “consumidores hipervulnerables”, adaptable

según el tiempo y lugar, es decir: no ser taxativa conforme a los criterios que se prevén en la actualidad;

(c) De carácter interpretativa y general: que ilumine todo el derecho consumeril de modo integral, útil para la interpretación y aplicación de todos y cada uno de los concretos derechos del consumidor y deberes del proveedor;

(d) Con especial énfasis en la función preventiva del derecho de daños en general y del consumidor hipervulnerable en particular.

En conclusión, las subcategorías de consumidor jurídico y material se encuentran actualmente delimitadas tanto en el derecho español como en el argentino; por su parte, el consumidor expuesto o bystander sólo tiene regulación expresa en la materia en argentina y no en España, donde se lo protege a través de otras normas, por ejemplo, en calidad de perjudicado o afectado. Respecto a la otra subcategoría de consumidor medio y especialmente vulnerable, estamos convencidos que sólo merece consagración legislativa la segunda, no siendo recomendable la adopción de la primera por los riesgos que trae aparejada su aplicación, en especial en desmedro de la categoría general de consumidor.

CAPÍTULO 4: SUPUESTOS CONTROVERTIDOS RESPECTO A LA CATEGORÍA DE CONSUMIDOR

En los capítulos anteriores desarrollamos el origen y evolución de la noción de consumidor, sus denominaciones, los criterios para identificarlo y sus clasificaciones. En esta oportunidad, analizaremos críticamente los supuestos controvertidos o sin solución concreta en relación a la figura del consumidor, tanto en España como en Argentina, a fin de dilucidar la conveniencia o no de su incorporación al régimen tuitivo conforme lo estudiado hasta este punto. Concretamente, se examinarán los siguientes casos que consideramos son los que más trascendencia tienen: la persona jurídica (incluso mutuales, asociaciones y cooperativas), los profesionales liberales y el empresario, los actos mixtos, los grupos de consumidores, el Estado, los fiadores, el inversor y el trabajador.

Si bien la ley no siempre brinda una respuesta concreta para cada cuestión, la doctrina y la jurisprudencia se ocuparon de resolverlo, aunque no siempre de manera definitiva en ambos Estados, lo que genera dudas en el caso concreto y justifica su estudio singular. En definitiva, el objetivo de este capítulo es detallar un estado de la cuestión, evidenciar la falta de criterios normativos para resolver estos supuestos, y finalmente: determinar si resultan justificado incluir alguno de ellos en la categoría jurídica de consumidor, y en su caso, bajo qué condiciones.

Por último, cabe aclarar que el lector advertirá que el desarrollo de algunos supuestos será más extenso en relación al derecho argentino que al español. Ello obedece a diversas razones como la mayor amplitud de la definición legal de consumidor en Argentina, las diversas hipótesis en las que se consideró consumidor a personas que en el derecho español no se cuestiona que están excluidas, la falta de pronunciamiento concreto de la

Corte Suprema de Justicia y de los máximos tribunales provinciales que lo definan, entre otros. A modo de ejemplo: respecto a la persona jurídica, el derecho español determinó positivamente los requisitos que debe tener para calificar como consumidor (art. 3 del TRLGDCU), mientras que el derecho argentino (arts. 1 de la LDC y 1092 del CCC) simplemente refiere de modo genérico a que puede serlo sin ninguna especificación, generándose diversos debates respecto a qué tipo de ellas podrían serlo, con qué requisitos; etc.

4.1. Persona jurídica

En el capítulo 2 se definieron los sujetos amparados por el derecho del consumidor, por lo que, necesariamente se hizo referencia expresa a la persona jurídica. Allí se planteó el tema, de manera genérica, sin profundizar sobre los diversos aspectos problemáticos que ahora serán detenidamente descriptos, examinados y comparados.

La cuestión principia en que la calificación de la persona jurídica como consumidora es admitida tanto en el derecho positivo español como en el argentino (con marcadas diferencias entre ellos), pese a lo cual, se trata de uno de los principales casos en los que la doctrina no presenta acuerdos y la práctica acredita la divergencia de criterios en relación a su inclusión.

Aunque parezca una obviedad, cabe aclarar que en este apartado se estudiará la posibilidad de considerar a las personas jurídicas (sociedades, asociaciones, fundaciones, mutuales, cooperativas, etc.) como consumidores en sí mismas, al relacionarse con un empresario; independientemente de que sus miembros puedan ser considerados consumidores en relación al ente mismo cuando realicen actos -aun encubiertos- que las ubican en la noción de empresarios.

Ahora nos detendremos en el estudio de la persona jurídica como consumidor en función de los criterios normativos, doctrinales y jurisprudenciales en el derecho europeo, el español y el argentino.

a) En el derecho europeo

El derecho europeo (tal como se analizó en el capítulo 2 en referencia a diversas Directivas y Reglamentos, a donde se remite a fin de no resultar reiterativos), como regla general³⁰⁴, define al consumidor como persona física, sin referir a la jurídica³⁰⁵, siendo el rasgo característico de tal sujeto la actuación o fines ajenos a una actividad comercial, empresarial o profesional, con un criterio objetivo de calificación.

Esta circunstancia originó el cuestionamiento respecto a la concordancia del derecho español con el europeo, atento a la posible contradicción o incongruencia, lo que la doctrina entiende que en verdad no es tal.

Al respecto, Cámara Lapuente³⁰⁶ señaló, si bien haciendo referencia a la noción de consumidor fundada en el destino final antes de la última reforma del TRLGDCU, que la Comisión Europea: “...no ha requerido en ningún momento a España por incorrecta trasposición de Directivas”,

³⁰⁴ Salvo en supuestos de otras nociones más amplias como: perjudicado, viajero, etc. y en la Directiva 2011/83/UE que expresamente habilitó a los Estados miembros a extender la aplicación de lo dispuesto en ella a las personas jurídicas en el Considerando 13, tal como se analizará en este acápite.

³⁰⁵ Esta tendencia se mantiene incluso en las últimas Directivas dictadas en materia de consumo: 2019/770 del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de mayo de 2019 relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales y 2019/771: que deroga la 1999/44, que entrarán en vigencia el 1 de enero de 2022, teniendo los Estados término para la transposición hasta el 1/7/2021.

³⁰⁶ CÁMARA LAPUENTE, Sergio, *El concepto legal de «consumidor» en el derecho privado europeo y en el derecho español: aspectos controvertidos o no resueltos*, Cuadernos de Derecho Transnacional (Marzo 2011), Vol. 3, Nº 1, 93.

argumento que entendemos también resulta aplicable respecto a la incorporación de las personas jurídicas como consumidores.

Por otro lado, hace varios años España planteó una cuestión prejudicial sobre la interpretación del artículo 2, letra b), de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, al TJUE relativa a la temática, oportunidad en la que alegó que si bien el Derecho comunitario considera que, en principio, las personas jurídicas no son consumidores en el sentido de aquella Directiva, ello no excluye una interpretación que les confiera tal calidad pues, la definición que brinda no excluye la posibilidad de que los Derechos internos de los Estados miembros, al adaptarse a ésta, consideren a una sociedad como un consumidor. En particular, el Tribunal Europeo decidió que: *“El concepto de «consumidor», tal como se halla definido en el artículo 2, letra b), de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, debe interpretarse en el sentido de que se refiere exclusivamente a las personas físicas”*³⁰⁷.

Este criterio fue reiterado por el TJUE en la causa: “Condominio di Milano”³⁰⁸ en el que reiteró que el requisito para la aplicación de la Directiva 93/13 es la existencia de una persona física, pese a lo cual, al tratarse de una Directiva de mínimos, los Estados conservaban la posibilidad de adoptar o mantener en el ámbito regulado por estas disposiciones más estrictas que sean compatibles con el Tratado, con el fin de garantizar al consumidor un mayor nivel de protección, conforme el Considerando duodécimo, el art. 8 y el Considerando 13 de la Directiva 2011/83.

³⁰⁷ TJUE, (Sala Tercera), de 22 de noviembre de 2001, “Cape Snc y Idealservice SRL y Idealservice MN RE SAS y OMAI SRL”, Asuntos acumulados C-541/99 y C-542/99, EU:C:2001:625.

³⁰⁸ TJUE, “Condominio di Milano, via Meda y Eurothermo SpA”, ECLI:EU:C:2020:263.

Desde esta perspectiva, la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2011 sobre los derechos de los consumidores, (por la que se modifican la Directiva 93/13/CEE del Consejo y la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se derogan la Directiva 85/577/CEE del Consejo y la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo) que por primera vez en el derecho europeo admitió expresamente en sus Considerandos la posibilidad de que las personas jurídicas puedan ser consideradas consumidoras, ocasionando grandes debates ya que hasta entonces la definición europea de consumidor sólo refería a la persona física.

La relevancia de esta normativa reside en que fue dictada con el objetivo de generar un marco único, basado en conceptos claramente definidos, poniendo fin a la fragmentación normativa existente y aumentando la seguridad jurídica en materia de derecho del consumidor europeo, en definitiva, removiendo los obstáculos al mercado interior (ver Considerandos 6 y 7), constituyéndose como una Directiva de armonización plena o de máximos (conforme su art. 4).

En relación a aquella regulación, Marín López³⁰⁹ señaló que antes de esta Directiva existían otras fragmentarias, por lo que se rediseñó la política de defensa del consumidor, y se trató de la primera de carácter horizontal, de armonización plena, en la medida que se aplica a todos los contratos entre empresarios y consumidores.

Cabe aclarar que la Directiva reguló de forma específica a los contratos de consumo a distancia y los celebrados fuera de los establecimientos

³⁰⁹ Manuel J. MARÍN LÓPEZ, *La Directiva 2011/83/UE: esquema general, ámbito de aplicación, nivel de armonización y papel de los Estados Miembros*, en: *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, *Directiva 2011/83*, Número 1/2012, Centro de Estudios de Consumo de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2012, 10.

comerciales, pero su propósito es mucho más amplio y genérico respecto a todos los contratos de consumo, tal como expresamente consagra su art. 1 al determinar su objeto: “...contratos celebrados entre consumidores y comerciantes”³¹⁰, lo que ratifica el art. 3, aun cuando luego realiza una amplia exclusión de contratos a los que no se aplica (ver considerandos 8 y 14 y art. 3.3), los que constituyen materia no armonizada, y por lo tanto, competencia de los Estados miembros.

Por su parte, el Considerando 13 delimitó el ámbito de armonización y aclaró que: “*La aplicación de las disposiciones de esta Directiva a aspectos no incluidos en su ámbito de aplicación ha de seguir siendo competencia de los Estados miembros, con arreglo al Derecho de la Unión. De este modo, un Estado miembro podrá mantener o introducir normas de Derecho interno que correspondan a las disposiciones de la presente Directiva o a algunas de las disposiciones de la misma respecto de contratos que queden fuera del ámbito de aplicación de la presente Directiva*”. González Carrasco opinó que: “*Esta ampliación contrasta con las “condiciones y fijadas en sus disposiciones” que significan dejar fuera de su regulación la mayoría de las grandes cuestiones del régimen contractual de la protección de los consumidores*”³¹¹.

Además, y específicamente en referencia a las personas jurídicas, si bien el art. 2 definió al consumidor siguiendo el criterio de las Directivas anteriores y posteriores, como: “*toda persona física que, en contratos*

³¹⁰ Artículo 1: “*La presente Directiva tiene por objeto, a través del logro de un nivel elevado de protección de los consumidores, contribuir al buen funcionamiento del mercado interior mediante la aproximación de determinados aspectos de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros sobre contratos celebrados entre consumidores y comerciantes*”.

³¹¹ M. Carmen GONZÁLEZ CARRASCO, *Incidencia en el Derecho Contractual de la Directiva 2011/83/UE sobre los derechos de los consumidores*, en: *Revista CESCO de Derecho de Consumo, Directiva 2011/83*, Número 1/2012, Centro de Estudios de Consumo de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2012, 17.

regulados por la presente Directiva, actúe con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresa, oficio o profesión”, lo real y cierto es que el Considerando 13 admitió expresamente la posibilidad de que los Estados miembros puedan decidir extender la aplicación de lo dispuesto en la Directiva: *“...a personas jurídicas o físicas que no sean consumidores en el sentido de la presente Directiva, como organizaciones no gubernamentales, empresas de reciente creación o pequeñas y medianas empresas...”*.

En virtud de este Considerando es que Marín López afirmó que la definición de consumidor española consagrada en el art. 3 del TRLGDCU, que incluye a las personas jurídicas, no supone un incumplimiento a la Directiva 2011/83/UE pues: *“...aunque sea una Directiva de máximos o de armonización plena, al tratarse de sujetos no incluidos en el ámbito de aplicación de la misma, se trata de una materia no armonizada, sobre la que los Estados miembros pueden libremente regular...”*³¹².

Sin embargo, artículo 2 de la Directiva (UE) 2019/771 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2019, relativa a determinados aspectos de los contratos de compraventa de bienes, por la que se modifican el Reglamento (CE) N° 2017/2394 y la Directiva 2009/22/CE y se deroga la Directiva 1999/44/CE, expresamente consagra una definición de consumidor en el art. 2.2. en los siguientes términos: *“toda persona física que, en relación con los contratos regulados por la presente Directiva, actúa con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresa, oficio o profesión”*.

³¹² Manuel J. MARÍN LÓPEZ, *El “nuevo” concepto de consumidor y empresario tras la Ley 3/2014, de reforma del TRLGDCU*, Revista CESCO de Derecho de Consumo N° 9/2014, 13, disponible en: https://previa.uclm.es/profesorado/mjmarin/invest_art_66.pdf, última consulta: 20/1/2020.

Este dato luce de suma relevancia puesto que esta Directiva, se introduce en las denominadas de “armonización plena” que no permiten a los Estados regular la temática de un modo distinto en ningún sentido. Al respecto, la propia norma aclara en sus fundamentos que: *“Los consumidores gozarían de un alto nivel de protección y de un mayor bienestar gracias a la plena armonización de las principales normas”* (considerandos 10 y 25, también refieren a ello los 47, 62 y 70). En consecuencia, su entrada en vigor limita considerablemente la posibilidad de que la persona jurídica sea considerada consumidora en el derecho español.

En definitiva, si bien se cuestiona la inclusión de la persona jurídica en la categoría de consumidor en el derecho español, por resultar contrario a las previsiones del derecho europeo, lo cierto es que si bien la Directiva 2011/83 habilitó a España a mantener tal criterio pues en su texto consagró expresamente esa posibilidad, actualmente la Directiva 2019/771 que no lo admite, al menos en su ámbito de aplicación y que generará una revisión del tema a nivel nacional.

b) En el derecho español

- La admisión legal de la persona jurídica como consumidora

Tal como se señaló en el epígrafe anterior, contrariamente a la generalidad de la legislación europea que circunscribe la definición de consumidor a la persona física, la española -bajo ciertos requisitos-, admite que la persona jurídica también lo sea. Sin embargo, cabe destacar que existen algunas leyes sectoriales que limitan la noción de consumidor sólo a la persona física, como por ejemplo: la ley 22/2007, de 11 de julio, sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los

consumidores³¹³ y la ley 16/2011, de 24 de junio, de créditos para el consumo³¹⁴.

Circunscribiendo el análisis al TRLGDC, el derecho del consumidor español ya en la primera versión de la LGDCU expresamente habilitó que la persona jurídica pueda ser consumidora, de modo general y amplio, sin distinción del tipo ni fines que pudieran tener. Por el contrario, el art. 3 del TRLGDCU dispuso una posibilidad más restringida al conceptuar de manera general al consumidor como: “... *las personas físicas o jurídicas que actúan en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional*”, conforme el criterio negativo. Finalmente, de acuerdo a la Ley 3/2014 que modificó dicho art. 3, actualmente enuncia: “...*son consumidores o usuarios las personas físicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión.*”

Son también consumidores a efectos de esta norma las personas jurídicas y las entidades sin personalidad jurídica que actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial”.

Esta última reforma, además de mantenerse a las personas jurídicas como consumidoras agregó a las entidades sin personalidad jurídica, lo que anteriormente no estaba previsto. Por otro lado, se aclaró que para ambos supuestos, los requisitos son que actúen *sin ánimo de lucro*, y en un *ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial*.

Desde otra perspectiva, existen otras normas sectoriales que admiten la posibilidad de que la persona jurídica sea considerada consumidora, como

³¹³ Art. 5: “A los efectos de esta Ley, se consideran como consumidores las personas físicas que, en los contratos a distancia, actúan con un propósito ajeno a su actividad empresarial o profesional”.

³¹⁴ Art. 2.1 1: “A efectos de esta Ley, se entenderá por consumidor la persona física que, en las relaciones contractuales reguladas por esta Ley, actúa con fines que están al margen de su actividad comercial o profesional”.

por ejemplo: la Ley 4/2012, de 6 de julio, de contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, de adquisición de productos vacacionales de larga duración, de reventa y de intercambio y normas tributarias, que sólo refiere a las personas jurídicas.

De igual modo, las 17 leyes de derecho del consumidor autonómicas al conceptualizar al consumidor refieren tanto a las personas físicas como a las jurídicas, aun cuando existan diferencias en relación a los requisitos para cada caso.

En definitiva, el derecho del consumidor español incluye a las personas físicas y a las jurídicas como consumidores, así como también a los entes sin personalidad, éstos dos últimos sólo si son sin fines de lucro y si realizan actos ajenos a una actividad comercial o empresarial. Admitido que las personas jurídicas pueden ser calificadas como consumidoras, procede determinar qué tipo pueden serlo y bajo qué condiciones. Originariamente la ley era genérica y no realizaba distinción, aunque la doctrina y la jurisprudencia, y algunas normas autonómicas, fueron delimitándolo. Estos criterios fueron incorporados por la reforma del TRLGDCU, por Ley 3/2014, en la que se circunscribieron los casos al incluirse requisitos específicos.

- Los requisitos legales: la actuación sin ánimos de lucro y en un ámbito ajeno a una actividad comercial o profesional

Tal como se expresó en el capítulo 2, el requerimiento legal de la actuación sin ánimo de lucro para las personas jurídicas y sin personalidad jurídica indudablemente pretende la exclusión de la protección de las sociedades comerciales (sociedades anónimas, sociedades de

responsabilidad limitada, etc.) del régimen tuitivo del derecho del consumidor.

De todos modos, consideramos que se trata de un requisito que agrega otra dimensión a la noción objetiva de consumidor que es la que debe primar, es decir: la actuación con un propósito ajeno a su actividad comercial o empresarial.

Además, la falta de ánimo de lucro no se requiere a las personas físicas, generándose una inconsistencia en el régimen. Sobre esta última cuestión se pronunció el TS despejando cualquier tipo de duda al respecto: “... *en el caso de las personas físicas el ánimo de lucro no es incompatible con la cualidad legal de consumidor, puesto que cuando el art. 3 TRLGCU se refiere a personas físicas no hace mención a dicha intencionalidad lucrativa, sino que únicamente atiende al carácter empresarial o profesional de la actividad. Es decir, introduce un requisito negativo únicamente respecto de las personas jurídicas, de donde cabe deducir que la persona física que actúa al margen de una actividad empresarial es consumidora, aunque pueda tener un ánimo de lucro*”³¹⁵.

Por otro lado, el art. 3 del TRLGDCU también exige como requisito para habilitar a las personas jurídicas a ser calificadas como consumidores, y de modo acumulativo³¹⁶ a la falta de ánimo de lucro, que actúe en un ámbito ajeno a una actividad comercial o profesional, al igual que lo exige para las personas físicas. Cámara Lapuente³¹⁷ afirmó que ello implica que

³¹⁵ STS 2193/2018 - ECLI:ES:TS:2018:2193.

³¹⁶ MARÍN LÓPEZ, M. J., *El nuevo...*, 13; Rodrigo, BERCOVITZ RODRÍGUEZ- CANO, *Comentario al artículo 3 del TSLGDCU*, en: *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes Complementarias*, Rodrigo, BERCOVITZ RODRÍGUEZ- CANO (Coordinador), 2ª Edición, Pamplona: Thomson Reuters Aranzadi, 2015, 61.

³¹⁷ CÁMARA LAPUENTE, S., *El concepto...*, 100.

sea ajeno a una actividad económica, llevada adelante de modo habitual, organizada e independiente.

- La exclusión de las personas jurídicas mercantiles

Desde esta perspectiva, en un principio se debatió si las sociedades mercantiles podían ser consideradas consumidoras cuando adquirirían un bien o servicio sin incorporarlo directamente a la producción o industria.

De manera casi unánime, la doctrina no compartió la inclusión de las personas jurídicas comerciales en la protección del derecho del consumidor, destacándose los argumentos esgrimidos por Cámara Lapuente quien sostuvo que por razones de técnica y política legislativa cabe rechazar la posibilidad en función de que: 1. los actos relacionados directa o indirectamente con la actividad profesional también contribuyen al proceso de producción y comercialización y aumentan los rendimientos de la empresa; 2. los empresarios cuentan con más medios que los consumidores para informarse, con mayor capacidad financiera e informativa; 3. los empresarios tienen mayores conocimientos y destrezas por su condición de tales, lo que pone en duda el desequilibrio; 4. se corre el riesgo de difuminar en exceso el concepto de consumidor; 5. el legislador puede extender la protección a estos sujetos sin considerarlos consumidores; 6. contraria la seguridad jurídica por la diversidad de la aplicación en estos casos; 7. la definición del consumidor no está limitada por el grado de conocimiento o experiencia que éste tenga³¹⁸.

³¹⁸ CÁMARA LAPUENTE, S., *El concepto...*, 107. El autor niega tal posibilidad aun en caso de pequeñas o medianas empresa pues entiende que en todo caso, actúan dentro de su actividad profesional y no merecen la tutela propia de los consumidores (p. 110).

Este debate quedó definitivamente zanjado por expresa manda legal luego de la reforma (actual art. 3 del TRLGDCU) que requiere para la calificación de las personas jurídicas como consumidoras que actúen sin ánimos de lucro y fuera de su actividad comercial o empresarial.

En relación a la exigencia de que actúen sin ánimo de lucro, el art. 4 del mismo cuerpo legal, define al empresario como: “... *toda persona física o jurídica, ya sea privada o pública, que actúe directamente o a través de otra persona en su nombre o siguiendo sus instrucciones, con un propósito relacionado con su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión*”.

Por su parte, el art. 116 del Código de Comercio que conceptualiza a las compañías mercantiles, expresamente enuncia que su objeto es obtener un lucro. En igual sentido, el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capitales, que norma a las sociedades de responsabilidad limitada, sociedades anónimas y sociedades comanditarias por acciones según su art. 1, dispone en el art. 2 su carácter mercantil en los siguientes términos: “*Las sociedades de capital, cualquiera que sea su objeto, tendrán carácter mercantil*”.

En definitiva, todas estas sociedades mercantiles aspiran al fin de lucro por su propia naturaleza, lo que impide que puedan ser consumidoras.

Por otro lado, y en relación al requisito objetivo para ser calificado como consumidor: la actuación en un ámbito ajeno a una actividad comercial o profesional, el art. 1 del Código de Comercio califica como comerciante a: los que tengan capacidad legal para ejercer el comercio, y se dediquen a él habitualmente; y a las compañías mercantiles o industriales que se constituyeren con arreglo al Código. El mismo cuerpo legal, preceptúa en el art. 3 que: “*existirá la presunción legal del ejercicio habitual del comercio desde que la persona que se proponga ejercerlo anunciare por*

circulares, periódicos, carteles, rótulos expuestos al público, o de otro modo cualquiera, un establecimiento que tenga por objeto alguna operación mercantil”.

Determinadas las normas que influyen la temática, resulta de sumo interés indagar cuál es el criterio del Tribunal Supremo en relación a la calificación de las sociedades mercantiles como consumidoras.

En este sentido, el Tribunal Supremo resolvió que las sociedades mercantiles no pueden ser calificadas de consumidoras en diversas oportunidades y destacó que ello se funda en el ánimo de lucro que ellas tienen. Concretamente, resolvió que: “...*la entidad demandante, en cuanto que compañía mercantil con ánimo de lucro, carece de la cualidad legal de consumidora, conforme al art. 3 del TRLGCU...*”³¹⁹.

En igual sentido, dispuso que: “...*Kantaubriko no puede tener tal cualidad legal de consumidor, en tanto en cuanto lo que pretendía con la obtención de los préstamos hipotecarios era financiar la adquisición de un bien inmueble para destinarlo a su actividad empresarial*”³²⁰.

En otro asunto decidió que: “*Respecto de la sociedad, el ordenamiento jurídico español, a diferencia de las Directivas comunitarias en materia de consumo que únicamente reconocen la condición de consumidores a las personas físicas, permite que una persona jurídica pueda ser consumidora, pero siempre que no tenga ánimo de lucro (art. 3 TRLGCU). Y una sociedad de responsabilidad limitada, cualquiera que sea su objeto social, tiene per se ánimo de lucro (art. 116 CCom y 1 de la Ley de Sociedades de Capital). La STJUE de 3 de septiembre de 2015 (C-*

³¹⁹ ATS 7962/2018 - ECLI: ES:TS:2018:7962A.

³²⁰ STS 2093/2018 - ECLI: ES:TS:2018:2093.

110/14, Costea) que se invoca en el recurso no resulta de aplicación al caso, porque se refería a una persona física”³²¹.

Recientemente, el Tribunal confirmó el criterio³²², en el ámbito de un contrato de préstamo, aclarando los fundamentos de tal decisión, los que pueden sintetizarse en los dos siguientes.

En primer lugar, aclaró que el préstamo fue contratado por una sociedad mercantil, cuyo objeto social era la edificación de todo tipo, y que el dinero conseguido se destinó a financiar la construcción de una nave industrial. En virtud de tales datos, consideró: “... *inequívocamente que Repro Ribera obtuvo el préstamo para su ámbito empresarial y como medio para su actividad mercantil...*”, y trajo a colación el anterior criterio del Tribunal, que adopta el del TJUE, en especial en los antecedentes “Schrems” y “Benincasa”³²³.

³²¹ STS 4358/2018 - ECLI: ES:TS:2018:4358.

³²² STS 1724/2019 - ECLI: ES:TS:2019:1724.

³²³ El tribunal transcribió sus dichos en estos términos: “*Como hemos declarado en la sentencia 230/2019, de 11 de abril, los criterios de Derecho comunitario para calificar a una persona como consumidora han sido resumidos recientemente por la STJUE de 14 de febrero de 2019, C-630/17 (asunto Anica Milivojevic v. Raiffeisenbank St. Stefan-Jagerberg-Wolfsberg eGen), al decir: "El concepto de "consumidor" [...] debe interpretarse de forma restrictiva, en relación con la posición de esta persona en un contrato determinado y con la naturaleza y la finalidad de este, y no con la situación subjetiva de dicha persona, dado que una misma persona puede ser considerada consumidor respecto de ciertas operaciones y operador económico respecto de otras (véase, en este sentido, la sentencia de 25 de enero de 2018, Schrems, C-498/16, EU:C:2018:37, apartado 29 y jurisprudencia citada). "Por consiguiente, solo a los contratos celebrados fuera e independientemente de cualquier actividad o finalidad profesional, con el único objetivo de satisfacer las propias necesidades de consumo privado de un individuo, les es de aplicación el régimen específico establecido [...] para la protección del consumidor como parte considerada más débil, mientras que esta protección no se justifica en el caso de contratos cuyo objeto consiste en una actividad profesional (sentencia de 25 de enero de 2018, Schrems, C-498/16, EU:C:2018:37, apartado 30 y jurisprudencia citada). "Esta protección particular tampoco se justifica en el caso de contratos cuyo objeto es una actividad profesional, aunque esta se prevea para un momento posterior, dado que el carácter futuro de una actividad no afecta en nada a su naturaleza*

En segundo lugar, argumentó que la actuación de la sociedad de responsabilidad limitada en un ámbito profesional no ofrecía dudas respecto a su ánimo de lucro, en virtud del propio tipo societario en el que ello se presume, conforme los arts. 116 del C.Com., y arts. 1 y 2 de la Ley de Sociedades de Capital, incluso destacó que toda sociedad de responsabilidad limitada será siempre mercantil, es decir, que tendrá consideración de empresario al que cabe aplicar su régimen jurídico. También destacó que: *“la sociedad mercantil, al desarrollar una actividad externa con ánimo de lucro, integra “una estructura empresarial organizada y proyectada al comercio, completada por capacidades productoras y de mercantilización en su cometido social”*.

En definitiva, el TS denegó la calidad de consumidora de una sociedad mercantil, en función de su necesario fin de lucro; además analizó el objeto de la contratación (financiación de la construcción de una nave industrial) que no resultaba ajeno a la actividad comercial o empresarial (construcción y explotación de edificaciones de todo tipo), sino directamente relacionado con el objeto social de la empresa.

En igual sentido, recientemente confirmó dicho criterio al resolver una casación en la que se cuestionaba la calidad de consumidora de una sociedad mercantil que contrató un préstamo dentro de su actividad comercial (para refinanciar sus deudas) y negó terminantemente tal posibilidad con similares fundamentos: que una sociedad mercantil de responsabilidad limitada opera en el tráfico mercantil con ánimo de lucro, lo que se presume por las normas del derecho comercial y de las sociedades³²⁴.

profesional (sentencia de 3 de julio de 1997, Benincasa, C-269/95 , EU:C:1997:337 , apartado 17)”.

³²⁴ STS 26/2020, 20/1/2020.

En resumen, actualmente en el derecho español excluye a la persona jurídica mercantil como consumidora, en consecuencia, sólo puede serlo la no comercial, a condición de cumplir con los ya citados requisitos: no tener ánimos de lucro y actuar en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial.

- Las personas jurídicas que pueden ser consumidoras

Procede ahora indagar específicamente: ¿qué personas jurídicas pueden calificarse como consumidoras? a lo que destinaremos los próximos párrafos.

Conforme los requisitos del art. 3 del TRLGDCU sólo podrían ser consumidoras las personas jurídicas civiles, por no perseguir ánimos de lucro, que de conformidad al art. 35 del Código Civil son: “1.º *Las corporaciones, asociaciones y fundaciones de interés público reconocidas por la ley...*” y “2.º *Las asociaciones de interés particular, sean civiles, mercantiles o industriales, a las que la ley conceda personalidad propia, independiente de la de cada uno de los asociados*”; siempre que actúen con un propósito ajeno a una actividad comercial o empresarial.

La doctrina especializada sostuvo que sólo las asociaciones, las cooperativas y las fundaciones pueden ser calificadas como consumidoras³²⁵, aun cuando también se cuestionó la posibilidad respecto a las dos últimas. Vale aclarar que las cooperativas y asociaciones de consumidores expresamente previstas en el art. 23 del TRLGDCU (que también requiere que sean sin ánimo de lucro) podrán o no ser ellas mismas consumidoras siempre que cumplan con los requisitos del art. 3

³²⁵ BERCOVITZ RODRÍGUEZ- CANO, R., *Comentario al...*, 63.

del TRLGDCU, ya que no puede identificarse a estas personas jurídicas con los consumidores que forman parte de ellas.

Si bien en teoría en todos los supuestos las cooperativas, fundaciones y asociaciones podrían calificar como consumidores, será necesario analizar, en el caso concreto, si el hecho, acto o contrato de consumo fue realizado conforme los requisitos del art. 3 del TRLGDCU, los que reducen los supuestos prácticos que originariamente podría admitir el tenor literal de la ley. A tal fin, cabe destacar que a quien alega la condición de consumidor le corresponde la carga de la prueba del cumplimiento de tales requisitos.

Por su parte, resulta destacable la opinión de Cámara Lapuente quien, si bien antes de la última reforma del TRLGDCU, pero con argumentos que mantienen vigencia actualmente y que compartimos plenamente, consideró que: *“...siendo el rasgo capital ahora actuar fuera del ámbito de una actividad empresarial o profesional y dadas los rasgos que pueden definir ésta (actividad económica, habitualidad, organización e independencia) deberían quedar fuera del concepto de consumidores tanto las cooperativas como las fundaciones, que revisten esos rasgos de operadores económicos o participantes en el mercado (organización/permanencia/habitualidad por definición ex art. 2 Ley 50/2002 y actividad económica ex art. 24.1 de la misma ley) y, en todo caso, en la actualidad cumplen sus fines con actividad y organización claramente profesional. En este sentido, sólo quedarían incluidas las asociaciones, siempre que no lo fuesen de profesionales o de empresarios...”*.

Analizamos cada uno de los supuestos.

(1) Las cooperativas

Las *cooperativas*, constituyen un tipo de sociedad que busca satisfacer las necesidades de sus miembros cooperativistas y pueden tener cualquier objeto social lícito. Constituyen “*verdaderas instituciones socioeconómicas*”³²⁶ y la propia Constitución Española fomenta su desarrollo³²⁷.

Así lo prevé el art. 1 de la ley 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas, que enuncia: “*La cooperativa es una sociedad constituida por personas que se asocian, en régimen de libre adhesión y baja voluntaria, para la realización de actividades empresariales, encaminadas a satisfacer sus necesidades y aspiraciones económicas y sociales, con estructura y funcionamiento democrático, conforme a los principios formulados por la alianza cooperativa internacional, en los términos resultantes de la presente Ley. 2. Cualquier actividad económica lícita podrá ser organizada y desarrollada mediante una sociedad constituida al amparo de la presente Ley...*”.

En este último sentido, la propia ley estipula en el art. 6 las clases de cooperativas que pueden constituirse, a saber: de trabajo asociado, de consumidores y usuarios, de viviendas, agroalimentarias, etc.

Por su parte, resulta interesante tener presente que sus socios pueden ser tanto las personas físicas como jurídicas, públicas o privadas y las comunidades de bienes, conforme el art. 12 de la ley; también puede haber cooperativas de segundo grado conformadas al menos por dos cooperativas, a las que pueden integrarse en calidad de socios otras personas jurídicas, públicas o privadas y empresarios individuales.

³²⁶ Así las denomina la propia Ley 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas en su exposición de motivos.

³²⁷ Conforme el art. 129 apartado 2 de la CE.

Resulta relevante destacar que las cooperativas tienen por objeto promover, coordinar y desarrollar fines económicos comunes de sus socios, y reforzar e integrar la actividad económica de los mismos, conforme expresamente lo prevé el art. 77 de la ley.

Hace tiempo, Bercovitz Rodríguez- Cano³²⁸ señaló con fundamentos que mantienen vigencia, que el hecho que las cooperativas contraten fundamentalmente con sus propios socios no impide que actúen dentro del mercado ya que cualquier persona puede asociarse y adquirir productos o servicios proporcionados por aquella, es decir, se trataría de un empresario o comerciante y no podría calificarse de consumidor. Este razonamiento tiene plena coherencia con el propio objeto de las cooperativas, que actualmente obran como empresas y con carácter de profesionales.

Por otro lado, y al margen de la actuación ajena a una actividad comercial o empresarial, en relación al requisito de la falta de ánimo de lucro, la propia ley admite que existan cooperativas sin ánimo de lucro (como pueden serlo las de iniciativa social del art. 106) y expresamente la “Disposición adicional primera” define cuándo existe tal calificación: *“Podrán ser calificadas como sociedades cooperativas sin ánimo de lucro las que gestionen servicios de interés colectivo o de titularidad pública, así como las que realicen actividades económicas que conduzcan a la integración laboral de las personas que sufran cualquier clase de exclusión social y en sus Estatutos recojan expresamente...”*.

En definitiva, si bien resulta dudosa la actuación de las cooperativas de manera ajena a una actividad comercial o empresarial y sin fines de lucro, nada obsta a que de acreditarlo en algún caso concreto puedan ser calificadas como consumidoras, lo que entendemos será excepcional.

³²⁸ BERCOVITZ RODRÍGUEZ- CANO, Alberto, *Estudios jurídicos sobre protección de los consumidores*, Madrid: Tecnos, 1987, 136.

(2) *Las fundaciones*

Por su parte, las *fundaciones* deben cumplir con la Ley 50/2002 de 26 de diciembre, de Fundaciones, que expresamente en el art. 2³²⁹ al conceptualizarlas declara que son sin ánimos de lucro y que tienen por objeto cumplir fines de interés general.

Además, el art. 23 prevé que están obligadas a destinar efectivamente el patrimonio y sus rentas a sus fines fundacionales, aunque el art. 24 expresamente habilita que puedan desarrollar actividades económicas relacionadas directa o indirectamente con aquellos objetivos, incluso participando en sociedades mercantiles.

En consecuencia, la calificación de las fundaciones como consumidoras resulta dudosa ya que la propia ley que las rige y que declara que son sin ánimos de lucro, las legitima a realizar actividades económicas, en cuyo caso imposibilitaría aquella alternativa. En este sentido, Marín López explicó con claridad que: “*Las fundaciones pueden desarrollar actividades económicas, y en ese marco celebrar contratos para obtener bienes o servicios. En tal caso no son consumidores*”³³⁰.

(3) *Las asociaciones*

Resulta más fácil que en el caso de las cooperativas y las fundaciones admitir que las *asociaciones*, pueden ser consumidoras por su propio objeto y por la falta de ánimo de lucro que presentan. Estas personas jurídicas se encuentran reguladas en la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, del Derecho de Asociación, aunque el art. 1.3 aclara que se registrarán

³²⁹ Artículo 2. Concepto. “1. *Son fundaciones las organizaciones constituidas sin fin de lucro que, por voluntad de sus creadores, tienen afectado de modo duradero su patrimonio a la realización de fines de interés general...*”.

³³⁰ MARÍN LÓPEZ, M. J., *El nuevo...*, 14.

por su legislación específica las asociaciones de consumidores y usuarios, entre otras.

Cabe destacar que en principio, y de acuerdo al tenor literal del art. 13 de la citada ley las asociaciones: *“1. Deberán realizar las actividades necesarias para el cumplimiento de sus fines, si bien habrán de atenerse a la legislación específica que regule tales actividades.*

2. Los beneficios obtenidos por las asociaciones, derivados del ejercicio de actividades económicas, incluidas las prestaciones de servicios, deberán destinarse, exclusivamente, al cumplimiento de sus fines, sin que quepa en ningún caso su reparto entre los asociados ni entre sus cónyuges o personas que convivan con aquéllos con análoga relación de afectividad, ni entre sus parientes, ni su cesión gratuita a personas físicas o jurídicas con interés lucrativo”.

En función de esta última cuestión puede válidamente afirmarse que las asociaciones pueden funcionar sin fines de lucro, lo que incluso la ley alienta al prohibir el reparto entre los asociados de los beneficios obtenidos.

Lo relevante a fin de admitir la calidad de consumidora es que la asociación no tenga fines de lucro, que no reúna comerciantes o empresarios y que realice una actividad ajena a la propia si fuera comercial. En relación a este último requisito, Marín López aclaró que las asociaciones: *“...actúan al margen de una actividad empresarial cuando los bienes o servicios adquiridos revierten directa o indirectamente en sus socios. Así, por ejemplo, es consumidora la asociación de personas con trastorno del espectro autista (TEA) que compra un ordenador para que los logopedas de la asociación trabajen con los niños afectados.... La solución es distinta cuando la asociación lleva a cabo actos que afectan*

*(benefician) a terceros...En estos contratos la asociación no puede considerarse consumidora*³³¹.

En todo caso, habrá que analizar si en el supuesto puntual la asociación que pretende ser calificada como consumidora cumple con los requisitos para ello.

- La inclusión de las entidades sin personalidad jurídica

Desde otra perspectiva, el TRLGDC actualmente admite la posibilidad de amparo en el derecho del consumidor a las *entidades sin personalidad jurídica*, lo que resulta más que razonable. Estas entidades están conformadas por un colectivo de sujetos constituidos en torno a la titularidad de un bien, y que se dedica a la gestión del mismo, a modo de ejemplo: las comunidades de heredero o el régimen de propiedad horizontal, respecto a los cuales la jurisprudencia ya había considerado tenían calidad de consumidores³³².

A modo ilustrativo, cabe destacar el fallo del TS en la resolución N° 152/2014, de 11 de marzo, en la que decidió la nulidad de una cláusula penal, a favor de una comunidad de propietarios, en cuanto consumidores, en los siguientes términos: *“La aplicación de la facultad judicial de moderación equitativa de la pena debe de ser valorada en el ámbito de la particular ineficacia contractual que se deriva de la nulidad de una cláusula declarada abusiva. Esta ineficacia contractual, encuentra su fundamento de aplicación en el específico régimen jurídico dispuesto por*

³³¹ MARÍN LÓPEZ, M. J., *El nuevo...*, 14.

³³² BERCOVITZ RODRÍGUEZ- CANO, R., *Comentario al...*, 64; el autor citó numerosa jurisprudencia de las Audiencias Provinciales en las que se consideró consumidores a las comunidades de propietarios en régimen de propiedad horizontal ante conflictos con proveedores de servicios como mantenimiento de ascensores, a donde se remite para su consulta.

la legislación de consumidores y de condiciones generales al tratarse de un contrato sometido a ese régimen y no de un contrato por negociación”.

Definitivamente, el art. 3 del TRLGDCU admite que las entidades sin personalidad jurídica puedan ser categorizadas como consumidores, y exige idénticos requisitos que para las personas jurídicas.

Se trata de una previsión novedosa que no contenían las versiones anteriores de la noción de consumidor, y que recoge la postura jurisprudencial de admitirlo respecto a las comunidades de propietarios que reclamaban el mantenimiento de ascensores; pero no podrán serlo si se trata de empresarios que operan en el mercado en régimen de comunidad de bienes³³³.

Por último, procede referir a un reciente antecedente del TJUE³³⁴ en el que decidió respecto a la posibilidad de considerar como consumidor a un condominio de copropietarios de un inmueble (condominio), que no está comprendido ni en el concepto de persona física ni en el de persona jurídica, al que le reclamaban intereses en un contrato de suministro que consideraban abusivos, de conformidad al art. 2 de la Directiva 93/13 y al derecho italiano. El TJUE destacó que la: “...*comunidad de propietarios de un inmueble es, en el ordenamiento jurídico italiano, un sujeto de Derecho que no es ni una «persona física» ni una «persona jurídica»...*”, y que: “...*en el estado actual del Derecho de la Unión, el concepto de «propiedad» no está armonizado a escala de la Unión Europea y que pueden existir diferencias entre los Estados miembros...*”, entonces consideró que: “...*mientras el legislador de la Unión no intervenga al respecto, los Estados miembros mantienen su libertad de regular el régimen jurídico de la comunidad de propietarios en sus ordenamientos*

³³³ MARÍN LÓPEZ, M. J., *El nuevo...*, 15.

³³⁴ TJUE, “Condominio di Milano, via Meda y Eurothermo SpA”, ECLI:EU:C:2020:263.

jurídicos nacionales respectivos, calificándola o no como «persona jurídica»...”.

En definitiva, el TJUE determinó que el condominio al no ser persona física, uno de los requisitos para ser considerado consumidor conforme la Directiva 93/13, no podía ampararse en dicho régimen tuitivo. Sin embargo, destacó que el Estado italiano, tal como ocurrió con la jurisprudencia que se cita en el caso del Tribunal Supremo de Casación, puede aplicar disposiciones de esa Directiva a sectores no incluidos en su ámbito de aplicación (conforme el art. 8 de la Directiva, Considerando duodécimo y Considerando 13 de la Directiva 2011/83, tal como ya analizamos en este capítulo al desarrollarse la persona jurídica en el derecho europeo a donde remitimos).

Este antecedente resulta de suma relevancia pues, por analogía, se convalida al menos en materia de cláusulas abusivas, la posibilidad de que el consorcio pueda ser considerado consumidor, tal como expresamente lo admite el art. 3 del TRLGDCU (entes sin personalidad jurídica), con los fundamentos brindados por el TJUE.

c) En el derecho argentino

- *La recepción normativa de la persona jurídica en la LDC*

En Argentina la LDC, desde su versión originaria en 1993 hasta la última reforma por la sanción del CCCN, receptó a la persona jurídica como consumidora, de modo genérico y con igual requisito que la física o humana: el destino final del bien o servicio adquirido o utilizado, en beneficio propio o de su grupo familiar o social. Vale destacar que este criterio inclusivo es el adoptado por la mayoría de las legislaciones de la

región³³⁵. En consecuencia, no cuenta como en el derecho español con requisitos especiales que despejen dudas en relación a aquella alternativa, lo que justifica un examen más detenido de la temática por el debate existente.

Actualmente, tanto el art. 1 de la LDC como el art. 1092 del CCCN conceptualizan al consumidor como: “*la persona física/humana o jurídica que adquiere o utiliza, en forma gratuita u onerosa, bienes o servicios como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social...*”.

Para comenzar el análisis, cabe recordar la definición de persona jurídica que brinda el art. 141 del CCCN: “*Son personas jurídicas todos los entes a los cuales el ordenamiento jurídico les confiere aptitud para adquirir derechos y contraer obligaciones para el cumplimiento de su objeto y los fines de su creación*”.

Por su parte, el código las clasifica en públicas o privadas. Son públicas, conforme al art. 146: a. el Estado nacional, las Provincias, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, los municipios, las entidades autárquicas y las demás organizaciones constituidas en la República a las que el ordenamiento jurídico atribuya ese carácter; b. los Estados extranjeros, las organizaciones a las que el derecho internacional público reconozca personalidad jurídica y toda otra persona jurídica constituida en el extranjero cuyo carácter público resulte de su derecho aplicable; c. la Iglesia Católica. Las privadas se receptan en el art. 148, a saber: a. las sociedades; b. las asociaciones civiles; c. las simples asociaciones; d. las fundaciones; e. las iglesias, confesiones, comunidades o entidades

³³⁵ Con mayor o menor requisitos, admiten que la persona jurídica sea consumidor: Brasil: Ley 8078, art. 2, Uruguay: Ley 17.250, art. 2, Chile: Ley 19.496, arts. 1 y 2; Paraguay: Ley 1334, art. 4; Perú: Ley 29.571, art. IV; México: Ley Federal de Protección del consumidor, art. 2, entre otros.

religiosas; f. las mutuales; g. las cooperativas; h. el consorcio de propiedad horizontal; i. toda otra contemplada en disposiciones de este Código o en otras leyes y cuyo carácter de tal se establece o resulta de su finalidad y normas de funcionamiento.

Desde esta perspectiva, y en virtud de la generalidad de la previsión normativa (art. 1 de la LDC y art. 1092 del CCCN) que admite que las personas jurídicas puedan ser calificadas como consumidores, intentaremos determinar qué tipos y bajo qué condiciones merecen la tutela del derecho del consumidor.

- *Posturas doctrinarias y jurisprudenciales*

Indudablemente, entre los diversos tipos de personas jurídicas, el mayor debate y cuestionamiento deriva de la posibilidad de considerar como consumidoras a las sociedades, por su propio objeto comercial, así como a las fundaciones, asociaciones y cooperativas. Por ello, consideramos que el planteamiento es similar al que tiene lugar en el derecho español, aun cuando en éste se hayan superado debates que todavía se encuentran vigentes en el país latinoamericano. En virtud de lo expuesto, procede el examen de las diversas posturas doctrinales y jurisprudenciales.

Desde el origen del derecho del consumidor en Argentina, tanto en la doctrina³³⁶ como en la jurisprudencia³³⁷ se debatió y criticó la posibilidad

³³⁶ LORENZETTI, Ricardo L., *La relación de consumo. Ámbito de aplicación del estatuto del consumidor*, en: AAVV: *Defensa del consumidor*, Ricardo L., LORENZETTI,– Gustavo J., SCHOTZ, (Coordinadores), Buenos Aires: Abaco de Rodolfo Depalma, 2003, 73, 78 y ss.; Jorge, MOSSET ITURRASPE, Javier, WAJNTRAUB, *Ley de defensa del consumidor: Ley 24.240*, Santa Fe: Rubinzal Culzoni, 2008, 38-39; Carlos, HERNÁNDEZ, *Relación de consumo*, en: *Tratado de Derecho del Consumidor*, Gabriel A. Stiglitz; Carlos Hernández (Directores), Buenos Aires: Thomson Reuters La Ley, Tomo I, 2015, 413 y ss.; Demetrio A., CHAMATRÓPULOS, *Estatuto del Consumidor Comentado*, 2º edición, Tomo 1,

de admitir la calidad de consumidoras a las personas jurídicas, lo que generó diversas opiniones y decisiones a fin de delimitar los supuestos en los que se justifica la protección tuitiva. De su estudio pormenorizado podemos concluir que existen diversas posturas en relación a dicha alternativa, conforme con:

Buenos Aires: La Ley, 2019, 91 y ss.; Sandra A., FRUSTRAGLI, Carlos A., HERNÁNDEZ, *El concepto de consumidor, Proyecciones actuales en el Derecho argentino*, DPyC, 2009-1, 259 y ss.; Guillermo P., TINTI, Maximiliano R. CALDERÓN; *Derecho del Consumidor: Ley 24.240*, 4º Edición, Córdoba: Alveroni, 2017, 28; Sergio S., BAROCELLI, Iván V., PACEVICIUS, *El ámbito de aplicación del derecho del consumidor ante el nuevo Código Civil y Comercial*, en: *Impactos del nuevo Código Civil y Comercial en el derecho del consumidor. Diálogos y perspectivas a la luz de sus principios*, Sergio S., BAROCELLI, (Coordinador), Buenos Aires: Universidad de Buenos Aires, Facultad de Derecho, 2016, 65 y ss.; Sandra A., FRUSTRAGLI, *La categoría de consumidor en el Anteproyecto de Ley de Defensa del Consumidor*, en: *AAVV, Comentarios al anteproyecto de Ley de Defensa del Consumidor: homenaje a Rubén S. Stiglitz*, compilado por Fulvio G. Santarelli; Demetrio A. Chamatropulos; Buenos Aires: La Ley, 2019, 27 y ss.; Demetrio A. CHAMATROPULOS; María A. NAGER.; *La empresa como consumidora*, La Ley Online: AR/DOC/394/2012; Francisco, JUNYENT BAS, María C., GARZINO, Santiago, RODRÍGUEZ JUNYENT, *Cuestiones claves de derecho del consumidor*, Córdoba: Advocatus, 2017, 48 y ss.;

³³⁷ La CSJN no tuvo oportunidad de pronunciarse al respecto, sino que sólo existen antecedentes de tribunales Nacionales o Provinciales: a modo de ejemplo pueden citarse: CNCom., sala A, "Artemis Construcciones S.A. c. Diyon S.A. y otro", 21/11/2000; CNCom., sala B, "Cocaba SRL c. Aserradero Comar SCA", D.J., 2004-2, 559, CNCom., Sala B, "Rosalino Cándido Medina González c. Peugeot Citroën Argentina S.A. y otro", 29/12/2005; CNCom., sala D, "De Pascale, I. c. Lardo, D. R. y otros", 22/06/2006; CCiv. Y Com de San Isidro, Sala 1, "Sociedad Escolar Alemana de Villa Ballester c. Ditada, Nicolás M. y otro", 23/10/2008; CNCom., Sala C, "Tacco Calpini SA c. Renault Argentina SA y otro", 06/03/2009; CNCom., sala F, "Fideicomiso de Recuperación Crediticia Ley 12.726 c. Rodi Jorge y otro, s/ejecución prendaria", 07/06/2011; CCiv. y Com. de Azul (Buenos Aires) – Sala 1, "Romero, Carlos Alfredo c/ Fiat Auto argentina S.A. y Otro s/ incumplimiento de contrato-daños y perjuicios", 04/09/2014; CCiv. y Com. de San Martín (Buenos Aires), "Compañía de Maxikioscos S.R.L. c/ Forcam S.A. Y Otros S/Daños y Perj. Incump. Contractual (Exc. Estado), 14/07/2015; CNCom., Sala A, "Pereira, Jorge Alberto c. Bapro Mandatos y Negocios SA s/ organismos externos", 17/05/2018, CNCom., Sala F, "Cortinas Argentinas S.A. c/ Provincia Seguros S.A. s/ ordinario", 10/04/18.

- (1) El criterio del “*fin de lucro*”: *Sólo personas jurídicas no lucrativas*³³⁸, cuando su actividad no constituya una comercial, como por ejemplo: asociaciones, fundaciones, sindicatos, consorcio de propietarios, etc. cuando adquieren o utilizan bienes o servicio en beneficio de sus socios o adherentes³³⁹.

Esta postura coincide con la actualmente vigente en el art. 3 del TRLGDCU que requiere que la adquisición sea sin fines de lucro y ajena a la actividad comercial o empresarial. Sin embargo, cabe destacar que el ánimo de lucro no es una cuestión que la ley introduzca a los fines de la calificación del consumidor en el derecho argentino.

- (2) El contenido o significado que se otorgue al requisito del *destino final*:

- a) *Sólo si los bienes o servicios adquiridos no se relacionan directa ni indirectamente con el objeto social de la persona jurídica*³⁴⁰, entendiendo por destino final en sentido que no tenga ningún tipo de contacto comercial con la actividad de la empresa, asociación, etc.

Se trata del denominado criterio restrictivo, finalista positivo³⁴¹ de la noción de consumidor que tiene en cuenta la denominada *causa fin* del acto celebrado por la persona; es el

³³⁸ STIGLITZ, Gabriel, *Interpretación del contrato por adhesión entre empresas (El espíritu del derecho del consumidor está ligado a la defensa de las personas físicas)*, Buenos Aires: La Ley, Tomo 1995-C, 19.

³³⁹ BAROCELLI, S., PACEVICIUS, I., *El ámbito de aplicación...*, 65.

³⁴⁰ Juan M., FARINA, *Defensa del consumidor y del usuario*, 2° edición, Buenos Aires: Astrea, 2000; CHAMATROPULOS, D.; NAGER, M.; *La empresa...*, 6; Marcelo C., QUAGLIA, *La persona jurídica como consumidor. Una propuesta de criterios ante las soluciones que brinda la normativa vigente*, Diario Jurídico La Ley, 9 de octubre de 2019, Tomo La Ley 2019-E, 13.

³⁴¹ Conforme explica: LORENZETTI, R. *La relación de consumo...*, 75.

destinatario final fáctico y económico, que excluye al consumo intermedio³⁴².

Esta postura fue adoptada por el Decreto Ley 1798/1994, reglamentario de la LDC (actualmente vigente, aun cuando su contenido se encuentre desactualizado en función de la reforma producida por el CCCN) que dispuso en el art. 2: “*Se entiende que los bienes o servicios son integrados en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros cuando se relacionan con dichos procesos, sea de manera genérica o específica*”.

Siguiendo este criterio se decidió que puede ser consumidora la persona jurídica que adquiere bienes o servicios para una actividad empresarial, pero que ellos no se relacionan ni directa ni indirectamente con el objeto social³⁴³.

Por el contrario, se rechazó tal calificación en caso de una persona jurídica que adquirió un bien en subasta privada pues no fue como: “*...como destinatario final del producto o servicio...de modo que sólo aquellas personas jurídicas que pretendan adquirir bienes o servicios fuera del ámbito de su actividad lucrativa y que, además, no fueran a incorporarlos de manera directa o indirecta a su actividad comercial o productiva...*”³⁴⁴.

³⁴² Claudia LIMA MÁRQUEZ, *Campo do aplicação do CDC*, em: Antonio H. BENJAMIN, Claudia LIMA MÁRQUES, Leonardo ROSCOE BESSA, *Manual de direito do consumidor*, 3º edición, Sao Paulo: Editora Revista Dos Tribunais, 2010, 84-88.

³⁴³ CNCom., Sala C, “Tacco Calpini SA c. Renault Argentina SA y otro”, 06/03/2009.

³⁴⁴ CNCom., Sala D, “Hojobar S.A. c. Volkswagen Argentina S.A. s/ ordinario”, 09/05/2019.

- b) *Si los bienes o servicios no se relacionan directamente con el objeto, a cuyo fin habrá que analizar si la operación cae fuera del ámbito de la actividad profesional específica de la persona. Ello puede definirse en función del: "...objeto de la actividad económica junto a otras circunstancias relevantes del caso (v.gr. naturaleza de la relación de consumo, grado de vulnerabilidad, situación monopólica del proveedor, etc.)"*³⁴⁵.

Se trata de la denominada postura *maximalista*, que incluye al consumidor intermediario: persona jurídica o empresario en función del tipo de acto que realizan: solo interesa el destinatario fáctico que retira el producto del mercado³⁴⁶.

En el ámbito del Mercosur, se adoptó este criterio en la Resolución 34-2011 del Grupo Mercado Común, que al definir al consumidor aclaró expresamente que: "*no se considera consumidor aquel que sin constituirse en destinatario final adquiere, almacena, utiliza o consume productos o servicios con el fin de integrarlos como insumo directo a otros productos o servicios en proceso de*

³⁴⁵ FRUSTRAGLI, S., *La categoría de consumidor en el Anteproyecto...*, 27; Sandra A. FRUSTRAGLI; Carlos A., HERNÁNDEZ, *El concepto de consumidor*, 3.

También avalan el criterio de la no incorporación de manera directa a un proceso comercial: Juan M. FARINA, *Defensa del Consumidor y del Usuario*, 4º Edición, Buenos Aires: Astrea, 2008, 59; Federico M., ÁLVAREZ LARRONDO, *El empresario consumidor*, Diario Jurídico La Ley, 21/08/2014, 4; María L. PARMIGIANI, *Un debate sin consenso: la necesidad de trazar límites interpretativos en la calificación jurídica de consumidor. Análisis particular de la figura del empresario*, Revista de Derecho Comercial del Consumidor y de la Empresa, AÑO V, Nº 2, Buenos Aires: La Ley, Abril 2014, 124 y ss.

³⁴⁶ Claudia LIMA MÁRQUES, *Campo do aplicação do CDC*, em: Antonio H. BENJAMIN, Claudia LIMA MÁRQUES, Leonardo ROSCOE BESSA, *Manual de direito do consumidor*, 3º edición, Sao Paulo: Editora Revista Dos Tribunais, 2010, 84-88.

*producción, transformación, comercialización o prestación a terceros*³⁴⁷, pese a lo cual el art. 2 admite que los estados miembro puedan definirlo de modo más restrictivo.

Varios fallos siguen también este criterio. Se concedió calidad de consumidora a una S.A. que adquirió un vehículo a fin del traslado de sus miembros y empleados³⁴⁸; y en sentido contrario, se rechazó tal calidad a una SRL que adquirió bienes para incorporarlos a un proceso de producción³⁴⁹. Destacando otros aspectos, además del destino final directo, se admitió que una sociedad sea consumidora ya que el auto asegurado fue para el consumo final de la empresa y no para incorporarlo al proceso productivo, con los siguientes argumentos: *“...deberá identificarse como consumidor a aquel sujeto que recibe el bien o el servicio y que se posiciona frente a su cocontratante en una situación que encierra dos aspectos centrales: 1º) debilidad negocial; y 2º) relativa desigualdad respecto de la información concerniente al producto o servicio objeto de la contratación. Esta última asimetría importa que el producto o servicio no pertenece a la esfera de la competencia profesional de quien lo recibe o utiliza, e implica que la parte "débil" en la contratación carece de la posibilidad de solventar tal déficit informativo*

³⁴⁷ Texto completo disponible en: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/200000-204999/204904/norma.htm>, última consulta: 24/1/2020.

³⁴⁸ CNCom., Sala A, "Artemis Construcciones S.A. c. Diyon S.A. y otro", 21/11/2000.

³⁴⁹ CNCom., Sala B, "Cocaba SRL c. Aserradero Comar SCA", D.J., 2004-2, 559 y CNCom., Sala D, "De Pascale, I. c. Lardo, D. R. y otros", 22/06/2006; CNCom., Sala F, "Fideicomiso de Recuperación Crediticia Ley 12.726 c. Rodi Jorge y otro, s/ejecución prendaria", 07/06/2011 (préstamo para adquirir máquina agrícola).

con sus propios recursos -en virtud de la estructura técnica y económica con la que se presenta y se desenvuelve en el mercado-. Como puede verse, la norma prevista en el art.1 LDC incluye a las personas jurídicas, por lo cual si el bien fue adquirido para consumo final, se encuentra alcanzado por las previsiones de la misma”³⁵⁰.

Por nuestra parte, adoptamos esta postura en un trabajo en coautoría hace unos años³⁵¹, argumentando que además del criterio del destino final, en virtud del valor de uso y no un valor de cambio, es decir: no incorporación directa del bien o servicio; además destacamos que debía analizarse si existía: a. debilidad estructural: en términos de profesionalidad o idoneidad técnica y b. la relación de dimensionamiento empresario entre proveedor y adquirente o usuario, que permita predicar el desequilibrio que justifica la tutela del derecho del consumidor.

- (3) La vulnerabilidad de la persona frente al proveedor: es otro criterio que puede ser considerado por sí sólo, o conjuntamente con alguno de los anteriores (de ser ello compatible) para definir la calificación del sujeto. Sin dudas, se trata de la aplicación de la noción relacional del concepto de consumidor, pues mira específicamente la vinculación con su contraparte.

Resulta evidente que este criterio, si bien no previsto expresamente en la ley se justifica en los propios fundamentos del derecho del consumidor, y creemos que sin dudas cuando los

³⁵⁰ CNCom., Sala F, “Cortinas Argentinas S.A. c/ Provincia Seguros S.A. s/ ordinario”, 10/04/2018.

³⁵¹ JUNYENT BAS, F., GARZINO, M., RODRÍGUEZ JUNYENT, S., *Cuestiones claves...*, 48 y ss.

criterios anteriores brindan dudas en el caso concreto, debe determinarse si existe vulnerabilidad o no para confirmar la calidad del sujeto.

La adopción de cualquiera de estas posturas doctrinarias, avaladas por diversos fallos jurisprudenciales, es en todo caso, constituye una decisión de política legislativa que debe resolverse para evitar la inseguridad jurídica que importa la existencia de tan diversos criterios que derivan en conclusiones distintas según el caso, es decir, inseguridad jurídica y falta de certeza.

- *La carga de la prueba respecto a la calidad de consumidora de la persona jurídica*

Desde otro punto de vista, una cuestión clave al momento de decidir la calidad de la persona jurídica como consumidora, y al margen de la postura que se adopte, radica en determinar quién debe probar el destino final del bien.

En todos los casos, incluso al tratarse de una persona física, quien alega la condición de consumidor debe acreditarlo a fin de justificar la tutela diferenciada, salvo cuando ello resulte del negocio jurídico perfeccionado, o de sus circunstancias, etc. Esta aclaración adquiere particular relevancia cuando el posible consumidor se encuentra rebelde en el proceso judicial, oportunidad en la que el Juez debe analizar las constancias de la causa y decidir en función de éstas si es posible la calificación.

Parece justo suponer que a falta de prueba expresa sobre la cuestión, la calidad de persona física es una circunstancia relevante que admite presumir (junto con otros elementos en igual sentido) que se estaría ante un consumidor, salvo se demuestre lo contrario. Inversamente, con

respecto a las personas jurídicas, en función de las particularidades y la naturaleza de este tipo de sujetos, serán ellas quienes deban acreditar el destino final y que pueden ser consideradas consumidores.

En relación a las personas jurídicas comerciales, se decidió que el crédito: *“...fue otorgado a la SOCIEDAD COMERCIAL demandada, del tipo legal: ‘Sociedad de Responsabilidad Limitada’ (‘S.R.L.’, arts. 1º, 2º, 146, ss. concs. de la L.S. nº 19.550 modif. por ley nº 22.903/83), y como tal, que realiza actos de comercio comprendidos en el art. 8 y concs. del C. de Comercio, siendo principal contratante, y obligada, por lo que se presume que lo ha sido para su habitual giro comercial, toda vez que no resulta del contrato de mutuo de fs. 13 una causa diversa”*³⁵², criterio, fundado en normas anteriores al CCCN, pero cuyo contenido mantiene vigencia. En similar sentido, se resolvió que: *“... las adquisiciones de bienes o servicios que hacen las personas jurídicas que persiguen fines lucrativos son, en el orden normal y natural de las cosas, para integrar unos u otros a procesos de producción, transformación, comercialización o prestaciones a terceros, en tanto que en el común de las veces, esa es su finalidad y única razón que las justifica. Frente a ello, si bien una persona jurídica puede ser consumidora (arts. 1092 y 1093 del Cód. Civ. y Com. de la Nación), la admisión de tal condición debe examinarse con carácter restrictivo...”*³⁵³.

Entendemos que se trata de un argumento lógico, que atiende a la propia naturaleza y objeto de las sociedades comerciales, máxime admitiendo

³⁵² C. Civ., Com., Trab. y Fam. de Bell Ville, “Cooperativa de Emprendimientos Múltiples Sudecor Litoral Limitada c/ Hugo Audrito y Cía. SRL – Ejecutivo”, 12/3/2013, Sentencia N° 5, confirmada por el TSJ de Córdoba (sin hacer suyos los argumentos de la decisión), 29/7/2014, Sentencia N° 119.

³⁵³ CNCom., Sala D, “Hojobar S.A. c. Volkswagen Argentina S.A. s/ ordinario”, 09/05/2019.

que constituirá una presunción *iuris tantum* que admite prueba en contrario por la parte interesada.

- *Personas jurídicas que pueden ser calificadas como consumidoras*

Admitida normativamente la posibilidad de calificar a las personas jurídicas como consumidoras, art. 1 de la LDC y art. 1092 del CCCN, a nuestro entender, la regla general es la admisión por expresa manda legal, siempre que se acredite el requisito legal de la adquisición del bien o servicio como destinatario final, y en beneficio propio o del grupo social, cuestión que en definitiva, deberá comprobarse en el caso concreto.

En esta línea de pensamiento, procede analizar los supuestos en particular, aclarando que a pesar de no ser una exigencia legal la falta de ánimo de lucro de la persona jurídica para ser consumidora, lo consideraremos especialmente en cada caso, por dos motivos: uno, así lo requieren parte de la doctrina y la jurisprudencia local; y dos, al ser requerido en el derecho español para dicha calificación, pensamos que se trata de una herramienta útil para la ulterior comparación entre el estado de situación entre ambos Estados.

Al respecto, Lorenzetti señaló con claridad que: “*Las personas jurídicas consumidores pueden ser privadas con fines de lucro, o sin ellos, y públicas*”³⁵⁴, incluso, Chamatrópulos consideró que: “...*el afán de lucro*”

³⁵⁴ LORENZETTI, Ricardo L., *La relación de consumo. Ámbito de aplicación del estatuto del consumidor*, en: AAVV: *Defensa del consumidor*, LORENZETTI, Ricardo L. – SCHOTZ, Gustavo J., (Coordinadores), Buenos Aires: Abaco de Rodolfo Depalma, 2003, 73.

*no constituye un obstáculo para ser consumidor*³⁵⁵. Por el contrario, otros consideran que sólo las personas jurídicas no lucrativas pueden resultar consumidores³⁵⁶.

Por nuestra parte, insistimos en que el legislador argentino no exige de manera concreta la falta de ánimo de lucro para calificar al consumidor, por lo que no se trata de una cuestión excluyente, como lo es el destino final del bien o servicio; de todos modos, consideramos que sí constituye un parámetro de utilidad para analizar en el caso concreto si la persona jurídica debe o no subsumirse en la noción, lo que se expondrá detenidamente en los siguientes epígrafes.

Finalmente, se precisa que el caso del Estado (como persona jurídica pública) será estudiado en otro epígrafe especial de este capítulo.

(1) Las sociedades comerciales

Tal como se advirtió, el caso de las sociedades comerciales (al igual que en el derecho español) son las que mayor debate y rechazo generan por su naturaleza y objeto comercial, con fines de lucro. Reiteramos: si bien la ley no establece requisitos especiales para éstas la doctrina y la jurisprudencia sí lo impusieron en virtud de la noción del destino final del bien o servicio, tal como ya se sintetizó en las posturas antes detalladas.

Álvarez Larrondo³⁵⁷, con argumentos que compartimos, consideró justificado incluir a las sociedades comerciales como consumidores en función de la falta de protección legal que algunas de aquellas tenían

³⁵⁵ Demetrio A., CHAMATRÓPULOS, *Estatuto del Consumidor Comentado*, 2º edición, Tomo 1, Buenos Aires: La Ley, 2019, 81.

³⁵⁶ BAROCELLI, Sergio S., PACEVICIUS, Iván V., *El ámbito de aplicación del derecho del consumidor ante el nuevo Código Civil y Comercial*, en: *Impactos del nuevo Código Civil y Comercial en el derecho del consumidor. Diálogos y perspectivas a la luz de sus principios*, BAROCELLI, Sergio S., (Coordinador), Buenos Aires: Universidad de Buenos Aires, Facultad de Derecho, 2016, 65.

³⁵⁷ ÁLVAREZ LARRONDO, F., *El empresario consumidor*, 4.

respecto a otras y a fin de que cuenten con herramientas jurídicas (brindadas por la LDC) para defender sus derechos. En este sentido, el autor citado señaló que: *“La buena fe, la inexistencia de las cláusulas abusivas (bien utilizamos el término "inexistencia"), la invalidez de la prórroga de la competencia, la interpretación del contrato a favor del consumidor, la responsabilidad de la cadena comercial, la nulidad del contrato por falta de información, por violación de las normas de defensa de la competencia y de lealtad comercial, son principios rectores que emanan de la norma consumerista. Y es por ello, que se lucha por incorporar a la mayor parte de los vínculos dentro de este régimen legal actualizado”*.

A ello cabe agregar, por nuestra parte, otras ventajas del régimen tuitivo como: el beneficio de la justicia gratuita, el principio de interpretación más favorable al consumidor, las cargas dinámicas de la prueba, entre otros, y que no se corresponden con el régimen jurídico de los contratos paritarios ni los celebrados por adhesión a condiciones predispuestas.

Creemos que la situación no varía, como lo consideran algunos autores³⁵⁸, con la sanción del CCCN pues si bien es cierto que éste incorporó nuevas reglas, por ejemplo para el control de las cláusulas abusivas en los contratos celebrados por adhesión a cláusulas generales predispuestas (arts. 984 a 989), ello no resulta suficiente para proteger a todo el universo de personas jurídicas que pueden verse perjudicadas por un negocio jurídico que puede ser no relacionado con su objeto social o actividad comercial específica. En especial, puede incluso que la sociedad no se vincule a través de un contrato de adhesión, y en tal caso, aun cumpliendo los requisitos para ser calificada como consumidor no podría resguardarse en el régimen tuitivo, y debería acudir a las herramientas del abuso del

³⁵⁸ QUAGLIA, M. C., *La persona jurídica...*, 14, en nota 19.

derecho, la violación al principio de buena fe, etc. los que requieren de mayor dificultad probatoria y que quizás las desanimen a ejercer acciones en defensa de sus derechos.

Por todo lo expuesto, conforme la tradición latinoamericana y la regulación del Mercosur³⁵⁹ sobre el tema, y en función de la interpretación literal de la ley³⁶⁰ (arts. 42 de la CN, 1 de la LDC y 1092 del CCCN) y su finalidad: la protección del sujeto débil en el mercado por el desequilibrio estructural (que son las que primero deben realizarse, art. 2 del CCCN³⁶¹) mantenemos la postura que manifestamos hace varios años³⁶² en sentido que las personas jurídicas pueden ser consumidoras en la medida que adquieran o utilicen el bien o servicio como destinatario final: en virtud del valor de uso, que no implique una incorporación directa a su objeto social o actividad comercial; además creemos que debe analizarse si existe debilidad estructural, vulnerabilidad³⁶³ en el mercado entre la sociedad en

³⁵⁹ Resolución 34-2011, del Grupo Mercado Común.

³⁶⁰ En contra opinó Barocelli: *“Entendemos que el nuevo Código ha contribuido más a desvanecer los argumentos de quienes propugnan la existencia de un supuesto “consumidor empresario”, al prescribir expresamente en el artículo 1.093 que el destino de los bienes y servicios, para ser calificado como consumidor, tiene que ser no solo final, sino también privado. Asimismo el nuevo Código regula expresamente los contratos de adhesión, tanto entre empresas, como entre empresas y consumidores, en los artículos 984 y subsiguientes, estableciendo prescripciones especiales en materia de formalismo de protección, interpretación, cláusulas abusivas, entre otros. Por lo tanto, los argumentos de “pobreza” del ordenamiento jurídico para “estirar” la noción de consumidor, desnaturalizándola y comprendiendo estos supuestos, carecen ya, desde nuestro punto de vista, de fundamentos”* en: BAROCELLI, S., PACEVICIUS, I., *El ámbito de aplicación...*, 66.

³⁶¹ ARTÍCULO 2º.- Interpretación. La ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento.

³⁶² JUNYENT BAS, F., GARZINO, M., RODRÍGUEZ JUNYENT, S., *Cuestiones claves...*, 48 y ss.

³⁶³ Este es el término utilizado por Lorenzetti como requisito que debe verificarse para calificar al consumidor, ver: LORENZETTI, R. *La relación de consumo...*, 82.

cuestión y la proveedora, que ponga de manifiesto un desequilibrio en la información, conocimientos técnicos, poder de negociación, etc.

Por su parte, cabe recordar las palabras de Alegría quien consideró hace años que: *“Las sociedades comerciales por su forma, podrán realizar actos de comercio o actos civiles en cumplimiento de su objeto; tales actos no serán necesariamente actos de comercio sólo por haber sido realizados por una sociedad comercial y podrán ser calificados como actos de consumo en la medida que se den las condiciones de los arts. 1 a 3 de la LDC”*³⁶⁴.

Desde otro punto de vista, resulta dirimente y conforme a la tradición nacional el hecho que ninguna de las reformas introducidas a la LDC (en especial mediante la ley 26.361 y el CCCN que modificaron la noción de consumidor) eliminó la posibilidad que la persona jurídica pueda ampararse en el régimen tuitivo, ni tampoco impusieron requisitos especiales para ello, lo que denota la voluntad del legislador de mantener el criterio permisivo y amplio sin mayores exigencias que para la persona física (destino final, para beneficio propio o de su grupo social). De igual modo, el Proyecto de Código que reemplazaría la LDC³⁶⁵, que se encuentra en tratamiento legislativo, no modifica esta cuestión y mantiene idéntica línea a la actualmente vigente, máxime ante la jurisprudencia vigente que delimita los casos de aplicación de manera razonable.

Por último, consideramos que le asiste razón a Chamatrópulos quien aseveró que cuando se admite el carácter -excepcionalmente a su criterio-

³⁶⁴ Héctor, ALEGRIA, *Régimen legal de protección del consumidor y Derecho Comercial*, Diario Jurídico La Ley de 26/04/2010, 1, Argentina, 2010.

³⁶⁵ El Artículo 2 dispone: *“Categoría de consumidor. Es consumidor la persona humana o jurídica que adquiere, de modo gratuito u oneroso, bienes o servicios como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social...”*, trámite legislativo disponible en: <https://www.hcdn.gob.ar/proyectos/resultados-buscador.html>, última consulta el 4/7/2020.

de consumidor de la empresa, se trata de pequeñas o medianas, cuando no de personas físicas comerciantes directamente³⁶⁶. Este planteo demuestra la extensión de la noción a sujetos respecto de los cuales existe un real desequilibrio estructural o de dimensionamiento empresario, presentando situaciones de vulnerabilidad en las que la jurisprudencia entendió justificada la protección consumeril, criterio que ya afirmamos resulta una herramienta de suma utilidad para dirimir el caso concreto.

(2) *Las asociaciones civiles y las simples asociaciones*

En relación a las *asociaciones civiles* el CCCN en el art. 168 determina que deben tener un objeto que: “...no sea contrario al interés general o al bien común. El interés general se interpreta dentro del respeto a las diversas identidades, creencias y tradiciones, sean culturales, religiosas, artísticas, literarias, sociales, políticas o étnicas que no vulneren los valores constitucionales...”, y expresamente exige que: “...No puede perseguir el lucro como fin principal, ni puede tener por fin el lucro para sus miembros o terceros”.

Esta última cuestión hace que se admita que las asociaciones puedan ser consumidoras, pues adquieren o utilizan los bienes en beneficio de sus asociados o adherentes³⁶⁷. Sin embargo, cabe destacar que aun cuando sea una persona jurídica sin fines de lucro, lo esencial conforme el requisito legal es que haya adquirido como destinatario final, de lo contrario se excluye de la protección del consumidor, tal como lo resolvió hace tiempo la jurisprudencia³⁶⁸.

³⁶⁶ CHAMATRÓPULOS, D., *Estatuto del Consumidor...*, 93.

³⁶⁷ En este sentido ver: BAROCELLI, S., PACEVICIUS, I., *El ámbito de aplicación...*, 65.

³⁶⁸ CCiv. y Com. de San Isidro, Sala 1, “Sociedad Escolar Alemana de Villa Ballester c. Ditada, Nicolás M. y otro”, 23/10/2008.

Resulta de pura lógica y justicia reconocer que las asociaciones que tienen por objeto la defensa de los consumidores y usuarios, como regla pueden ser calificadas de consumidores en sí mismas, en función del requisito que la LDC le impone para funcionar en el art. 57 inc. b): “*Deberán ser independientes de toda forma de actividad profesional, comercial y productiva*”.

En todo caso, siempre que se cumpla con el requisito del destino final del bien o servicio, las asociaciones pueden ser consideradas consumidoras.

Exactamente lo mismo ocurre con las *simples asociaciones* que el propio CCCN en el art. 188 dispone que se rigen por lo dispuesto para las asociaciones civiles.

(3) *Las fundaciones*

El art. 193 del CCCN define a las fundaciones como personas jurídicas que se constituyen con una finalidad de bien común, sin propósito de lucro, mediante el aporte patrimonial de una o más personas, destinado a hacer posibles sus fines.

Por ello, de cumplir con el presupuesto legal del destino final o beneficio propio en la adquisición del bien o servicio, al no tener fines de lucro y pretender satisfacer intereses de sus miembros, constituyen un supuesto de fácil inclusión en el derecho del consumidor, aunque también debe verificarse en el caso concreto que así lo sea.

(4) *Las iglesias, confesiones, comunidades o entidades religiosas*

A partir de la sanción del CCCN otro tipo de personas jurídicas son las *iglesias, confesiones, comunidades o entidades religiosas* que pueden ser consumidores como regla general, salvo que se demostrara que la adquisición o uso de un bien o servicio en particular es con fines

comerciales, lo que resulta improbable en virtud de la actividad propia de estos entes religiosos que buscan el bienestar y son guía espiritual de los miembros de sus comunidades, pese a lo cual ello podría acreditarse en el caso concreto excluyéndolas de la tutela especial.

(5) *Las mutuales y cooperativas*

Tanto las *mutuales* como las *cooperativas* son asociaciones sin fines de lucro que tienen como objeto el bienestar de sus integrantes.

La ley de Asociaciones Mutuales N° 20.321 brinda una definición de éstas, que ilustra claramente la finalidad que deben tener, en el art. 2: “*Son asociaciones mutuales las constituidas libremente sin fines de lucro por personas inspiradas en la solidaridad, con el objeto de brindarse ayuda recíproca frente a riesgos eventuales o de concurrir a su bienestar material y espiritual, mediante una contribución periódica*”. Por su parte, el art. 4 señala que: “*Son prestaciones mutuales aquellas que, mediante la contribución o ahorro de sus asociados o cualquier otro recurso lícito, tiene por objeto la satisfacción de necesidades de los socios ya sea mediante asistencia médica, farmacéutica, otorgamiento de subsidios, préstamos, seguros, construcción y compraventa de viviendas, promoción cultural, educativa, deportiva y turística, prestación de servicios fúnebres, como así también cualquiera otra que tenga por objeto alcanzarles bienestar material y espiritual. Los ahorros de los asociados pueden gozar de un beneficio que estimule la capacidad ahorrativa de los mismos*”.

Por su parte, la ley 20.337 de Sociedad Cooperativa, en el art. 2 expresa que las cooperativas: “*son entidades fundadas en el esfuerzo propio y la ayuda mutua para organizar y prestar servicios...*”.

En definitiva, tanto las mutuales como las cooperativas en teoría pueden ser consumidoras, aunque será necesario analizar en el caso concreto cuáles su objeto social, si realizan actividades comerciales y si el acto en particular de adquisición u uso del bien o servicio tiene destino final o beneficio propio de sus miembros.

A modo de ejemplo, se rechazó la calidad de consumidora de una cooperativa que adquirió una gran cantidad de líneas telefónicas de celular por entenderse que la adquisición no tenía destino final³⁶⁹. Contrariamente, se admitió la protección del derecho del consumidor a una cooperativa que compró un vehículo con fines particulares, en función de que el proveedor no acreditó que se integrara a un proceso productivo³⁷⁰.

(6) El consorcio de propiedad horizontal

Con la sanción del CCCN el consorcio de propiedad horizontal fue expresamente incorporado como persona jurídica privada en el art. 148, inc. h. Además, el art. 2044 del mismo cuerpo legal define y brinda las características principales del consorcio de propiedad horizontal, en los siguientes términos: *“El conjunto de los propietarios de las unidades funcionales constituye la persona jurídica consorcio. Tiene su domicilio en el inmueble. Sus órganos son la asamblea, el consejo de propietarios y el administrador. La personalidad del consorcio se extingue por la desafectación del inmueble del régimen de propiedad horizontal, sea por acuerdo unánime de los propietarios instrumentado en escritura pública o por resolución judicial, inscripta en el registro inmobiliario”*.

³⁶⁹ CNCom., Sala D, “Cooperativa de Vivienda Crédito y Consumo Credikot Ltda. c. AMX Argentina S.A. s/ ordinario”, 5/9/17.

³⁷⁰ CNCom., Sala F, “Copan Coop. De Seguros Ltda. c. Ford Argentina S.A. y otros s/ordinario”, 31/7/2012.

En relación a estos sujetos, resulta interesante el razonamiento de Chamatrópulos³⁷¹ quien distinguió entre consorcios de inmuebles destinados a la vivienda y los que son íntegramente utilizados para oficinas comerciales o cocheras a fin de estacionamiento, y opinó que sólo en el primer caso podrían ser consumidores; por su parte destacó que: *“La cuestión será más difícil cuando se trate de edificios en los cuales algunas unidades tienen destino de vivienda mientras que otras son de carácter comercial en proporciones más o menos similares. En este supuesto, al generarse dudas sobre la inclusión o no, estimamos (no sin vacilar) que se impone la solución afirmativa, y el consorcio debiera ser considerado un consumidor”*.

En todo caso, de cumplir el consorcio de copropietarios con el requisito legal del destino final en la adquisición o uso del bien o servicio también puede resguardarse en el derecho del consumidor.

4. 2. Profesionales liberales y empresarios

Lo primero que corresponde precisar en relación al tema es que el derecho español y el argentino regulan disímilmente a los profesionales liberales.

El TRLGDCU equipara expresamente al empresario con el profesional liberal, conforme a la redacción del art. 4. Este punto fue criticado por innecesario, ya que el profesional quien obtiene una retribución a cambio de una actividad que realiza con habitualidad importa la prestación de un servicio. En consecuencia, la actividad profesional queda incluida en la

³⁷¹ CHAMATRÓPULOS D., *Estatuto de defensa...*, Tomo 1, 156.

empresarial cuando se realiza al margen de una relación laboral³⁷². En definitiva, el concepto de empresario incluye al de profesional.

Por el contrario, el derecho del consumidor argentino, en el art. 2 de la LDC excluye especialmente de la condición de proveedores a los profesionales liberales que requieran para su ejercicio de título universitario y matrícula otorgada por colegios profesionales reconocidos oficialmente o autoridad facultada para ello, y sólo incluye la publicidad que hagan de sus servicios.

Esta distinción es clave en el análisis por las consecuencias que tiene al momento de calificar a las partes de la relación de consumo.

Conforme cada regulación nacional, en este apartado se examinará la posibilidad de considerar consumidor tanto al profesional liberal como al empresario, como persona física (pues el caso de la jurídica fue desarrollado en los puntos anteriores), pero que tienen actividad experta o comercial.

En términos generales, el mero hecho de la actividad que desempeñan estas personas indicaría la exclusión del ámbito de protección del derecho del consumidor que tiene como base la relación jurídica entre un consumidor y un empresario, sin embargo, las adquisiciones o utilizaciones con fines ajenos a aquella pueden habilitar su inclusión.

A fin de analizar esta temática, resulta de suma utilidad recordar que la noción de relación de consumo es una relacional pues, refiere al vínculo entre dos sujetos que se encuentran en desequilibrio estructural: el empresario posee la información, el conocimiento técnico, el poder de negociación, etc., y el otro: el consumidor, carece de ellos; este hecho

³⁷² BERCOVITZ RODRÍGUEZ- CANO, Rodrigo, *Comentario al artículo 4 del TSLGDCU*, en: *Comentario del Texto...*, 71.

justifica la intervención del derecho del consumidor a fin de equilibrar los derechos de cada uno. De ello se deriva que, en principio no habría relación de consumo cuando se vinculan dos empresarios o dos consumidores, cuestión que merece un análisis detenido en virtud de los debates que existen en la doctrina y los disímiles fallos que se fueron dictando, y que en definitiva demuestra que existen supuestos especiales donde se admite alguna laxitud en aquella relación de polos opuestos.

En este sentido, la característica principal del empresario es la profesionalidad, el conocimiento técnico que posee respecto a los bienes y servicios que comercializa. Por ello, la única posibilidad de convertirse en consumidores es si realizan actos atípicos o ajenos a esa actividad comercial en la cual son expertos y no necesitan de una protección diferenciada, precisamente por estar en igualdad de condiciones de negociación con sus pares (contrato o negocio paritario: “provider to provider”: “P2P”).

De tal modo, los casos en los que los profesionales o empresarios podrían ser consumidores son limitados a las actuaciones fuera de su ámbito de conocimiento específico, siempre que cumplan con los requisitos legales para ser considerados tales (actuación ajena al ámbito empresarial/ destino final y beneficio propio o de su grupo familiar o social, según cada país: España/ Argentina).

El supuesto fue explicado por Cámara Lapuente quien señaló que se trata de la: “...*posibilidad de que ciertos consumos empresariales (puras relaciones mercantiles entre dos empresarios o profesionales) quedasen incluidos en la noción de consumidos por ser “destinatarios finales” de un bien que no transforman, revenden o reofertan a terceros –aunque sí lo utilizan en alguna medida en su labor empresarial: bienes de equipo,*

elementos para prestar servicios en sus instalaciones sin conexión directa con el producto final que ofertan...”³⁷³.

a) La cuestión en el derecho español

En el derecho español el art. 3 del TRLGDCU, al definir al consumidor, expresamente exige una actuación ajena a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión, y de la relación con el art. 4 que brinda la noción de proveedor en sentido contrario pero con idénticos términos, se sigue que en principio esta excluida toda posibilidad que un empresario o un profesional pueda alegar el régimen protectorio.

La doctrina especializada en la materia³⁷⁴ aseveró que no corresponde aplicar el derecho del consumidor a la persona física: empresario o profesional, pues no cumple con el requisito legal de la actuación ajena a su ámbito comercial aun cuando sea de manera indirecta. Cámara Lapuente³⁷⁵, sostuvo que los motivos para rechazar tal alternativa son los mismos en los que niega la calidad de consumidor a las personas jurídicas (ya citados a los que remitimos). Bercovitz Rodríguez- Cano³⁷⁶ argumentó que toda la actividad empresarial o profesional, incluida la ajena al propio

³⁷³ CÁMARA LAPUENTE, Sergio, *El concepto legal de «consumidor»...*, 93. El especialista en la materia realiza un interesante análisis y agrupación de la jurisprudencia (al tiempo de la redacción de su trabajo anterior a la reforma de 2014 del TRLGDCU) que admite o deniega la calidad de consumidor al empresario conforme los siguientes parámetros: no conscientes, conscientes inmotivadas, conscientes motivadas y supuestos limítrofes o dudosos (ver especialmente nota 29).

³⁷⁴ BERCOVITZ RODRÍGUEZ- CANO, R., *Comentario al artículo 3 del TSLGDCU*, en: *Comentario ...*, 65; MARÍN LÓPEZ, M., *El “nuevo” concepto ...*, 11-12; CÁMARA LAPUENTE, S., *El concepto legal de «consumidor»...*, 106-107; CASTAÑEDA, José E., *Nota breve sobre el concepto de consumidor*, Cuadernos de Estudios Empresariales, Vol. 12, (2002), 317, entre otros.

³⁷⁵ CÁMARA LAPUENTE, S., *idem*, 107.

³⁷⁶ BERCOVITZ RODRÍGUEZ- CANO, R., *idem*, 65.

giro habitual, queda excluida de la protección del consumidor, por el ánimo de lucro existente y por razones de seguridad jurídica.

Sobre esta temática se pronunció en diversas oportunidades el TJUE, modificando su criterio originario que rechazaba que el profesional pudiera resguardarse en el derecho del consumidor, y admitiéndolo en algunos casos particulares.

En el asunto Benincasa³⁷⁷ a fin de determinar la competencia para resolver el caso, se analizó a si una persona que celebró un contrato de franquicia con una empresa, para la instalación de locales de productos dentales, podía ser considerada consumidor por no haber iniciado aun la actividad, el TJUE aclaró que el concepto de consumidor debía interpretarse restrictivamente, en especial: cuando una persona física contrata con fines relacionados con su actividad profesional está en igualdad de condiciones que su contraparte.

El TJUE reiteró la postura en el asunto Gruber³⁷⁸ al definir si el actor podía protegerse en el derecho del consumidor en función de haber adquirido tejas para el inmueble en el que ejercía su actividad comercial, pero también vivía con su familia (el denominado uso mixto).

En similar sentido, en “Di Pinto” resolvió que: *“El comerciante que recibe una visita a domicilio con el fin de celebrar un contrato de publicidad relativo a la venta de su fondo de comercio no debe ser considerado como un consumidor protegido por la Directiva 85/577/CEE del Consejo, de 20 de diciembre de 1985, referente a la protección de los consumidores en el*

³⁷⁷ TJUE, “Francesco Benincasa contra Dentalkit S.R.L.”, 3/7/1997.

³⁷⁸ TJUE, “Gruber”, ECLI:EU:C:2015:231. En el caso dispuso que en caso de uso mixto, para ser calificado de consumidor se requiere que el uso profesional sea marginal, insignificante.

*caso de contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales*³⁷⁹.

Por el contrario, en “Asbeek Brusse y de Man Garabito”³⁸⁰, consideró que la Directiva 93/13 define los contratos a los que se aplica atendiendo a la condición de los contratantes, según: “...actúen o no en el marco de su actividad profesional”, y enfatizó que: “Ese criterio corresponde a la idea que sustenta el sistema de protección establecido por la referida Directiva, a saber, que el consumidor se halla en situación de inferioridad respecto al profesional, en lo referido tanto a la capacidad de negociación como al nivel de información, situación que le lleva a adherirse a las condiciones redactadas de antemano por el profesional sin poder influir en el contenido de éstas”. En resumen, concluyó que la Directiva se aplica a un contrato de arrendamiento de vivienda concluido entre un arrendador, que actúa en el marco de su actividad profesional, y un arrendatario que actúa para fines ajenos a su actividad profesional.

Siguiendo este criterio en “Šiba-Devènas”³⁸¹, el tribunal remitente requirió al TJUE respecto a si un abogado, que ejerce una profesión liberal, puede ser calificado como profesional, y si un contrato de servicios jurídicos entre éste y una persona física es un contrato de consumo, en especial en referencia a la Directiva 93/13 sobre cláusulas abusivas. El Tribunal consideró que en los contratos de servicios jurídicos existe desigualdad entre los clientes consumidores y los abogados, especialmente respecto a la información que dispone cada uno; siendo mucho mayor el nivel de competencias técnicas que posee el abogado en comparación con el consumidor. En consecuencia, señaló que los abogados prestan en ejercicio de su actividad un servicio a título oneroso, a favor de personas

³⁷⁹ TJUE, “Di Pinto”, C-361/89, EU:C:1991:118.

³⁸⁰ TJUE, “Asbeek Brusse y de Man Garabito”, C-488/11, EU:C:2013:341.

³⁸¹ TJUE, “Šiba-Devènas”, ECLI:EU:C:2015:14.

físicas que actúan con fines privados, es decir, que se enrolan en la noción de profesionales en el sentido del art. 2, letra c) de la Directiva 93/13, lo que no se desvirtúa por el carácter público del ejercicio de la abogacía. En definitiva, en dicho caso el TJUE resolvió que: *“La Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, debe interpretarse en el sentido de que se aplica a los contratos tipo de servicios jurídicos, como los que son objeto del asunto principal, concluidos por un abogado con una persona física que actúa con un propósito ajeno a su actividad profesional”*.

Ahora bien, en la ya citada decisión en el caso “Costea” el TJUE admitió la posibilidad de considerar también al abogado como consumidor en un contrato celebrado con una entidad bancaria con la que perfeccionó un préstamo, pues: *“El artículo 2, letra b), de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, debe interpretarse en el sentido de que una persona física que ejerce la abogacía y celebra con un banco un contrato de crédito, sin que en él se precise el destino del crédito, puede considerarse «consumidor» con arreglo a la citada disposición cuando dicho contrato no esté vinculado a la actividad profesional del referido abogado”*³⁸².

Concluyendo, el TJUE al analizar si se aplica la Directiva 93/13 de cláusulas abusivas estableció como criterio para definir si existe relación de consumo si las personas, respectivamente actúan o no en el marco de su actividad profesional (criterio objetivo desarrollado en el capítulo 2), en función que el sistema tuitivo se funda en la inferioridad del consumidor frente al profesional respecto a la capacidad de negociación,

³⁸² TJUE, “Costea”, ECLI:EU:C:2015:538.

como en el nivel de información, e independientemente de los conocimientos técnicos que esa persona pueda tener (lo que no influye a los fines de la calificación).

En todo caso, el TJUE admite la posibilidad que la persona física profesional pueda ser considerada consumidor, de manera restrictiva y siempre que se cumpla con el requisito de la actuación ajena a su actividad.

Por su parte, en el ámbito español, el TS resolvió que no es consumidor la persona física que toma un préstamo con la finalidad de: financiar la adquisición de una oficina para instalar una farmacia³⁸³, sufragar la construcción de una nave ganadera con destino a ganado vacuno de carne³⁸⁴; a una actividad de la empresa y que el prestatario era socio único, al ser persona física que tiene un vínculo funcional con la empresa³⁸⁵; adquirir la mitad del capital social de una sociedad mercantil³⁸⁶, pagar una licencia de taxi³⁸⁷. En esta última oportunidad el TS, siguiendo la doctrina del TJUE, destacó que: *“...el concepto de «consumidor» debe interpretarse en relación con la posición de esta persona en un contrato determinado y con la naturaleza y la finalidad de éste, y no con la situación subjetiva de dicha persona, dado que una misma persona puede ser considerada consumidor respecto de ciertas operaciones y operador económico respecto de otras. De tal forma que, solo a los contratos celebrados fuera e independientemente de cualquier actividad o finalidad profesional, con el único objetivo de satisfacer las propias necesidades de*

³⁸³ STS 4144/2018 - ECLI: ES:TS:2018:4144.

³⁸⁴ STS 4161/2018 - ECLI: ES:TS:2018:4161.

³⁸⁵ ATS 11022/2018 - ECLI: ES:TS:2018:11022A y ATS 11025/2018 - ECLI: ES:TS:2018:11025.

³⁸⁶ STS 3338/2018 - ECLI: ES:TS:2018:3338. En igual sentido: ATS 7962/2018 - ECLI: ES:TS:2018:7962A, ATS 8390/2018 - ECLI: ES:TS:2018:8390A y ATS 10109/2018 - ECLI: ES:TS:2018:10109A.

³⁸⁷ STS 2566/2018 - ECLI: ES:TS:2018:2566.

consumo privado de un individuo, les es de aplicación el régimen específico establecido para la protección del consumidor como parte considerada económicamente más débil”.

Por el contrario, el TS consideró que sí es consumidor la persona física que adquiere un préstamo con fines de lucro (para financiar la adquisición de una vivienda para destinarla al alquiler a terceros por temporadas, hasta que la utilizara para sí mismo el comprador luego de jubilarse), pero como actividad ajena a la suya empresarial o profesional³⁸⁸.

Resumiendo, tanto el TJUE como el TS de España consideran que el profesional puede ser calificado de consumidor, pero de manera excepcional, siempre que actúe en un ámbito ajeno a su actividad empresarial o profesional, lo que analizan en cada caso en particular y en función del parámetro objetivo.

b) La temática en el derecho argentino

Ya referimos en este trabajo que en el derecho argentino del consumidor los profesionales liberales, que para el ejercicio de la profesión requieren título y matrícula habilitante, se encuentran excluidos de la noción de proveedor del art. 2 de la LDC, y a que por el contrario, en el derecho español, la noción de profesional está incluida en la de empresario del art. 4 del TRLGDCU.

La aclaración anterior quizás es la que justifica que en el derecho argentino el debate gire en torno a la posibilidad de considerar como consumidor a la persona física sólo al empresario, y no tanto al

³⁸⁸ STS 2193/2018 - ECLI: ES:TS:2018:2193.

profesional pues, éste no califica como proveedor y se admite pacíficamente que pueda resguardarse en el régimen protectorio.

En relación al tema, Lorenzetti puntualizó que los empresarios han sido tradicionalmente excluidos de la noción de consumidor, porque no usan los bienes para consumo final sino para aplicarlos al proceso productivo, y luego de identificar los distintos casos de “integración parcial” que la empresa puede realizar de los bienes y servicios adquiridos, concluye que el criterio que debe utilizarse para resolver la cuestión es el objetivo, en función del uso que se dé a aquellos³⁸⁹.

De todos modos, el tratamiento que la doctrina³⁹⁰ concedió al tema fue y es de manera conjunta con la posibilidad de incluir a las personas jurídicas comerciales en la categoría de consumidor, lo que justifica la remisión a los argumentos desarrollados en el punto 4.1.b. los que deben reeditarse ante esta hipótesis (esquematización de las tres posturas presentes en la doctrina y jurisprudencial nacional y argumentos de la adoptada por nuestra parte).

De todas formas, cabe reiterar la postura que asumimos: la ley tiene como elemento caracterizante del consumidor el destino final del bien o servicio, para beneficio propio o del grupo familiar o social del adquirente o usuario; ergo, habrá que definirlo en el caso concreto, y de ser incorporado de manera directa a la actividad empresarial o comercial del sujeto quedará excluido del régimen protectorio, de lo contrario, de ser un

³⁸⁹ LORENZETTI, Ricardo L., *Consumidores*, Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2003, 90 y ss.

³⁹⁰ Especialmente ver: LORENZETTI, R., *La relación de consumo...*, 78 y ss.; HERNÁNDEZ, Carlos, *Relación de consumo*, en: *Tratado...*, 419 y ss.; CHAMATRÓPULOS, D., *Estatuto del Consumidor ...*, 75 y ss.; FRUSTRAGLI, S., *La categoría de consumidor en el Anteproyecto*, 27 y ss.; CHAMATROPULOS, D.; NAGER, M. ; *La empresa como consumidora...*, 1 y ss., ÁLVAREZ LARRONDO, F., *El empresario consumidor*, 4; RUSCONI, D., *Nociones fundamentales*, 155.

consumo para fines personales o familiares, y al margen de su labor principal (valor de uso), aun cuando fuera indirectamente relacionado con ella, podrá ser considerado consumidor. A tal fin también consideramos relevante verificar si en el caso existe debilidad estructural, vulnerabilidad en el mercado entre la persona física comerciante y el proveedor, que ponga de manifiesto un desequilibrio entre ellas.

En todo caso, resulta interesante detallar algunos fallos en los que se resolvió la posibilidad de que una persona física empresario sea considerada consumidor para ilustrar la complejidad de la temática y los supuestos concretos en los que ello se rechazó o admitió, destacando que no existe pronunciamiento de la CSJN sobre el tema.

En un antecedente, dictado antes de la entrada en vigor de las reformas introducidas por la Ley 26.361, tiempo en el que la posibilidad de considerar consumidor a la persona física empresario era más restrictiva en función de la segunda parte del art. 2 vigente al momento, en el célebre fallo de la SCJM “Sellanes”, con voto de Kemelmajer de Carlucci, se rechazó la subsunción del sujeto en la noción de consumidor argumentándose que: “...*el actor usa su computadora, en forma habitual, con fines profesionales; precisamente, los daños que ha reclamado (especialmente el lucro cesante) provienen del ejercicio de esa actividad; (b) al momento de la adquisición no manifestó al enajenante qué uso le daría; ese destino recién fue conocido por la contraparte en las negociaciones realizadas frente a la autoridad de aplicación de la ley 24.240*”³⁹¹. En igual sentido, en otro antecedente se decidió que: “No

³⁹¹ SCJ de Mendoza, Sala I, “Sellanes Elián c. Frávega SACIEP”, 12/10/2006. La autora del Voto, a fin de dilucidar si la persona física comerciante podía subsumirse en la noción de consumidor, y en su caso, bajo qué condiciones, realizó un minucioso análisis de la noción de consumidor en la doctrina y jurisprudencia nacional, así como también desde la óptica del derecho comparado.

*puede ampararse en la Ley de Defensa del Consumidor el comerciante que efectúa una compra adquiriendo mercaderías para integrarlas al proceso de construcción de un complejo destinado a la enseñanza y práctica de natación*³⁹².

Por el contrario, se calificó de consumidor al adquirente de un automotor para trasladarse de su lugar de trabajo o para realizar visitas en su condición de socio de una empresa inmobiliaria, pues lo adquirió a título oneroso para satisfacer sus necesidades laborales, sociales, de esparcimiento, pero no para revenderlo, sino como destinatario final³⁹³; la actuación de la persona se subsume en la noción de carácter mixto: tanto para la actividad comercial o profesional como para fines personales, sociales o familiares (esta tópico se analizará en el próximo apartado).

También se calificó como consumidor a un comerciante que explotaba un local comercial de fotografías³⁹⁴, en relación a la prestación del servicio público de energía eléctrica, en un juicio de reclamo de daños y perjuicios. Uno de los Vocales en su voto argumentó que: “... *la habilidad o destreza que su profesionalidad le otorga y que justifica considerarlo excluido de la defensa al consumidor, refiere a los bienes y servicios que integran el proceso productivo como materia prima y en relación a la comercialización, pero no en lo que hace a la utilización común de un servicio público. No se trata de insumos ordinarios que se suman al proceso productivo sino de la energía que recibe el actor como usuario del servicio, aunque la utilice para el funcionamiento de la maquinaria vinculada al proceso industrial, de elaboración, producción o*

³⁹² CNCom., Sala B, “Goyeneche, Omar A. v. Loma Negra Compañía S.A. y otros”, 13/4/2007, La Ley Online: 35022341.

³⁹³ CCiv. y Com. de San Isidro, Sala II, “Bellagamba, Mariano Sergio c. Volkswagen Argentina S.A. y otro”, RCyS, 2011-III-207.

³⁹⁴ CCC de Córdoba, 5° Nominación, “Di Pasquale David Alfio contra Empresa Provincial de Energía de Córdoba (EPEC) – ordinario – recurso de apelación exped. interior (civil)”, Sentencia N° 34, 19/5/15.

distribución. Así lo definen los Dres. Lorenzetti y Mosset Iturraspe, cuando refieren en este punto a la habilidad o destreza en el tráfico, la que no puede invocarse en el usuario de servicios en el que la producción y distribución resulta monopolizada por las empresas estatales (Defensa del Consumidor – Ley 24.240 – pág. 55 – Rubinzal Culzoni – Santa Fe – 1994)...”.

Sin embargo, en un fallo más reciente, con casi idéntica plataforma fáctica otra Cámara decidió en sentido contrario, es decir: rechazó la calidad de consumidor a un carnicero (persona física) que reclamaba por deficiencias en la prestación del servicio de electricidad; los argumentos del fallo se fundaron en el requisito legal del destino final, respecto al cual se consideró que: *“...ante la explotación de un local comercial de ventas de carnes, que se vale del servicio de energía eléctrica proporcionado por la demandada para el desarrollo de su actividad lucrativa. Así, es claro que hay una integración inmediata y total en el proceso de comercialización a modo de “insumo productivo”, aun tratándose de un servicio público y esencial. Es que la conservación de la cadena de frío en el alimento comercializado por el actor, necesita ineludiblemente de la energía eléctrica... Es que corresponde atender al “destino final” del bien, imponiéndose un mayor rigor a la hora de verificar la situación en el caso de las personas jurídicas, o personas humanas que desarrollen actividades productivas...”*³⁹⁵.

Esta última postura se enrola en la noción restricta de consumidor, que exige que la adquisición no sea integrada en el proceso de modo directo ni indirecto.

³⁹⁵ CCC de Córdoba, 4º Nominación, “Martínez, Fernando Julio c/ EPEC - Abreviado - Recurso de Apelación” (EXPTE. N° 6116207), Sentencia N° 103, 13/8/2019.

En otro antecedente, se adoptó la postura amplia, que admite la calificación siempre que no sea introducida directamente en la actividad productiva, y se justificó en que los comerciantes, las personas jurídicas o empresarios pueden resguardarse en la LDC, siempre y cuando la adquisición sea como destinatario final, y no para la reventa, negociación o incorporación del producto a un proceso productivo, y en concreto, se decidió que la actora abogada era destinataria final por ser una persona física que adquirió a título oneroso una computadora portátil, para beneficio propio, y de un proveedor especializado, multinacional líder en el rubro. Expresamente, se consideró que: *“Desde esta perspectiva, la circunstancia de que la Dra. M. J. N. utilizara, al menos en forma parcial, la notebook para ejercer su profesión de abogada no reviste entidad suficiente para que se la considere excluida del ámbito protectorio de la normativa consumeril ya que, en adhesión al criterio doctrinario y jurisprudencial que propugna una visión amplia de la noción de consumidor, es dable presumir que adquirió la unidad en beneficio propio (para satisfacer una necesidad de subsistencia) y no con el propósito de integrarla de modo directo a una cadena de comercialización”*³⁹⁶.

En otro antecedente interesante se describió la noción de destino final, como criterio objetivo, y en particular, se decidió que una abogada que contrató el servicio de telefonía celular era consumidor pues la: *“...telefonía celular ha venido a satisfacer una pluralidad de necesidades cotidianas de las personas ...permite estar conectado en todo momento y lugar, recibir y enviar correos electrónicos, contactarse con familiares y amigos que se encuentran en prácticamente cualquier punto del planeta, atender clientes, "navegar" por internet, realizar operaciones bancarias en forma on line e, incluso, hasta efectuar pagos de servicios y compras*

³⁹⁶ CCC de Mar del Plata, Sala III, “N. M. J. c/ Hewlett Packard Argentina S.R.L. s/ daños y perjuicios”, 15/08/19.

en distintos locales comerciales con sólo apoyar el teléfono celular o escanear determinado código...no parece admisible considerar que el mero hecho de recibir o efectuar llamados a clientes, deba implicar -sin más- la inaplicabilidad de la ley de defensa del consumidor, puesto que precisamente tal situación debe ser considerada como uno de los tantos beneficios que otorga contratar un servicio como el que ofrece la demandada. Máxime, que la actora también refirió que esa misma línea de telefonía era utilizada con fines privados y familiares³⁹⁷”, siendo éste otro caso de uso mixto en el que se decidió por la aplicación de la protección consumeril.

En definitiva, los antecedentes transcritos evidencian que no existe un criterio unánime sobre el tema; la calificación de la persona dependerá del caso concreto, y de la noción que se adopte de destino final, requisito del art. 1 de la LDC para ser considerado consumidor, teniendo como contrapartida las características del proveedor, que indudablemente no pueden coincidir³⁹⁸.

En todo caso, se trata de una cuestión de política legislativa y consideramos que sería conveniente adoptar una postura concreta en la

³⁹⁷ CNCom., Sala B, “C. M. M. c/ Telefónica Móviles Argentina S.A. s/ ordinario”, 13/09/19.

³⁹⁸ En este sentido es clara la ley chilena que expresamente consagra que el consumidor no puede ser a la vez proveedor, tal como lo explicó Ferrante en los siguientes términos: “...la definición positiva de consumidor como “destinatario final del bien”, debe ser complementada: ya que el consumidor no puede ser el proveedor y puesto que este último es el que “habitualmente desarrolla actividad de producción, fabricación, importación, construcción, distribución o comercialización” (cfr. art. 1.1 y 1.2 Ley n. 19.496), entonces el consumidor nunca podrá ser el que desarrolla una actividad de comercialización con habitualidad”, FERRANTE, Alfredo, *¿El contratante de tiempo compartido es consumidor? Avance crítico sobre la definición de consumidor chileno y el ámbito objetivo de aplicación de la ley*, Rev. Boliviana de Derecho N° 26, julio 2018, 448, disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6510525>, última consulta 6/2/2020.

normativa vigente a fin de brindar seguridad jurídica. En especial, consideramos que debería mantenerse la tradición de incluir a las personas jurídicas y profesionales como consumidores, en la medida en que destinen el bien o servicio adquirido para fines personales o familiares, lo que a nuestro entender implica que no integren de manera directa el bien o servicio adquirido en un proceso productivo o empresarial. Además, creemos que debe agregarse como elemento definitorio la existencia de un desequilibrio estructural entre las partes, que permita identificar en el pretense consumidor un estado de vulnerabilidad frente a la contraparte, fundamento último del derecho del consumidor.

4.3. Actos mixtos

Son aquellos realizados por una persona física (profesional que actúa fuera de su ámbito de especialidad) y jurídica en caso de admitirse su inclusión en la noción de consumidor.

Tanto la doctrina española como la argentina denominó actos mixtos a los realizados por una persona, en parte con fines empresariales, comerciales o profesionales, y en parte personales o familiares, supuestos en los que la inclusión en el derecho del consumidor resulta de difícil dilucidación, máxime cuando la ley no tomó postura concreta al respecto en ninguno de los dos regímenes jurídicos.

Vale tener en claro que los actos mixtos pueden ser realizados en España sólo por una persona física, verbigracia: un profesional que actúa fuera de su ámbito de especialidad, así como también por una jurídica que cumpla con los requisitos para ser considerada consumidor, pero nunca por una mercantil por encontrarse excluida del ámbito protectorio. En este sentido, el TS aclaró de modo terminante que: “...*puesto que la Audiencia*

*Provincial parece sugerir que se trató de un contrato con doble finalidad (empresarial y de consumo), debe aclararse que dicha figura tiene cabida cuando se trata de adherente persona física, pero no cuando, como es el caso, se trata de una sociedad mercantil con ánimo de lucro*³⁹⁹.

Por el contrario, en Argentina el acto mixto puede ser realizado tanto por una persona física como jurídica en términos generales (sobre la posibilidad de subsumirla como consumidor ver puntos anteriores), siempre que pueda ser calificada como consumidor.

a) En el derecho europeo y español

Las opciones o posturas a asumir ante el acto mixto son varias, tal como lo identificó Cámara Lapuente⁴⁰⁰:

(a) que *siempre* sea consumidor (pues al menos a veces lo usa con fines personales);

(b) que *nunca* sea consumidor (el destino debe ser exclusivamente privado y totalmente ajeno a un ámbito profesional);

(c) sólo será consumidor si el *destino principal* es ajeno a una actividad empresarial profesional, el argumento se valdría del principio de que lo accesorio sigue a lo principal y toma en cuenta que en muchos de estos casos existe la tópica situación de desigualdad;

(d) sólo recibirá protección como consumidor si el *destino profesional es realmente marginal, insignificante*: no basta con

³⁹⁹ STS 26/2020, 20/1/2020.

⁴⁰⁰ CÁMARA LAPUENTE, S., *El concepto legal...*, 111.

que se actúe principalmente en un ámbito ajeno a la actividad profesional, sino que el uso o destino profesional debe ser mínimo.

En el derecho español, al igual que en el europeo conforme antecedentes del TJUE en los que se fundan muchos de los fallos españoles, rige la última alternativa, con un criterio restrictivo, es decir: se requiere que el destino empresarial o comercial sea mínimo o marginal en relación con el personal o privado. Ello se advierte en diversas posturas doctrinarias y jurisprudenciales.

En relación al derecho positivo, el Considerando N° 17 de la Directiva N° 2011/83/UE, refiere expresamente al tema, pese a lo cual luego no lo incorpora en su articulado, en los siguientes términos: *“En el caso de los contratos con doble finalidad, si el contrato se celebra con un objeto en parte relacionado y en parte no relacionado con la actividad comercial de la persona y el objeto comercial es tan limitado que no predomina en el contexto general del contrato, dicha persona deberá ser considerada como consumidor”*.

Más recientemente, la Directiva (UE) 2019/771 expresamente consagró en el Considerando N° 22 que la definición de consumidor debe incluir el contrato con *objeto mixto* en los siguientes términos: *“La definición de consumidor debe incluir a las personas físicas que actúan al margen de su actividad comercial, empresa, oficio o profesión. No obstante, los Estados miembros también deben seguir teniendo la libertad de determinar, en el caso de los contratos con doble objeto, en los que el contrato se celebra con un objeto en parte relacionado y en parte no relacionado con la actividad comercial de la persona, y en los que el objeto comercial es tan limitado que no predomina en el contexto general del contrato, si dicha persona debe ser considerada un consumidor y en*

qué condiciones”; es decir que tal como se detallará en breve, asume la postura del TJUE sobre el tema: vinculación profesional o empresarial mínima o insignificante.

En el TRLGDCU sólo puede identificarse una referencia al tema, aunque lo es respecto a los perjudicados por bienes o servicios defectuosos, ámbito en el que la noción del beneficiario es más amplia que la de consumidor pues, refiere al “perjudicado”, tal como se detalló en el capítulo 2 e incluso aquí en epígrafes anteriores. De todos modos, cabe referir a la norma que puede resultar de utilidad para adoptar una postura respecto a los casos de uso mixto; concretamente, el art. 129 adopta la tercera opción detallada al iniciar este acápite: al delimitar al ámbito de aplicación reza: “...afecten a bienes o servicios objetivamente destinados al uso o consumo privados y en tal concepto hayan sido utilizados principalmente por el perjudicado”.

Por otro lado, sí consagra una disposición concreta la Ley de Cantabria 1/2006, de 7 de marzo, de defensa de los consumidores y usuarios, en el Artículo 2, al conceptualizar al consumidor del siguiente modo: “...son consumidores y usuarios las personas físicas o jurídicas que adquieren, utilizan o disfrutan bienes y servicios en Cantabria, como destinatarios finales y con objetivos generalmente ajenos a cualquier actividad comercial o profesional...2. No tendrán la consideración de consumidores o usuarios quienes integren principalmente los bienes o servicios en un proceso de fabricación, comercialización o prestación dirigido al mercado, aun cuando dicha actividad no implique un lucro directo”, admitiendo la posibilidad del destino mixto, asumiendo la postura c. antes referida (“el destino principal es ajeno a una actividad empresarial profesional”).

El TJUE definió la cuestión del uso mixto, hace ya varios años, en el ya citado antecedente “Gruber”⁴⁰¹ donde se planteó si podía ser consumidor un agricultor que adquirió tejas para el techo de una granja, utilizada tanto de modo privado (como vivienda familiar) como profesional (explotación porcina). A tal fin, dispuso que la calidad de consumidor sólo podía determinarse si el uso profesional era marginal hasta el punto de tener un papel insignificante en el contexto global de la operación, siendo irrelevante a este respecto el hecho de que predomine el aspecto no profesional (lo que en definitiva debe analizar el Tribunal nacional conforme la prueba diligenciada). De tal modo, asumió la cuarta postura d., que impone la restricción en la noción de consumidor cuando existe uso mixto, pues requiere que el profesional sea marginal, insignificante.

Luego se pronunció en el antecedente “Schrems c. Facebook”⁴⁰² en el que en función de aquél criterio restrictivo consideró que: “...*un demandante usuario de tales servicios sólo podría invocar la condición de consumidor si el uso esencialmente no profesional de tales servicios para el cual celebró inicialmente un contrato no ha adquirido con posterioridad un carácter esencialmente profesional...*” y finalmente dispuso: “*un usuario de una cuenta privada de Facebook no pierde la condición de «consumidor» en el sentido de ese artículo cuando publica libros, pronuncia conferencias, gestiona sitios web, recauda donaciones y acepta la cesión de los derechos de numerosos consumidores para ejercerlos ante los tribunales*”.

Recientemente, el TJUE se pronunció nuevamente sobre el tópico en “Milivojević”⁴⁰³, reafirmando el criterio antes expuesto. La tercera

⁴⁰¹ TJUE, “Johann Gruber y Bay Wa AG”, ECLI:EU:C:2005:32.

⁴⁰² TJUE, “Maximilian Schrems y Facebook Ireland Limited”, ECLI:EU:C:2018:37.

⁴⁰³ TJUE, “Anica Milivojević y Raiffeisenbank St. Stefan-Jagerberg-Wolfsberg eGen”, ECLI:EU:C:2019:123.

cuestión radicaba en determinar si podría calificarse de consumidor a una persona física que había celebrado un contrato de préstamo para invertir en apartamentos con el fin de desarrollar la actividad de prestación de servicios de alojamiento a turistas en su domicilio, lo que se resolvió por la negativa ya que: *“91 ... el Tribunal de Justicia ha considerado que podría invocar las mencionadas disposiciones únicamente en el supuesto de que el vínculo de dicho contrato con la actividad profesional de esa persona fuera tan tenue que pudiera considerarse marginal y, por tanto, tuviera un papel insignificante en el contexto de la operación, considerada globalmente, respecto de la cual se hubiera celebrado el contrato (sentencia de 25 de enero de 2018, Schrems, C-498/16, EU:C:2018:37, apartado 32 y jurisprudencia citada)”*, y culminó indicando al tribunal nacional que el análisis debía realizarlo teniendo en cuenta no sólo el contenido, la naturaleza y la finalidad del contrato, sino también las circunstancias objetivas en las que se celebró, postura que reitera en diversos pronunciamientos hace tiempo.

Desde otra perspectiva, y a nivel nacional el TS adoptó igual criterio en diversos antecedentes entre los que se destacan los siguientes.

El TS rechazó la calidad de consumidor a una persona física que adquirió un préstamo, con fines mixtos fundado en los antecedentes del TJUE. Concretamente, decidió que: *“probado que el destino profesional del préstamo no fue marginal o residual, sino que fue preponderante, ya que se utilizó primordialmente, entre otros fines, para reparar y acondicionar todo un edificio para dedicarlo a negocio de alquiler inmobiliario. 2.- En consecuencia, de acuerdo con los criterios interpretativos dimanantes del considerando 17 de la Directiva 2011/83/UE, de 25 de octubre, y de las sentencias y el auto del TJUE antes citados, al ser predominante la*

*finalidad empresarial en el contrato litigioso, el prestatario no puede tener la cualidad legal de consumidor*⁴⁰⁴.

Con posterioridad, amplió el criterio al receptor el “uso principal o preponderante” en estos términos: “...aún cuando el prestatario tiene como profesión la de ser piloto de helicópteros, también se dedica a una actividad empresarial como es la de comprar y alquilar apartamentos rurales, actividad para la que con anterioridad había recibido una subvención como empresario, y esta actividad es a la que se destinó la mayor cantidad del préstamo a excepción de una única de las viviendas destinada a segunda residencia; de forma que en su razonamiento no se opone a la doctrina de esta sala expresada en la sentencia n.º 224/2017, de 5 de abril, que en relación a los contratos de doble finalidad o mixtos y recogiendo doctrina del TJUE en la materia, sigue como criterio delimitador de la calificación de consumidor el destino u objeto predominante del contrato, y en el supuesto litigioso el objeto predominante, según la valoración fáctica que realiza la sentencia, es la actividad profesional...”⁴⁰⁵.

En síntesis, si bien no hay norma expresa que regule la cuestión, la jurisprudencia es coincidente en caso de uso mixto respecto a que sólo puede ser consumidor si el destino profesional o empresarial es marginal e insignificante en el contexto global del negocio celebrado, según el criterio del TJUE, o incluso si es predominante conforme lo entendió el TS que aplicó ambos criterios en distintos fallos, siendo el último el de la predominancia.

⁴⁰⁴ TS, STS 1385/2017 - ECLI: ES:TS:2017:1385.

⁴⁰⁵ TS, ATS 6083/2018 - ECLI: ES:TS:2018:6083^a.

b) En el derecho argentino

El debate respecto a los actos mixtos en el derecho argentino no está resuelto, máxime ante la posibilidad de ser realizado tanto por una persona física como por una jurídica. En todo caso, no existe un parámetro concreto ni claro que defina la cuestión sino sólo diversas posturas doctrinarias y decisiones judiciales no coincidentes.

Hace años Lorenzetti⁴⁰⁶ sugirió diversos criterios para determinar si en caso de integración parcial a un proceso productivo, la persona podía ser calificada como consumidor, los que mantienen plena vigencia, a saber:

- (a) *criterio subjetivo ex ante: actividad habitual*: impone distinguir si se trata con anterioridad a la relación en particular de una persona que habitualmente es consumidor o habitualmente comerciante, y en el primer caso se presume que es consumidor en virtud del art. 3 de la LDC (*in dubio pro consumidor*);
- (b) *criterio objetivo ex post: uso principal*: del bien o servicio que la persona le da luego de adquirida en el caso concreto; admite que un comerciante o profesional pueda ser consumidor si existe destino principal;
- (c) *Inexistencia de ánimo de lucro*: pues de existir se excluye la relación de consumo.

En todo caso, consideramos que el criterio que prevalece en función de la interpretación literal de la ley debe ser el b) que analiza, en el caso concreto, el actuar principal de la persona y si lo hizo como destinatario final o no. Por el contrario, los criterios a) y c) si bien pueden ser considerados por la doctrina como herramientas útiles para la calificación,

⁴⁰⁶ LORENZETTI, R. *La relación de consumo...*, 81.

ni el requisito de la habitualidad ni el del ánimo de lucro definen al proveedor, de modo tal que importen excluir al sujeto de la tutela jurídica por lo que no consideramos que resulten dirimentes para decidir la cuestión.

En relación a la habitualidad, el propio art. 2 de la LDC señala que el proveedor es la persona que desarrolla: “...*de manera profesional desarrolla de manera profesional, aun ocasionalmente...*”, es decir, que el foco está en la profesionalidad y no en la habitualidad de la actividad del sujeto. Por su parte, reiteramos que ninguna norma del derecho del consumidor excluye al sujeto de su ámbito de aplicación por tener en miras ánimo de lucro⁴⁰⁷.

Desde otra perspectiva, la jurisprudencia resolvió casos de uso mixto con distintos parámetros⁴⁰⁸, por ejemplo: en fallo ya citado se concedió la protección del derecho del consumidor a una persona que utilizaba una línea de teléfono para su actividad profesional, pero también con fines personales⁴⁰⁹; igualmente se resolvió respecto a la adquisición de una computadora portátil por una abogada que la utilizaba con fines mixtos⁴¹⁰.

⁴⁰⁷ Esta cuestión fue descripta al analizar “El carácter lucrativo del acto de consumo”, en el punto 4.1.b., y se retomará en el caso puntual del inversor como consumidor.

⁴⁰⁸ Para una síntesis de los argumentos doctrinarios y jurisprudenciales sobre el tema ver el extenso y meticoloso voto de la Dra. Kemelmajer de Carlucci en autos “Sellanés”: SCJ de Mendoza, Sala I, “Sellanes Elián c. Frávega SACIEI”, 12/10/2006.

⁴⁰⁹ CNCom., Sala B, “C. M. M. c/ Telefónica Móviles Argentina S.A. s/ ordinario”, 13/09/19. La Sala realizó un detenido estudio de la noción de consumidor y destino final, y concluyó que en el caso: “...*no parece admisible considerar que el mero hecho de recibir o efectuar llamados a clientes, deba implicar -sin más- la inaplicabilidad de la ley de defensa del consumidor, puesto que precisamente tal situación debe ser considerada como uno de los tantos beneficios que otorga contratar un servicio como el que ofrece la demandada. Máxime, que la actora también refirió que esa misma línea de telefonía era utilizada con fines privados y familiares*”.

⁴¹⁰ CCC de Mar del Plata, Sala III, “N. M. J. c/ Hewlett Packard Argentina S.R.L. s/ daños y perjuicios”, 15/08/19. El tribunal consideró que: “...*puede*

Asimismo, se subsumió al sujeto como consumidor en caso de una empresa que compró un vehículo por falta de prueba respecto a la integración a un proceso productivo, mientras que sí se había acreditado que también era usado por la familia de los titulares de una sociedad comercial (SRL)⁴¹¹.

En dichos antecedentes se refirió al uso mixto, aunque no se analizó detenidamente si se trataba de un uso personal principal, ni si el comercial era marginal, por el contrario, se destacó que en atención a que el servicio y los bienes -según el caso- se utilizaban para fines personales o familiares, entonces existía destino final y correspondía la protección como consumidor.

Por el contrario, a modo de ejemplo, se rechazó la protección del derecho del consumidor a un mecánico que pretendía reclamar el defecto de un repuesto adquirido para arreglar el auto de un cliente, precisamente por no

considerarse a la Dra. M. J. N. como "destinataria final" de la unidad adquirida y, por ende, sujeto pasible del amparo normativo de la ley de Defensa del Consumidor. Ello es así en la inteligencia de que nos encontramos frente al reclamo indemnizatorio formulado por una persona física que adquirió a título oneroso y en beneficio propio un bien mueble no consumible (notebook), frente a un proveedor especializado (empresa internacional líder en la fabricación de este tipo de equipamientos), lo que exhibe una falta de paridad comercial semejante a la que experimenta, de ordinario, un consumidor final (conf. argto. arts. 163 inc. 5to., segundo párrafo, 384, 393, 421 y ccdtes. del CPC; arts. 1, 2, 3, 65 y ccdtes. de la ley 24.240; art. 42 de la Constitución Nacional, art. 38 de la Constitución Provincial). Desde esta perspectiva, la circunstancia de que la Dra. M. J. N. utilizara, al menos en forma parcial, la notebook para ejercer su profesión de abogada no reviste entidad suficiente para que se la considere excluida del ámbito protectorio de la normativa consumeril ya que, en adhesión al criterio doctrinario y jurisprudencial que propugna una visión amplia de la noción de consumidor, es dable presumir que adquirió la unidad en beneficio propio (para satisfacer una necesidad de subsistencia) y no con el propósito de integrarla de modo directo a una cadena de comercialización (argto. arts. 163 inc. 5to., segundo párrafo, 384 y conds. del CPC; arts. 1, 2, 3, 65 y conds. de la ley 24.240; art. 42 de la Constitución Nacional, art. 38 de la Constitución Provincial)".

⁴¹¹ CCC de Concepción, "Demos SRL c/ Hyun-day Motor Argentina", 10/6/2003.

cumplimentarse el requisito del destino final al haberlo introducido en la cadena de producción⁴¹².

En definitiva, lamentablemente la cuestión no se encuentra resuelta y como en los casos anteriormente analizados dependerá del análisis que se realice en el caso concreto en función del criterio legal del destino final del bien o servicio.

Por nuestra parte, nos inclinamos por la postura que admite que puede considerarse consumidor a quien no utilice el bien o servicio *principalmente* con fines comerciales, empresariales o profesionales, en posición que consideramos acorde también con la asumida para admitir como consumidores a las personas jurídicas (ver arriba: no incorporación directa al proceso de producción, vulnerabilidad y desequilibrio estructural).

Además, creemos que de existir duda sobre la calificación del acto mixto debe resolverse conforme el principio general del “*in dubio pro consumidor*”⁴¹³ expresamente consagrado en los arts. 3 de la LDC y arts. 1094 y 1095 del CCCN. En este sentido, Lorenzetti⁴¹⁴ aclaró que ante el uso mixto, será consumidor: “*si el uso personal prevalece, lo que se*

⁴¹² CNCom., Sala A, “Altieri, Osvaldo Antonio c. Juntas Ciccarelli Srl s/ ordinario”, 07/10/2013. La Cámara entendió que: “*el actor no puede ser considerado “consumidor” en tanto, según el propio relato de éste, el pretendido “producto defectuoso” habría sido utilizado como repuesto en una reparación efectuada en el vehículo de una cliente..., por lo que surge de sus propios dichos que no resultaba ser el “destinatario final” del bien en cuestión*”.

⁴¹³ Roberto, VAZQUEZ FERREYRA; Marcos, PEYRANO, *Análisis de la Ley 24.240 de Defensa del Consumidor*, en: *Código Civil*, Alberto BUERES (Director); Elena HIGHTON (Coordinadora), Tomo 3 B, Buenos Aires: Hammurabi, 2000, 227 y ss.; CHAMATRÓPULOS, D., *Estatuto del Consumidor ...*, 72.

⁴¹⁴ LORENZETTI, R. *La relación de consumo...*, 82. El autor ejemplificó que si un abogado compra una máquina de escribir para su lugar de trabajo y también para su uso personal, puede ser calificado de consumidor siempre que el uso personal prevalezca, lo que se presume a su entender.

presume”. Compartimos plenamente estas posturas, pues se fundan en un principio tutelar protectorio del consumidor, específicamente consagrado en la ley, y que precisamente debe tenerse en cuenta al momento de definir si la relación ingresa o no en el ámbito tuitivo.

4.4. Grupos de consumidores

En este punto, procede aclarar que no se seguirá el criterio metodológico asumido en los epígrafes anteriores de distinguir la temática en el derecho español y el argentino, pues su estudio admite el tratamiento conjunto en función de los argumentos y decisiones acordes en ambos Estados. Asimismo, este criterio se replicará en algunos de los siguientes epígrafes cuando la distinción no merezca la pena.

No existe duda respecto a que los grupos de consumidores pueden ser, en sí mismos, consumidores a fin de ampararse en el régimen tuitivo.

Al respecto, los grupos de consumidores pueden o no tener una forma jurídica: como asociación o cooperativa, las que a su vez pueden integrarse en uniones, federaciones o confederaciones, tal como lo prevé el Título 2 del TRLGDCU: “*Derecho de representación, consulta y participación y régimen jurídico de las asociaciones de consumidores y usuarios*”⁴¹⁵; o pueden tratarse de una simple reunión de consumidores

⁴¹⁵ Entre las normas previstas resulta ilustrativo el Artículo 23 que define a las Asociaciones y sus requisitos, fines, etc.: “*1. Son asociaciones de consumidores y usuarios las organizaciones sin ánimo lucro que, constituidas conforme a lo previsto en la legislación sobre asociaciones y reuniendo los requisitos específicos exigidos en esta norma y sus normas de desarrollo y, en su caso, en la legislación autonómica que les resulte de aplicación, tengan como finalidad la defensa de los derechos e intereses legítimos de los consumidores, incluyendo su información, formación y educación, bien sea con carácter general, bien en relación con bienes o servicios determinados. También son asociaciones de consumidores y usuarios las entidades constituidas por consumidores con*

individuales que no posee personalidad jurídica diferente a sus miembros. Lo propio ocurre en el derecho argentino en el que la LDC regula a las asociaciones de consumidores en el Capítulo XIV, y les impone la constitución como persona jurídica y el reconocimiento por autoridad de aplicación (art. 55 y ss.).

En cuanto a la legitimación de las asociaciones, el TRLGDC expresamente consagró que las asociaciones y cooperativas que cumplan los requisitos legales: *“son las únicas legitimadas para actuar en nombre y representación de los intereses generales de los consumidores y usuarios. Las asociaciones o cooperativas que no reúnan los requisitos exigidos en este título o en la normativa autonómica que les resulte de aplicación, sólo podrán representar los intereses de sus asociados o de la asociación, pero no los intereses generales, colectivos o difusos, de los consumidores”* (art. 24). Por su parte, la legitimación procesal surge expresamente de los arts. 6.1.5 y 6.1.7 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que incluye a los grupos de consumidores.

En todo caso, tanto las asociaciones de consumidores constituidas regularmente como cualquier grupo de consumidores individuales puede conseguir la tutela protectoria del derecho del consumidor en cuanto grupo, en la medida en que cumplan con los requisitos legales que cada ordenamiento jurídico le impone (propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión en España, o destino final en

arreglo a la legislación de cooperativas, que respeten los requisitos básicos exigidos en esta norma y entre cuyos fines figure, necesariamente, la educación y formación de sus socios, y estén obligadas a constituir un fondo con tal objeto, según su legislación específica. 2. Las asociaciones de consumidores y usuarios podrán integrarse en uniones, federaciones o confederaciones que tengan idénticos fines y cumplan los requisitos específicos exigidos por esta norma. 3. Las asociaciones de consumidores y usuarios deben actuar para el cumplimiento de sus fines con independencia frente a los operadores del mercado y a los poderes públicos, sin que la obtención de subvenciones u otros recursos públicos concedidos en base a criterios de objetividad puedan mermar tal independencia”.

Argentina), independientemente de la legitimación procesal y forma de actuación que corresponda según el caso (proceso individual o en litisconsorio, o proceso colectivo), temática que excede el marco de estudio de esta tesis.

Este criterio fue expuesto por Bercovitz Rodríguez Cano⁴¹⁶, quien consideró que las cooperativas de consumo pueden ser consideradas en sí mismas consumidores y recordó que la reforma del año 2014 del TRLGDCU admite que también puedan ser consumidores las entidades sin personalidad jurídica que actúen sin ánimo de lucro.

Por nuestra parte, y en función de tales argumentos entendemos que tanto la asociación como la cooperativa de consumidores pueden ser consumidoras, al igual que otro grupo de consumidores a pesar que no esté constituido como tal.

También Lorenzetti⁴¹⁷ admitió como consumidoras tanto a las personas físicas como a las jurídicas, así como las individuales como colectivas, en este caso con legitimación a grupos organizados o individuos con intereses individuales homogéneos. Por su parte, Chamatrópulos explicó que la asociación que nuclea a los consumidores, puede verse protegida por el derecho del consumidor en sí misma, si a título personal, entabla una relación con un proveedor, pues como no desarrolla actividad empresarial alguna será destinataria final de todos los bienes o servicios que adquiere⁴¹⁸. Si bien compartimos su razonamiento, creemos conveniente verificar en el caso concreto que la asociación adquiera el bien o servicio con destino final, sin incorporarlo a ninguna actividad

⁴¹⁶ BERCOVITZ RODRÍGUEZ- CANO, R., *Comentario al...*, 64.

⁴¹⁷ LORENZETTI, R. *La relación de consumo...*, 74.

⁴¹⁸ CHAMATRÓPULOS, D., *Estatuto del Consumidor ...*, 160.

profesional o empresarial, aun cuando ello no estaría permitido por la ley conforme el art. 57 inc. b de la LDC⁴¹⁹.

En definitiva, no existen razones para negar la categoría de consumidores a los grupos conformados por éstos, tengan o no personalidad jurídica específicamente constituida a tales fines, pero siempre que se cumplan los presupuestos legales para ello.

4.5. Estado

El estudio del Estado y el derecho del consumidor, en general se realiza desde el polo opuesto al que investigamos en esta tesis, es decir, si puede ser calificado como empresario o proveedor⁴²⁰ (terminología acorde a cada Estado), lo que se admite mayoritariamente.

⁴¹⁹ Impone como requisito para obtener el reconocimiento que: “...*Deberán ser independientes de toda forma de actividad profesional, comercial y productiva*”.

⁴²⁰ Por ejemplo como proveedor de servicios públicos de salud, educación, seguridad, etc. sobre el tema por todos: Joaquín CAYÓN DE LAS CUEVAS, *La prestación de servicios sanitarios como relación jurídica de consumo*, Cizur Menor: Aranzadi, 2017, 232 y ss. y CHAMATRÓPULOS D., *Estatuto...*, 136 y ss. Asimismo, a modo de ejemplo, A modo de ejemplo, la Directiva 93/13/CEE, del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores expresamente al definir al profesional expresamente aclara que puede ser privado o público: “c) « *profesional* »: *toda persona física o jurídica que, en las transacciones reguladas por la presente Directiva, actúe dentro del marco de su actividad profesional, ya sea pública o privada*”. Por su parte, el TJUE tiene resuelto que sí se aplica dicha directiva a los profesionales públicos:

En este sentido, el TJUE, al resolver un antecedente en el que se debatía la aplicación de la Directiva 93/13 de cláusulas abusivas a un contrato celebrado por un abogado que ejerce la actividad pública, que: “*la presente Directiva se aplicará también a las actividades profesionales de carácter público...*”: TJUE: “Birutė Šiba y Arūnas Devėnas”, ECLI:EU:C:2015:14. Si bien la apreciación es específica respecto a la labor de los abogados, creemos que el considerando razonablemente es extensible a las demás actividades de carácter público. Además, posteriormente el TJUE al decidir si la Directiva se aplicaba a un establecimiento educativo subsidiado con fines públicos (que había perfeccionado

Por el contrario, centrándonos en la posibilidad de calificar al Estado como consumidor, las definiciones legales, tanto española como argentina, refieren a las personas físicas o jurídicas, sin distinguir si son públicas o privadas, circunstancia que podría hacer pensar en que ello es posible.

El derecho español sancionó la Ley 40/2015, de 1 de octubre, que regula el Régimen Jurídico del Sector Público, y que brinda herramientas útiles para definir la temática. En especial, se destacan: su Preámbulo, el Título II, Capítulo II: “Organización y funcionamiento del sector público institucional estatal”, así como también Capítulo III: “De los organismos públicos estatales”.

En Argentina, conforme al CCCN el Estado, en todos sus niveles al igual que sus entidades autárquicas y demás reparticiones, es una persona jurídica de carácter público, art. 146 inc. a⁴²¹. Lorenzetti⁴²² admitió que el Estado pueda ser consumidor, y brindó como ejemplo el caso que adquiriera productos alimenticios para sus empleados, por no tratarse de su actividad habitual.

un préstamo con un alumno para solventar su matrícula y un viaje de estudios) expresamente dispuso que: “...como manifiesta su decimocuarto considerando, la Directiva 93/13 se aplica también a las actividades profesionales de carácter público... el artículo 2, letra c), de la Directiva 93/13 no excluye de su ámbito de aplicación ni a las entidades que cumplen una misión de interés general ni a las que están sujetas a un régimen de Derecho público”: TJUE: “Karel de Grote — Hogeschool Katholieke Hogeschool Antwerpen VZW y Susan Romy Jozef Kuijpers”, ECLI:EU:C:2018:320.

⁴²¹ ARTÍCULO 146: “Personas jurídicas públicas. Son personas jurídicas públicas: a. el Estado nacional, las Provincias, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, los municipios, las entidades autárquicas y las demás organizaciones constituidas en la República a las que el ordenamiento jurídico atribuya ese carácter...”.

⁴²² LORENZETTI, R. *La relación de consumo...*, 82.

Al respecto, existen ciertas cuestiones a tener especialmente en cuenta al analizar esta alternativa, lo que nos lleva a opinar por la negativa a considerar al Estado como consumidor, a saber:

(1) el *derecho aplicable al “Estado”*: si es el Estado propiamente dicho, alguno de sus organismos o entidades, estará sometido al derecho público, con indudables beneficios y regímenes especiales para todo tipo de contratación; por su parte, si se trata de una empresa pública, por expresa manda legal se rige por el derecho privado en ambos países⁴²³; de todos modos, ambos tienen un régimen especial que protege el interés público, no tornándose justificado aplicar el derecho del consumidor;

(2) la *actividad concreta que realiza*, con qué propósitos o fines se relaciona con un empresario, que siempre será en cumplimiento de las propias funciones del Estado; es decir, se trata de una vinculación distinta

⁴²³ España la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas, expresamente consagra en el art. 166, 2º: “*Las sociedades mercantiles estatales, con forma de sociedad anónima, cuyo capital sea en su totalidad de titularidad, directa o indirecta, de la Administración General del Estado o de sus organismos públicos, se regirán por el presente título y por el ordenamiento jurídico privado, salvo en las materias en que les sean de aplicación la normativa presupuestaria, contable, de control financiero y de contratación*”. Al respecto, también influye el reciente Real Decreto-ley 3/2020, de 4 de febrero, de medidas urgentes por el que se incorporan al ordenamiento jurídico español diversas directivas de la Unión Europea en el ámbito de la contratación pública en determinados sectores; de seguros privados; de planes y fondos de pensiones; del ámbito tributario y de litigios fiscales, que incluye normas específicas relativas a las empresas públicas del Estado.

Igualmente, en Argentina, la Ley N° 13.653 sobre Régimen legal de funcionamiento de empresas del estado, expresamente dispone en el art. 1: “*Las actividades de carácter industrial, comercial o de explotación de servicios públicos de igual naturaleza, que el Estado, por razones de interés público, considere necesario desarrollar, podrán llevarse a cabo por medio de entidades que se denominarán genéricamente “Empresas del Estado”*”.

Las empresas del Estado quedan sometidas: a) al derecho privado en todo lo que se refiere a sus actividades específicas; y b) al derecho público en todo lo que atañe a sus relaciones con la administración o al servicio público que se hallare a su cargo” (el destacado me pertenece).

a la que existe entre un consumidor y un empresario en el mercado que justifica la intervención del régimen tuitivo;

(3) la inexistencia de *vulnerabilidad* en la relación entre partes: si bien la vulnerabilidad del consumidor no es una exigencia del derecho positivo para calificar a la persona, lo cierto es que (tal como ya reiteramos en diversas oportunidades) se trata del fundamento del derecho del consumidor y constituye un criterio de suma utilidad para analizar en el caso concreto la calidad de la persona. Al respecto, cabe reconocer que el Estado posee un poder y autoridad especial ante quien se relacione con él, máxime si es respecto a una persona privada, por lo que creemos que difícilmente pueda ubicarse en situaciones de desequilibrio estructural al momento de la negociación, durante la vigencia del contrato o posteriormente.

En conclusión, indudablemente la calificación del Estado como consumidor no parece razonable ni necesario, ya que por un lado, al contratar cumple con fines que le son propios, y por otro, aun cuando lo hiciera desde el ámbito privado, no es posible considerar que pueda encontrarse en situación de desequilibrio en el mercado frente a empresario alguno en virtud de los regímenes jurídicos especiales que protegen el interés público.

4.6. Fiador

La cuestión a dilucidar en este apartado es si el fiador, cuando se trata de un tercero ajeno a la relación jurídica principal entre dos partes, puede ser considerado consumidor frente al acreedor de aquella, y si ello depende o no de que esa vinculación sea de consumo o si es independiente de ello.

a) En el derecho europeo y español

Al respecto, Berrocal Lanzarot advirtió⁴²⁴ que tradicionalmente en la jurisprudencia española las Audiencias Provinciales consideraban de manera unánime que debía atenderse a la naturaleza y características del contrato principal entre las partes: a su actividad profesional o empresarial; en consecuencia, si la parte podía ser calificada como consumidor por actuar de manera ajena a dicha actividad, dicha calidad se extendía a los restantes intervinientes, como si se tratara de un único contrato, por ser accesorio del principal, pero que ello cambió con el criterio del TJUE luego de las causas “Tarcău” y “Costea”.

Cabe recordar que el contrato de fianza, tanto en el derecho español⁴²⁵ como en el argentino⁴²⁶ tiene naturaleza accesoria a otro principal, y que como regla sigue su suerte.

Sin embargo, desde el ámbito subjetivo, cada una de las personas se introduce en una relación distinta conforme el vínculo al que accede, y en

⁴²⁴ Ana Isabel BERROCAL LANZAROT, *Cuestiones varias en torno a la situación jurídica del fiador*, en: Cuadernos de derecho y comercio, Núm. 67, Junio 2017, 243, disponible en: <https://app.vlex.com/#ES/search/jurisdictions:ES/ley+consumidores+y+usuarios+a+sturias/ES/vid/700052853>, última consulta 9/2/2020. A donde se remite para un análisis pormenorizado de la temática. En igual sentido: Purificación MARTORELL ZULUETA, *Concepto de consumidor y posición de la persona física fiadora de persona jurídica*, en: Revista Consumo y Empresa, N° 4, Febrero 2017, disponible en: <https://app.vlex.com/#ES/search/jurisdictions:ES/ley+consumidores+y+usuarios+a+sturias/ES/vid/664220021>, última consulta 9/2/2020.

⁴²⁵ El art. 1822 del CC define a la fianza: “*Por la fianza se obliga uno a pagar o cumplir por un tercero, en el caso de no hacerlo éste. Si el fiador se obliga solidariamente con el deudor principal, se observará lo dispuesto en la sección 4.ª, capítulo III, título I, de este libro*”; mientras que el art. 1824 del Código Civil dispone como regla que: “*La fianza no puede existir sin una obligación válida...*”.

⁴²⁶ El art. 1574 del CCCN conceptualiza la fianza: “*Hay contrato de fianza cuando una persona se obliga accesoriamente por otra a satisfacer una prestación para el caso de incumplimiento*”.

consecuencia, existirán dos relaciones jurídicas que pueden regirse por diferentes regímenes: una excluida del ámbito del derecho del consumidor y otra incluida, o viceversa, en virtud de la calidad que cada sujeto tiene y la ajenidad de su actuación respecto a una actividad profesional o comercial.

Sobre esta cuestión, la autora antes citada⁴²⁷ consideró que para que el contrato de fianza se excluya del ámbito subjetivo de aplicación del derecho del consumidor, es necesario que el adherente sea profesional o empresario, es decir, que destine el objeto del contrato a una actividad comercial, empresarial o profesional.

En este sentido, el TJUE aclaró la cuestión en el antecedente ““Pavel Dumitraș” al explicar que: “...*si bien tal contrato de garantía o de fianza puede calificarse, en cuanto a su objeto, de contrato accesorio con respecto al contrato principal del que emana la deuda que garantiza se presenta como un contrato distinto desde el punto de vista de las partes contratantes, ya que se celebra entre personas distintas de las partes en el contrato principal. Por tanto, la calidad en la que las mismas actuaron debe apreciarse con respecto a las partes en el contrato de garantía o de fianza. Corresponde al juez nacional determinar si dicha persona física actuó en el marco de su actividad profesional o por razón de los vínculos funcionales que mantiene con la sociedad mercantil de la que se constituyó en garante, como la gerencia de la misma o una participación significativa en su capital social, o bien si actuó con fines de carácter privado*”⁴²⁸.

También consideró en ““Dumitru Tarcău” que la: “... *Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas*

⁴²⁷ BERROCAL LANZAROT, *Cuestiones varias...*, 241.

⁴²⁸ TJUE, “Pavel Dumitraș y Mioara Dumitraș contra BRD Groupe Sociétés Générale — Sucursala Județeană Satu Mare”, ECLI:EU:C:2016:700.

abusivas en los contratos celebrados con consumidores, deben interpretarse en el sentido de que dicha Directiva puede aplicarse a un contrato de garantía inmobiliaria o de fianza celebrado entre una persona física y una entidad de crédito para garantizar las obligaciones que una sociedad mercantil ha asumido contractualmente frente a la referida entidad en el marco de un contrato de crédito, cuando esa persona física actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional y carezca de vínculos funcionales con la citada sociedad”⁴²⁹.

Por otro lado, no puede dejar de aludirse al ya citado antecedente “Costea”⁴³⁰ en el que la misma persona: el abogado Costea, perfeccionó un contrato de préstamo, a título personal, y otro contrato accesorio de garantía constituyendo una hipoteca sobre el inmueble que formaba parte de su bufete, en calidad de representante de éste. En especial, se planteó si Costea calificaba como consumidor, a fin de poder alegar la abusividad de una cláusula del contrato de crédito, pese a que: por un lado, no había indicado el destino del crédito, y por otro, había afianzado el crédito con un inmueble de su bufete como representante del mismo.

En el caso se advierte la clara distinción entre la relación de la obligación principal (préstamo) y la de la accesoria (garantía), incluso perfeccionados por la misma persona en distinta calidad. Finalmente, el TJUE señaló que corresponde al Juez nacional determinar la finalidad para la cual el

⁴²⁹ TJUE, “Dumitru Tarcău, Ileana Tarcău y Banca Comercială Intesa Sanpaolo România SA y otros”, ECLI:EU:C:2015:772.

⁴³⁰ TJUE, “Costea”, ECLI:EU:C:2015:538. Tal como ya se refirió: se planteó al TJUE como cuestión prejudicial si: “¿Debe interpretarse el artículo 2, letra b), de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, en relación con la definición del concepto de “consumidor”, en el sentido de que incluye o, por el contrario, de que excluye de tal definición a una persona física que ejerce la abogacía y celebra un contrato de crédito con un banco, sin que se especifique el destino del crédito, figurando expresamente, en el marco de dicho contrato, la condición de garante hipotecario del bufete de esa persona física?”.

abogado adquirió el crédito, a fin de calificarlo o no como consumidor, y que el hecho de haber garantizado su obligación con un bien destinado a su actividad profesional no modifica en nada aquél análisis (ver: Fundamentos 22, 23 y 28).

b) En el régimen jurídico argentino

Desde otra perspectiva, en Argentina el tema no se encuentra tan profundamente desarrollado en la doctrina ni en la jurisprudencia.

Antes de la reforma producida por el CCCN en el derecho del consumidor, Álvarez Larrondo⁴³¹ argumentó que el fiador podía protegerse en él por tratarse de un sujeto expuesto a una relación de consumo: la vigente entre las partes del contrato principal. A tal fin, consideró que: “...*resulta absolutamente claro que el fiador (sea persona física o jurídica) en todos aquellos casos en los que avale un contrato de consumo (éste es el núcleo gordiano y única exigencia actual de la ley), no importa su carácter, actividad, carácter oneroso o gratuito del vínculo que a su vez lo relacione con dicho negocio, resultará protegido por las normas de la ley de defensa del consumidor atento a su carácter de sujeto expuesto a una relación de consumo...Reitero, lo que debe analizarse aquí no es si el fiador reviste el carácter de consumidor en cuanto destinatario final, o si su actividad es comercial y presta fianzas de manera onerosa, sino que aquí lo único que interesa determinar es si el contrato afianzado es un contrato de consumo. Así y de serlo, pues, directamente se encontrará el fiador expuesto a dicha "relación de consumo" y automáticamente le resultará aplicable la ley 24.240 en su faz tutelante*”.

⁴³¹ Federico M. ALVAREZ LARRONDO, “El fiador-consumidor tutelado por la ley 26.361”, Diario Jurídico La Ley, 5/8/2010, 1.

Posteriormente, y desde otra perspectiva, Barocelli⁴³² entendió que el fiador puede ser considerado un consumidor indirecto de una deuda considerada de consumo, es decir, que sigue el carácter de accesoriadad del contrato de fianza respecto a la obligación principal, pues hace depender la tutela tuitiva de que el crédito principal sea de consumo.

Por nuestra parte, no compartimos las posturas expuestas sino que consideramos que con dichos criterios se deja fuera del ámbito protectorio a diversas personas, que afianzan obligaciones que pueden no ser de consumo, y que ello resulta injusto. La naturaleza accesoria de la fianza en cuanto a su objeto no puede propagarse a la calidad de las partes sino que, conforme los fundamentos del derecho del consumidor, procede analizar en particular si el fiador es por sí mismo consumidor conforme los requisitos legales. De tal modo, compartimos la doctrina del TJUE sobre el tema, y creemos que resulta plenamente aplicable al ordenamiento jurídico argentino.

En síntesis, el fiador de una obligación principal puede ser considerado consumidor, independientemente de que la relación derivada de ella sea o no de consumo, siempre que él mismo cumpla con los parámetros legales para ser calificado como tal (propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión en España, o destino final en Argentina).

4.7. Inversor

En este punto se razonará respecto a la posibilidad de calificar como consumidor al inversor, lo que desde ya afirmamos sin hesitación, tanto en

⁴³² Sergio S. BAROCELLI, *Ámbito de aplicación del derecho del consumidor*, en: *Derecho del Consumidor*, Buenos Aires: El Derecho, 2016, 50.

el derecho español como en el argentino, siempre que se verifiquen los requisitos legales para ello.

Es interesante tener presente que ante una inversión entran en juego diversas cuestiones como el deber de información, el asesoramiento, la confianza, el riesgo, la diligencia, etc. que afectan especialmente la relación entre las partes, y que requiere de una especial atención por parte del derecho.

Por otro lado, existen diversos tipos de inversores que pueden encontrarse en diversas situaciones respecto a su contraparte: un particular que decide incurrir en el ámbito sin experiencia alguna, un inversor profesional o uno minorista, que puede o no ser consumidor, lo que justifica la distinción y determinación en el caso particular.

Pueden existir inversores no sólo en el ámbito del mercado de valores, sino también en otros, que invierten en sentido amplio, incluyendo cualquier tipo de actividad que importe una colocación del ahorro a fin de obtener una ganancia. Por ejemplo: el prestamista que destina el dinero recibido a la compra de un inmueble para luego arrendarlo y obtener una renta⁴³³, o quien adquirió un préstamo para financiar la adquisición de participaciones en un fondo de inversión inmobiliaria⁴³⁴, supuestos en los que el TJUE consideró a los prestamistas como consumidores; o al adquirente de un bien inmueble para aprovechamiento por turnos que el

⁴³³ Tal el caso resuelto por el TJUE en el que consideró consumidores a un matrimonio en estas condiciones: *“Heinen & Biege se puso en contacto con el matrimonio Schulte y le propuso una fórmula de inversión para la adquisición de un bien inmueble financiada a crédito. Se contemplaba que la vivienda puesta en venta debía estar ocupada por terceros y, por razones fiscales, su adquisición financiada íntegramente mediante un préstamo”*, *“Elisabeth Schulte, Wolfgang Schulte y Deutsche Bausparkasse Badenia AG”*: ECLI:EU:C:2005:637.

⁴³⁴ TJUE, *“Annelore Hamilton contra Volksbank Filder Eg”*, ECLI:EU:C:2008:215.

TS incluyó como consumidor por tratarse de un pequeño inversor en actividades privadas⁴³⁵. En esos casos la cuestión resulta fácil de definir.

Sin embargo, la mayoría de las discusiones se centran alrededor del inversor en el mercado de capitales, tal como lo reseñaremos.

En este ámbito, se definió al inversor como: *“el sujeto que decide canalizar su ahorro hacia la inversión mediante la adquisición de acciones y otros instrumentos financieros. Es en general la calificación atribuida al ahorrador que se acerca al mercado de valores para invertir. Pero hay una noción amplia de inversor, que incluye a todos los ahorradores como potenciales inversores y una noción estricta, la de quienes invierten sus ahorros en determinados instrumentos financieros”*⁴³⁶.

La duda se plantea ante el objeto del negocio jurídico celebrado por el inversor, que tiende a obtener una ganancia, pero ello tal como ya afirmamos y fundamos al inicio de este capítulo, no impide la calificación del sujeto como consumidor, máxime tratándose de una persona física.

En el derecho español, la protección del inversor fue minuciosamente examinada por Agüero Ortiz⁴³⁷ en su tesis doctoral en la que prestó especial atención a los inversores minoristas consumidores. La autora citada, luego de analizar la legislación europea y nacional vigente, en

⁴³⁵ STS 169/2017 (20/01/2017).

⁴³⁶ Fernando ZUNZUNEGUI, *Hacia un estatuto del inversor*, Revista de Derecho del Mercado Financiero, Working Paper 1/2006, Diciembre de 2006, 2, disponible en: <http://www.rdmf.es/wp-content/uploads/2016/09/hacia-un-estatuto-del-inversor1.pdf>, última consulta 12/2/2020.

⁴³⁷ Se recomienda la consulta y lectura de su tesis doctoral sobre el tema: Alicia AGÜERO ORTIZ, *“El protocolo MiFID II y los remedios aplicados a los contratos de inversión”*, dirigida por Carrasco Perera, UCLM, Toledo, 2018, disponible en: <https://ruidera.uclm.es/xmlui/bitstream/handle/10578/18494/TESIS%20Ag%C3%BCero%20Ortiz.pdf?sequence=1&isAllowed=y>, última consulta el 11/2/2020.

especial las MiDIF y MiDIF II, así como también la jurisprudencia de los máximos tribunales en dichos ámbitos, concluyó en la necesidad de elaborar un sistema protectorio alternativo del inversor consumidor para garantizarle la protección, dejando de lado el sistema basado únicamente en la información, y en base a un asesoramiento personalizado e independiente, por un tercero ajeno a la empresa y retribuido por el propio consumidor⁴³⁸.

Al respecto, el TS planteó una cuestión prejudicial al TJUE⁴³⁹ precisamente consultando si la responsabilidad por el folleto, cuando se hizo oferta pública de suscripción de acciones dirigida tanto a inversores minoristas como cualificados, los ampara también a éstos últimos, conforme la interpretación de los arts. 3.2 y 6 de la Directiva 2003/71/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 4 de noviembre de 2003, sobre el folleto que debe publicarse en caso de oferta pública o admisión a cotización de valores y por la que se modifica la Directiva 2001/34/CE; lo cual demuestra la falta de claridad sobre el tema en cuanto a la distinción entre los regímenes jurídicos aplicables a los distintos tipos de

⁴³⁸ AGÜERO ORTIZ, “*El protocolo MiFID II...*”, 458. En la conclusión de su trabajo propone, entre otras ideas que: Concretamente, considera que “*el mecanismo óptimo de protección al inversor minorista incardinado en un sistema de protección de máximos es vincular la participación de los inversores minoristas-consumidores a la prestación de un servicio de asesoramiento independiente o de gestión de carteras. La adopción de esta medida exigiría una nueva clasificación de los clientes de forma que se destruya la heterogeneidad de actores que confluyen en la actual categoría de inversores minoristas, destinando una protección específica y reforzada a los inversores minoristas consumidores privados, ahorradores, o pequeños inverores, como quiera que se los denomine. Habida cuenta de la práctica demostración de su incapacidad para tomar decisiones racionales de inversión, o al menos óptimas, consideramos que sería deseable que esta carencia fuera suplida por el asesoramiento, pero no un asesoramiento sesgado por incentivos o prevalencia de los productos propios, sino un asesoramiento independiente, en los términos perfilados por MiFID II....servicio haya de ser retribuido por el propio inversor...*”.

⁴³⁹ ATS 12805/2019, ECLI: ES:TS:2019:12805A.

inversores⁴⁴⁰ (aun cuando en el caso no sería para favorecer a un inversor consumidor, sino al contrario: a favor del inversor calificado).

Por su parte, en la doctrina argentina, en relación al inversor en el mercado de capitales, Chamatropulos⁴⁴¹ explicó que conforme la ley N° 26.831, de Mercados de Capitales, la inversión debe tener por objeto valores negociables (art. 1), que tienen extrema facilidad para ser convertibles en dinero (art. 2), pese a lo cual, el ánimo de lucro no es un criterio que excluya la protección del derecho del consumidor.

En todo caso, compartimos plenamente la postura de Stiglitz, Hernández y Barocelli⁴⁴² quienes consideraron que la protección se acentúa en casos en que el inversor tiene en miras obtener una ganancia o evitar pérdidas derivadas de la inflación, sin trasladar el objeto o producido de la inversión a actividad productiva o profesional alguna, persiguiendo un propósito de ahorro. En igual línea, Paolantonio⁴⁴³ entendió que el ahorro importa la realización de un acto de consumo en el cual el ahorrista se encuentra en situación de debilidad en su posición jurídica pues, carece de información, se utilizan contratos con cláusulas predisuestas y carece de poder de negociación.

⁴⁴⁰ En este sentido también puede ubicarse la sentencia del Supremo en la que se debatió respecto al deber de información que debía cumplirse respecto a una empresa, y el Tribunal destacó que: “*La Ley de Mercado de Valores no excluye de su protección al empresario pues la disyuntiva no es consumidor o profesional, sino meramente la de inversor profesional o no*”: STS 2687/2018 - ECLI: ES:TS:2018:2687

⁴⁴¹ CHAMATRÓPULOS, D., *Estatuto del Consumidor ...*, 128 y 130. Recomendamos su lectura para un análisis completo y actual de la temática en el derecho argentino.

⁴⁴² Gabriel STIGLITZ, Carlos A. HERNÁNDEZ, Sergio S. BAROCELLI, *La protección del consumidor de servicios financieros y bursátiles*, La Ley Online: AR/DOC/2991/2015.

⁴⁴³ Martín E. PAOLANTONIO, *¿El consumidor financiero es consumidor?*, La Ley Online: AR/DOC/1050/2010.

De todos modos, si bien tanto el derecho español⁴⁴⁴ como el argentino⁴⁴⁵ disponen de legislación específica que regula y protege al inversor en el mercado de capitales, creemos firmemente que debe complementarse con el régimen tuitivo del derecho del consumidor cuando se verifique que se está ante un inversor que actúa con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión (España), o con destino final (Argentina), lo que indica la conveniencia de distinguir entre los diversos tipos de inversores (tal como lo postulan Agüero Ortiz en España, o Paolantonio en Argentina, en los textos citados) para resguardar especialmente a los más débiles.

Para cerrar este punto cabe ilustrar lo anterior con el siguiente antecedente del TS, en el que se analizó la noción de consumidor conforme las decisiones del TJUE receptadas por aquél. En el caso, ante un préstamo destinado a adquirir un inmueble no para habitarlo sino para ser arrendado, antes de considerar al sujeto como inversor (como ocurrió en la

⁴⁴⁴ Directiva 2004/39/CE, relativa a los mercados de instrumentos financieros (MIFID), incorporada al derecho español por Ley 47/2007, de 19 de diciembre, que modifica la Ley 24/1988, del Mercado de Valores; y la Directiva 2014/65/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo de 2014, relativa a los mercados de instrumentos financieros (MiFID II) y su Directiva modificativa UE 2016/1034 y la complementaria UE 2017/593, éstas tres últimas no transpuestas al derecho español, lo que ocasionó un recurso del TJUE contra España que hoy se encuentra en suspenso conforme se informa en: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/IP_18_6259, última consulta: 12/2/2020. En España específicamente, se pueden nombrar entre otras normativas que regulan la temática: el Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Mercado de Valores; Circular 1/2018, de 12 de marzo, de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, sobre advertencias relativas a instrumentos financieros, entre otras.

⁴⁴⁵ Ley 26.831 de Mercado de Capitales, reformada por la ley 27.440 de Financiamiento Productivo e impulso a las Pymes, Comunicaciones del BCRA que refieren al inversor como por ejemplo: A 5460, modificada por la Comunicación A 5482, la 6260 de “Capitales mínimos de las entidades financieras. Actualización de texto ordenado”, entre otras normas que tienen en miras la protección del inversor. En especial en materia de consumo, el art. 36 de la LDC regula las operaciones de crédito para consumo, y el CCCN expresamente consagra la regulación de los contratos bancarios con consumidores y usuarios en los arts. 1384 a 1389.

instancia anterior) el TS destacó que: “... *lo relevante no es que invirtiera con ánimo de lucro, sino que la operación la realizara como operador económico, en un ámbito profesional. A diferencia de lo que sucede con las personas jurídicas o los entes sin personalidad, en el caso de las personas físicas el ánimo de lucro no es incompatible con la cualidad legal de consumidor, puesto que cuando el art. 3 TRLGCU se refiere a personas físicas no hace mención a dicha intencionalidad lucrativa, sino que únicamente atiende al carácter empresarial o profesional de la actividad*”⁴⁴⁶.

4.8. Trabajador

Por último, consideraremos la posibilidad que el trabajador pueda ser considerado consumidor en relación con su empleador o con algún tercero por intermedio suyo.

En principio, los contratos de trabajo se encuentran excluidos del régimen de derecho del consumidor, por no configurar las partes una relación de consumo, y así algunas regulaciones excluyen expresamente de su régimen a los contratos laborales. A modo de ejemplo cabe citar la Directiva 93/13 que, en su considerando décimo, expresamente así lo dispone: “...*normas deben aplicarse a todos los contratos celebrados entre un profesional y un consumidor; que por consiguiente quedan excluidos de la presente Directiva, en particular, los contratos de trabajo, los contratos relativos a los derechos de sucesión, los contratos relativos al estatuto familiar, los contratos relativos a la constitución y estatutos de sociedades*”.

⁴⁴⁶ TS, STS 2193/2018 - ECLI: ES:TS:2018:2193.

Sin embargo, el interrogante surge ante la posibilidad de considerar a un trabajador como consumidor, ya sea frente a su propio empleador o frente a un tercero cuando aquél resultó intermediario, en una relación al margen o paralela a la laboral propiamente dicha.

En el primer caso, podemos citar como ejemplo: cuando el empleado celebra con su empleador un contrato que no hace a la relación estrictamente laboral, como por ejemplo: cuando le presta dinero para alquilar una vivienda para habitar con su familia. Precisamente, este supuesto fue recientemente decidido por el TJUE afirmando la vigencia del derecho del consumidor, en especial, el régimen de cláusulas abusivas, aplicable a la relación entre un trabajador y su esposa con la empresa que lo empleaba, la que le prestó dinero para financiar la adquisición de un inmueble destinado a la vivienda familiar, y analizó la calidad de cada una de las partes en estos términos: *“El artículo 2, letra b), de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, debe interpretarse en el sentido de que el empleado de una empresa y su cónyuge, que celebran con dicha empresa un contrato de préstamo reservado principalmente a los miembros del personal de la referida empresa y destinado a financiar la adquisición de un inmueble para fines privados, deben considerarse «consumidores», en el sentido de dicha disposición....El artículo 2, letra c), de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que procede considerar que la referida empresa es un «profesional», en el sentido de dicha disposición, si celebra el contrato de préstamo en el marco de su actividad profesional, aunque la concesión de préstamos no constituya su actividad principal”*.

Lo novedoso del antecedente citado es que consideró al empresario como tal, a pesar que actuaba al margen de su propia actividad comercial (servicio de electricidad y no de préstamos), pero por contar con un sector

especial dentro de la empresa dedicado a tal fin, teniendo como destinatarios sólo a sus trabajadores⁴⁴⁷.

El segundo supuesto a definir, radica en la relación entre el trabajador que adquiere un bien o servicio con un tercero, pero por intermediación de su empleador, y en función de ser empleado suyo. Aquí, puede darse una relación jurídica directa entre el empleador y el tercero, en la que el empleador es intermediario que acerca o contacta a las partes, o puede ser que el negocio se perfeccione de manera bilateral entre el empleador y el tercero prestador del servicio, siendo el caso más común quizás el del contrato de seguro de riesgos de trabajo, que en realidad es contratado por el empleador, pero en beneficio del trabajador.

En estos casos consideramos que el trabajador indudablemente califica como consumidor para ampararse en el régimen tuitivo por ser el beneficiario o destinatario último del bien o servicio. A fin de justificar esta afirmación, compartimos los argumentos de Chamatrópulos⁴⁴⁸, quien destacó que: 1. El trabajador es el destinatario final de las prestaciones a cargo de la aseguradora de riesgos de trabajo, pues tienen en miras

⁴⁴⁷ En este sentido, Pazos Castro al comentar el antecedente del TJUE consideró que: *“la empresa eléctrica prestamista actúa como profesional requiere centrarse en dos afirmaciones del Tribunal de Justicia que ya han sido destacadas. Por un lado, que actuar dentro del marco de su actividad profesional equivale a celebrar un contrato que «forma parte de las actividades que una persona ejerce con carácter profesional». Por otro, que esto «no depende de que el profesional decida contratar como su actividad principal o secundaria y accesoria» (STJUE Pouvin y Dijoux (LA LEY 17552/2019) , apartados 36 y 41). En otras palabras, cuando la Directiva habla de «su» actividad profesional, no se refiere a su actividad empresarial habitual, propia o principal, sino a que se utiliza una estructura empresarial ya formada para celebrar cualesquiera contratos. Esta interpretación es plausible a la luz del texto, y coherente con una interpretación amplia del concepto de profesional. Desde este punto de vista, la respuesta del Tribunal de Justicia parece correcta y justificada”*, Ricardo PAZOS CASTRO, *Las nociones de consumidor y de profesional en un contrato (no laboral) celebrado con un trabajador fuera del ámbito propio del empresario*, Diario La Ley Unión Europea, Nº 71, 30 de Junio de 2019, Wolters Kluwer, 5.

⁴⁴⁸ CHAMATRÓPULOS, *Estatuto del Consumidor...*, 101.

proteger la integridad de su persona y su salud: es destinatario final fáctico; 2. No existe un uso profesional del servicio por parte del trabajador, sino que redundan en su beneficio: es destinatario final económico; y 3. No hay duda que el trabajador siniestrado se encuentra en situación de vulnerabilidad. En consecuencia, el autor citado en posición que asumimos como propia señaló que indudablemente el trabajador es consumidor directo conforme la clasificación del derecho argentino, incluso uno vulnerable pues el servicio es contratado por su empleador, sin que pueda intervenir en las negociaciones del contrato general de adhesión a cláusulas predispuestas.

En síntesis, el trabajador puede resultar consumidor ya sea de su empleador o respecto a un tercero, dependiendo de quién fue el empresario que le facilitó el bien o servicio, lo que debe analizarse en el caso en concreto.

CAPÍTULO 5: RELACIONES ENTRE CONSUMIDORES

En este último capítulo se desarrollarán las relaciones entre consumidores (C2C: *consumer to consumer*), que en principio, están excluidas del régimen protector del derecho del consumidor, por no existir relación de consumo al faltar el polo empresario o proveedor. La afirmación precedente se justifica en virtud de la noción relacional que rige la materia, tal como se explicó en el capítulo 2, pues no existe fundamento para incluir en el derecho del consumidor la relación entre sujetos que en principio deberían ser pares, en equilibrio de condiciones respecto a la información, el poder de negociación, los conocimientos técnicos, etc.

En el marco de las relaciones entre iguales (consumidores), consideramos que los supuestos que mayor interés actual presentan son las relaciones derivadas de la economía colaborativa; la sucesión de la calidad de consumidor a otro y los contratos perfeccionados por un profesional, en nombre y representación del consumidor con otro par, a cuyo estudio nos avocamos a continuación.

5.1. Contratos celebrados entre consumidores (C2C)

En principio, este punto del trabajo no tendría mucho sentido pues el objetivo general es analizar los casos en los que existe consumidor que justifique la tutela protectora, la relación de consumo (presupuesto esencial para ello) es una noción relacional, que requiere de dos sujetos en desequilibrio estructural.

Por el contrario, ante un contrato entre consumidores, de los denominados C2C en principio, las partes se encuentran en igualdad por ser un supuesto de contrato paritario que no requiere de una especial protección, sino más bien, que se rige por las reglas y principios del derecho privado de los contratos, y/o legislación sectorial según corresponda.

Al respecto, Bercovitz Rodríguez-Cano⁴⁴⁹ advirtió que, tanto en el TRLGDCU como en el derecho europeo, quedan fuera del derecho del consumidor no sólo las relaciones entre empresarios⁴⁵⁰, sino también las relaciones entre consumidores, entre consumidores y no empresarios o particulares; lo que surge del art. 2 de aquella ley, en cuanto delimita el ámbito de aplicación a la protección de los consumidores frente a los empresarios, aunque también lo funda en el propio sentido o fundamento del derecho de consumo.

Desde otra perspectiva, resulta oportuno destacar que incluso si el consumidor fuera quien vende o transmite un bien o servicio a un empresario, igualmente estaría protegido por el régimen tuitivo pues ni el derecho europeo, ni el español ni el argentino distinguen en qué polo de la relación de consumo debe encontrarse el consumidor, simplemente se requiere la existencia de esa relación de desequilibrio. Respectivamente, Cámara Lapuente⁴⁵¹ aclaró que la calificación del vendedor como

⁴⁴⁹ Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ- CANO, *Comentario al artículo 2 del TSLGDCU*, en: *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes Complementarias*, Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ- CANO (Coordinador), Segunda Edición, Pamplona: Thomson Reuters Aranzadi, 2015, 50-51 y 55.

⁴⁵⁰ Así lo definió el TJUE en relación a una cuestión de competencia en la que se pretendía amparar en la normativa de Convención de 1968 sobre Jurisdicción y Ejecución de Sentencias en materia civil y mercantil una persona que era empresario: *Shearson Lehman Hutton Inc. y TVB Treuhandgesellschaft fuer Vermoögensverwaltung und Beteiligungen mbH*, ECLI:EU:C:1993:15.

⁴⁵¹ Sergio CÁMARA LAPUENTE, *El concepto legal de «consumidor» en el derecho privado europeo y en el derecho español: aspectos controvertidos o no resueltos*, Cuadernos de Derecho Transnacional, Marzo 2011, Vol. 3, Nº 1, 114.

consumidor sólo es útil para tutelarlos a él, y no a su contraparte, a condición que: *“el consumidor que vende, cede o suministra a un empresario no lo haga de forma reiterada, habitual y organizada, pues en tal caso cabría entender que no actuó al margen de una actividad empresarial o profesional”*.

Retomando la posibilidad de aplicar el derecho del consumidor a una relación entre consumidores, el TJUE se pronunció sobre la temática, en oportunidad de decidir la interpretación del artículo 6, apartado 1, letra d), del Reglamento nº 805/2004. Concretamente, se planteó como cuestión prejudicial la interpretación de dicha norma a fin de determinar la competencia para entender la ejecución de un título ejecutivo europeo para créditos no impugnados entre dos personas que no realizaban actividades comerciales. El Tribunal refirió al contexto de la disposición y al objetivo perseguido por la normativa: el derecho del consumidor atiende a la situación de inferioridad respecto al profesional, y que sólo refiere al consumidor final privado, que no realiza actividades comerciales o profesionales, es decir, cuando existe un desequilibrio entre las partes contratantes, pero que no puede ampararse a sujetos respecto a los cuales no se justifica tal protección. En definitiva, concluyó que aquella norma: *“...no se aplica a contratos celebrados entre dos personas que no realizan actividades comerciales o profesionales...”*⁴⁵².

Sin embargo, existen situaciones dudosas, y que eventualmente, podrían resultar subsumidas en el derecho del consumidor, según el caso: 1) relaciones derivadas de economía colaborativa, 2) sucesión del consumidor a otra persona; y 3) los negocios celebrados por un profesional en nombre y por cuenta del consumidor con otro. Cada uno de estos supuestos será analizado en este capítulo.

⁴⁵² TJUE, *Walter Vapenik y Josef Thurner*, ECLI:EU:C:2013:790.

5.2. Relaciones derivadas de la economía colaborativa

a) Introducción. Nociones generales

Al hablar de economía colaborativa, “*sharing economy*”, “*peer to peer economy*” o “*access economy*”, es común pensar en los servicios a los que se accede mediante las plataformas de: Uber, Cabify, Airbnb, Couchsurfing, Rapi, Globo, etc. Lo cierto es que, desde hace tiempo, existen nuevas formas de relacionarse en el mercado que tienen origen en la denominada “*economía colaborativa*”⁴⁵³.

En este epígrafe nos proponemos analizar de qué se trata y si es una noción unívoca o si admite diversas alternativas, con fundamento en la creciente expansión que tuvo este fenómeno aproximadamente desde el año 2010 en adelante, en todo el mundo, al punto tal que el Eurobarómetro⁴⁵⁴ señaló que en 2018 no de cada cuatro personas usaban estos servicios, aunque sólo el seis por ciento (6%) de los europeos los habían ofrecido. También pretendemos identificar cuáles son las relaciones que se generan entre los distintos sujetos intervinientes, para analizar cuál el régimen jurídico aplicable y, en especial, definir quiénes pueden ser considerados consumidores.

⁴⁵³ JARNE MUÑOZ realizó un análisis en particular de los diversos ámbitos en los que se presenta la economía colaborativa en España, a saber: transporte, alojamiento, coworking, crowdfunding, etc. y concluyó con los retos que la temática presentaba en España hace unos años: Pablo, JARNE MUÑOZ, *El consumo colaborativo en España: experiencias relevantes y retos de futuro*, Revista CESCO de Derecho de Consumo, N° 17/2016, 62-75, accesible en: <http://www.revista.uclm.es/index.php/cesco>, última revisión el 24/2/2020.

⁴⁵⁴ Información completa disponible en: https://data.europa.eu/euodp/en/data/dataset/S2184_467_ENG, última consulta el 17/2/2020.

En este marco, cabe aclarar que las relaciones derivadas de la economía colaborativa, involucran cuestiones de diversas áreas de interés como las cubiertas por el derecho contractual, del consumidor, el laboral, el tributario, administrativo, etc. Sin embargo, los límites de este trabajo nos imponen restringir el estudio de esta tan interesante temática a fin de indagar respecto a la posible calificación de los sujetos intervinientes como consumidores, en virtud de lo cual, puedan resguardarse en las leyes protectorias.

Tradicionalmente, ante la necesidad de un bien o servicio se concurría al local comercial a fin de adquirirlo personalmente, más actualmente, se lo obtenía a través del *e-commerce*, es decir, por internet del sitio web del empresario o algún portal o mercado virtual. Por el contrario, en el modelo de la economía colaborativa se desplaza el interés en la adquisición del bien o servicio en propiedad, y lo ubica en el “uso” del bien o servicio, y se utilizan los medios digitales para contactar a las partes (sean o no iguales), que se encuentran en una plataforma digital organizada por un tercero (intermediario).

La Comisión Europea se ocupó de la temática en la Comunicación sobre: “*Una agenda para la economía colaborativa*”⁴⁵⁵ en 2016, en la que afirmó que la economía colaborativa refiere a: “...*modelos de negocios en los que se facilitan actividades mediante plataformas colaborativas que crean un mercado abierto para el uso temporal de mercancías o servicios ofrecidos, a menudo por particulares*”. Se aclaró que en general las transacciones no implican transmisión de propiedad, sino sólo acceso y que pueden ser con o sin ánimo de lucro.

⁴⁵⁵ Texto accesible en: https://ec.europa.eu/growth/single-market/services/collaborative-economy_en, última consulta el 1/11/2019. También tuvo lugar la “*Conferencia para evaluar el desarrollo de la economía colaborativa*”, el 11/10/2018, en Bruselas, a fin de realizarse un balance sobre el estado del tema.

En el ámbito doctrinal, se definió a la economía colaborativa como: “...un modelo económico y social basado en la colaboración e intercambio de bienes y servicios entre iguales, activando con ello el potencial de uso de elementos infrutilizados, generalmente a través de Internet y las nuevas tecnologías de la información y la comunicación. Este intercambio puede ser temporal o permanente, oneroso o gratuito, mediando moneda de curso legal o monedas alternativas (tiempo, habilidades...), pero en cualquier caso dando paso a un nuevo modelo relacional económico y comercial entre iguales (P2P o Peer-to-Peer)”⁴⁵⁶.

Cabe destacar que originariamente, se trataba de la relación entre pares, por eso se denominó “*economía de Peer to peer*”, y tuvo origen la noción de “*prosumer*”, al transformarse el consumidor en prestador del servicio, y en consecuencia dejar de ser tal. Por ejemplo, compartir el auto con algún vecino o conocido para ir de un barrio periférico al centro de la ciudad, y así no utilizar dos autos, ahorrar combustible, no contaminar tanto, etc. (los típicos *pools*) que fueron creciendo e incluyendo a sujetos desconocidos, y que se replica en diversos ámbitos de la vida.

Los factores clave de la economía colaborativa conforme Botsman⁴⁵⁷ son:

- (a) Importancia de la comunidad: amigos, vecinos, desconocidos.
- (b) Utilización de la tecnología para contacto social: cambia la forma de comunicarnos.

⁴⁵⁶ Almudena VICENTE, María Concepción PARRA, María Pilar FLORES, *¿Es la Economía Colaborativa una versión 2.0 de la Economía Social?*, Sphera Publica, 1 (17), 71, disponible en: <http://sphera.ucam.edu/index.php/sphera-01/article/view/294>, último acceso el 20/2/2020.

⁴⁵⁷ Rachel BOTSMAN, *The case for collaborative consumption*, Sidney, 20/12/2010, https://www.ted.com/talks/rachel_botsman_the_case_for_collaborative_consumption, última visita el 17/2/2020, en la que desarrolló algunas ideas de su libro en coautoría: Rachel BOTSMAN, Roo ROGERS, *What's mine is yours*, Harper Business, 2010.

- (c) Preocupación por problemas ambientales: búsqueda de un desarrollo sostenible, eliminar el consumismo y aumentar la potencialidad de uso de las cosas.
- (d) Búsqueda de soluciones ante la crisis económica y financiera global.

La autora citada⁴⁵⁸ consideró que estamos ante la “*Era de la confianza*” más que la tecnológica, pues toda la economía colaborativa depende, en última instancia de la confianza centrada en la idea, la plataforma y la otra persona que presta el servicio, lo que resulta clave a la hora de proteger al consumidor y analizar su grado de vulnerabilidad al relacionarse a través de las plataformas virtuales con el convencimiento que lo hace con “pares”. Sin lugar a dudas, la cuestión de la confianza es crucial en la economía colaborativa, y es precisamente lo que justifica la especial protección que los consumidores deben tener en este ámbito.

Sin embargo, luego el objetivo de compartir entre pares se perdió pues, para organizar la actividad o servicio se introdujeron las plataformas virtuales, que en la mayoría de los casos pertenecen a inversionistas pequeños o grandes que buscan realizar su negocio, de manera ajena a la idea de colaboración, sino más bien, aprovechándose de la confianza que las personas depositan en la economía colaborativa. Es decir, constituyen verdaderos empresarios que prestan servicios con profesionalidad, con carácter habitual y con fin de lucro.

⁴⁵⁸ BOTSMAN, *The case for...*, idem.

A fin de graficar este cambio, Donnebrink⁴⁵⁹ consideró que existen tres fases de la economía colaborativa compartida, las que identificó del siguiente modo:

“1.0”: enfoque colaborar y compartir, entre sujetos aficionados, grupos de interés, activistas, entidades, no comerciantes. Ej. *Wikipedia*, *Linux*, *Couchsurfing*, *Carpoling*. Es un compartir entre pares con fines comunes.

“2.0”: intervienen agentes económicos, inversionistas de alto riesgo con motivaciones económicas que buscan formar monopolios, maximizar ganancias, extraer valor (dinero, datos, etc.). Ej: *Facebook*, *Airbnb*, *Uber*. Intervienen profesionales.

“3.0”: alternativa humana como contracorriente a la comercialización, tales como cooperativas de plataformas: solidaridad entre trabajadores, propietarios y consumidores. Poseer y ser capaz de gobernar la plataforma y producción. Ej: *Fairmondo* (alternativa a E-bay o Amazon que pertenece a 2.000 cooperativistas en Berlin) o *Stocky* (plataforma donde los fotógrafos se convierten en copropietarios de ella en Canadá). Consumidor que se convierte en activo “prosumer”, “financiarización de la vida cotidiana”.

Entre estas diversas alternativas de economía colaborativa, la que mayores problemas presente en relación a la protección de los derechos de las partes débiles (pues puede ser al mismo tiempo usuario y prestador), es la denominada “2.0”, pues allí no cabe dudas que puede existir relación de consumo.

⁴⁵⁹ Thomas DÖNNEBRINK, *Una economía para todos*, en: *La disrupción cooperativista. Reflexiones sobre cooperativismo en la era digital*, Katia A., MORALES GAITÁN, (Coordinadora), 1ra Edición. Año Dual Alemania-México 2016-2017 y OuiShare México, 2017, 14-15.

En función de lo expuesto, procede detallar las diversas relaciones que pueden darse en la economía colaborativa y el rol de cada una de las partes.

b) Las relaciones jurídicas que surgen de la economía colaborativa

En este contexto existen tres sujetos que interactúan, es decir, se genera una relación triangular entre ellos quienes son:

Prestadores del servicio: son propietarios o poseedores de activos, recursos, tiempo y/o competencias, y pueden ser:

- (a) *Pares*: la persona física, que presta el servicio de manera ocasional. Por ejemplo: quien presta su habitación de manera casual en “Couchsurfing”.
- (b) *Profesionales*: la persona física o jurídica que se dedica a la prestación del servicio con conocimientos específicos sobre ellos y en la mayoría de los casos, a título oneroso. Verbigracia: el prestador de Airbnb que alquila distintos inmuebles por esta vía y que se dedica exclusivamente a ello como modo de vida; o un conductor de Uber full time.
- (c) Los *usuarios* del servicio: quienes lo contratan y/o disfrutan. También pueden ser persona física o jurídica, que actúa con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión; es destinatario final; o bien: empresarios o profesionales. En definitiva, son quienes disfrutarán el inmueble o serán transportados en los ejemplos dados.

(d) Los *intermediarios titulares de plataformas colaborativas*: en general, personas jurídicas, empresas aunque también podrían ser cooperativas, que a través de una plataforma en línea conectan a los prestadores con los usuarios y facilitan las transacciones entre ellos, y pueden prestar otros servicios, incluso el servicio subyacente: son las plataformas colaborativas: apps de Airbnb y Uber.

En este marco de relaciones resulta clave identificar en cada caso, ante qué tipo de sujeto nos encontramos, pues de ello se deriva el régimen jurídico aplicable a cada relación. En especial, nos interesa analizar si una parte puede ser subsumida en la noción de consumidor y la otra en la de empresario pues, de resultar así, existe una relación de consumo; de lo contrario, se excluye la aplicación del derecho tuitivo, y la relación se regirá por el derecho común según corresponda conforme el tipo de negocio celebrado y su objeto. Incluso hasta sería factible que existan diversas relaciones de consumo, por ejemplo: 1) entre el usuario y la plataforma, 2) entre el usuario y el prestador, 3) entre el prestador y la plataforma.

Ahora bien, estas relaciones triangulares a que hicimos referencia, son las que en teoría deben existir ante un supuesto de economía colaborativa, pues puede ocurrir que la plataforma y el prestador se encuentren tan íntimamente unidos que no sea posible distinguirlos (incluso que aquella sea la propia prestadora del servicio), convirtiéndose en una relación dual. Sin embargo, interesa analizar en particular el caso de que existan tres vínculos diversos y si se presenta un consumidor en alguno de ellos a la par de un empresario que torne aplicable el régimen tuitivo.

En definitiva, las relaciones que se dan son las siguientes: a) entre prestador del servicio y el titular de la plataforma; b) entre el usuario y el

titular de la plataforma; y c) entre el prestador del servicio y el usuario. Analizaremos cada vínculo en particular a fin de detectar si existe o no relación de consumo, conforme los arts. 3 y 4 del TRLGDCU y los arts. 1, 2 y 3 de la LDC y arts. 1092 y 1093 del CCCN. A tal fin se tomará como ejemplo el caso de Uber, que quizás sea el más público a raíz de las dos sentencias del TJUE sobre las que luego se hará referencia. Concretamente, las relaciones entre las partes ante los servicios de la economía colaborativa son:

- Prestador del servicio- titular de la plataforma (conductor de Uber- plataforma Uber):

Hay que definir si el prestador del servicio (conductor) puede ser consumidor del servicio que presta la plataforma. En este sentido, si el sujeto actúa de forma ajena a su actividad comercial o profesional, o como destinatario final, podrá ser calificado como consumidor, pero por el contrario, si se dedica profesionalmente a ello no lo será.

Ya señalamos que, originariamente el prestador y el usuario eran pares, no profesionales, es decir, que ambos podían ser consumidores frente a la plataforma (desarrollada profesionalmente), aunque luego el prestador puede dedicarse a ello de manera profesional y dejar de serlo. En definitiva, dependerá del caso concreto.

En relación al titular de la plataforma hay que analizar si es un mero intermediario pasivo (sólo facilita el medio, acercamiento de las partes, actividad técnica, automática, neutra) o activo (interfiere en el negocio entre las partes). En este sentido, en el ámbito europeo se aclaró que: *“European Directive 2000/31/EC distinguishes not between different kinds of platforms, but between the different activities platforms are engaged in. These activities are taken as a distinctive element in the answering of responsibility questions”*; y que: *“The difficulty in the*

*distinction of active and passive platforms lies in the fact that being active or passive has two, functions. One is in private law. The other is in E-commerce law, which means that when acting actively a platform can be held accountable for illegal content, active platforms fall outside the scope of the liability exemption (see in fine nr. 1.4.3). A passive bulletin board will abstain from involvement and is protected against liability when having a notice-and-take-down procedure (see nr. 1.4.4). When looking at European case law the key criterion is the question whether the platform's role is neutral, more technical, automatic and passive*⁴⁶⁰.

El estudio de las características, condiciones y responsabilidades de las plataformas es de suma importancia, e impone un análisis que lamentablemente excede el tema de este trabajo. De todas formas, simplemente se señalarán algunos de los criterios para identificar la participación activa del intermediario, lo que así se entiende si⁴⁶¹:

- (a) Gestiona y organiza la plataforma: selecciona a los prestadores, verifica la calidad del servicio, da consejos, ofrece otros servicios, etc. Es decir, si controla/ supervisa la prestación del servicio.
- (b) Determina el precio del servicio.

⁴⁶⁰ Rosalie Koolhoven, Neppelenbroek, Santamaria, Verdi, *Impulse paper on specific liability issues raised by the collaborative economy in the accommodation sector Paris - Amsterdam – Barcelona*, prepared by Working Group on the Collaborative Economy, *University of Groningen, The Netherlands*, March 2016, <https://sharingcitiesalliance.knowledgeowl.com/help/impulse-paper-on-specific-liability-issues-raised-by-the-collaborative-economy-in-the-accommodation-sector>, última consulta el 22/2/2020.

⁴⁶¹ Algunos de estos criterios fueron identificados en la: “Comunicación sobre una Agenda para la Economía Colaborativa” de la Comisión Europea, 2016, disponible en: <http://ec.europa.eu/DocsRoom/documents/16881/attachments/2/translations>, última consulta el 1/11/2019.

- (c) Cobra un precio (dinero, datos, etc.), una membresía, un porcentaje de la transacción o si gana por publicidad.
 - (d) Es propietario de los activos claves para prestar el servicio.
 - (e) Sufraga gastos y asume riesgos.
 - (f) Determina los términos y condiciones.
 - (g) Interviene en el perfeccionamiento del contrato entre las partes.
 - (h) Genera confianza al usuario por la marca, y si tiene apariencia de proveedor.
- Usuario – titular de la plataforma (quien solicitó el servicio de transporte -la plataforma Uber)

Respecto a esta vinculación, incumbe analizar si el usuario actúa de forma ajena a su ámbito comercial, empresarial, oficio o profesión, o como destino final según cada país (España o Argentina, respectivamente) y en caso afirmativo será consumidor.

Luego, se aplican iguales parámetros a los antes señalados para determinar si el titular de la plataforma es empresario/profesional del servicio de intermediación en línea, de manera activa, así como también si lo fuera del servicio subyacente. En relación al servicio de Uber, el TJUE⁴⁶² declaró que presta un servicio de transporte, en virtud de lo cual, debía cumplir con la ley correspondiente a la materia y obtener autorización para funcionar como tal por el Ayuntamiento de Barcelona en ese caso en particular.

⁴⁶² TJUE, *Asociación Profesional Élite Taxi y Uber Systems Spain, S.L.*, ECLI:EU:C:2017:981.

De todos modos, estamos convencidos que el titular de la plataforma, sea o no proveedor del servicio de intermediación, presta un servicio altamente profesional y como tal tiene el deber de cumplir con el sistema protector del consumidor. En efecto, en la mayoría de los casos no sólo actúa como intermediario entre partes sino que también presta otros servicios conexos destinados a consumidores, como por ejemplo el sistema de pago, y lo hace con ánimo de lucro, aún cuando esté organizado como cooperativa de economía colaborativa. Además, otro elemento que confirma la postura asumida es la especial confianza que el usuario deposita en la marca de la plataforma, y la apariencia de estar contratando muchas veces con su titular, información que no siempre resulta clara en los sitios web o apps.

- Prestador del servicio- usuario (conductor del Uber- usuario que solicitó el transporte)

Ante esta vinculación procede definir si el prestador es un par, en cuyo caso, no hay relación de consumo pues sería un “*prosumer*” o “*prosumidor*”⁴⁶³ (acrónimo: que unifica las palabras profesional y consumidor), sujeto que como consumidor presta un servicio; éstas son las llamadas relaciones “C2C” o “P2P” (*peer to peer*), las más difíciles de delimitar y proteger, tal como se analizará en el próximo epígrafe 5.2.

En este sentido, Gómez Ligüerre explicó con absoluta claridad que: “... *las categorías legales tradicionales dejan de dar razón de la realidad del*

⁴⁶³ Pablo, JARNE MUÑOZ, lo definió en estos términos: “*El prosumidor como figura ecléctica que aúna las funciones asociadas a la figura del productor y del consumidor*”, en: *El prosumidor como figura clave en el desarrollo del derecho del consumo derivado del mercado digital*, Revista CESCO de Derecho de Consumo N° 19/2016, 43, artículo publicado en: <http://www.revista.uclm.es/index.php/cesco>, última consulta el 24/2/2020.

mercado. Ya no hay solo productores y consumidores, pues estos devienen, también, potenciales oferentes de bienes y servicios. La condición legal y económica de estos, sin embargo, dificulta exigirles las garantías y prevenciones legales diseñadas para las empresas, oferentes profesionales, y tratarlos como tales desde el punto de vista legal. Y aparecen los problemas, pues concurren en el mercado, ofreciendo los mismos bienes y servicios, prestadores profesionales sujetos a estrictas regulaciones y prestadores no profesionales que quedan fuera del ámbito subjetivo de las regulaciones referidas. Resulta así que las mismas actividades quedan sujetas a regulaciones de diferente intensidad”⁴⁶⁴.

Por su parte, en la Comunicación sobre: “*Una Agenda Europea para la Economía Colaborativa*”, de la Comisión Europea (2016)⁴⁶⁵ se fijaron criterios para calificar al prestador como proveedor, y se aclaró que se trata de indicios no excluyentes, que dependen del caso concreto. Estos son:

⁴⁶⁴ Carlos I. GÓMEZ LIGÜERRE, *Lliçó de graduació de la promoció 201: “Los retos jurídicos de la economía colaborativa*, Barcelona: Universidad Pompeu Fabra, 8 de juliol del 2017, texto completo disponible en: [⁴⁶⁵ “Comunicación sobre una Agenda para la Economía Colaborativa”, Comisión Europea, 2016, disponible en: <http://ec.europa.eu/DocsRoom/documents/16881/attachments/2/translations>, última consulta el 23/2/2020.](https://www.upf.edu/documents/7944669/91520123/parlament+carlos+ignacio+gomez+2017.pdf/bd9fd304-e788-4b2c-36b7-12cafb343685?__cf_chl_captcha_tk__=cc2a549914064380f9dc996842a9eb9cf736ea46-1582547865-0-AbTIKfFScQgfp1z4czJvtftht1LpMAcPLHoo1DdBa5M9hdeAE4gkfdmVq1zEM S4J4kYng-xGWNQqnHVyoqvsERQQkW42l24CB1Cv0uo2DO7GUwmZrp8HT7F8PRUSQ QVonJsmGT_pDr3ljyi3ttguKaxKAN5yvwmZL9LSGvv5V slo-oSIT2YJztNMQ9FqpDrs-QKewSy5geAR3qL3n0vIHnQyQOLJCj8PC-hJ0IQW2VuRpuQ48UusgoNvwz3u195ldtcvLNmbAzGwD66MeyCbyJwA_fkIea X5V3f3_4Rg5Y6NjbX7tzAGuQYz_1M1aqU8JsEfr2gvoUkap5gDNwpSk82h4ru j8MxJKY2-UuIxngGsAM_GVmjkPRhz5zpCULJSgXzWdKZL4j3lQKW0J_lcK0WNadX9 ObH-GoyGktdQG9queMcD5a5jsLvDIDYkPcozt1TmEw2WtwjUoaJ14nG_f-c, última consulta 24/2/2020.</p></div><div data-bbox=)

- (a) *Un fin de lucro*: si intercambian servicios o competencias, o si sólo cobran los costos del servicio, entonces: no hay fin de lucro. Por el contrario, si existe contraprestación por el servicio prestado, se presume que la persona es empresario.
- (b) *Frecuencia con la que presta el servicio*: si es sólo ocasionalmente podría no ser proveedor. A mayor frecuencia será más claro que actúe como profesional (referencia a la habitualidad que exige el derecho europeo/español, no así el argentino).
- (c) *Nivel de volumen del negocio*: cuanto más alto es el generado por una misma actividad, incluso ofrecida en más de una plataforma, mayor será la posibilidad de calificar como empresario.
- (d) *Disposición de información y conocimientos técnicos sobre los productos que se propone vender*.

Por su parte, el TJUE a fin de determinar si una persona física podría ser considerado comerciante, en los términos del artículo 2, letras b) y d), de la Directiva 2005/29/CE, de 11 de mayo de 2005, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interno, compartió los argumentos del Abogado General y definió diversos parámetros a tener en cuenta: “... *el órgano jurisdiccional remitente deberá, en particular, comprobar si la venta en la plataforma en línea se ha efectuado de forma planificada y si dicha venta tiene fines lucrativos, si el vendedor dispone de información y competencias técnicas relativas a los productos que propone a la venta de las que el consumidor no dispone necesariamente, de manera que lo coloca en una situación más ventajosa con respecto a dicho consumidor, si el vendedor tiene un estatuto jurídico que le permite realizar actos de comercio y en qué medida la venta en línea está vinculada a la actividad comercial o profesional del vendedor, si el vendedor está sujeto a IVA, si*

el vendedor, que actúa en nombre de un comerciante determinado o por su cuenta o por medio de otra persona que actúa en su nombre y por su cuenta, ha recibido una retribución o una participación, si el vendedor compra bienes nuevos o usados con intención de revenderlos, confiriendo de este modo a dicha actividad un carácter regular, una frecuencia o una simultaneidad con respecto a su actividad comercial o profesional, si los productos en venta son todos del mismo tipo o del mismo valor, en particular, si la oferta se concentra en un número limitado de productos”

⁴⁶⁶.

En todo caso, corresponderá analizar los requisitos legales para ser subsumido en la noción de empresario o proveedor, según el régimen jurídico español o el argentino.

Igualmente, en relación al usuario deberá determinarse si actúa con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión (art. 3 del TRLGDCU) o como destinatario final (art. 1 de la LDC y 1092 del CCCN).

c) El régimen jurídico aplicable a los diversos vínculos

A fin de determinar el marco jurídico que se aplica a cada relación es necesario identificar el negocio celebrado entre las partes; estamos convencidos que en todos los casos se trata de contratos *de adhesión a cláusulas predispuestas*⁴⁶⁷, en general, redactadas por el titular de la

⁴⁶⁶ TJUE: *Komisija za zaštitu na potrobitelite y Evelina Kamenova, con intervención de: Okrazhna prokuratura — Varna*, ECLI:EU:C:2018:808.

⁴⁶⁷ Ruperto PINOCHET OLAVE, concluyó su estudio afirmando que: “*El consumidor electrónico reúne un conjunto de títulos en virtud de los cuales recibe amparo en su actividad de consumo electrónico. Además de su calidad de consumidor ostenta los títulos de ciudadano, contratante a distancia, contratante electrónico, y casi siempre de adherente a un contrato con condiciones generales*

plataforma, *celebrados a distancia por medios electrónicos*⁴⁶⁸, subsumibles en la noción de *contratos vinculados o conexos*⁴⁶⁹ y que se basan en la *confianza* en la plataforma que tanto prestador como usuario depositan. Todos institutos regulados en el derecho privado europeo y español, así como también en el argentino, al margen del derecho del consumidor que pueda o no resultar aplicable.

Por otro lado, tal como advertimos al comenzar este epígrafe, la economía colaborativa en su sentido más puro no afectaría los derechos de los consumidores en relación con empresarios, pues se trataría de negociaciones, acuerdos, condiciones y, en definitiva, servicios prestados por partes, que en principio se encontrarían en equilibrio de información, de poder de negociación, etc. Ahora bien, sólo serán relaciones de economía colaborativa puramente las que son sin fines de lucro por el

predispuestas” en: *Contratos electrónicos y defensa del consumidor*, Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., 2001, 241.

⁴⁶⁸ Así lo entendió el TJUE en el caso “Airbnb” al detallar que: “*en la medida en que el arrendador y el arrendatario son puestos en contacto a través de una plataforma electrónica en la que no se requiere la presencia simultánea del prestador del servicio de intermediación, por un lado, y del arrendador o el arrendatario, por otro, dicho servicio constituye un servicio prestado a distancia y por vía electrónica*”, TJUE, X, *con intervención de YA, Airbnb Ireland UC, Hôtelière Turenne SAS, Association pour un hébergement et un tourisme professionnels (AHTOP), Valhotel*, ECLI:EU:C:2019:1112.

⁴⁶⁹ Esta afirmación se grafica conforme el relato de los hechos en la sentencia del TJUE en el caso “Airbnb” donde detalló que: “*Airbnb Ireland UC, sociedad irlandesa con domicilio social en Dublín (Irlanda), forma parte del grupo Airbnb, compuesto por varias sociedades directa o indirectamente participadas por Airbnb Inc., sociedad esta última con sede en los Estados Unidos. Airbnb Ireland ofrece una plataforma electrónica que, a cambio del pago de una comisión, pone en contacto, en particular en Francia, a anfitriones, profesionales y particulares, que disponen de alojamientos para alquilar, por un lado, y a personas que buscan este tipo de alojamiento, por otro. Airbnb Payments UK Ltd, sociedad del Reino Unido con domicilio social en Londres (Reino Unido), por su parte, presta servicios de pago en línea relacionados con esta puesta en contacto y gestiona las actividades de pago del grupo en la Unión Europea. A su vez, Airbnb France SARL, sociedad francesa que presta servicios para Airbnb Ireland, se encarga de la promoción de dicha plataforma entre los usuarios del mercado francés, en particular, organizando campañas publicitarias dirigidas a un público determinado*”, TJUE, X, *con intervención de YA*, idem.

prestador del servicio, que no presentan rasgos de profesionalidad, ni habitualidad⁴⁷⁰. Al respecto, Jarne Muñoz consideró que era necesario delimitar: “... *adecuadamente la noción de consumo colaborativo resulta necesario en primer lugar que, tras el oportuno periodo de reflexión y consulta, las autoridades ofrezcan criterios para poder determinar cuándo nos encontramos ante una modalidad de consumo colaborativo puro o propio y cuándo, a pesar de concurrir elementos de colaboración o participación, existe un ánimo de lucro u orientación profesional*”, y agregó que: “*el régimen privilegiado que se asocia a los sistemas basados en una dinámica colaborativa ha de reservarse a aquellas plataformas que excluyan, tanto sobre el papel como posteriormente en la práctica, el ánimo de lucro*”⁴⁷¹.

Por el contrario, lo que preocupa son los casos en los que la economía colaborativa sirve de “pantalla” para la realización de negocios de alto rendimiento y que son ideados y organizados por empresas, incluso multinacionales, que aprovechan de la necesidad y confianza tanto de los prestados de los servicios como de los consumidores que los adquieren. En particular, se advirtió que: “*According to the opinion of the Working Group the platforms identity or impression cannot or should not be a compass for defining B2C or C2C. Because it would imply that businesses could ‘hide’ their nature using a typical C2C platform*”⁴⁷². En

⁴⁷⁰ Pablo, JARNE MUÑOZ, *Economía colaborativa y plataformas digitales*, Madrid: Reus, 2019, 10.

⁴⁷¹ Pablo, JARNE MUÑOZ, *El consumo colaborativo en España: experiencias relevantes y retos de futuro*, en: Revista CESCO de Derecho de Consumo Nº 17/2016, 70 y 71, disponible en: <http://www.revista.uclm.es/index.php/cesco>, última consulta el 24/2/2020.

⁴⁷² Rosalie Koolhoven, Neppelenbroek, Santamaria, Verdi, *Impulse paper on specific liability issues raised by the collaborative economy in the accommodation sector Paris - Amsterdam – Barcelona*, prepared by Working Group on the Collaborative Economy, *University of Groningen, The Netherlands*, March 2016, 103, disponible en: <https://sharingcitiesalliance.knowledgeowl.com/help/impulse-paper-on-specific->

consecuencia, ante la falta de la calidad de empresario del prestador sumado a la neutralidad que pretenden tenga la plataforma (cuyo titular alega ser mero intermediario entre pares), se impide la aplicación del derecho del consumidor, quien queda desprotegido en un ámbito altamente profesional.

Al respecto se explicó que: *“The existing consumer contract law of the EU and its Member States seems to be rather outdated with respect to the dynamics of the platform economy. Consumer contract law primarily deals with ‘bipolar’ contractual relationships between a trader and a consumer”*, y que en la relación triangular entre las partes: *“It is, at best, unclear whether these legal relationships with the platform, usually also contracts, fall into the scope of the current (or forthcoming) EU consumer law directives. If the supplier is not a business but a consumer, then EU consumer contract law certainly does not apply to such a consumer-to-consumer contract. As a result, many contracts, although concluded in the highly professional environment of an online platform, totally escape the scope of application of existing consumer contract law. In summary, it seems that EU consumer policy and consumer regulation have more or less ignored one of the most influential developments in the Digital Single Market”*⁴⁷³.

El problema que advertimos es que muchas veces la relación quedará excluida del derecho protector del consumidor⁴⁷⁴, por no poder verificarse la calidad de empresario del prestador, y hasta quizás tampoco respecto al

liability-issues-raised-by-the-collaborative-economy-in-the-accommodation-sector, última consulta el 22/2/2020.

⁴⁷³ Christoph BUSCH, Hans SCHULTE-NÖLKE, Aneta WIEWIÓROWSKA-DOMAGALSKA, Fryderyk ZOLL, *The Rise of the Platform Economy: A New Challenge for EU Consumer Law?* EuCML, Journal of European Consumer and Market Law, Volume 5, 1/2016, 15 February 2016, 4.

⁴⁷⁴ Se regirá por las normas del derecho privado o leyes especiales del sector de que se trate.

titular de la plataforma (por ejemplo, si fuera una cooperativa de usuarios), quedando el consumidor desamparado⁴⁷⁵ a pesar de relacionarse en un medio sumamente profesional, en el que todo está absolutamente previsto de antemano y en el que él no puede modificar condición alguna. Por su parte, si se determina que los prestadores son a la vez consumidores respecto al servicio que presta la plataforma, requieren también de una protección especial sea la del derecho del consumidor u otra particular⁴⁷⁶.

Consideramos que el prestador puede ser consumidor del servicio que presta la plataforma si actúa con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión, es decir, si adquiere el servicio que la plataforma le brinda por ejemplo para aprovechar su viaje de regreso a casa y disminuir los gastos de traslado, llevando a otra persona en su auto, pero por el contrario, no lo será si se dedica con habitualidad⁴⁷⁷ al servicio de transporte de personas, realizando numerosos viajes diarios, lo que lo convierte en profesional. A mayor abundamiento, compartimos la opinión de Campos Carvallo en relación a que, aun cuando la plataforma pretenda ser un punto de encuentro entre los particulares, existe una situación de desequilibrio en el riesgo empresario, pues aquella

⁴⁷⁵ Jarne Muñoz consideró que: “no concurriendo la nota de la profesionalidad, la cobertura de la que gozan los usuarios es sin duda más precaria”, en: JARNE MUÑOZ, *El consumo colaborativo...*, 73.

⁴⁷⁶ En este sentido se pronunciaron BUSCH, SCHULTE-NÖLKE, WIEWIÓROWSKA-DOMAGALSKA, ZOLL, *The Rise of...*, 7: “In particular, if suppliers are consumers, one might ask whether EU consumer law should also protect these ‘prosumers’ against platform operators”.

⁴⁷⁷ Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO opinó que: “Cabe dudar si el Texto Refundido puede aplicarse también en algún caso a relaciones en las que el consumidor actúe esporádicamente como suministrador de bienes y servicios en el mercado” y aclaró que: “Si lo hiciese habitualmente ya no sería consumidor, sino empresario”, en: *Comentario al artículo 2 del TSLGDCU*, en: *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes Complementarias*, Rodrigo, BERCOVITZ RODRÍGUEZ- CANO (Coordinador), 2ª Edición, Pamplona: Thomson Reuters Aranzadi, 2015, 54.

recibe una parte del valor de la transacción pero es ajena a todo riesgo o responsabilidad que transmite a los particulares; además, la intervención del intermediario es preponderante en la decisión del usuario al contratar, pues la marca asociada a la plataforma es habitualmente un factor de confianza⁴⁷⁸.

A fin de calificar la actividad del prestador resultan de suma utilidad los criterios antes reseñados, aunque cabe aclarar que el derecho de la Unión Europea no establece cuándo un par se convierte en prestador profesional en la economía colaborativa, sino que los Estados miembros toman distintas posturas⁴⁷⁹.

En relación a la regulación de las actividades y relaciones derivadas de la intervención de plataformas, algunos bregan por una Directiva que la regule especialmente⁴⁸⁰ y que conjugue con la regulación existente; otros por buscar la respuesta en el derecho vigente⁴⁸¹, aun con alguna adaptación. También se considera como una alternativa a la regulación los mecanismos de calificación y/o reputación (*review, likes*, valoración,

⁴⁷⁸ Joana, CAMPOS CARVALHO, *A Proteção dos Consumidores na Sharing Economy*, en: *Estudos de Direito do Consumo, Homenagem a Manuel Cabeçadas Ataíde Ferreira*, Lisboa: Deco, 2015, 303.

⁴⁷⁹ Comunicación sobre “Una Agenda para la Economía Colaborativa”, Comisión Europea, 2016, disponible en: <http://ec.europa.eu/DocsRoom/documents/16881/attachments/2/translations>, última consulta el 23/2/2020.

⁴⁸⁰ Por todos: BUSCH, SCHULTE-NÖLKE, WIEWIÓROWSKA-DOMAGALSKA, ZOLL, *The Rise of...*, 9.

⁴⁸¹ En relación al derecho vigente aplicable a las relaciones derivadas de la economía colaborativa en España, en especial en Barcelona, puede consultarse el completo estudio comparativo: Rosalie Koolhoven, Neppelenbroek, Santamaria, Verdi, *Impulse paper on specific liability issues raised by the collaborative economy in the accommodation sector Paris - Amsterdam – Barcelona*, prepared by Working Group on the Collaborative Economy, University of Groningen, The Netherlands, March 2016, accesible en: <https://sharingcitiesalliance.knowledgeowl.com/help/impulse-paper-on-specific-liability-issues-raised-by-the-collaborative-economy-in-the-accommodation-sector>, página 93 y ss., última consulta el 22/2/2020.

puntuación, etc.) y los mecanismos de resolución de conflictos ofrecidos por las propias plataformas, lo que no consideramos suficiente ni comparable con una regulación legal, pues si bien pueden resultar de utilidad al consumidor, en todo caso, son ideados y controlados por los titulares de las plataformas o terceros contratados por ellos⁴⁸².

En el derecho español existe una ley que se ocupa de las relaciones derivadas de la economía colaborativa, de manera sectorial, y se preocupa por prever la relación con el derecho de los consumidores. Referimos a la ley 5/2005 de 27 de abril, de fomento de la financiación empresarial, y su Real Decreto 1075/15. Concretamente, la ley prevé tres artículos en los que se fijan reglas claras en la relación entre las partes del *crowdfunding* en el derecho español: a) el art. 85 en el que dispone que la actividad de las plataformas de financiación participativa y las relaciones entre los promotores e inversores estarán sujetas a la normativa sobre protección de los consumidores y usuarios, con las especialidades que prevé esta ley y otras sobre el servicio financiero; b) el art. 86 prevé que para el caso de promotores que califiquen como consumidores, la plataforma tendrá la consideración de intermediario a los efectos de la ley 2/2009, de 31 de marzo, por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito, según las condiciones que define el artículo; y c) el art. 87 prohíbe la publicación de proyectos en los que los consumidores soliciten un préstamo o crédito con garantía hipotecaria.

⁴⁸² En la “Comunicación sobre una Agenda para la Economía Colaborativa” de la Comisión Europea, 2016, disponible en: <http://ec.europa.eu/DocsRoom/documents/16881/attachments/2/translations>, última consulta el 1/11/2019, expresamente se destacó que este tipo de mecanismos pueden desalentar comportamientos nocivos y reducir algunos riesgos derivados de la asimetría de la información, pero se aclaró que ello será siempre que pueda confiarse en la calidad de las evaluaciones y las calificaciones.

Creemos que se trata de un gran avance en el ámbito de la regulación de la economía colaborativa y la protección de los derechos de los consumidores, que debiera replicarse en demás sectores como reglas mínimas mientras no se opte por una previsión general del tema.

Desde otra perspectiva, procede analizar los tres casos decididos por el TJUE. El primero, es el ya citado en el que analizó el tipo de actividad de Uber⁴⁸³ ante una petición de decisión prejudicial remitida por un Juzgado de Barcelona. En dicha oportunidad, el Tribunal consideró que Uber es una empresa de transporte, y no una plataforma de intermediación entre viajeros, y como tal está obligada a trabajar con licencia para conducir. Los fundamentos de la calificación de Uber pueden sintetizarse en los siguientes: a) oferta el servicio de transporte urbano, b) hace accesible a través de herramientas informáticas, c) organiza y hace funcionar el servicio, d) ejerce una influencia decisiva sobre las condiciones de la prestación del servicio, e) las partes no pueden contactarse por fuera de la plataforma. En definitiva, el Tribunal entendió que el pretendido servicio de intermediación forma parte de uno global, cuyo elemento principal es el transporte, y no puede ser considerado un servicio de la sociedad de la información.

El segundo también refiere a Uber, pero respecto al servicio prestado en Francia. El TJUE⁴⁸⁴ concluyó en igual sentido al antecedente anteriormente citado, incluso reiterando los argumentos allí esgrimidos, es decir, que se trata de un servicio principal de transporte, excluido de la regulación de los servicios de la sociedad de la información.

⁴⁸³ TJUE, *Asociación Profesional Élite Taxi y Uber Systems Spain, S.L.*, ECLI:EU:C:2017:981.

⁴⁸⁴ TJUE, *Uber France SAS, con intervención de: Nabil Bensalem*, ECLI:EU:C:2018:221.

La tercera resolución de otra cuestión prejudicial fue en la causa “Airbnb”⁴⁸⁵. En esta oportunidad, el TJUE se pronunció contrariamente al caso “Uber”⁴⁸⁶, pues declaró que el servicio de intermediación que presta la plataforma importa un servicio de la sociedad de la información que torna aplicable la Directiva 2000/31/CE, así como de la 2015/1535. Aclaró que la actividad que brinda cumple con los requisitos del art. 2 inc. a); y en especial que: “... un servicio de intermediación como el prestado por Airbnb Ireland no se puede considerar parte integrante de un servicio global cuyo elemento principal sea un servicio de alojamiento... Ninguna de las otras prestaciones que se mencionan en el apartado 19 de la presente sentencia, consideradas en su conjunto o de forma aislada, pone en tela de juicio esta constatación. Por el contrario, tales prestaciones presentan un carácter accesorio, dado que no constituyen para los arrendadores un fin en sí mismo, sino el medio de disfrutar del servicio de

⁴⁸⁵ Específicamente declaró que: “El artículo 2, letra a), de la Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (Directiva sobre el comercio electrónico), que remite al artículo 1, apartado 1, letra b), de la Directiva (UE) 2015/1535 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de septiembre de 2015, por la que se establece un procedimiento de información en materia de reglamentaciones técnicas y de reglas relativas a los servicios de la sociedad de la información, debe interpretarse en el sentido de que procede calificar de «servicio de la sociedad de la información» comprendido en el ámbito de aplicación de la Directiva 2000/31/CE un servicio de intermediación, prestado a cambio de una remuneración, que tiene por objeto poner en contacto mediante una plataforma electrónica a potenciales arrendatarios con arrendadores, profesionales o no profesionales, que proponen servicios de alojamiento de corta duración y que, además, ofrece otras prestaciones accesorias de ese servicio de intermediación”: TJUE, X, con intervención de YA, Airbnb Ireland UC, Hôtelière Turenne SAS, Association pour un hébergement et un tourisme professionnels (AHTOP), Valhotel, ECLI:EU:C:2019:1112.

⁴⁸⁶ El propio Tribunal aclaró que las circunstancias fácticas de ambas causas no eran semejantes al señalar que: “...las modalidades de funcionamiento de un servicio de intermediación como el prestado por Airbnb Ireland no pueden asimilarse a las del servicio de intermediación que dio lugar a las sentencias de 20 de diciembre de 2017, Asociación Profesional Elite Taxi”.

intermediación prestado por Airbnb Ireland o de ofrecer prestaciones de alojamiento en las mejores condiciones”.

En Argentina, cabe destacar los fallos en los que se analizó la responsabilidad de los intermediarios⁴⁸⁷ que son los más relacionados con la temática, a los que se remite por exceder el ámbito de estudio de este trabajo.

Luego de haber identificado las diversas relaciones que derivan de la economía colaborativa, así como la escasa regulación que existe al respecto, consideramos que se requiere como primera medida adaptar las normas y principios vigentes a fin de encontrar soluciones a los nuevos problemas que presenta este nuevo tipo de relación económica-social y garantizar la eficacia de los derechos de los consumidores. Asimismo, sería conveniente dictar normas y principios especiales, acordes al nuevo medio y características del negocio, que deben ser abiertas y flexibles atento los rápidos cambios tecnológicos que influyen en él. Además, deben ser equilibradas, que por un lado promuevan el desarrollo de las economías colaborativas, pero que al mismo tiempo definan con claridad los derechos y obligaciones de las partes (en especial: intermediarios y prosumers).

5.3. La sucesión en la posición del consumidor

⁴⁸⁷ En especial, se destacan: CSJN, *Rodríguez, María Belén c. Google Inc. si daños y perjuicios*, 28/10/2014; CNCom., Sala D, *Kosten, Esteban c. Mercado Libre SRL s/ ordinario*, 22/03/2018.; otro fallo interesante es el del TSJ de Córdoba, en el que si bien se resolvió sobre la impugnación de una multa dispuesta en sede administrativa, el tribunal hizo referencia al tema: TSJ de Córdoba, *Mercado Libre S.R.L c/ Dirección de Defensa del Consumidor y Lealtad Comercial – recurso apelación c/ decisiones de persona jur. pub. no estatal – recurso directo – Expte. 6765134*, Auto N° 41, de fecha 19/5/2020.

En este apartado se procede a examinar si ante la sucesión de la posición contractual del consumidor o la transmisión de la cosa o servicio a un tercero, puede o no transmitirse la calidad de consumidor, así como también si el tercero califica por sí mismo como consumidor, a pesar de tener a otro como antecesor, puede resguardarse en el derecho del consumidor para reclamar cualquier eventualidad ante el empresario originario, y en su caso, si existen requisitos para ello.

A tal fin, resulta un presupuesto esencial la existencia de una relación de consumo entre dos sujetos: consumidor y empresario, y que posteriormente, el consumidor la abandone reemplazándolo otra persona en su polo, o incluso por el simple hecho de haberle transmitido la cosa o el servicio a otro. La circunstancia descripta puede tener lugar, entre otras, por las siguientes razones:

- (a) Sucesión *por muerte* del consumidor a sus herederos o legatarios.
- (b) Sucesión *entre vivos*: mediante el perfeccionamiento de un contrato de compraventa, de una permuta, de una donación, etc. o incluso de una cesión de la posición contractual, así como también del uso de la cosa o servicio por otro.

a) Los herederos y legatarios del consumidor

Una de las alternativas por la que puede ocurrir una sucesión de la posición contractual del consumidor es que éste fallezca, en cuyo caso, será reemplazado por sus herederos o legatarios, según el caso, como con el resto de sus derechos y obligaciones.

Ello constituye una excepción al principio de relatividad de los contratos, tal como lo dispone el art. 1257 del CC español, en los siguientes

términos: *“Los contratos sólo producen efecto entre las partes que los otorgan y sus herederos; salvo, en cuanto a éstos, el caso en que los derechos y obligaciones que proceden del contrato no sean transmisibles, o por su naturaleza, o por pacto, o por disposición de la ley”* expresamente incluyendo a los herederos como continuadores de las partes. El CCCN argentino consagra igual criterio en los arts. 1021⁴⁸⁸ y 1024⁴⁸⁹.

En la cuestión rigen las reglas generales del derecho sucesorio.

En el derecho español, especialmente por los arts. 440 (adquisición de la posesión por muerte), art. 657 (los derechos de la sucesión se transmiten desde el momento de la muerte de la persona), art. 658 (diferimiento de la sucesión por testamento o por ley), art. 659 (contenido de la herencia: todos los bienes, derechos y obligaciones de una persona que no se extinguen por la muerte), art. 660 (noción de heredero y legatario), art. 661 (sucesión de los herederos por el sólo hecho de la muerte en todos los derechos y obligaciones), art. 744 (capacidad para suceder), siguientes y concordantes del CC.

Por su parte, en el derecho argentino las principales disposiciones son los arts.: 2277 (la herencia comprende todos los derechos y obligaciones del causante que no se extinguen por su fallecimiento), 2278 (noción de heredero y legatario), art. 2280 (situación de los herederos desde la muerte del causante tienen todos los derechos y acciones de aquél de manera indivisa, con excepción de los que no son transmisibles por sucesión,

⁴⁸⁸ Artículo 1021: *“Regla general. El contrato sólo tiene efecto entre las partes contratantes; no lo tiene con respecto a terceros, excepto en los casos previstos por la ley”*.

⁴⁸⁹ Artículo 1024: *“Sucesores universales. Los efectos del contrato se extienden, activa y pasivamente, a los sucesores universales, a no ser que las obligaciones que de él nacen sean inherentes a la persona, o que la transmisión sea incompatible con la naturaleza de la obligación, o esté prohibida por una cláusula del contrato o la ley”*.

continúan en la posesión, y responden por las deudas del causante con los bienes que reciben, o con su valor en caso de haber sido enajenados), art. 2302 y siguientes (regulan expresamente la cesión de la herencia, otra transmisión más), 2494 y siguientes (legados), y demás concordantes del CCCN.

En todo caso, el heredero o legatario del consumidor se convertirá en consumidor fáctico de la cosa o del servicio y reemplazará al causante en su posición en la relación de consumo, pudiendo valerse de todas las herramientas que le brinda el derecho del consumidor en resguardo de sus derechos, así como también deberá cumplimentar con los deberes impagos por parte de aquél (por ejemplo: si todavía no había terminado de pagar el bien o servicio), salvo que prefiera ceder o abandonar la cosa o servicio, con las consecuencias que de ello se derive.

Consideramos de suma relevancia destacar que la transmisión de la calidad de consumidor a los herederos no requiere que éstos a su vez puedan serlo por sí mismos pues, la relación jurídica se perfeccionó al momento del nacimiento de la relación entre el causante con el proveedor. En este sentido, no existe justificativo para exigir que el heredero cumpla también con los requisitos para ser calificado consumidor, pues recibe una relación ya consolidada.

En un interesante antecedente jurisprudencial argentino, se resolvió una acción de daños y perjuicios iniciada por un fumador contra ciertas tabacaleras, quien durante el proceso falleció de cáncer de pulmón, se analizó la legitimación y derechos tanto del causante como de las herederas en representación de aquél y por derecho propio, todo en el marco del derecho del consumidor⁴⁹⁰. Remitimos a los argumentos del

⁴⁹⁰ CNCiv., Sala C, “Q., M. A. c. Nobleza Piccardo S.A. y otros s/ Daños y perjuicios”, 09/09/2019, La Ley Online: AR/JUR/27633/2019.

extenso fallo en el que se analiza la legitimación y los diversos rubros reclamados, entre los que se destacó que: “... *no puede haber discusión sobre la posibilidad de reclamar iure hereditatis los daños patrimoniales que puede haber sufrido la víctima en el tiempo transcurrido entre el suceso lesivo y el fallecimiento. Se trata, por ejemplo, de los gastos terapéuticos efectuados por el lesionado para intentar una curación a la postre frustrada. Es que en materia de daño patrimonial previo a la muerte, la acción se transmite a los herederos aunque no haya sido ejercida en vida por el causante (Zavala de González, Matilde, ob. cit. p. 60/61)*”.

En definitiva, los herederos pueden mantener los reclamos que el causante hubiera realizado en vida, como así también iniciar nuevos reclamos que consideren pertinentes y resguardarse en el derecho del consumidor.

b) La sucesión por acto entre vivos

- Excepción al efecto relativo de los contratos

Otra alternativa de modificación de la relación de consumo tiene lugar si el consumidor por ejemplo vende, permuta o dona a otra persona el bien o servicio, así como también si cede su posición contractual; situaciones en las que, luego de su nacimiento se produce la novación subjetiva del vínculo originario. Entonces, ¿puede el sucesor del consumidor reclamar al empresario originario con fundamento en el derecho del consumidor?, ¿cómo repercute el principio del efecto relativo de los contratos en este ámbito?

Las cuestiones son numerosas pues, a fin de discernir el planteo existen diversas circunstancias que podrían incidir en la calificación del sucesor, por ejemplo: a quién transmite el consumidor, si es una persona que a su vez puede ser calificada como consumidor o no; de qué modo lo hace legalmente (contrato, acto o hecho jurídico, etc.); si interesa el momento en que lo hace, entre otras.

En relación a la persona a la que transmite el objeto de la relación de consumo, en principio, y salvo en el caso de la cesión de la posición contractual (en la que el cesionario se coloca en idéntica situación que el cedente), si el consumidor transmite el bien o servicio a otro consumidor, a través de un nuevo contrato, *técnicamente* ya no existiría relación de consumo pues aquél no es empresario, no existiendo el requisito relacional, pues se trataría de un vínculo entre consumidores, excluido del régimen. Sin embargo, ante este escenario cabe preguntarse si el nuevo sujeto puede ser considerado consumidor frente al empresario originario, al igual que lo era su antecesor, independientemente de que cumpla por sí mismo con los requisitos para serlo, o si por el contrario, sólo lo será si también califica como consumidor a pesar de que su contraparte no sea un empresario, si existen otros requisitos, etc.

En el marco del derecho del consumidor, la regla de la relatividad de los contratos (1257 del CC⁴⁹¹ y art. 1021 del CCCN⁴⁹²) encuentra excepciones con fundamento en la tutela del sujeto débil, es decir, se trata de uno de

⁴⁹¹ Artículo 1257 del CC: “*Los contratos sólo producen efecto entre las partes que los otorgan y sus herederos; salvo, en cuanto a éstos, el caso en que los derechos y obligaciones que proceden del contrato no sean transmisibles, o por su naturaleza, o por pacto, o por disposición de la ley...*”.⁴⁹² ARTÍCULO 1021 del CCCN: “*Regla general. El contrato sólo tiene efecto entre las partes contratantes; no lo tiene con respecto a terceros, excepto en los casos previstos por la ley*”.

⁴⁹² ARTÍCULO 1021 del CCCN: “*Regla general. El contrato sólo tiene efecto entre las partes contratantes; no lo tiene con respecto a terceros, excepto en los casos previstos por la ley*”.

los supuestos expresamente contemplados en la ley que justifican el apartamiento del principio general.

En este sentido, en el derecho español, a modo de ejemplo, el TRLGDCU prevé la acción directa del consumidor contra el productor en materia de garantías y servicios de postventa, en el art. 124 que dispone: *“Cuando al consumidor y usuario le resulte imposible o le suponga una carga excesiva dirigirse frente al vendedor por la falta de conformidad de los productos con el contrato podrá reclamar directamente al productor con el fin de obtener la sustitución o reparación del producto.*

Con carácter general, y sin perjuicio de que la responsabilidad del productor cesara, a los efectos de este título, en los mismos plazos y condiciones que los establecidos para el vendedor, el productor responderá por la falta de conformidad cuando ésta se refiera al origen, identidad o idoneidad de los productos, de acuerdo con su naturaleza y finalidad y con las normas que los regulan...”.

Desde otra perspectiva, el TRLGDCU amplía la noción de consumidor (es decir la legitimación activa) en el caso del art. 128 que regula la responsabilidad civil por bienes o servicios defectuosos, y que habilita a reclamar al “perjudicado” que puede no ser el contratante del siguiente modo: *“Todo perjudicado tiene derecho a ser indemnizado en los términos establecidos en este Libro por los daños o perjuicios causados por los bienes o servicios. Las acciones reconocidas en este libro no afectan a otros derechos que el perjudicado pueda tener a ser indemnizado por daños y perjuicios, incluidos los morales, como consecuencia de la responsabilidad contractual, fundada en la falta de conformidad de los bienes o servicios o en cualquier otra causa de incumplimiento o cumplimiento defectuoso del contrato, o de la responsabilidad extracontractual a que hubiere lugar”.*

Por su parte, en materia de viajes combinados, el art. 151 del TRLGDCU establece una noción especial (y más amplia que la general del art. 3) pues incluye en el inc. f) la noción de viajero como: “...*toda persona que tiene la intención de celebrar un contrato o tiene derecho a viajar en virtud de un contrato celebrado con arreglo a este libro*”, incluyendo en aquella tanto al consumidor jurídico como al fáctico.

Otro ejemplo de la excepción al principio de la relatividad de los contratos en materia de derecho del consumidor se registra en el art. 157 del TRLGDC que admite la posibilidad y regula la cesión del contrato de viaje combinado a otro viajero. En este sentido, el contratante del viaje combinado, su beneficiario o el cesionario pueden valerse de las normas previstas al respecto en el TRLGDCU por expresa manda legal. De tal modo, no se debate la posibilidad de que el sucesor del consumidor/viajero pueda ejercer los derechos que le confiere el TRLGDCU.

En similar sentido, la Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo, para el caso de los contratos de crédito vinculados, en el art. 29.3, permite que: “*El consumidor, además de poder ejercitar los derechos que le correspondan frente al proveedor de los bienes o servicios adquiridos mediante un contrato de crédito vinculado, podrá ejercitar esos mismos derechos frente al prestamista, siempre que concurren todos los requisitos siguientes:*

(a) *Que los bienes o servicios objeto del contrato no hayan sido entregados en todo o en parte, o no sean conforme a lo pactado en el contrato.*

(b) *Que el consumidor haya reclamado judicial o extrajudicialmente, por cualquier medio acreditado en derecho, contra el proveedor y no haya obtenido la satisfacción a la que tiene derecho”.*

En similar sentido, el consumidor se encuentra legitimado a reclamar en función de las normas del TRLGDCU en diversos ámbitos, aun antes de contratar, por ejemplo: ante prácticas comerciales que afectan sus intereses económicos, incluyendo la publicidad (art. 19); derecho a la información (art. 60 y 96 entre otros), que el contenido de la oferta, promoción y publicidad integran el contrato (art. 61 y 65); derecho a oponerse a recibir ofertas, publicidades o promociones a distancia (art. 96).

De tal modo, se advierte que se concede acción directa (sea subsidiaria o no lo que excede este marco de estudio) a una persona que originariamente no era parte del contrato: beneficiario, perjudicado, viajero, etc., así como también, incluso al consumidor antes de contratar, circunstancias que se apartan del efecto relativo de los contratos. En todo caso, se trata de supuestos en los que el destinatario final o consumidor fáctico se encuentra legitimado para reclamar no sólo al empresario con el que directamente se relacionó, sino también con otro anterior en la cadena de comercialización o distribución.

Si bien todos estos ejemplos no refieren al punto específico que pretendemos dilucidar en este apartado del capítulo referido a la posibilidad de calificar como consumidor al sucesor del consumidor que originariamente se vinculó con el empresario (lo que retomaremos a la brevedad), el objetivo de su referencia se justifica en demostrar la excepción a la relatividad de los contratos en materia de derecho del consumidor.

Por su parte, el derecho argentino habilita el reclamo del consumidor aun más allá de la relación contractual estricta entre consumidor y proveedor, así como también antes de su perfeccionamiento. Específicamente, el art. 8 de la LDC y los arts. 1096 y 1102 del CCCN, conceden al consumidor o

afectado derecho a reclamar los daños derivados de la publicidad que realizan los proveedores; el art. 11 de la LDC⁴⁹³ consagra expresamente la acción directa de los sucesivos adquirentes del consumidor para reclamar por la garantía por defectos o vicios de las cosas muebles no consumibles (dentro de los plazos legales o convencionalmente pactados) norma que cabe destacar en atención a que expresamente consagra el supuesto de la sucesión de la calidad de consumidor, sin mayores recaudos; además, el art. 13 de la LDC⁴⁹⁴ regla que los productores, importadores, distribuidores y vendedores de las cosas muebles no consumibles son responsables del otorgamiento y cumplimiento de la garantía legal; finalmente, el art. 40 de la LDC⁴⁹⁵ habilita al consumidor de manera específica, ante cosa o servicio vicioso o riesgoso, a reclamar a los que integran la cadena de producción y comercialización (expresamente

⁴⁹³ Artículo 11 de la LDC: “Garantías. Cuando se comercialicen cosas muebles no consumibles conforme lo establece el artículo 2325 del Código Civil, el consumidor y los sucesivos adquirentes gozarán de garantía legal por los defectos o vicios de cualquier índole, aunque hayan sido ostensibles o manifiestos al tiempo del contrato, cuando afecten la identidad entre lo ofrecido y lo entregado, o su correcto funcionamiento”. Sobre el tema, se consideró que: “... los “efectos de la garantía se extienden fuera del círculo de los contratantes”, atrapando a sujetos que no se hallan comprendidos en el negocio contractual propiamente dicho, pero que participan en la “relación de consumo”, ello encuentra explicación en el “deber de calidad” impuesto por la ley; lo expuesto deja de manifiesto la expansión de la eficacia contractual con la correlativa debilitación del principio de la eficacia relativa de los contratos en el marco de los negocios de consumo”: Mónica FRESNEDA SAIEG, Sandra A. FRUSTAGLI, *La expansión de la eficacia del contrato en la ley de defensa del consumidor*, Revista Jurídica JA 1997 III, 672.

⁴⁹⁴ Artículo 13 de la LDC: “Responsabilidad solidaria. Son solidariamente responsables del otorgamiento y cumplimiento de la garantía legal, los productores, importadores, distribuidores y vendedores de las cosas comprendidas en el artículo 11”.

⁴⁹⁵ Artículo 40 de la LDC: “Si el daño al consumidor resulta del vicio o riesgo de la cosa o de la prestación del servicio, responderán el productor, el fabricante, el importador, el distribuidor, el proveedor, el vendedor y quien haya puesto su marca en la cosa o servicio. El transportista responderá por los daños ocasionados a la cosa con motivo o en ocasión del servicio. La responsabilidad es solidaria, sin perjuicio de las acciones de repetición que correspondan. Sólo se liberará total o parcialmente quien demuestre que la causa del daño le ha sido ajena”.

menciona a: *el productor, el fabricante, el importador, el distribuidor, el proveedor, el vendedor y quien haya puesto su marca*), a libre elección del consumidor, lo que importa la consagración de la acción directa, *no subsidiaria*, del consumidor contra cualquiera de ellos.

Desde otra perspectiva, vale señalar que la LDC no distingue entre derecho contractual y extracontractual, sino que los derechos del consumidor que ejerza alguna de las anteriores acciones serán los contractuales y los legales previstos en el derecho tuitivo.

En definitiva, de los supuestos reseñados se concluye que tanto el derecho español como el argentino admiten excepciones al principio de relatividad de los contratos en la relación entre consumidor y el empresario, circunstancia que debe ser especialmente valorada al analizarse si el sucesor del consumidor puede también ampararse en el derecho tuitivo.

- Argumentos para definir la eventual sucesión de la posición del consumidor

Demostrado que existen casos en los que el efecto relativo de los contratos cede en materia de consumo, procede indagar cuáles serían las opciones que pueden darse en la sucesión del consumidor por otra persona, a fin de avanzar en el esclarecimiento del tema planteado al iniciar este punto. Este aspecto, no ha sido desarrollado de manera integral, ni por la doctrina ni por la jurisprudencia, identificando los argumentos para definir la cuestión y detallando cada supuesto, tal como pretendemos en esta oportunidad.

Para el análisis de cada uno de los casos particulares, consideramos que los argumentos que validan la decisión respecto a la transmisión o no de la calidad de consumidor son los siguientes:

- (1) el *fundamento propio del derecho del consumidor* (desarrollado en el capítulo 1 de este trabajo) que busca equilibrar a los sujetos débiles en el mercado, quienes actúan con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión (España) o bien como destinatarios finales de los bienes y servicios, en beneficio propio o de su grupo social o familiar (Argentina);
- (2) *los principios de interpretación más favorable al consumidor, protectorio y de defensa de los intereses económicos del consumidor*: (también analizados en el mismo capítulo 1) se explicó hace ya años que el derecho del consumidor busca satisfacer exigencias de justicia concreta del sector social considerado, con la peculiaridad de que sus principios informadores modifican diversos aspectos de la teoría general del contrato en su concepción clásica⁴⁹⁶. Así, el principio del *in dubio pro consumidor* tiene vigencia tanto en el derecho español como en el argentino y tiene por objetivo determinar la prevalencia de la protección del sujeto débil ante todo supuesto de conflicto de intereses, de integración normativa, o de duda. En consecuencia, en el caso concreto y ante la duda si una persona es o no consumidor, tenemos la convicción que debe concederse la tutela del régimen tuitivo. Por su parte, el “*principio protectorio*” impone la específica tutela del consumidor por su condición de tal; y el principio de protección de los intereses económicos tiene sustento legal en España (art. 8 y 19 a 21 del TRLGDCU) y constitucional en Argentina (art. 42 de la CA);
- (3) la *jerarquía constitucional del derecho del consumidor*: art. 51 de la CE y art. 42 de la CA;

⁴⁹⁶ FRESNEDA SAIEG; FRUSTAGLI, *La expansión de la eficacia del contrato...*, 672.

- (4) *la noción de relación de consumo, y en especial de consumidor material*: la relación de consumo excede el ámbito estrictamente contractual para abarcar una tutela completa del consumidor, tal como se analizó en los capítulos primero y segundo; por su parte, la noción de consumidor incluye no sólo al sujeto contratante, sino también al consumidor material, incluso al expuesto o *bystander*. Precisamente, muchos de los casos de transmisión admiten la protección del derecho del consumidor por tratarse de consumidores materiales⁴⁹⁷ de la cosa o servicio, protegidos expresamente por la ley.
- (5) *los principios generales del derecho: buena fe, moral, buenas costumbres, orden público*: legalmente consagrados en los arts. 1, 7, 1107, 1255, 1258, 1271, 1275, 1529 y 1530 del CC y arts. 1, 2, 10, 279, 386, 398, 958, 961, 964, 1004 y 1014 del CCCN. En relación al análisis que realizamos, cabe destacar las mandas legales de los arts. 1258 del CC que impone: “*Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan, no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley*”; así como el art. 961 del CCCN que dispone respecto a la buena fe: “*Los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe. Obligan no sólo a lo que está formalmente expresado, sino a todas las consecuencias que puedan considerarse comprendidas en ellos,*

⁴⁹⁷ Cabe citar a Lorenzetti, quien explicó con claridad que: “...*el elemento activante del principio protectorio no es el acto de contratar (acto jurídico bilateral) sino el acto de consumir (hecho jurídico)... Por esta razón hay una serie de sujetos que son consumidores sin haber contratado*” en: AAVV, *Defensa del Consumidor*, Ricardo L., LORENZETTI; Gustavo J. Schotz (Coordinadores), Buenos Aires: Abaco de Rodolfo Depalma, 2003,

con los alcances en que razonablemente se habría obligado un contratante cuidadoso y previsor”.

- (6) *motivos de razonabilidad y justicia*: en este marco no se puede exigir al empresario deberes ni reprocharle una responsabilidad más allá de los legalmente estipulados, pues son esos los que tuvo en miras y valoró al momento de intervenir en el mercado; sin embargo, tampoco puede arribarse a conclusiones injustas en el marco del derecho del consumidor, por los especiales fines que éste tiene. Al respecto, Diez Picazo⁴⁹⁸ explicó el fenómeno de la estandarización en materia contractual y los contratos en masa, en la que la libertad individual y la autonomía de la voluntad están restringidas pues el ordenamiento jurídico reacciona en protección de los más débiles por exigencias de *justicia conmutativa*, determinando sistemas de protección mediante la regulación de los contratos de adhesión y cláusulas generales, así como también con la creación de estatutos de consumidores.

De modo general, y en función de los argumentos antes reseñados, creemos que el sucesor del consumidor que a su vez cumpla con los requisitos para ser considerado consumidor (excluyendo los casos en que la segunda relación es comercial, profesional, etc.), también se encuentra legitimado como consumidor; ello se justifica más que en el vínculo por el cual adquirió la posición contractual o el uso o goce de la cosa o servicio, en la propia noción de consumidor material o fáctico⁴⁹⁹ prevista en el art. 3 del TRLGDCU y arts. 1 de la LDC y 1092 del CCCN.

Estamos convencidos que no existe una laguna legal en esta temática, y que no se requiere la positivización de una acción directa (aun cuando

⁴⁹⁸ Luis DIEZ PICAZO, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, Volumen I, Sexta Edición, Navarra: Civitas, 2007, 158-159.

⁴⁹⁹ Remitimos al desarrollo del tema en el capítulo 3.

como se señaló cada ley recepta varios supuestos), pues ya las normas indicadas habilitan al consumidor jurídico o material para reclamar la violación de sus derechos en el marco del derecho del consumidor.

Por otro lado, consideramos que no interesa el modo en que el sujeto adquirió la calidad de sucesor, o el uso del bien o servicio: si por un contrato de cesión de la posición contractual⁵⁰⁰ u otro, un acto o hecho jurídico, a título oneroso o gratuito, por ser familiar o no del sujeto, etc. En todo caso, lo cierto es que se trata de la persona que efectivamente utiliza el bien o servicio y como tal también es consumidor o usuario por expresa manda legal si cumple con los presupuestos para ser tal. Reiteramos, como a lo largo de todo este trabajo, que la noción base del derecho del consumidor es la *relación de consumo*, más amplia e inclusiva del contrato de consumo.

De todas formas, en caso de existir contrato, y que el consumidor transmita la cosa o servicio a otro, se trata de un claro ejemplo de excepción al efecto relativo de los contratos en el marco del derecho del consumidor que de manera general se incorporó al definirse su noción, tanto en el derecho español como en el argentino, y que habilita a un sujeto en principio ajeno a la relación contractual entre el empresario y el consumidor (tercero) a reclamar en función del derecho tuitivo, por ser él mismo también consumidor.

Desde otra perspectiva, no modifica la cuestión el momento en que se convirtió consumidor, sino simplemente interesa conocer desde cuándo lo es a fin de determinar los derechos que tiene (por ejemplo, si todavía se

⁵⁰⁰ Lorenzetti consideró que el cesionario es un contratante, y si un consumidor es cesionario de un contrato de consumo mantiene la titularidad como tal, ya que se produce la cesión de la posición contractual, y brinda como ejemplos: quien compra un tiempo compartido, un auto o una computadora a otro consumidor, en: AAVV, *Defensa del Consumidor*, 77.

encuentra vigente algún plazo de garantía legal o convencional que comenzó a correr por única vez e independientemente de la transmisión posterior, salvo pacto en contrario).

Ahora bien, definida la cuestión y en función de las variables enunciadas con anterioridad, cabe individualizar cada uno de los casos detallados al iniciar este punto para precisar la postura antes asumida de modo general.

- **Análisis de los diversos supuestos**

Los casos a definir respecto a la eventual calidad de consumidor del sucesor entre vivos del consumidor que se relacionó con un empresario, así como la posible calificación como tal del sucesor de un vínculo entre empresarios, pueden sintetizarse del siguiente modo:

A) Consumidor *persona física* que transmite a una:

- a) *persona física*: 1. consumidor; 2. no consumidor;
- b) *persona jurídica o entidad sin personalidad jurídica*: 1. con fines de lucro (no consumidor); 2. sin fines de lucro (consumidor).

B) Consumidor *persona jurídica o entidad sin personalidad* que transmite a:

- a) una *persona física*: 1. Consumidor; 2. No consumidor.
- b) una *persona jurídica o entidad sin personalidad*: 1. con fines de lucro (no consumidor); 2. sin fines de lucro (consumidor).

C) *No consumidor* que transmite su posición contractual o la cosa o servicio a una persona que sí cumple con los requisitos legales para ser tenida como consumidor.

A continuación, consideramos detenidamente cada uno de ellos.

- Consumidor persona física que transmite a una persona física calificable como consumidor

Si el consumidor *persona física* transmite la cosa o servicio a otra *persona física*, que a su vez puede ser calificado individualmente como consumidor, también le transfiere la calidad de tal, aun cuando se trate de una nueva relación que técnicamente no califica como de consumo (tal como indicamos al iniciar este apartado, por no existir empresario en el otro polo sino solo ser entre consumidores), pero la relación será entre el nuevo consumidor y el empresario originario. En realidad, cabe destacar que el sucesor por sí mismo es consumidor respecto al empresario, independientemente del traslado de tal calidad por su antecesor.

Las razones que justifican esta postura se encuentran en cada uno de los argumentos reseñados antes, y en miras a la necesaria tutela de este “*sucesor consumidor*”; en especial, se trata de un consumidor fáctico de la cosa o servicio que llegó a su disfrute actuando con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión (España), o como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social (Argentina).

Ahora bien, cabe reconocer que en contra de esta posición se pronunció el TJUE, en la causa “Schrems c. Facebook”⁵⁰¹, aunque en el acotado marco

⁵⁰¹ TJUE, “Schrems c. Facebook”, ECLI:EU:C:2018:37, mucho antes se había pronunciado en igual sentido, aunque al decidir respecto a otras normas de competencia en la citada causa: “Shearson Lehman Hutton/TVB”, ECLI:EU:C:1993:15.

para decidir una cuestión de competencia con fundamento en la calidad de consumidor. La cuestión a dilucidar radicaba en si el artículo 16, apartado 1, del Reglamento 44/2001 debía interpretarse en el sentido de que no se aplica a la acción de un consumidor con la que pretende ejercer ante el tribunal del lugar en el que está domiciliado no sólo sus propios derechos, sino también derechos cedidos por otros consumidores domiciliados en el mismo Estado miembro, en otros Estados miembros o en terceros Estados. El Tribunal especificó que las reglas de competencia en la materia son de carácter excepcional, y en consecuencia, de interpretación restrictiva; además destacó que un requisito legal para la vigencia de la norma es la relación contractual entre el consumidor y el empresario, de manera directa, y que sea el propio consumidor el que demanda.

Concretamente, el TJUE decidió que: *“...el demandante que no es, él mismo, parte en el contrato celebrado con consumidores de que se trate no puede acogerse al fuero del consumidor...Estas consideraciones deben ser válidas también por lo que respecta a un consumidor cesionario de los derechos de otros consumidores... sólo a la acción interpuesta por el consumidor contra la otra parte contratante, lo que implica necesariamente la conclusión de un contrato por parte del consumidor con el profesional demandado”*. Finalmente, concluyó que: *“...el Tribunal de Justicia ha precisado en otro contexto, una transmisión de créditos no puede, en sí misma, tener incidencia sobre la determinación del tribunal competente (sentencias de 18 de julio de 2013, ÖFAB, C-147/12, EU:C:2013:490, apartado 58, y de 21 de mayo de 2015, CDC Hydrogen Peroxide, C-352/13, EU:C:2015:335, apartado 35). De ello se desprende que la competencia de otros tribunales distintos de los enumerados de manera explícita por el Reglamento n.º44/2001 no puede establecerse mediante la concentración de varios derechos en manos de un único demandante. Por consiguiente, como ha señalado el Abogado General, en*

esencia, en el punto 98 de sus conclusiones, una cesión como la controvertida en el litigio principal no puede fundamentar un nuevo fuero específico en favor del consumidor cesionario”.

De todos modos, insistimos en que se trató de un caso en el que se debatía la competencia del fuero del consumidor, temática que tiene reglas especiales, y que a nuestro entender, no por ello podría ser aplicable a todos los supuestos de cesiones de derechos de consumidor ni sucesiones de su persona.

- Consumidor persona física que transmite a una persona física no consumidor

En esta alternativa el consumidor persona física se relaciona con otra persona física, pero que no cumple con los requisitos para ser consumidor, por ejemplo: un gran empresario o un profesional (éste último sólo en España pues, en Argentina sí puede ser consumidor, ver capítulo 3), lo que importa que la relación de consumo se agota en la primer vinculación y no se admite el traspaso de la calidad de consumidor a quien no lo puede ser por sí mismo.

En este sentido, no se justifica la tutela del derecho del consumidor a quien no lo es, y los argumentos desarrollados al comenzar estas líneas no modifican la cuestión, sino por el contrario, confirman la exclusión. La principal razón es que este sujeto de derecho no requiere de la protección especial del derecho protector, básicamente: por no existir desequilibrio estructural entre él y el empresario originario.

Sobre el tema, cabe destacar la opinión de Chamatrópulos⁵⁰² quien señaló respecto al derecho argentino, que si bien en función del contrato de

⁵⁰² Demetrio A. CHAMATRÓPULOS, *Estatuto del Consumidor Comentado*, 2º edición, Tomo 1, Buenos Aires: La Ley, 2019, 135. El autor indicó respecto a las

cesión de la posición contractual el cesionario se encontraría en igual posición contractual que el cedente, y se admitiría la aplicación del derecho del consumidor al cesionario a pesar de no calificar como consumidor, existen supuestos en los que no justifica dicha tutela por no resultar justo, y brindó como ejemplo: cuando compañías o estudios jurídicos se dedican (como actividad empresarial específica) a la compra de derechos litigiosos de consumidores, para obtener un crédito de ello, o a las aseguradoras que se subrogan en los derechos de sus clientes consumidores para reclamar al responsable del daño.

- Consumidor persona física que transmite a una persona jurídica o entidad sin personalidad jurídica no consumidor

Si el consumidor se relaciona con una persona jurídica o entidad sin personalidad jurídica, con fines de lucro, por ejemplo una mercantil, ésta no puede ser considerada consumidor, por lo que, no es viable la transmisión de aquella calidad ni su calificación autónoma. La afirmación precedente se justifica, tal como lo señalamos en el caso anterior, en el hecho que este tipo de personas no requieren la tutela especial del derecho del consumidor por no encontrarse en situación de desequilibrio.

Así lo definió el TJUE en la causa: “Shearson Lehman Hutton/TVB”⁵⁰³ en la que se planteaba una cuestión de competencia en función del Convenio de 27 de septiembre de 1968, sobre la competencia judicial y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, arts. 13, primer párrafo y 14⁵⁰⁴. La acción tenía por objeto un reclamo de cantidad de

aseguradoras, que la subrogación está expresamente admitido por ley conforme el art. 80 de la Ley de Seguros N° 17.418.

⁵⁰³ TJUE, “Shearson Lehman Hutton/TVB”, ECLI:EU:C:1993:15.

⁵⁰⁴ Estas normas definen una regla de competencia, en caso de ser consumidor, imponiendo la de los Tribunales del Estado contratante en el que el demandante tiene su domicilio, con fundamento conforme el propio Tribunal en: “...*el interés en proteger al consumidor como parte del contrato considerada económicamente*”

sumas de dinero, y no fue iniciada por un particular contra la empresa, sino por una *sociedad, cesionaria de los derechos de este particular*. Concretamente, el Tribunal decidió que: “...*el demandante que actúa en ejercicio de su actividad profesional y que, por tanto, no es, él mismo, el consumidor que es parte en uno de los contratos enumerados por el párrafo primero de este artículo no puede beneficiarse de las reglas de determinación de la competencia especiales previstas por dicho Convenio en materia de contratos celebrados por los consumidores*”. En definitiva, el Tribunal negó la aplicación de la norma competencial a la sucesor no consumidor y señaló que: “...*La función de protección que cumplen estas disposiciones implica que la aplicación de las reglas de competencia especiales... no se extienda a personas para las que esta protección no está justificada*”; el Tribunal agregó que: “*el Convenio sólo protege al consumidor cuando es personalmente demandante o demandado en un procedimiento*”.

En igual sentido (incluso con cita del antecedente reseñado) se pronunció el TS⁵⁰⁵ al definir un conflicto negativo de competencia denegando la transmisión de la calidad de consumidor a una aerolínea que, como cesionaria de los derechos del consumidor, pretendió la competencia de su fuero; el Tribunal consideró que: “*en este caso no concurre el presupuesto esencial para la aplicación del art. 52.2 LEC, puesto que la entidad demandante, en cuanto que compañía mercantil con ánimo de lucro, carece de la cualidad legal de consumidora, conforme al art. 3 del TRLGCU. Sin que la condición de consumidor sea transmisible, como si fuera un anejo del derecho de crédito, pues se es consumidor si se reúnen*

más débil y jurídicamente menos experimentada que su cocontratante, y que, por consiguiente, esta parte no debe verse forzada a desistir de hacer valer sus derechos judicialmente por estar obligada a ejercitar su acción ante los Tribunales del Estado en el que su cocontratante tiene su domicilio” (TJUE, “Shearson Lehman Hutton/TVB”).

⁵⁰⁵ TS, ATS 10449/2018, ECLI: ES:TS:2018:10449A.

los requisitos legales para ello y no se es si no se cumplen. Y una sociedad mercantil que opera en su ámbito de negocio, con independencia de cómo haya adquirido su título de crédito, no puede ser consumidora”.

- Consumidor *persona física* que transmite a una *persona jurídica o entidad sin personalidad jurídica consumidor*

Si el consumidor se vincula con una persona jurídica o entidad sin personalidad jurídica, sin fines de lucro, que cumple por sí misma con los requisitos para ser considera consumidor, la sucesora tiene derecho a ampararse en el derecho tuitivo.

Ello se funda, al igual que en el caso A) a) 1, en los argumentos enumerados al iniciar este punto, y en especial: en la protección que esta persona también merece por ser consumidor fáctico respecto al empresario originario, y en los fundamentos protectores del derecho del consumidor.

- Consumidor *persona jurídica o entidad sin personalidad* que transmite a una *persona física consumidor*

Esta alternativa, al igual que A)a)1 y A)b)2, vincula a dos sujetos que admiten ser calificados por sí mismos como consumidores, en consecuencia, el sucesor persona física será consumidor a fin de resguardar sus derechos ante el empresario originario.

Es otro caso en el que los argumentos originariamente esgrimidos tienen plena vigencia, a los que remitimos a fin de no resultar reiterativos.

- Consumidor *persona jurídica o entidad sin personalidad* que transmite a una *persona física no consumidor*

Aquí el sucesor no cumple con los requisitos legales para ser considerado consumidor en sí mismo, por lo tanto, no puede beneficiarse de las prerrogativas del régimen protector. La razón es que no se encuentra justificativo para concedérsela a quien no presenta desequilibrio estructural ni con su antecesor, ni tampoco respecto al empresario, pues precisamente puede ser uno de éstos (con gran poder de negociación que excluya la posibilidad de ser consumidor) y contar con información, conocimientos técnicos, etc.

En definitiva, y a pesar de las diferencias de tipo de personas, es la misma situación resuelta por el TJUE y el TS analizados en el punto A) b) 1 (consumidor *persona física* que transmite a una *persona jurídica o entidad sin personalidad jurídica no consumidor*) en tal sentido, a donde remitimos.

- Consumidor *persona jurídica o entidad sin personalidad* que transmite a una *persona jurídica o entidad sin personalidad con fines de lucro (no consumidor)*

Ante esta alternativa corresponde adoptar idéntica postura que la desarrollada en el punto anterior, pues en definitiva el consumidor transmite a quien no lo es, y por lo tanto, no se encuentra razón para que se beneficie con el derecho del consumidor. La única diferencia con el caso anterior es que en éste el sucesor es una persona jurídica o entidad sin personalidad jurídica, pero en todo caso, ninguno califica como consumidor.

- Consumidor *persona jurídica o entidad sin personalidad* que transmite a una *persona jurídica o entidad sin personalidad sin fines de lucro (consumidor)*

Se trata de una relación entre consumidores, de igual rango pues son ambos transmitente y sucesor son personas jurídicas o entidades sin personalidad que cumplimentan los presupuestos legales para ser considerados tales, lo que indudablemente importa que ambos tienen derecho a resguardarse en el derecho del protector.

- *No consumidor* que transmite su posición contractual, la cosa o el servicio a una persona que sí cumple con los requisitos legales para ser tenida como consumidor

Este supuesto es diferente a todos los anteriores pues, quien transmite es una persona que no puede ser calificada como consumidor (por ejemplo: persona jurídica mercantil) que transmite una cosa o servicio (adquirido de un empresario) a un tercero, que puede ser considerado consumidor por sí mismo, ya que sí cumple con los requisitos legales para ello, y que además no tiene relación con la transmitente, en cuyo caso, sí merece la tutela del derecho del consumidor.

Ello se justifica en la necesidad de proteger a quien actúa al margen de su actividad económica o como destinatario final en beneficio propio o de su grupo social o familiar, y que no tuvo la posibilidad de ser informado, ni mucho menos participar de una negociación anterior a la suya, a la que ingresa por sucesión de una de las partes. Sin lugar a dudas es un *consumidor material* de la cosa o del servicio que merece especial tutela en su vínculo con el empresario originario.

Esta postura fue asumida por el TJUE al resolver sobre la aplicación del régimen de cláusulas abusivas en un contrato de crédito celebrado originariamente entre personas no consumidores, pero que luego una de las partes cede su posición a otra persona que si lo es. Concretamente, el TJUE dispuso que: “*El artículo 2, letra b), de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los*

contratos celebrados con consumidores, debe interpretarse en el sentido de que una persona física que, a raíz de una novación, ha asumido contractualmente, frente a una entidad de crédito, la obligación de devolver créditos inicialmente concedidos a una sociedad mercantil para el ejercicio de su actividad, puede considerarse consumidor, en el sentido de esta disposición, cuando dicha persona física carece de vinculación manifiesta con esa sociedad y actuó de ese modo por sus lazos con la persona que controlaba la citada sociedad así como con quienes suscribieron contratos accesorios a los contratos de crédito iniciales (contratos de fianza, de garantía inmobiliaria o de hipoteca)”⁵⁰⁶.

De igual modo, y siguiendo dicho criterio, el TS⁵⁰⁷ decidió que debía considerarse consumidor a la persona física cesionaria de una jurídica a fin de analizar las cláusulas del contrato de préstamo hipotecario ante una subrogación subjetiva (por novación), en miras a comprobar el cumplimiento del banco del deber de información, y ante su incumplimiento declaró la nulidad de la condición (cláusula suelo).

En síntesis, de la totalidad de los supuestos analizados cabe concluir que el sucesor de un consumidor, en la medida en que por sí mismo pueda también ser considerado consumidor, podrá ampararse en el régimen legal protector en relación con el empresario con el que se relacionó su antecesor.

⁵⁰⁶ TJUE, “*Bachman*”, ECLI:EU:C:2017:321.

⁵⁰⁷ TS, STS 2192/2018, ECLI: ES:TS:2018:2192.

5.4. Contratos celebrados entre consumidores con participación de un profesional en nombre y por cuenta de otro consumidor

El último supuesto a estudiar en este capítulo consiste en la relación entre consumidores, en principio excluido del régimen protector, pero que se perfecciona por intermedio de un empresario o profesional, lo que nos lleva a definir si dicha situación admite la posibilidad de aplicar el derecho del consumidor.

Cabe aclarar que no analizamos la intermediación profesional de un dependiente del empresario con el consumidor, ni tampoco los casos de intermediación en plataformas digitales, comercio electrónico, servicios de la sociedad de la información, por exceder el ámbito de estudio ya que estos casos más bien refieren a la calidad de empresarios o proveedores (terminología española o argentina) de dichos intermediarios y no a la calidad de consumidor de la contraparte.

Dentro de las alternativas a determinar podemos citar, como ejemplo, la intermediación de una empresa inmobiliaria entre dos particulares ante la compraventa de un inmueble. Sin embargo, vale aclarar que la empresa puede actuar en nombre y representación de ambos consumidores, o bien sólo representando a uno, sin que el otro tenga asesoramiento profesional alguno. Ante estas alternativas, habrá que analizar si se modifica la vinculación entre consumidores en miras a corroborar si existe o no un eventual desequilibrio estructural entre las partes por la participación del empresario.

En definitiva, lo que interesa es determinar si en estos supuestos ¿pueden dichos particulares ser calificados de consumidores en la relación entre ellos por haber mediado un intermediario profesional? o ¿dicha

participación sólo los convierte en consumidores respecto al propio servicio prestado por ese intermediario (empresario) pero no respecto al otro sujeto particular?

Del planteamiento anterior se sigue que en función de las nociones de relación de consumo, consumidor y empresario (España) o proveedor (Argentina) cabe distinguir las diversas relaciones que surgen de esta vinculación triangular entre dos particulares y el profesional como intermediario en los dos supuestos planteados.

a) Profesional representante de ambas partes

En el primer caso, en el que un empresario o profesional intervenga en la relación entre dos consumidores, por igual en representación de cada uno de ellos (ejemplo de la empresa inmobiliaria en la compraventa de un inmueble), existen tres relaciones a considerar con diversos regímenes jurídicos cada una:

- (a) entre el consumidor A (vendedor) y el empresario: hay relación de consumo;
- (b) entre el consumidor B (comprador) y el empresario: hay relación de consumo;
- (c) entre los consumidores A (vendedor) y B (comprador): no existe relación de consumo.

La cuestión no presente mayor dificultad y la respuesta es indubitable. Los particulares podrán invocar individualmente su condición de consumidor (y los derechos que ostentan como tales) sólo frente al empresario por existir una relación de consumo entre ellos; pero definitivamente no

pueden pretender ampararse en el régimen tuitivo frente al otro particular, por tratarse de pares que no se encuentran en situación de desequilibrio estructural.

b) Profesional representante de una sola de las partes

En el segundo caso descrito al iniciar este punto, el empresario sólo presta servicios a uno de los consumidores, a quien representa y en cuyo nombre actúa. Cabe analizar si su participación modifica la relación de fondo entre los particulares pues uno de ellos estaría en mejores condiciones de información, capacidad de negociación, conocimientos técnicos, etc., pese a lo cual ¿resulta tal circunstancia suficiente para calificar a la contraparte como consumidor y a la asesorada como empresario o proveedor?

Este planteamiento fue considerado hace años, en el “*Libro Verde de revisión de acervo en materia de consumo*” (2007)⁵⁰⁸, en el que se formuló la siguiente pregunta: “¿*Deberían considerarse los contratos entre particulares contratos de consumo cuando una de las partes actúa a través de un intermediario profesional?*”, y luego de aclarar que se mantienen al margen los contratos celebrados por intermediarios en plataformas o comercio electrónico por merecer especial regulación, se consideraron dos opciones:

“Opción 1: Statu quo: La protección de los consumidores no se aplicaría a los contratos entre particulares cuando una de las partes recurra a un intermediario profesional para la celebración.”

⁵⁰⁸ Texto completo disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2006:0744:FIN:ES:PDF>, p. 17-18, última consulta 9.4.2020.

Opción 2: El concepto de contrato de consumo englobaría situaciones en las que una de las partes actúe a través de un intermediario profesional”.

En este contexto el planteamiento fue el siguiente: “...it may be very difficult to establish clear criteria as to when the role of the intermediary is so strong as to warrant consumer protection. There may be a risk of unforeseen and negative knock-on effects on markets on which private persons trade with private persons.

Against applying consumer protection rules to private sellers it could also be argued that a private person might not realise that contracting a professional as her or his intermediary will put her or him in a position equivalent to a professional.

On the other hand, a consumer who concludes a contract with a professional acting as intermediary for a private person may be more in need of protection than his contractual counterpart. It should be noted that the notion of intermediary would not include trading platforms for sellers and consumers, e.g. on the Internet, where the platform provider is not involved in the conclusion of the contract”⁵⁰⁹.

La cuestión no se encuentra definida de manera expresa en ninguno de los ordenamientos jurídicos español ni argentino. Respecto a éste último, cabe recordar que conforme el art. 2 de la LDC está excluido de la noción de proveedor el profesional liberal que requiera para su ejercicio título universitario y matrícula otorgada por colegios profesionales, lo que incide en el análisis si quien actúa en nombre y representación de un particular es un profesional liberal, pues no puede ser calificado de proveedor.

⁵⁰⁹ Libro Verde de revisión..., 17.

Por su parte, la doctrina no se ha ocupado del tema de manera específica y detenida, aunque sí lo hizo el TJUE en la causa: “Wathelet y Garage Bietheres & Fils SPRL”⁵¹⁰ (2016) cuyos considerandos resultan esclarecedores de la cuestión, con argumentos que compartimos plenamente.

La petición de decisión prejudicial tenía por objeto la interpretación del artículo 1, apartado 2, letra c), de la Directiva 1999/44/CE, de 25 de mayo de 1999, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo. En prieta síntesis, se trataba de un litigio entre una particular, compradora y un taller mecánico, por la compraventa de un automotor usado que era de titularidad de otra particular (a la que el taller le cobró por reparaciones para poner en condiciones de venta), lo que la demandante negó haber conocido; es decir: el taller actuó como *empresa profesional intermediaria* vendiendo el automotor, sin haberlo informado a la compradora, y luego ante el reclamo por vicios pretendió ser ajeno al negocio.

El tribunal aclaró que: “...*el consumidor adquirente del bien de consumo goza de la protección conferida por la Directiva 1999/44, en la medida en que el intermediario pueda ser considerado vendedor conforme a dicha Directiva...*”, aunque aclaró que el concepto de vendedor: “...*no se refiere a la figura del intermediario*”. Por su parte advirtió que: “...*el profesional podría confundir al consumidor al dar la impresión errónea de que actúa en calidad de vendedor titular del bien*”, y argumentó que a: “...*la interpretación teleológica del artículo 1, apartado 2, letra c), de la Directiva 1999/44, a la luz de la finalidad de garantizar un alto nivel de protección de los consumidores que subyace a la misma Directiva...*”. que el intermediario puede ser considerado vendedor pues: “...*para garantizar*

⁵¹⁰ TJUE, “Wathelet y Garage Bietheres & Fils SPRL”, ECLI:EU:C:2016:840.

una protección efectiva al consumidor en el marco de la Directiva 1999/44, resulta necesario que se informe al consumidor de que el propietario es un particular. Esta interpretación permite atribuir un efecto útil a la Directiva y es acorde con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, que considera que el sistema de protección establecido por las directivas de la Unión en materia de protección de los consumidores se basa en la idea de que el consumidor se halla en situación de inferioridad con respecto al profesional en lo referente tanto a la capacidad de negociación como al nivel de información (sentencia de 4 de junio de 2015, Faber, C-497/13, EU:C:2015:357, apartado 42)...En efecto, en materia de información, existe un desequilibrio considerable entre el consumidor y el intermediario profesional, especialmente cuando no se informa al consumidor de que el titular del bien vendido es, en realidad, un particular... el consumidor puede ser fácilmente inducido a error, debe atribuírsele un grado de protección reforzado”.

En definitiva, el TJUE decidió que conforme la Directiva en cuestión: *“la responsabilidad del vendedor debe poder ser exigible al intermediario que crea un riesgo de confusión al dirigirse al consumidor, haciéndole creer que actúa en calidad de propietario del bien objeto de la compraventa”*. Por último, aclaró que la existencia de una remuneración del particular vendedor al intermediario es irrelevante a la hora de la calificación como vendedor.

En conclusión, el TJUE en el ámbito analizado consideró que la compradora por no estar informada de la calidad de intermediario de la empresa, que actuaba en nombre y por cuenta de otro consumidor, tenía derecho a reclamar como consumidora y calificó como vendedora a dicho intermediario directamente.

Por nuestra parte, tal como advertimos al iniciar el comentario del antecedente del TJUE, compartimos el criterio adoptado y tenemos la convicción que dicha postura resulta extensible a todo caso de intermediación de un empresario o profesional (este último en el derecho español, no en el argentino) en la relación entre particulares. Los argumentos que justifican tal afirmación son los siguientes⁵¹¹:

- (a) *principio general de buena fe*: impone poner en conocimiento del particular la calidad de la actuación del intermediario pues ello modifica absolutamente los derechos del adquirente;
- (b) *teoría de la apariencia*: el particular que desconoce la calidad de intermediario del profesional, confía de buena fe en la apariencia de su actuación, en la convicción de estar negociando con él, lo que justifica una protección especial que el derecho resguarda;
- (c) *fundamento del derecho del consumidor*: el desequilibrio estructural entre un empresario o profesional y el consumidor (información, poder de negociación, conocimientos técnicos, etc.);
- (d) *deber de información*: identificación del vendedor y aclaración respecto a que es un intermediario que actúa por cuenta y nombre de un particular.

En conclusión de este epígrafe, debe considerarse consumidor a quien cumple los requisitos legales para ser tal y que si bien se vincula con otro consumidor, lo hace por medio de un intermediario empresario o profesional (España) quien no le informa a aquél su condición de tercero

⁵¹¹ Aclaremos que no se desarrollan cada uno de ellos de manera detenida por exceder este punto del trabajo, o incluso la temática específica de la tesis.

ajeno al negocio, colocándolo en una situación de desequilibrio estructural que justifica la tutela protectoria del derecho del consumidor frente a él.

CONCLUSIONES

A fin de concluir esta investigación comparada relativa a la categoría de consumidor en los derechos españoles y argentino, procede sistematizar las siguientes ideas.

La regulación del derecho del consumidor resulta más eficiente, en cuanto a seguridad jurídica y certidumbre, si se consagra en una ley especial o código, tal como ocurre en el derecho español (TRLGDCU) y argentino (LDC), pues ello facilita el conocimiento de los derechos y principios del sujeto tutelado.

Por su parte, la categoría jurídica de consumidor depende de cómo un sujeto concreto actúa en una relación jurídica determinada, es decir, de su rol específico en esa oportunidad y según las circunstancias del caso. Se trata de una noción relacional pues, el fundamento de su regulación lo constituye el desequilibrio estructural con su contraparte fuerte en el mercado. Todas las normas analizadas hacen referencia a un *destino*, *propósito* o *actuación* que se requiere sea *ajena* a su actividad comercial, empresarial, oficio, profesión, etc.

Asimismo, la alternativa que mayor seguridad jurídica ofrece es la previsión de un único concepto jurídico de consumidor, lo dirimente es la determinación clara y exacta de la categoría de consumidor que delimita el ámbito de aplicación de la tutela protectoria, independientemente del resto de las cuestiones referidas o áreas específicas que pueden ser abordadas por otras leyes sectoriales. En relación a esta alternativa, consideramos que las ventajas son: 1) concede seguridad jurídica al sistema de protección: pues el consumidor, y los operadores jurídicos, conocen con certeza cuáles son los requisitos que debe cumplimentar el

sujeto para ser amparado por el régimen tuitivo; además no existirían diversas nociones que generan confusión e incertidumbre en el sujeto; 2) simplifica el estudio y la aplicación: al no presentarse dispersión normativa; 3) amplía el ámbito de aplicación: para todos los sectores o áreas de interés, independientemente del objeto de la relación de consumo o del sector; 4) concede mayor libertad al juez: para resolver el caso concreto; 5) en caso de desactualización de la definición, su adaptación resulta sencilla mediante la sola modificación de ese concepto general en una norma; 6) simplifica la armonización del derecho nacional con el internacional pues, al igual que en el caso anterior, sólo debe consagrarse o actualizarse en una norma.

Creemos que desde un punto de vista gramatical resulta más clara una definición en términos positivos de los requisitos que deba cumplimentar el sujeto para aplicar al régimen tuitivo. También debiera tratarse de una redacción sencilla e indubitable que evite ambigüedades e incoherencias en su aplicación, con términos fácilmente comprensibles por cualquier persona ajena al ámbito jurídico para fortalecer el conocimiento y entendimiento del derecho del consumidor por todos los ciudadanos y simplificar la tarea de interpretación y aplicación a los operadores jurídicos.

Por su parte, si bien el criterio europeo y mayoritario en Argentina focaliza en el acto o hecho de consumo más que en las cualidades del sujeto, consideramos que resulta trascendental a fin de la calificación jurídica el *elemento teleológico*.

Desde otra perspectiva, la *vulnerabilidad* debe constituirse como el criterio clave para despejar cualquier duda que un caso concreto pudiera plantearse pues, a pesar de no consagrarse positivamente como un requisito, resulta fundamental valorar la eventual inferioridad, en términos

del TJUE, del sujeto al momento de la calificación. Si bien se trata de una cuestión subjetiva, que impone analizar la relación entre las partes, es un elemento más que ayuda a justificar la aplicación del régimen tuitivo. Por su parte, consideramos de suma utilidad su recepción normativamente en miras a favorecer su utilización por los operadores jurídicos.

La categoría de consumidor presenta diversas clasificaciones, que desde nuestra perspectiva, se justifican a fin de: 1) abarcar la totalidad de los casos que requieren la protección del derecho del consumidor, 2) identificar los diversos sujetos amparados en el régimen especial, es decir, delimitar el ámbito de aplicación; 3) brindar una tutela diferenciada en función de las características o situaciones especiales de las personas (discriminación positiva); 4) perfeccionar la aplicación y vigencia del derecho del consumidor especificando los roles o caracteres de cada sujeto.

Del análisis de las regulaciones española y argentina, identificamos dos criterios para clasificar al consumidor: a) el que denominamos *objetivo* que focaliza en el *rol* del consumidor en la relación de consumo: incluye al consumidor jurídico o contratante, al consumidor fáctico y al consumidor expuesto o bystander; y b) el parámetro *subjetivo* que toma en cuenta las especiales *cualidades de la persona* del consumidor, a fin de determinar su capacidad de comprensión de la información que se le pone a disposición, del nivel de seguridad que requiere, del trato que debe brindársele, etc. En este marco se ubican el consumidor medio y el especialmente vulnerable o hipervulnerable, nociones que tuvieron origen en la jurisprudencia, para luego conseguir algún tipo de regulación positiva.

En especial, las subcategorías de consumidor jurídico y material se encuentran actualmente delimitadas tanto en el derecho español (tienen

distintos derechos) como en el argentino (se los equipara); por su parte, el consumidor expuesto o bystander sólo tiene regulación expresa en la materia en Argentina y no en España, donde sería recomendable su incorporación al derecho del consumidor de manera clara y detallada para identificar la protección de estos sujetos. Respecto a la otra subcategoría de consumidor medio y especialmente vulnerable, estamos convencidos que sólo merece consagración ésta última, no siendo recomendable la adopción del consumidor medio por los riesgos que trae aparejada su aplicación, en especial en desmedro de la categoría general de consumidor.

Desde otro punto de vista, los supuestos que consideramos más controvertidos respecto a la calificación del consumidor tanto en España como en Argentina, por no existir regulación positiva específica, son: la persona jurídica (incluso mutuales, asociaciones y cooperativas), los profesionales liberales y el empresario, los actos mixtos, los grupos de consumidores, el Estado, los fiadores, el inversor y el trabajador. En relación a cada uno se identificaron las tendencias en los respectivos derechos y se propuso una respuesta práctica que puede resultar de utilidad para su regulación expresa o solución en el caso concreto, en cumplimiento del objetivo general planteado al iniciarse esta investigación.

Cabe aclarar que en España estas cuestiones fueron resueltas tanto por la doctrina como por la jurisprudencia (sea del TJUE o del TS) de manera más concluyente, a diferencia de Argentina, donde no existen posiciones definitivas o unánimes ni resoluciones de la CSJN al respecto.

En especial, la posibilidad de que la persona jurídica sea considerada consumidora en España se encuentra delimitada por el actual texto legal del art. 3 del TRLGDCU; en cambio, en Argentina los arts. 1 de la LDC y

1092 del CCCN asienten tal posibilidad de manera genérica y con idénticos requisitos que para las personas humanas. Concretamente, España admite que lo sean tanto las personas jurídicas como los entes sin personalidad, sólo si actúan sin fines de lucro y de manera ajena a una actividad comercial o empresarial. En consecuencia, las sociedades mercantiles al actuar con ánimo de lucro se excluyen del régimen tuitivo, y sólo podrán serlo las personas jurídicas civiles, siendo las asociaciones las que mayor admisión presentan, mientras que en general no se acepta que cooperativas y fundaciones actúen sin fines de lucro y de manera ajena a una actividad comercial o empresarial. Sin embargo, ello dependerá del caso concreto y de la acreditación por el interesado del cumplimiento de los presupuestos legales para ser calificado como tal.

De tal modo, si bien España legalmente admite que la persona jurídica pueda ser consumidora, a diferencia de la mayoría de las Directivas Europeas, lo cierto es que en la práctica los supuestos en los que realmente pueden serlo se encuentran bien delimitados por la ley, la doctrina y la jurisprudencia, no dejando demasiado margen de diferencia real.

Por el contrario, en Argentina si bien la ley adopta una definición amplia que admitiría que cualquier persona jurídica que sea destinataria final de un bien pueda ser consumidora, ello es restringido por la doctrina y jurisprudencia de manera no terminante. Opinamos que, conforme la tradición latinoamericana y la regulación del Mercosur sobre el tema, en función de la interpretación literal de la ley (arts. 42 de la CN, 1 de la LDC y 1092 del CCCN) y su finalidad: la protección del sujeto débil en el mercado por el desequilibrio estructural, las personas jurídicas -civiles e incluso comerciales- pueden ser consumidoras en la medida que adquieran o utilicen el bien o servicio como destinatario final: en virtud del valor de uso, que no implique una incorporación directa a su objeto social o

actividad comercial. De acuerdo con esta situación, creemos que debe analizarse si existe debilidad estructural, vulnerabilidad en el mercado respecto con el proveedor, que ponga de manifiesto un desequilibrio en la información, conocimientos técnicos, poder de negociación, etc.

En relación a las entidades sin personalidad jurídica, España las incluyó expresamente con idénticos requisitos que para las personas jurídicas y Argentina no las prevé aunque igualmente entendemos que de acreditar los requisitos legales para la calificación sin dudas encuentran resguardo en el derecho del consumidor.

Otro supuesto controvertido lo constituyen los profesionales liberales y empresarios, respecto a los cuales existe una notoria diferencia entre los derechos estudiados: el derecho español equipara expresamente al empresario con el profesional liberal y el argentino excluye especialmente de la condición de proveedores a los profesionales liberales que requieran para su ejercicio de título universitario y matrícula otorgada por colegios profesionales reconocidos oficialmente o autoridad facultada para ello, y sólo incluye la publicidad que hagan de sus servicios.

De todos modos, conforme la jurisprudencia europea analizada, si bien en principio y como regla general el profesional liberal o empresario se encuentra excluido de la tutela del derecho del consumidor, lo cierto es que tanto el TJUE como el TS consideran que el profesional puede ser calificado de consumidor, de manera excepcional, siempre que actúe en un ámbito ajeno a su actividad empresarial o profesional, lo que analizan en cada caso en particular y en función del parámetro objetivo.

Por su parte, en el derecho argentino el debate gira en torno a la posibilidad de considerar como consumidor a la persona física sólo al empresario, y no tanto al profesional pues, éste no califica como proveedor y no se cuestiona que pueda resguardarse en el régimen

protectorio. En relación al empresario fundamos la posibilidad de que pueda ser considerado consumidor en función de los mismos argumentos que esgrimimos para fundar tal calidad respecto a las personas jurídicas.

Uno de los más controvertidos supuestos es el de los actos mixtos, que el derecho europeo y español tiene definido jurisprudencialmente a través de los antecedentes del TJUE que sólo admite la calidad de consumidor de quien realiza un acto en el que el fin empresarial o profesional es marginal e insignificante en el contexto global del negocio celebrado, mientras que el TS, de modo un tanto menos exigente, refiere a que no sea predominante. En Argentina, la cuestión resulta conflictiva, y creemos que el desarrollo del tema en España luce más que trasladable a aquél; por nuestra parte, consideramos que puede ser consumidor quien no utilice el bien o servicio *principalmente* con fines comerciales, empresariales o profesionales, de acuerdo a la asumida para admitir como consumidores a las personas jurídicas. Además, creemos que de existir duda sobre la calificación del acto mixto debe resolverse conforme el principio general del “*in dubio pro consumidor*” y el “*principio protectorio*” del consumidor, específicamente consagrado en la ley, y que precisamente deben tenerse en cuenta al momento de definir si la relación ingresa o no en el ámbito tuitivo.

Por otro lado, existe coincidencia en ambos países respecto a que los grupos de consumidores pueden en sí mismos ser considerados tales, siempre que cumplan con los requisitos legales que cada país exige de acuerdo al caso particular que se trate.

De igual modo, ocurre con la negativa de conceder la tutela del derecho del consumidor al Estado por sus propias particularidades, entre las que se destacan: el derecho especial por el que se rigen, la actividad concreta que

desarrollan (funciones propias en miras del interés público) y la inexistencia de vulnerabilidad en su relación con empresas o proveedores.

La posibilidad de considerar a los fiadores como consumidores resulta similar en ambos derechos pues se trata de un tercero ajeno a la relación principal, pero que se incorpora en otra accesoria a aquella. Proponemos que la postura asumida por el TJUE y el TS se replique en el derecho argentino, y que en todo caso, la naturaleza accesoria de la fianza en cuanto a su objeto, no puede propagarse a la calidad de las partes, sino que conforme los fundamentos del derecho del consumidor procede analizar en particular si el fiador es por sí mismo consumidor conforme los requisitos legales (propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión en España, o destino final en Argentina).

Respecto al inversor en ambos países resulta de suma utilidad distinguir entre los distintos tipos a fin de facilitar y reforzar la protección del que puede ser calificado como consumidor que requiere una especial tutela a diferencia del inversor calificado.

Por último, procede calificar al trabajador como consumidor respecto a su propio empleador o a un tercero con quien éste actuó como intermediario, si se verifican los requisitos legales para ello, y al margen de la relación laboral.

Además, se vislumbran ámbitos no tan estudiados en los que tampoco existe certeza al momento de calificar a las partes como consumidor.

En el ámbito de las relaciones de economía colaborativa será necesario identificar todas las vinculaciones existentes (en general identificamos tres relaciones) para dilucidar si existe empresario y consumidor en cada supuesto, lo que consideramos debe apreciarse conforme a la real actividad que desempeña cada participante, especialmente la de los

prestadores del servicio y las plataformas como intermediarios. Opinamos que el prestador del servicio también puede calificar como consumidor del servicio que presta la plataforma, si actúa con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión, aunque no lo será si se dedica con habitualidad y profesionalidad al servicio.

En todo caso, en función de la escasa regulación que existe al respecto, consideramos que se requiere como primera medida adaptar las normas y principios vigentes a fin de encontrar soluciones a los nuevos problemas que presenta este nuevo tipo de relación económica-social y garantizar la eficacia de los derechos de los consumidores. Asimismo, sería conveniente dictar normas y principios especiales, acordes al nuevo medio y características del negocio, que deben ser abiertas y flexibles de acuerdo a los rápidos cambios tecnológicos que influyen en él. Además, deben ser equilibradas, que por un lado promuevan el desarrollo de las economías colaborativas, pero que al mismo tiempo definan con claridad los derechos y obligaciones de las partes (en especial: intermediarios y prosumers).

Asimismo, otro supuesto lo constituye el sucesor en la posición del consumidor. Al respecto, estamos convencidos que en la medida que a su vez cumpla con los requisitos para ser considerado consumidor por sí mismo (excluyendo los casos en que la segunda relación es comercial, profesional, etc.), se encuentra legitimado como tal y ello se justifica más que en el vínculo por el cual adquirió la posición contractual o el uso o goce de la cosa o servicio, en la propia noción de consumidor material o fáctico prevista en los art. 3 del TRLGDCU y 1 de la LDC y 1092 del CCCN. Además, la calificación encuentra razón de ser en: 1) el *fundamento propio del derecho del consumidor*; 2) *los principios de interpretación más favorable al consumidor, protectorio y de defensa de los intereses económicos del consumidor*; 3) *la jerarquía constitucional*

del derecho del consumidor: art. 51 de la CE y art. 42 de la CA; 4) los principios generales del derecho (buena fe, moral, buenas costumbres, orden público legalmente consagrados en ambos países), 5) motivos de razonabilidad y justicia.

En el caso del negocio celebrado entre consumidores con participación de un profesional en nombre y por cuenta de otro consumidor, cabe distinguir dos alternativas: 1) si el empresario o profesional interviene en la relación entre dos consumidores, por igual en representación de cada uno de ellos, los particulares podrán invocar individualmente su condición de consumidor (y los derechos que ostentan como tales) sólo frente al empresario por existir una relación de consumo entre ellos; 2) si el *profesional representante de una sola de las partes*, a la contraria debe considerarse consumidor si cumple los requisitos legales para ser tal y si el profesional no le informó su condición de tercero ajeno al negocio, colocándolo en una situación de desequilibrio estructural que justifica la tutela protectoria del derecho del consumidor frente a él. Los argumentos que justifican tal afirmación son los siguientes: 1) *principio general de buena fe*, 2) *la teoría de la apariencia*, 3) *fundamento del derecho del consumidor*, 4) *el deber de información*: identificación del vendedor y aclaración respecto a que es un intermediario que actúa por cuenta y nombre de un particular.

En definitiva, sería recomendable que todos estos supuestos encuentren solución normativa expresa para culminar con los desencuentros doctrinarios y jurisprudenciales existentes, brindando seguridad jurídica y certeza a los sujetos que de antemano conocerán si podrán o no resguardarse en el derecho tuitivo.

A fin de concluir estas líneas, podemos señalar que del estudio integral realizado y en función de las diversas soluciones existentes en cada uno de

los regímenes jurídicos español y argentino, se advierte que el primero se encuentra mucho más avanzado (aun cuando no se haya receptado normativamente) en la solución de la mayoría de las cuestiones que todavía se debaten en el país latinoamericano, sea por la propia ley positiva, por las opiniones doctrinarias o por las decisiones tanto del TJUE como del TS.

Ante este panorama, el derecho argentino del consumidor indudablemente tiene dos opciones: aprovechar dicho avance y adoptar definiciones semejantes en cada caso, y así alinearse con los criterios de punta del derecho europeo; o por el contrario, mantener las particularidades del derecho latinoamericano y nacional que en varios supuestos se apartan de ellos. La adopción de la primera alternativa, favorecería la uniformidad del derecho del consumidor a nivel internacional, aun en desmedro de las particularidades vigentes del actual derecho argentino. Por su parte, la segunda opción quizás resulta más proteccionista del consumidor en casos en los que en Argentina se ampara el sujeto débil -aun con dudas al respecto o falta de unanimidad en los criterios- de manera más fuerte que en el derecho español (empresario, profesional, uso mixto, etc.). Adviértase que independientemente de la opción que se elija, se debe tener especialmente en cuenta el principio de no regresión que rige en la materia, máxime tratándose de un derecho constitucionalizado y que se enrola dentro de los derechos humanos.

Estamos convencidos que los supuestos conflictivos requieren una decisión legislativa que ponga fin a la incertidumbre, inseguridad jurídica y diversidad de criterios ante la amplitud de las nociones existentes de consumidor, en ambos derechos nacionales.

Mientras tanto, la categoría de consumidor deberá analizarse en el caso concreto, en función del parámetro objetivo que la ley define para tal fin,

a cuyo fin debe prevalecer el principio constitucional de defensa de los derechos de los consumidores, que se justifica en el desequilibrio estructural entre el empresario y el consumidor, y en especial, en la vulnerabilidad de éste en materia de información, posibilidad de negociación de las condiciones del contrato, seguridad, etc.

Es por ello que enfatizamos, resulta clave analizar la categoría del consumidor en el caso concreto en función del propio fundamento del derecho tuitivo, que pretende poner fin a la situación de desigualdad entre las partes, y protegiendo al sujeto en situación de inferioridad de condiciones: vulnerable.

En este contexto, las definiciones del derecho positivo español y argentino no consagran la inferioridad o vulnerabilidad como un requisito para la calificación del consumidor, a pesar de encontrarse subyacente en ellas. Consideramos que la inclusión expresa de este elemento sería de gran utilidad para decidir las diversas situaciones dudosas que se presentan en ambos ordenamientos jurídicos. La afirmación precedente se funda en que si bien pareciera una cuestión obvia, estamos convencidos que su inclusión positiva obligará al operador a considerarla al momento de calificar al sujeto en el caso en particularmente dudoso.

BIBLIOGRAFÍA

- ACEDO PENCO, Ángel, *Fundamentos constitucionales de la protección jurídica de los consumidores en el ordenamiento español y en la Unión Europea*, Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla, México, N 1870, 2147, Año VI, N° 29, enero-junio de 2012, disponible en: http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-21472012000100002, consultado el 29/11/2015.
- ACEVEDO PENCO, Ángel, *La noción de consumidor y su tratamiento en el derecho comunitario, estatal y autonómico. Breve referencia al concepto de consumidor en el derecho extremeño*, Anuario de la Facultad de Derecho, Universidad de Extremadura, N° 18, 2000.
- AGÜERO ORTIZ, Alicia, “*El protocolo MiFID II y los remedios aplicados a los contratos de inversión*”, Tesis Doctoral dirigida por Carrasco Perera, UCLM, Toledo, 2018, disponible en: <https://ruidera.uclm.es/xmlui/bitstream/handle/10578/18494/TESIS%20Ag%C3%BCero%20Ortiz.pdf?sequence=1&isAllowed=y>, última consulta el 11/2/2020.
- AGUILAR RUIZ, Leonor, *Mecanismos autorreguladores del mercado y defensa de consumidores*, Boletín Mexicano de Derecho Comparado, Volumen 44, N° 130, México, Enero/abril de 2011, http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0041-86332011000100001, última consulta 18/7/2020.
- ALEGRIA, Héctor, *Régimen legal de protección del consumidor y Derecho Comercial*, Diario Jurídico La Ley de 26/04/2010, Argentina, 2010.
- ALTERINI, Atilio, *El consumidor en la sociedad postmoderna*, La Ley, 1996–E. 818.
- ALTERINI, Atilio, *Prólogo, Ley de Defensa del Consumidor Comentada y Anotada*, Sebastián PICASSO y Roberto VÁZQUEZ FERRERA (Directores), Tomo I, Buenos Aires: La Ley, 2009.
- ALVAREZ LARRONDO, Federico M., “*El fiador-consumidor tutelado por la ley 26.361*”, Diario Jurídico La Ley, 5/8/2010.

- ÁLVAREZ LARRONDO, Federico M., *El empresario consumidor*, Diario Jurídico La Ley, 21/08/2014.
- ÁLVAREZ LARRONDO, Federico, *Elementos de la relación de consumo. El consumidor*, en: AAVV, *Manual de Derecho del Consumidor*, Federico ÁLVAREZ LARRONDO (Director), Gonzalo M. RODRÍGUEZ (Coordinador), Buenos Aires: Erreius, 2017.
- ÁLVAREZ RUBIO, Julio, *La experiencia española en derecho de consumo*, en: AAVV, *Tratado de Derecho del Consumidor*, Gabriel A. STIGLITZ y Carlos HERNÁNDEZ (Directores), Buenos Aires: Thomson Reuters La Ley, Tomo I, 2015.
- ANDORNO, Roberto A., *Is vulnerability the foundation of human rights?* Masferrer and E. García Sánchez (eds.), *Human Dignity of the Vulnerable in the Age of Rights*, Ius Gentium Series, Vol. 55, Dordrecht: Springer, 2016.
- BAROCELLI, Sergio S. *Ámbito de aplicación del derecho del consumidor*, en: *Derecho del Consumidor*, Buenos Aires: El Derecho, 2016.
- BAROCELLI, Sergio S. e Iván V. PACEVICIUS, *El ámbito de aplicación del derecho del consumidor ante el nuevo Código Civil y Comercial*, en: *Impactos del nuevo Código Civil y Comercial en el derecho del consumidor. Diálogos y perspectivas a la luz de sus principios*, Sergio S., BAROCELLI, (Coordinador), Buenos Aires: Universidad de Buenos Aires, Facultad de Derecho, 2016.
- BAROCELLI, Sergio S. *Principios y ámbito de aplicación del derecho del consumidor en el nuevo Código Civil y Comercial*, *Revista de Derecho Comercial del Consumidor y de la Empresa*, Año VI, N° 1, Febrero de 2015, Buenos Aires: La Ley.
- BAROCELLI, Sergio S., *Consumidores hipervulnerables, hacia la acentuación del principio protectorio*, Diario Jurídico La Ley, Año XXXII, N° 57, 23 de marzo 2018.
- BAROCELLI, Sergio S., *Diálogo de fuentes en el Derecho del Consumidor. Perspectivas desde el Derecho Argentino*, Berlín: Editorial Académica Española, 2017.
- BAROCELLI, Sergio S., *Hacia la construcción de la categoría de consumidores hipervulnerables*, en: Sergio S. BAROCELLI

(Director), *Consumidores hipervulnerables*, Buenos Aires: El Derecho, 2018.

BAROCELLI, Sergio S., *Las víctimas de daños como sujetos expuestos a una relación de consumo*, disponible en: https://www.academia.edu/28660915/Las_v%C3%ADctimas_de_da%C3%B1os_como_sujetos_expuestos_a_una_relaci%C3%B3n_de_consumo, consultada el 1/9/2019.

BERCOVITZ RODRIGUEZ CANO, Alberto y Rodrigo BERCOVITZ RODRIGUEZ CANO, *Estudios jurídicos sobre protección de los consumidores*, Madrid: Tecnos, 1987.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, *Comentario al artículo 2 del TSLGDCU*, en: *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes Complementarias*, 2ª Edición, Pamplona: Thomson Reuters Aranzadi, 2015.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, *Comentario al artículo 3 del TSLGDCU*, en: *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes Complementarias*, Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (Coordinador), 2ª Edición, Pamplona: Thomson Reuters Aranzadi, 2015.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, en: Prólogo al “*Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes Complementarias*”, 2ª Edición, Pamplona: Thomson Reuters Aranzadi, 2015.

BERROCAL LANZAROT, Ana Isabel, *Cuestiones varias en torno a la situación jurídica del fiador*, en: Cuadernos de derecho y comercio, Núm. 67, Junio 2017, disponible en: <https://app.vlex.com/#ES/search/jurisdiction:ES/ley+consumidores+y+usuarios+asturias/ES/vid/700052853>, última consulta 9/2/2020.

BOTANA GARCÍA, Gema y Miguel RUIZ MUÑOZ (Coordinadores), *Curso sobre protección jurídica de los Consumidores*, Madrid, Mc Graw Hill, 1999.

BOTANA GARCIA, Gema, *La noción de consumidor*, en: Carlos LASARTE ÁLVAREZ, *Manual sobre protección de consumidores y usuarios*, 4ª edición, Madrid: Dykinson, 2010.

- BOTSMAN, Rachel, *The case for collaborative consumption*, Sidney, 20/12/2010, disponible en: https://www.ted.com/talks/rachel_botsman_the_case_for_collaborative_consumption, última visita el 17/2/2020.
- BUSCH Christoph, Hans SCHULTE-NÖLKE, Aneta WIEWIÓROWSKA-DOMAGALSKA y Fryderyk ZOLL, *The Rise of the Platform Economy: A New Challenge for EU Consumer Law?* EuCML, Journal of European Consumer and Market Law, Volume 5, 1/2016, 15 February 2016.
- CALVO COSTA, Carlos A., *La culpabilidad en la actual responsabilidad civil médica. Apreciación y prueba*, en La Ley Online: AR/DOC/3463/2016, consultado 18/9/2019.
- CÁMARA LAPUENTE, Sergio, *El concepto legal de «consumidor» en el derecho privado europeo y en el derecho español: aspectos controvertidos o no resueltos*, Cuadernos de Derecho Transnacional, Marzo 2011, Vol. 3, Nº 1.
- CÁMARA LAPUENTE, Sergio, *La codificación del derecho de consumo: ¿refundación o refundición? (modelos y enseñanzas desde el derecho comparado)*, Revista de Derecho Civil, Vol. II, núm. 1 (enero-marzo, 2015) Estudios, disponible en: <https://www.nreg.es/ojs/index.php/RDC/article/viewFile/120/90>, última visita el 18/7/2020.
- CAMPOS CARVALHO, Joana, *A Proteção dos Consumidores na Sharing Economy*, en: *Estudos de Direito do Consumo, Homenagem a Manuel Cabeçadas Ataíde Ferreira*, Lisboa: Deco, 2015.
- CARRASCO PERERA, Ángel, *El Derecho del Consumidor en España: presente y futuro*, Madrid: Instituto Nacional del Consumo, 2002.
- CASTAÑEDA, José E., *Nota breve sobre el concepto de consumidor*, Cuadernos de Estudios Empresariales, Vol. 12, 2002, 316, disponible en: <https://revistas.ucm.es/index.php/CESE/article/viewFile/CESE0202110315A/9898>, última visita el 18/7/2020.
- CAYÓN DE LAS CUEVAS, Joaquín, *La prestación de servicios sanitarios como relación jurídica de consumo*, Cizur Menor: Aranzadi, 2017.

- CHAMATROPULOS, Demetrio A., María A. NAGER; *La empresa como consumidora*, Buenos Aires: La Ley, 2019, La Ley Online: AR/DOC/394/2012.
- CHAMATROPULOS, Demetrio A., *Estatuto del consumidor comentado*, 2ª edición aumentada, actualizada y reelaborada, Tomo I y II, Buenos Aires: La Ley, 2019.
- DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, Cristina, *Propuesta de modernización del Código Civil español en materia de obligaciones y contratos*, Revista Anales de Legislación Argentina, Año LXXV, N° 6, marzo de 2015, Buenos Aires: La Ley, 2015.
- DICCIONARIO DE LA RAE, 4º acepción, disponible en: <https://dle.rae.es>.
- DIEZ PICAZO, Luis, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, Volumen I, Sexta Edición, Navarra: Civitas, 2007.
- DÖNNEBRINK, Thomas, *Una economía para todos*, en: *La disrupción cooperativista. Reflexiones sobre cooperativismo en la era digital*, Katia A. MORALES GAITÁN, (Coordinadora), 1ra Edición. Año Dual Alemania-México 2016-2017 y OuiShare México, 2017.
- EBERS, Martin, *The notion of “consumer”*, en: *EC Consumer Law Compendium - Comparative Analysis*, Hans Schulte-Nölke, Christian Twigg-Flesner y Martin Ebers (Editores), Prepared for the European Commission, Universitat Bielefeld, 2008, disponible en: <http://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.183.3328&rep=rep1&type=pdf>, última visita el 18/7/2020.
- FARINA, Juan M., *Defensa del consumidor y del usuario*, 2º edición, Buenos Aires: Astrea, 2000.
- FARINA, Juan M., *Defensa del consumidor y del usuario. Comentario exegético de la ley 24.240*, 4º edición, Buenos Aires: Astrea, 2008.
- FELDSTEIN DE CÁRDENAS, Sara L. y Luciane KLEIN VIEIRA, *La noción de consumidor en el Mercosur*, Cuadernos de Derecho Transnacional, Vol. 3, N° 2, Buenos Aires: UBA, 71-84, disponible en: <http://www.derecho.uba.ar/investigacion/investigadores/publicaci>

ones/feldstein-de-cardenas-la-nocion-de-consumidor-en-el-mercosur.pdf. última consulta el 18/7/2020.

FELDSTEIN DE CARDENAS, Sara L., Flavia A. MEDINA, Mónica S. RODRIGUEZ y Luciana B. SCOTTI, *Contratación Electrónica Internacional. Una mirada desde el Derecho Internacional Privado*, AAVV, disponible en: <http://www.derecho.uba.ar/investigacion/investigadores/publicaciones/feldstein-de-cardenas-contratacion-electronica-internacional-una-mirada-desde-el-derecho-internacional-privado.pdf>, última visita el 18/7/2020.

FENOY PICÓN, Nieves, *La modernización del régimen del incumplimiento del contrato: Propuestas de la Comisión General de Codificación. Parte primera: Aspectos generales. El incumplimiento*, ADC, Tomo LXIII, 2010, fasc. I, disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3919594>, última consulta el 18/7/2020.

FERRANTE, Alfredo, *¿El contratante de tiempo compartido es consumidor? Avance crítico sobre la definición de consumidor chileno y el ámbito objetivo de aplicación de la ley*, Rev. Boliviana de Derecho N° 26, julio 2018, 448, disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6510525>, última consulta 6/2/2020.

FRUSTAGLI, Sandra A. y Carlos A., HERNÁNDEZ, *El concepto de consumidor. Proyecciones actuales en el Derecho argentino*, La Ley Online: 20/09/2011.

FRUSTRAGLI, Sandra A. y Carlos A. HERNÁNDEZ, *La protección al consumidor desde la perspectiva de los derechos humanos y de los derechos fundamentales*, La Ley Online: AR/DOC/3979/2017.

FRUSTRAGLI, Sandra A. y Carlos A., HERNÁNDEZ, *El concepto de consumidor, Proyecciones actuales en el Derecho argentino*, Revista DPyC, Santa fe: Rubinzal Culzoni 2009-1 y LA LEY, 2011-E.

FRUSTRAGLI, Sandra A., *La categoría de consumidor en el Anteproyecto de Ley de Defensa del Consumidor*, en: AAVV, *Comentarios al anteproyecto de Ley de Defensa del Consumidor: homenaje a Rubén S. Stiglitz*, compilado por Fulvio G. Santarelli.

FRUSTRAGLI, Sandra, *Subconsumidores o “consumidores especialmente vulnerables”:* hacia la acentuación del principio

protectorio, en: *Protección jurídica de los subconsumidores. Consumidores especialmente vulnerables*, María P. ARIAS y Liliana A.B URRUTIA (Coordinadoras), Rosario: Juris, 2017.

GÓMEZ LIGÜERRE, Carlos I., *Lliçó de graduació de la promoció 201*: “*Los retos jurídicos de la economía colaborativa*, Barcelona: Universidad Pompeu Fabra, 8 de julio del 2017, texto completo disponible en: https://www.upf.edu/documents/7944669/91520123/parlament+carlos+ignacio+gomez+2017.pdf/bd9fd304-e788-4b2c-36b7-12cafb343685?__cf_chl_captcha_tk__=cc2a549914064380f9dc996842a9eb9cf736ea46-1582547865-0-AbTIKfFScQgfp1z4czJvtfht1LpMAcPLHoo1DdBa5M9hdeAE4gkfdmVq1zEMS4J4kYng-xGWNQqnHVyoqvsERQQkW42124CBICv0uo2DO7GUwmZrp8HT7F8PRUSQQVonJsmGT_pDr3ljyi3ttguKaxKAN5yvwmZL9LSGvv5Vslo-oSIT2YJztNMQ9FqpDrs-QKewSy5geAR3qL3n0vIHnQyQOLJCj8PC-hJ0lQW2VuRpuQ48UusgoNvwz3u195ldteVLNmbAzGwD66MeYcbyJwA_fkIeaX5V3f3_4Rg5Y6NjBx7tzAGuQYz_lM1aqU8JsEfr2gvoUkap5gDNwpSk82h4ruj8MxJKY2-UuIxngGsAM_GVmjKPRhz5zpCULJSgXzWdKZL4j3lQKW0J_lcK0WNadX9ObH-GoyGKtdQG9queMcD5a5jsLvDIDYkPcozt1TmEw2WtwjUoaJ14nG_f-c, última consulta 24/2/2020.

GÓMEZ POMAR, Fernando, *Ámbito de protección de la responsabilidad civil del fabricante*, en: *Tratado de responsabilidad del fabricante*, Pablo S. CODERCH y Fernando GÓMEZ POMAR (Editores), Civitas: Thomson Reuters, 2008.

GONZÁLEZ CARRASCO, M. Carmen, *Incidencia en el Derecho Contractual de la Directiva 2011/83/UE sobre los derechos de los consumidores*, en: *Revista CESCO de Derecho de Consumo, Directiva 2011/83*, Número 1/2012, Centro de Estudios de Consumo de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2012.

GONZÁLEZ VAQUÉ, Luis, *La noción de consumidor medio según la jurisprudencia del tribunal de justicia de las comunidades europeas*, *Revista de Derecho Comunitario Europeo* Aflo 8., Núm. 17, Enero-Abril 2004.

HERNÁNDEZ, Carlos A., *Relación de consumo*, en: *Tratado de Derecho del Consumidor*, Gabriel A. Stiglitz; Carlos Hernández

(Directores), Buenos Aires: Thomson Reuters La Ley, Tomo I, 2015.

HUALDE MANSO, Teresa, *Del consumidor informado al consumidor real. El futuro del derecho de consumo europeo*, 2016, disponible en:

<https://2019.vlex.com/#search/jurisdiction:ES,EU/concepto+de+c onsumidor/p5/W W/vid/657819121>, consultado el 12/12/2018.

HUNTER Jr., Richard J., John H. SHANNON, Henry J. AMOROSO, *Compensation for Bystander Injuries in Strict Products Liability: Why It is Important to Afford Bystanders with More Protection than Consumers or Users of Products*, International Journal of Management Sciences Vol. 7, No. 6, 2016, disponible en: http://www.rassweb.org/rss_weblogin/pages/ResearchPapers/Paper%203_1497549217.pdf, última visita el 29/8/2019.

JARNE MUÑOZ, Pablo, *Economía colaborativa y plataformas digitales*, Madrid: Reus, 2019.

JARNE MUÑOZ, Pablo, *El consumo colaborativo en España: experiencias relevantes y retos de futuro*, Revista CESCO de Derecho de Consumo, N° 17/2016, disponible en: <http://www.revista.uclm.es/index.php/cesco>, última revisión el 24/2/2020.

JARNE MUÑOZ, Pablo, *El prosumidor como figura clave en el desarrollo del derecho del consumo derivado del mercado digital*, Revista CESCO de Derecho de Consumo N° 19/2016, disponible en: <http://www.revista.uclm.es/index.php/cesco>, última consulta el 24/2/2020.

JUNYENT BAS, Francisco A. y M. Constanza GARZINO, *El consumidor en el Código Civil y Comercial*, La Ley Online: AR/DOC/2288/2016.

JUNYENT BAS, Francisco A., M. Constanza GARZINO y Santiago RODRÍGUEZ JUNYENT, *Cuestiones claves de derecho del consumidor a la luz del Código Civil y Comercial*, Córdoba: Advocatus, 2017.

JUNYENT BAS, Francisco y M. Constanza GARZINO, *La categoría de “consumidor”, en especial con relación a las personas jurídicas*”, Revista de Derecho Comercial del Consumidor y de la Empresa, Buenos Aires: La Ley, Año II, N° 5, octubre 2011.

- JUNYENT BAS, Francisco, Carlos MOLINA SANDOVAL, M. Constanza GARZINO y Juan S. HEREDIA QUERRO, *Ley de defensa del consumidor. Comentada, anotada y concordada*, Buenos Aires: Errepar, 2013.
- JUNYENT BAS, Francisco, M. Constanza GARZINO, *El consumidor en el Código Civil y Comercial*, La Ley Online: AR/DOC/2288/2016.
- KLEIN VIEIRA, Luciane, *El consumidor “especialmente hipervulnerable” y el derecho internacional privado*, Intergovernmental Group of Experts on Consumer Law and Policy (IGE Consumer) 2nd SESSION, 3-4 July 2017 Room XVII, Palais des Nations, Geneva Monday, 3 July 2017, Afternoon Session Agenda Item 3 c. “The protection of vulnerable and disadvantaged consumers”, https://unctad.org/meetings/en/Contribution/cicplp2nd_c_brasilco_n_vul_esp.pdf, última consulta 7/10/2019.
- KOOLHOVEN, Rosalie, E. D. C. NEPPELENBROEK, O. E. SANTAMARIA, Th. P. L. VERDI, *Impulse paper on specific liability issues raised by the collaborative economy in the accommodation sector*, Paris, Working Group on the Collaborative Economy, University of Groningen, The Netherlands, March 2016, disponible en: <https://sharingcitiesalliance.knowledgeowl.com/help/impulse-paper-on-specific-liability-issues-raised-by-the-collaborative-economy-in-the-accommodation-sector>, última consulta el 22/2/2020.
- KRIEGER, Walter, *La responsabilidad derivada de las prácticas abusivas e ilícitas en el Anteproyecto de Ley de Defensa del Consumidor*, en: Suplemento Especial Comentarios al Anteproyecto de LDC, Buenos Aires: La Ley, 27/03/2019, cita online: AR/DOC/617/2019.
- LASARTE ALVAREZ, Carlos, *La protección del consumidor como principio general del derecho*, en: Estudios sobre consumo - Núm. 73, Abril 2005, 4, disponible en: <http://vlex.com/vid/proteccion-consumidor-principio-general-282825>, última visita el 2/7/2020.
- LASARTE ALVAREZ, Carlos y Gema BOTANA GARCÍA, *La noción de consumidor*, en: *Manual sobre protección de consumidores y usuarios*, Madrid: Dykinson, 2010.

- LIMA MARQUES, Claudia, *Campo do aplicação do CDC*, en: Antonio H. BENJAMIN, Claudia LIMA MÁRQUES, Leonardo ROSCOE BESSA, *Manual de direito do consumidor*, 3º edición, Sao Paulo: Editora Revista Dos Tribunais, 2010.
- LIMA MARQUES, Claudia, *Una breve introducción al proyecto de Convención*, texto disponible en: <https://www.oas.org/dil/esp/CIDIPintroduc-%20L2.pdf>, última consulta 15/4/2020.
- LÓPEZ MAZA, Sebastián y José R. GARCÍA VICENTE, en: BERCOVITZ RODRÍGUEZ- CANO, en: *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes Complementarias*, 2ª Edición, Pamplona: Thomson Reuters Aranzadi, 2015.
- LORENZETTI, Ricardo L., *Comercio Electrónico*, Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2001.
- LORENZETTI, Ricardo L., *Consumidores*, 2ª Edición, Santa Fe: Rubinzal Culzoni, 2009.
- LORENZETTI, Ricardo L., en: *Defensa del consumidor*, Ricardo L. Lorenzetti y Gustavo J. Schotz: Coordinadores, Buenos Aires: Abaco de Rodolfo Depalma, 2003.
- LORENZETTI, Ricardo L., *La relación de consumo. Ámbito de aplicación del estatuto del consumidor*, en: *Defensa del consumidor*, LORENZETTI, Ricardo L. y SCHOTZ, Gustavo J. (Coordinadores), Buenos Aires: Abaco de Rodolfo Depalma, 2003.
- LORENZETTI, Ricardo L., *Las normas fundamentales de derecho privado*, Rubinzal Culzoni: Santa Fe, 1995.
- MARÍN LÓPEZ Manuel J., *La Directiva 2011/83/UE: esquema general, ámbito de aplicación, nivel de armonización y papel de los Estados Miembros*, en: Revisa CESCO de Derecho de Consumo, *Directiva 2011/83*, Número 1/2012, Centro de Estudios de Consumo de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2012.
- MARÍN LÓPEZ, Manuel J., *El “nuevo” concepto de consumidor y empresario tras la Ley 3/2014, de reforma del TRLGDCU*, Revista CESCO de Derecho de Consumo N° 9/2014, disponible en: https://previa.uclm.es/profesorado/mjmarin/invest_art_66.pdf, última consulta: 20/1/2020.

- MARÍN LÓPEZ, Manuel J., *La Directiva 2011/83/UE: esquema general, ámbito de aplicación, nivel de armonización y papel de los Estados Miembros*, en: Revista CESCO de Derecho de Consumo, *Directiva 2011/83*, Número 1/2012, Centro de Estudios de Consumo de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2012.
- MARÍN LÓPEZ, Manuel Jesús, *El “nuevo” concepto de consumidor y empresario tras la Ley 3/2014, de reforma del TRLGDCU*, Revista CESCO de Derecho de Consumo, Nº 9, 2014, Centro de Estudios de Consumo, Universidad de Castilla-La Mancha, disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/ejemplar/363204>, última visita el 18/7/2020.
- MARTORELL ZULUETA, Purificación, *Concepto de consumidor y posición de la persona física fiadora de persona jurídica*, en: Revista Consumo y Empresa, Nº 4, Febrero 2017, disponible en: <https://app.vlex.com/#ES/search/jurisdiction:ES/ley+consumidores+y+usuarios+asturias/ES/vid/664220021>, última consulta 9/2/2020.
- MOISSET DE ESPANÉS, Luis y Guillermo P. TINTI, *El consumo, el derecho del consumidor y la regla “favor debitoris”* en: AAVV, *Defensa del consumidor*, Ricardo L. LORENZETTI, Gustavo J. SCHOTZ (Coordinadores), Buenos Aires: Abaco de Rodolfo Depalma, 2003.
- MORAIS CARVALHO, Jorge, *Manual de Direito do Consumo*, 4º edición, Coimbra: Almedina, 2017.
- MORALEJO IMBERNÓN, Nieves, *Comentario al artículo 3 del TSLGDCU*, en: *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes Complementarias*, 2ª Edición, Pamplona: Thomson Reuters Aranzadi, 2015.
- MOSSET ITURRASPE, Jorge y Javier WAJNTRAUB, *Ley de defensa del consumidor*, Santa Fe: Rubinzal Culzoni, Reimpresión, 2010.
- MOSSET ITURRASPE, Jorge y Javier WAJNTRAUB, *Ley de defensa del consumidor: Ley 24.240*, Santa Fe: Rubinzal Culzoni, 2008.
- PAOLANTONIO, Martín E., *¿El consumidor financiero es consumidor?*, La Ley Online: AR/DOC/1050/2010.
- PARELLADA, Ariel G. y Carlos A. PARELLADA, *Si todos somos consumidores, ¿Quién es el consumidor?*, en: Pascual E.

ALFERILLO y otros, *Tutela jurídica de los consumidores*, San Juan: Facultad de Derecho de Universidad Nacional de San Juan, 2010.

PARMIGIANI, María L., *Un debate sin consenso: la necesidad de trazar límites interpretativos en la calificación jurídica de consumidor. Análisis particular de la figura del empresario*, Revista de Derecho Comercial del Consumidor y de la Empresa, AÑO V, N° 2, Buenos Aires: La Ley, Abril 2014.

PARRA LUCÁN, María Ángeles, *Comentario al artículo 129 del TSLGDCU*, en: *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes Complementarias*, 2ª Edición, Pamplona: Thomson Reuters Aranzadi, 2015.

PARRA LUCÁN, María Ángeles, *La protección del consumidor frente a los daños, Responsabilidad civil del fabricante y del prestador de servicios*, Colección Derecho del Consumo, Madrid: Reus, 2011, 42; y en *Comentario al artículo 129 del TSLGDCU*, en: *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes Complementarias*, 2ª Edición, Pamplona: Thomson Reuters Aranzadi, 2015.

PAZOS CASTRO, Ricardo, *Las nociones de consumidor y de profesional en un contrato (no laboral) celebrado con un trabajador fuera del ámbito propio del empresario*, Diario La Ley Unión Europea, N° 71, 30 de Junio 2019, Wolters Kluwer.

PINOCHET OLAVE, Ruperto, *Contratos electrónicos y defensa del consumidor*, Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., 2001.

PIRIS, Cristian R., *Estado Actual de la Protección de los Derechos del Consumidor en el MERCOSUR*, <https://www.yumpu.com/es/document/read/14786344/estado-actual-de-la-proteccion-de-los-derechos-del-consumidor-en->, última consulta el 18/7/2020.

PIRIS, Cristian R., *Los conceptos fundamentales del derecho del consumidor en el Mercosur*, <http://www.acaderc.org.ar/doctrina>, última consulta el 18/7/2020.

- PIZARRO, Ramón C., *El fallo “Arregui”. Un retroceso en materia de responsabilidad civil*, Revista Jurídica La Ley, Año LXXXII N° 43, 5 de marzo 2018.
- QUAGLIA, Marcelo C., *La persona jurídica como consumidor. Una propuesta de criterios ante las soluciones que brinda la normativa vigente*, Diario Jurídico La Ley, 9 de octubre de 2019, Tomo La Ley 2019-E.
- QUAGLIA, Marcelo C., *La persona jurídica como consumidor. Una propuesta de criterios ante las soluciones que brinda la normativa vigente*, Diario Jurídico La Ley, 9 de octubre de 2019, Tomo La Ley 2019-E.
- RAMOS GONZÁLEZ, Sonia, *Accidente de trabajo causado por tráctel defectuoso*, Working Paper n°: 175 Barcelona, octubre de 2003, disponible en: http://www.indret.com/pdf/175_es.pdf, consultada el 31/8/2019.
- REYES LÓPEZ, María José, *La reforma introducida en el TRLGDCU por ley 3/2014 sobre el derecho de desistimiento e información*, Actualidad Jurídica Iberoamericana, Núm. 2, febrero 2015.
- REYES LOPEZ, María José, *Manual de Derecho Privado de Consumo*, Madrid: La Ley, 2009.
- ROJO, Martina, *Derechos humanos, consumidor y globalización*, La Ley Online: AR/DOC/818/2015.
- ROJO, Martina, *La defensa del consumidor en el MERCOSUR*, Aequitas, Vol. 6, Núm. 6, 2012, Buenos Aires: Universidad del Salvador, <https://p3.usal.edu.ar/index.php/aequitas/article/view/1685/2136>, última consulta el 18/7/2020.
- ROJO, Martina, *La defensa del consumidor en el MERCOSUR*, AEQUITAS, Vol 6, No 6 (2012), disponible en: <http://p3.usal.edu.ar/index.php/aequitas/article/view/1685/2136>, última visita el 16/4/2020.
- SAHIÁN, José H., *Dimensión constitucional de la tutela de los consumidores. Progresividad y control de regresividad de los derechos de los consumidores*, Tesis Doctoral, Universidad Complutense de Madrid, 2016, texto completo disponible en: <https://eprints.ucm.es/43562/1/T39003.pdf>, última visita el 18/7/2020.

- SAHIÁN, José H., *Dimensión constitucional de la tutela de los consumidores. Diálogo con los Derechos Humanos*, Buenos Aires: La Ley, 2017.
- SAHIÁN, José H., *El principio antidiscriminatorio en la relación de consumo*, La Ley Online: AR/DOC/2635/2019.
- SALIHU, Ramón, *The characteristics of the Average Consumer in Trade Mark Law*, disponible en: https://www.academia.edu/32796171/The_Characteristics_of_the_Average_Consumer_in_Trade_Mark_Law, consultado el 20/9/2019.
- SANTARELLI, Fulvio G., Comentarios al art. 1 y 2, en: *Ley de Defensa del consumidor comentada y anotada*, Tomo 1, Sebastián PICASSO y Roberto VÁZQUEZ FERREYRA (Directores), Buenos Aires: La Ley: 2009.
- SANTARELLI, Fulvio G., *Hacia el fin de un concepto único de consumidor*, La Ley Online: 07/09/2009.
- SOZZO, Gonzalo C., *Consumo digno y verde: humanización y ambientalización del derecho del consumidor (sobre los principios de dignidad del consumidor y de consumo sustentable)*, disponible en: <http://unl.academia.edu/cosimogonzalosozzo>, última consulta el 18/7/2020.
- SOZZO, Gonzalo, *La resistemización de la regulación del consumo en el Proyecto de Código Civil 2012*, disponible en: <http://www.pensamientocivil.com.ar/system/files/2015/01/Doctrina449.pdf>, visitado el 18/7/2018.
- SOZZO, Gonzalo C., *La nueva delimitación del ámbito de funcionamiento en la protección del consumidor*, en: *Personas Humanas*, Revista de Derecho Privado y Comunitario, 2015-3, Santa Fe: Rubinzal Culzoni.
- STIGLITZ, Gabriel; Carlos A. HERNÁNDEZ y Sergio S. BAROCELLI, *La protección del consumidor de servicios financieros y bursátiles*, La Ley Online: AR/DOC/2991/2015.
- STIGLITZ, Gabriel, *La constitucionalización del derecho del consumidor. La experiencia argentina*, en: AAVV, *Tratado de Derecho del Consumidor*, Gabriel A. Stiglitz y Carlos Hernández (Directores), Buenos Aires: Thomson Reuters La Ley, Tomo I, 2015.

- STIGLITZ, Gabriel, *Interpretación del contrato por adhesión entre empresas (El espíritu del derecho del consumidor está ligado a la defensa de las personas físicas)*, Buenos Aires: La Ley, Tomo 1995-C.
- STIGLITZ, Gabriel, *Los principios del derecho del consumidor y los derechos fundamentales*, en: *Tratado de Derecho del Consumidor*, Gabriel STIGLITZ y Carlos A. HERNÁNDEZ (Directores), Tomo I, Thomson Reuters, Buenos Aires: La Ley, 2015.
- STIGLITZ, Rubén S. y Ramón D. PIZARRO, *Reformas a la Ley de Defensa del Consumidor*, Diario La Ley, 16/3/2009;
- STIGLITZ, Rubén, *La teoría del contrato en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación*, Diario Jurídico, La Ley, 13/06/2012.
- TAMBUSSI, Carlos Eduardo, *Los derechos del consumidor como derechos humanos*, en: *Derechos humanos*, Agustín Alberto GORDILLO; Adelina LOIANNI y Gregorio FLAX, 6a ed., Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2007.
- TINTI Guillermo P., Maximiliano R. CALDERÓN, *Derecho del Consumidor: Ley 24.240*, 4ª Edición, Córdoba: Alveroni, 2017.
- TINTI, Guillermo P. y Maximiliano R. CALDERÓN, *Derecho del consumidor. Ley 24.240 de defensa del consumidor comentada*, 3ª edición, Córdoba: Alveroni, 2011.
- VAZQUEZ FERREYRA, Roberto y Marcos PEYRANO, *Análisis de la Ley 24.240 de Defensa del Consumidor*, en: *Código Civil*, Alberto BUERES (Director); Elena HIGHTON (Coordinadora), Tomo 3 B, Buenos Aires: Hammurabi, 2000.
- VICENTE, Almudena, María Concepción PARRA y María Pilar FLORES, *¿Es la Economía Colaborativa una versión 2.0 de la Economía Social?*, Sphera Publica, 1 (17), disponible en: <http://sphera.ucam.edu/index.php/sphera-01/article/view/294>, último acceso el 20/2/2020.
- WAJNTRAU, Javier H., *Análisis exegético de la ley*, en: Jorge MOSSET ITURRASPE y Javier H. WAJNTRAU, *Ley de Defensa del Consumidor. Ley 24.240*, Santa Fe: Rubinzal Culzoni, 2008.

WAJNTRAUB, Javier H., *Los consumidores con vulnerabilidad agravada en la reciente normativa*, en: Suplemento La Ley: *Consumidores hipervulnerables*, 16 de junio de 2020.

WEATHERILL, Stephen, *EU Consumer Law and Policy*, Second Edition, Great Britain: Edward Elgar, 2013.

ZUNZUNEGUI, Fernando, *Hacia un estatuto del inversor*, Revista de Derecho del Mercado Financiero, Working Paper 1/2006, Diciembre de 2006, disponible en: <http://www.rdmf.es/wp-content/uploads/2016/09/hacia-un-estatuto-del-inversor1.pdf>, última consulta 12/2/2020.

JURISPRUDENCIA CITADA

Por orden cronológico dentro de cada tribunal

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA

1991

- “Di Pinto”, EU:C:1991:118.

1993

- “Shearson Lehman Hutton Inc. y TVB Treuhandgesellschaft fuer Vermoegensverwaltung und Beteiligungen mbH, ECLI:EU:C:1993:15.

1997

- “Francesco Benincasa contra Dentalkit S.R.L.”, ECLI:EU:C:1997:78.

1998

- “Gut Springenheide y Tusky”, Asunto C-210/96, Sentencia de 16 de julio de 1998.

2001

- “Cape Snc y Idealservice SRL y Idealservice MN RE SAS y OMAI SRL”, EU:C:2001:625.

2005

- “Johann Gruber y Bay Wa AG”, ECLI:EU:C:2005:32.
- “Elisabeth Schulte, Wolfgang Schulte y Deutsche Bausparkasse Badenia AG”, ECLI:EU:C:2005:637.

2008

- “Annelore Hamilton contra Volksbank Filder Eg”, ECLI:EU:C:2008:215.

2009

- “E. Friz GmbH contra Carsten von der Heyden”, ECLI:EU:C:2009:522.

2010

- “VB Pénzügyi Lízing”, EU:C:2010:659.
- “MSD Sharp & Dohme GmbH contra Merckle GmbH, ECLI:EU:C:2010:712.

2012

- “Banco Español de Crédito”, ECLI:EU:C:2012:349.

2013

- “Banif Plus Bank”, EU:C:2013:88,
- “Mohamed Aziz y Caixa d’Estalvis de Catalunya, Tarragona i Manresa (Catalunyacaixa)”, C-415/11, ECLI:EU:C:2013:164.
- “Česká spořitelna”, ECLI:EU:C:2013:165.
- “Asbeek Brusse y de Man Garabito”. EU:C:2013:341.
- “Walter Vapenik y Josef Thurner, ECLI:EU:C:2013:790.

2014

- “Barclays Bank”, EU:C:2014:279.
- “Sánchez Morcillo y Abril García”, EU:C:2014: 2099.

2015

- “Birutė Šiba y Arūnas Devėnas”, ECLI:EU:C:2015:14.
- “Gruber”, ECLI:EU:C:2015:231.
- “Horațiu Ovidiu Costea contra SC Volksbank România SA”, ECLI:EU:C:2015:538.
- “Dumitru Tarcău, Ileana Tarcău y Banca Comercială Intesa Sanpaolo România SA y otros”, ECLI:EU:C:2015:772.

2016

- “Pavel Dumitraș y Mioara Dumitraș contra BRD Groupe Société Générale — Sucursala Județeană Satu Mare”, ECLI:EU:C:2016:700.
- “Wathelet y Garage Bietheres & Fils SPRL”, ECLI:EU:C:2016:840.

2017

- “Bachman”, ECLI:EU:C:2017:321.
- “Banco Santander”, EU:C:2017:945
- “Asociación Profesional Élite Taxi y Uber Systems Spain, S.L., ECLI:EU:C:2017:981.

2018

- “Maximilian Schrems y Facebook Ireland Limited”, Asunto C-498/16, ECLI:EU:C:2018:37.
- “Uber France SAS, con intervención de: Nabil Bensalem, ECLI:EU:C:2018:221.
- “Karel de Grote — Hogeschool Katholieke Hogeschool Antwerpen VZW y Susan Romy Jozef Kuijpers”, ECLI:EU:C:2018:320.
- “Komisia za zashtita na potrebitelite y Evelina Kamenova, con intervención de: Okrazhna prokuratura — Varna, ECLI:EU:C:2018:808.

2019

- “Anica Milivojević y Raiffeisenbank St. Stefan-Jagerberg-WolfsbergeGen”, ECLI:EU:C:2019:123.
- “Henri Pouvin, Marie Dijoux y Électricité de France (EDF)”, ECLI:EU:C:2019:232
- “X, con intervención de YA, Airbnb Ireland UC, Hôtelière Turenne SAS, Association pour un hébergement et un tourisme professionnels (AHTOP), Valhotel, ECLI:EU:C:2019:1112.

2020

- “Condominio di Milano, via Meda y Eurothermo SpA”, ECLI:EU:C:2020:263.

TRIBUNAL SUPREMO DE ESPAÑA

AUTOS

2018

- ATS 6083/2018 - ECLI: ES:TS:2018:6083A
- ATS 6083/2018 - ECLI: ES:TS:2018:6083A.
- ATS 7962/2018 - ECLI: ES:TS:2018:7962A.
- ATS 8390/2018 - ECLI: ES:TS:2018:8390A
- ATS 9709/2018 - ECLI: ES:TS:2018:9709A.
- ATS 10109/2018 - ECLI: ES:TS:2018:10109A.
- ATS 10449/2018, ECLI: ES:TS:2018:10449A.
- ATS 11022/2018 - ECLI: ES:TS:2018:11022A.
- ATS 11025/2018 - ECLI: ES:TS:2018:11025A.

2019

- ATS 8715/2019 - ECLI: ES:TS:2019:8715A.
- ATS 12805/2019, ECLI: ES:TS:2019:12805A.

SENTENCIAS

2017

- STS 169/2017 (20/01/2017).
- STS 1385/2017 - ECLI: ES:TS:2017:1385.
- STS 3956/2017 - ECLI: ES:TS:2017:3956
- STS 4116/2017 - ECLI: ES:TS:2017:4116;

2018

- STS 8/2018 - ECLI: ES:TS:2018:8.
- STS 2093/2018 - ECLI: ES:TS:2018:2093;
- STS 2192/2018, ECLI: ES:TS:2018:2192.
- STS 2193/2018 - ECLI: ES:TS:2018:2193.
- STS 2566/2018 - ECLI: ES:TS:2018:2566
- STS 2687/2018 - ECLI: ES:TS:2018:2687
- STS 3145/2018 - ECLI:ES:TS:2018:3145.
- STS 3338/2018 - ECLI: ES:TS:2018:3338.
- STS 4144/2018 - ECLI: ES:TS:2018:4144;
- STS 4161/2018 - ECLI: ES:TS:2018:4161
- STS 4358/2018 - ECLI: ES:TS:2018:4358;

2019

- STS 101/2019 - ECLI: ES:TS:2019:101.
- STS 773/2019 - ECLI: ES:TS:2019:773.
- STS 1724/2019 - ECLI: ES:TS:2019:1724.
- STS 2464/2019 - ECLI: ES:TS:2019:2464.

2020

- STS 26/2020, 20/1/2020.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA

2016

- STC N° 97, de 22 de abril de 2016, BOE-A-2016-3915.

2018

- STC N° 151, de 22 de junio de 2018, ECLI:ES:TC:2018:54,
2019
- STC N° 99, de 25 de abril de 2019, ECLI:ES:TC:2019:37.

OTROS ESPAÑA:

- SAP IB 2316/2006, ECLI: ES:APIB:2006:2316.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN ARGENTINA

- “E.R.E. c. Omint S.A. de Servicios”, 3/1/2001.
- “Flores Automotores S.A. s/ recurso ley 2268/98. 11/12/2001.
- “Ferreyra, Víctor Daniel y Ferreyra, Ramón c/ V.I.C.O.V. S.A. s/ daños y perjuicios”, 21/3/2006.
- "Mosca, Hugo Arnaldo c/ Buenos Aires, Provincia de (Policía Bonaerense) y otros s/ daños y perjuicios", 5/4/2007.
- “C.P. de N., C.M.A. y otros c. Centro de Educación Médica e Investigaciones Médicas”, 28/8/2007.
- “Escobar, Aldo Alberto y otros c. Inversores S.A. de Ahorro para Fines Determinados”, 07/04/2008.
- “Buffoni, Osvaldo Ornar el Castro, Ramiro Martin s/ daños y perjuicios”, 8/4/2014.
- “Rodríguez, María Belén c. Google Inc. si daños y perjuicios”, 28/10/2014.
- “Asociación Protección Consumidores del Mercado Común del Sur c. Loma Negra Cía. Industrial Argentina S.A. y otros”, 10/02/2015.
- “Arregui, Diego Maximiliano c/ Estado Nacional - PFA - y otros s/ -daños y perjuicios. Recurso de hecho”, 16/12/2017.

TRIBUNALES SUPERIORES PROVINCIALES ARGENTINA

- SCJ Mendoza, “Bloise de Tucci, Cristina c. Supermercado Makro S.A.”, 2/7/2002.
- SCJ de Mendoza, “Sellanes, Elian c/ Frávega .S.A.C.I. E I. p/ ord. s/ inc. cas.”, 12/10/06.
- SCJBA, "G., A. C. contra ‘Pasema S.A.’ y otros. Daños y perjuicios", 1/5/2015.
- SCBA, “Machinandiarena Hernández, Nicolás c. Telefónica de Argentina SA s/ reclamo de actos de particulares”, 06/11/2012.
- TSJ de Córdoba, “Mercado Libre S.R.L c/ Dirección de Defensa del Consumidor y Lealtad Comercial – recurso apelación c/ decisiones de persona jur. pub. no estatal – recurso directo –”, de fecha 19/5/2020.

OTROS TRIBUNALES ARGENTINA

2000

- CNFedCC., Sala I, “Conagra International Inc. c. La Delicia Felipe Fort S.A.”, 17/08/2000.
- CNCom., Sala A, "Artemis Construcciones S.A. c. Diyon S.A. y otro", 21/11/2000.

2003

- CNCiv. Sala F, “Torres, Erica Fabiana c/ COTO C.I.C.S.A. y otro s/daños y perjuicios – sumario”, 17/09/2003.

2004

- CNCom., Sala B, “Cocaba SRL c. Aserradero Comar SCA”, 2004.

2005

- CNCom., Sala B, “Rosalino Cándido Medina González c. Peugeot Citroën Argentina S.A. y otro”, 29/12/2005.

2006

- CCC de Concepción, “Demos SRL c/ Hyun-day Motor Argentina”, 10/6/2003.
- CNCom., sala D, “De Pascale, I. c. Lardo, D. R. y otros”, 22/06/2006.

2007

- CNCom., Sala B, “Goyeneche, Omar A. v. Loma Negra Compañía S.A. y otros”, 13/4/2007.
- CNCiv., Sala L, “O. M. B. c/ Alto Palermo S.A. s/ daños y perjuicios”, 13/6/2007.

2008

- CCC de San Isidro, Sala 1, “Sociedad Escolar Alemana de Villa Ballester c. Ditada, Nicolás M. y otro”, 23/10/2008;
- CNCiv. Sala D, “Pin, Silvana Carina c. Ferrant S.R.L”, 11/12/2008.

2009

- CNCom., Sala C, “Tacco Calpini SA c. Renault Argentina SA y otro”, 06/03/2009.
- CCC 8° de Córdoba, “Hernández Andrés Roberto c/ Hipermercados Libertad S.A., 28/5/2009.

2010

- CCC 6° de Córdoba, “Llufriu, Cesar Osvaldo c/ Ibáñez, Edvino Arcángel - ordinario - daños y perj. - accidentes de tránsito - recurso de apelación”, 10/2/2010.
- CNCiv., Sala L, “M., J. J. c/ Catedral Alta Patagonia S.A s/ daños y perjuicios”, 20/04/2010.

- CNCiv., Sala C, “F., H. S. c/ Carrefour s.a. y otro s/ daños y perjuicios”, 25/08/2010.

2011

- CNCiv. Sala C, “Pasarelli, Marisa Paula c. Disco S.A.”, 24/2/2011.
- CNCom., Sala F, “Banco de Servicios y Transacciones SA v. Botta, Gerardo A.”, 26/5/2011.
- CNCom., sala F, “Fideicomiso de Recuperación Crediticia Ley 12.726 c. Rodi Jorge y otro, s/ejecución prendaria”, 07/06/2011.
- CNCom., Sala D, “Perón, Roberto v. Renault Argentina SA y otro”, 6/10/2011.
- CNCiv., Sala H, “Sánchez, Jesús Abel c/ Los Constituyentes S.A. de Transportes y otros s/ daños y perjuicios”, 30/11/2011.
- CCC. de San Isidro, Sala II, “Bellagamba, Mariano Sergio c. Volkswagen Argentina S.A. y otro”, 2011.

2012

- CCC de Junín, “Montiel, Gabriela Alejandra c. Día Argentina S.A.”, 24/05/2012.
- CNCom., Sala F, “Copan Coop. De Seguros Ltda. c. Ford Argentina S.A. y otros s/ordinario”, 31/7/2012.

2013

- CNCom., Sala A, “Altieri, Osvaldo Antonio c. Juntas Ciccarelli Srl s/ ordinario”, 07/10/2013

2014

- CCiv. y Com. de Azul (Buenos Aires) – Sala 1, “Romero, Carlos Alfredo c/ Fiat Auto argentina S.A. y Otro s/ incumplimiento de contrato-daños y perjuicios”, 04/09/2014;
- CCC 3° de Córdoba, “Gómez María Esther c. Jockey Club”, Ordinario. Daños y perjuicios. Otras formas de responsabilidad extracontractual. Recurso de apelación”, 6/11/2014.

2015

- CNCiv., Sala E, “M.N.S. c/ Alto Palermo S.A. y otro s/daños y perjuicios”, 07/04/2015.
- CCC 5° de Córdoba, “Di Pasquale David Alfio contra Empresa Provincial de Energía de Córdoba (EPEC) – ordinario – recurso de apelación exped. interior (civil)”, 19/5/15.
- CFed. de Córdoba, Sala A, “Aguirre, Daniela del Valle c. Banco Cetelem Argentina S.A.” s/ Ley de defensa del Consumidor, 23/06/2015.
- CCC de San Martín (Buenos Aires), “Compañía de Maxikioscos S.R.L. c/ Forcam S.A. Y Otros S/Daños y Perj. Incump. Contractual (Exc. Estado), 14/07/2015;
- CCC de San Martín, Sala I, “Samojluk, Alejandro Miguel c. COTO CICSA s/ daños y perjuicios”, 16/07/2015.

2016

- CNCom., Sala C, “Luzuriaga, Julián Enrique c. COTO C.I.C.S.A. s/ ordinario”, 18/3/2016.
- CNFedCAadm. Sala II, “Volkswagen Argentina S.A. c. D.N.C.I. s/ recurso directo de organismo externo”, 15/12/2016.

2017

- CNCom., Sala D, “Cooperativa de Vivienda Crédito y Consumo Credikot Ltda. c. AMX Argentina S.A. s/ ordinario”, 5/9/17.

2018

- CNCom., Sala D, “Kosten, Esteban c. Mercado Libre SRL s/ ordinario”, 22/03/2018.
- CNCom., Sala F, “Cortinas Argentinas S.A. c/ Provincia Seguros S.A. s/ ordinario”, 10/04/18.
- CNCom., Sala A, “Pereira, Jorge Alberto c. Bapro Mandatos y Negocios SA s/ organismos externos”, 17/05/2018,

2019

- CCC de Salta, Sala III, “Acosta, Martín Enrique c. Horacio Pussetto SA; Volkswagen SA de ahorro para fines determinados s/ acciones Ley de Defensa del Consumidor”, 11/04/2019.

- CCC 5° de Córdoba, “Comercial Salsipuedes S.A. c/ Casanova, Miriam Nelly -Presentación múltiple. Ejecutivos particulares.- Expte. N° 6533143”, 9/5/2019.
- CNCom, Sala C, “Fello, Elena Yolanda c/ Banco Piano S.A. s/ Sumarísimo”, 27/5/2019.
- CNCom., Sala D, “Hojobar S.A. c. Volkswagen Argentina S.A. s/ ordinario”, 09/05/2019.
- CCC 4° de Córdoba, “Martínez, Fernando Julio c/ EPEC - Abreviado - Recurso de Apelación” (EXPTE. N° 6116207), 13/8/2019.
- CCC de Mar del Plata, Sala III, “N. M. J. c/ Hewlett Packard Argentina S.R.L. s/ daños y perjuicios”, 15/08/19.
- CNCiv., Sala C, “Q., M. A. c. Nobleza Piccardo S.A. y otros s/ Daños y perjuicios”, 09/09/2019.
- CNCom., Sala B, “C. M. M. c/ Telefónica Móviles Argentina S.A. s/ ordinario”, 13/09/19.