

EL PROBLEMA DEL EMPRESARIO-CONSUMIDOR. LAS RELACIONES CONTRACTUALES ASIMÉTRICAS ENTRE EMPRESARIOS

Por EZEQUIEL VALICENTI

I. EL PROBLEMA: LAS RELACIONES CONTRACTUALES ASIMÉTRICAS ENTRE EMPRESARIOS

Desde hace ya varios años la ciencia jurídica ha descubierto que, así como existen relaciones asimétricas entre proveedores y consumidores, también en las hay entre proveedores. Se trata de relaciones entre empresarios en las cuales uno de ellos ostenta un poder jurídico y económico superior al del otro. Es decir, se trata de proteger a ciertos sujetos que, en la estructura de producción-distribución-consumo no se encuentran normalmente en el último eslabón (el de consumidor) sino que operan en otra parte de la cadena, bien en la distribución/comercialización, bien en la producción/prestación de servicios.

Dentro del grupo de sujetos que presentan algún grado de vulnerabilidad podemos encontrar:

a) *pequeñas y medianas empresas*: empresas dedicadas a la producción o al ensamble de un producto específico; empresas que forman parte de cadenas de distribución (franquicias, agencias); empresas agropecuarias de tamaño reducido; etc.¹;

b) *profesionales independientes*: profesionales que prestan servicios personalmente, de manera individual, incluyendo los denominados “profesionales liberales” (abogados, médicos, arquitectos, contadores, etc.) y los “profesionales matriculados” (gasistas, plomeros, electricistas, etc.);

c) *pequeños comerciantes*: personas físicas que desarrollan actividades de comercialización, generalmente la venta directa al público de productos, con una mínima organización empresarial.

Según lo reconocen la mayoría de los autores, estos sujetos se encuentran en una situación material y jurídica que es muy similar a la del consumidor: celebran contratos por adhesión a cláusulas predispuestas; carecen del mismo nivel de información que el proveedor cocontratante; y generalmente son los acreedores de la prestación principal del contrato.

Es decir, más allá de que sean considerados profesionales en un determinado segmento del mercado (art. 2º, Ley de Defensa del Consumidor; art. 1093, Código Civil y Comercial), cuándo actúan en otro nicho ajeno al que se desenvuelven comúnmente, presentan la misma hiposuficiencia económica, jurídica, técnica o informativa que un consumidor-persona humana. Por otra parte, un extenso grupo de vínculos asimétricos entre se presentan en lo que se denominan “redes contractuales jerárquicas” en las cuales una parte ostenta un poder comercial y contractual ma-

¹ En el derecho argentino la definición legislativa carece de precisión (ver leyes 24.467 y 25.300). La determinación de la categoría se encuentra generalmente sometida a criterios cuantitativos (número de empleados, volumen de facturación, valor de activos) y cualitativos (vínculo o control por parte de empresas o grupos económicos nacionales o extranjeros). En la Unión Europea es de importancia la Recomendación de la Comisión sobre la Definición de Microempresas, Pequeñas y Medianas Empresas, del 6/5/2003 (ver <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=URISERV%3An26026>, visitado el 4/7/2016).

yor al de las otras. En este sentido se ha dicho que contratos como el de franquicia o el de distribución son *necesariamente asimétricos*, en el cuál los franquiciados y los distribuidores son las partes débiles de la operación².

Adicionalmente, la asimetría entre las partes se manifiesta en otro elemento: el dominio de la prestación característica del contrato. Se sostiene que, generalmente, la parte débil de un contrato es la que requiere y paga la prestación principal del contrato, cuya ejecución asume la parte fuerte. La parte débil es, en términos generales, el *cliente*. El proveedor es el *insider*, quien controla los aspectos técnicos, organizativos y de información relativos al servicio que provee; el cliente es el *outsider*, el ajeno a dichos aspectos³. En consecuencia, el fundamento de la protección derivaría menos de la calidad de pequeña o mediana empresa, que del hecho de ser el acreedor (cliente) de la prestación característica del contrato. Si bien este es un criterio diferente al que utilizado para determinar la aplicación del microsistema del consumidor, se trata de un parámetro que, en los hechos, contribuye a identificar al empresario vulnerable.

Frente a la consensuada necesidad de proteger a estos sujetos, la solución tradicional en el derecho argentino ha sido incluir los casos bajo el microsistema de defensa del consumidor, para lo cual la "llave de acceso" se ha establecido en el concepto de consumidor. Las soluciones al interrogante acerca de si, en un caso concreto, el pequeño empresario, comerciante o profesional independiente pueden o no ser considerados consumidores, han sido, como veremos, difusas. Ello ha contribuido además a que, habiendo transcurrido más de 20 años de vigencia del microsistema normativo, la noción central de consumidor aún permanezca en el terreno de las incógnitas.

II. LA EVOLUCIÓN NORMATIVA

El proyecto que dio origen a la que luego sería la Ley de Defensa del Consumidor (LDC) no contemplaba a la persona jurídica en la definición normativa de consumidor⁴. Aquel proyecto seguía el criterio adoptado mayoritariamente en los países europeos –criterio que aún hoy sigue vigente– de acuerdo al cual se limita la calidad de consumidor únicamente a las personas humanas (o físicas). Sin embargo, la ley finalmente sancionada (ley 24.240) incluyó la posibilidad de que las personas jurídicas sean consumidoras, con lo cual se optó por seguir la tradición latinoamericana en la materia (art. 2º, Código de Consumo de Brasil).

La noción de consumidor del art. 1º era complementada por una *pauta de exclusión* contenida en el segundo párrafo del art. 2º El mentado segundo párrafo indicaba:

"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".

Además, el decreto reglamentario (decreto 1798/1994), en su art. 2º establece:

"Se entiende que los bienes o servicios son integrados en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros cuando se relacionen con dichos procesos, sea de manera genérica o específica".

² El Código Civil y Comercial, al regular expresamente los denominados "contratos de distribución" incluye una serie de normas destinadas a prevenir y corregir ciertos comportamientos del principal lesivos del sujeto más débil (el agente, el concesionario, el franquiciado). Conf., por ej., arts. 1492, 1493, 1497 y 1499 para el contrato de agencia; arts. 1506 y 1058 para el contrato de concesión; arts. 1514, inc. a), 1516, 1519 y 1522, inc. d), para el contrato de franquicia; entre otros.

³ Roppo, Vincenzo, "Del contrato con el consumidor a los contratos asimétricos", en Revista de Derecho Privado, nro. 20, Universidad Externado de Colombia, enero-junio 2011, ps. 188 y 208.

⁴ Alterini, Atilio A., López Cabana, Roberto M. y Stiglitz, Gabriel A., "La protección del consumidor en el marco de un proyecto de ley", en LL 1989-B-1002.

La exclusión o limitación resultante de ambas normas impactaba directamente en la discusión que aquí repasamos. Constituía un “dique de contención” de la noción de consumidor. A partir de ello se concluyó que la regla general era que las empresas estaban excluidas de la categoría jurídica de consumidor⁵. Sin embargo la limitación no impidió que, con el tiempo, la jurisprudencia comenzara a aplicar el régimen de consumidor a ciertas relaciones entre empresas. El *leading case* en la materia es “Artemis Construcciones S.A. v. Diyón S.A. y otro”⁶.

Con posterioridad, en el año 2008, la ley 26.361 modificó integralmente el texto de la ley 24.240 y, en lo que aquí nos interesa, suprimió aquel segundo párrafo del art. 2º. Con ello, algunos autores han visto una expansión de la noción de consumidor⁷. También lo han destacados algunos precedentes jurisprudenciales⁸. Otros en cambio, han sostenido que la eliminación de aquel texto legislativo no representa un verdadero cambio en la materia, pues sólo se habría suprimido una norma que explicaba el criterio medular de “destino final” del art. 1º⁹.

En apoyo a esta última tesis, se añade que el art. 2º del decreto reglamentario continúa vigente y que por lo tanto su pauta de “integración genérica o específica” sigue aún operando¹⁰. Para otros autores en cambio, la reforma al art. 2º de la ley 24.240 le ha quitado virtualidad a la norma reglamentaria mencionada¹¹.

Según lo reseñan varios autores, el proyecto de ley que sirvió de base para la ley 26.361 incluía un apartado en el que se equiparaba a las pequeñas y medianas empresas con el consumidor, incorporación que finalmente no prosperó¹².

En el último capítulo de este breve repaso histórico encontramos el reciente Código Civil y Comercial. El nuevo cuerpo normativo incluye la noción de relación de consumo y trata al contrato de consumo como una fragmentación del tipo general contractual, a la manera en que se modificó en el año 2002 el BGB alemán.

Inicialmente la Comisión de Reformas designada por el decreto 9/2011 habría proyectado en el art. 1092 una definición de consumidor en los siguientes términos¹³:

“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 fa-

⁵ Lorenzetti, Ricardo L., *Consumidores*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2003, p. 90; Stiglitz, Gabriel, “Interpretación del contrato por adhesión entre empresas (El espíritu del derecho del consumidor está ligado a la defensa de las personas físicas)”, en LL 1995-C-18.

⁶ C. Nac. Com., sala A, “Artemis Construcciones S.A. v. Diyón S.A. y otro”, del 21/11/2001, en LL 2001-B-838. En similar sentido: C. Civ. y Com. Mar del Plata, sala 2ª, “T. y C. S.R.L. v. Fiat Auto Argentina S.A.”, del 8/7/2003, en JA 2004-I-3337; C. Nac. Com., sala A, “Avan S.A. v. Banco Tornquist S.A.”, del 17/2/2004, en LL 2004-D-948; entre otros.

⁷ Álvarez Larrondo, Federico N., “El empresario consumidor”, en LL del 21/8/2014, p. 7; Rusconi, Dante D., “Concepto de ‘empresario consumidor’”, en LL 2014-B-338.

⁸ C. Nac. Com., sala F, “Agropecuaria Litoral S.R.L. v. R., A. M.”, del 29/5/2014, en La Ley Online, cita: AR/JUR/27255/2014; C. Nac. Com., sala C, “Levene, Julio v. Rainly S.R.L.”, del 13/12/2012 (voto de los Dres. Villanuevay Garibotto), en Microjuris Argentina, cita: MJ-JU-M-77856-AR | MJJ77856.

⁹ Arias, María Paula, “Las fronteras de la noción de consumidor a propósito del fallo ‘Ocampo’ y a la luz del derecho proyectado”, en DCCyE, agosto de 2012, p. 159.

¹⁰ Sozzo, Gonzalo, “La nueva delimitación del ámbito de funcionamiento en la protección del consumidor”, en Revista de Derecho Privado y Comunitario, 2015-3, p. 474.

¹¹ Zenter, Diego H., *Contrato de consumo*, La Ley, Buenos Aires, 2010, p. 77; Rusconi, Dante, “Influencia del Proyecto de Código Civil y Comercial Unificado en el Estatuto del Consumidor”, en JA 2012-IV-1449 (nota al pie nro. 6).

¹² Ver, Ghersi, Carlos A. y Weingarten, Celia, “Proyecto de reforma a la ley del consumidor”, en LL 2006-E-1144.

¹³ Según lo relatado por Álvarez Larrondo, Federico M., “La relación, el contrato de consumo y el concepto de consumidor a partir del Código Civil y Comercial”, en RDCO, cita online: AP/DOC/748/2015.

miliar o social, *siempre que no tenga vínculo con su actividad comercial, industrial, artesanal o profesional*".

La frase finalmente fue suprimida del texto definitivo del Anteproyecto que aquella Comisión de Reformas remitió al Poder Ejecutivo, y así fue elevado para su tratamiento en el Congreso. De haberse incorporado, la norma habría implicado la definitiva recepción del criterio de la "no profesionalidad", lo que finalmente no ha ocurrido¹⁴.

En definitiva, los textos del hoy vigente art. 1092 del CCiv.yCom. y del art. 1° de la LDC reformado, son similares e indican que

"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".

Además, el art. 2° de la LDC ha sufrido cambios y por lo tanto se mantiene vigente según la redacción de la ley 26.361 (pese a que el art. 1093 del CCiv.yCom. contiene la noción de proveedor con alguna diferencia de redacción).

En este panorama normativo observamos que la discusión acerca de si el empresario puede o no ser consumidor debe darse hoy sin un parámetro claro. O, lo que es lo mismo, las respuestas al interrogante deben extraerse de la noción general de "consumidor" –caracterizada por la existencia de un uso específico, el "destino final" y una finalidad específica, el "beneficio propio, familiar o social"–. El mayor problema es que no existe un único criterio de distinción, sino que todas las pautas delimitadoras construidas por la doctrina y la jurisprudencia son igualmente válidas y pueden *adscribirse* al enunciado normativo dispuesto en la ley (art. 1092, CCiv.yCom., y art. 1°, LDC).

Repasaremos a continuación los criterios utilizados por los autores y por la jurisprudencia.

III. LAS SOLUCIONES: EL EMPRESARIO CONSUMIDOR EN EL MICROSISTEMA DEL CONSUMIDOR

1. ¿Puede un empresario ser consumidor?

La respuesta a la pregunta ¿puede un empresario ser consumidor? requiere de una pauta delimitadora, un *criterio de distinción* con el cual efectuar una "interpretación" de los casos y determinar si se encuentran fuera o dentro de la solución (del microsistema de consumo). En gran medida las discusiones se explican por el hecho de que los operadores utilicen diferentes pautas y, en el caso particular del microsistema argentino, todos adscriban esas pautas a los enunciados legislativos vigentes. Veamos cuáles son los *criterios de distinción* que pueden utilizarse.

a) *El uso material del bien o del servicio (la integración del bien)*

Un primer criterio desarrollado por los autores –y comúnmente utilizado en la jurisprudencia– es el que hace hincapié en la utilización material del bien objeto del contrato. Es decir, resuelve el caso a partir del concepto de "destino final" (antes denominado por la ley como "consumo final"). Se analiza el modo en que el empresario utiliza el bien, valorando especialmente la supresión del segundo párrafo del art. 2° de la LDC efectuada por la ley 26.361.

¹⁴ Hernández, Carlos A. y Frustagli, Sandra A., "Aspectos relevantes de la relación de consumo en el Proyecto de Código Civil y Comercial de 2012. Proyecciones del sistema sobre el régimen estatutario de reparación de daños al consumidor", en JA del 31/10/2012, p. 18. En los Fundamentos del Anteproyecto elaborados por la Comisión Redactora se aclara que "en la definición [de la relación de consumo] se utiliza como elemento de calificación al consumo final" (en Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, Infojus, Buenos Aires, 2012, p. 637).

Para la aplicación de este criterio se distingue entre¹⁵:

i) *integración inmediata, específica o directa*: el bien o el servicio se integra totalmente a un proceso de producción de bienes o servicios con la finalidad de ofrecerlos a terceros (por ejemplo, un panadero compra harina para la fabricación de panificados);

ii) *integración mediata o genérica*: el bien o servicio recibe una utilización final, pero la *utilidad* que genera el bien o el servicio se integra en el proceso de producción (ej. el panadero adquiere un software para gestionar el stock y reparto de sus productos);

iii) *integración remota*: el bien o servicio produce una utilidad que no se integra al proceso, pero sí al contexto en el cuál se desarrollan las actividades (ej. se adquiere una maquina de café para el personal que trabaja en la producción);

iv) *no integración*: el bien o servicio es utilizado y aprovechado por una persona sin impactar, ni siquiera remotamente, en el proceso de productivo.

Partiendo de esta conceptualización –que es en cierto modo pre-jurídica–, y en función de la supresión operada por la ley 26.361, un grupo de autores considera que el empresario es un sujeto que queda amparado por el régimen microsistémico, siempre que el bien adquirido no se inserte de manera *directa o inmediata* como insumo en la cadena de producción¹⁶.

Es decir, cuando el producto es adquirido como insumo para ser insertado directamente en un proceso de producción, o cuando el empresario adquirente realiza actos de reventa de los bienes adquiridos, se trata de contratos que quedan excluidos del microsistema. En cambio, si la integración es *mediata*, pues lo que se introduce en la cadena es la *utilidad* producida por la utilización final del bien, entonces el empresario será un consumidor. También lo será en aquellos casos en que no exista una integración o ella sea remota, pues se aplica a actividades que no están vinculadas a procesos de producción.

Veamos la aplicación que del criterio han efectuado nuestros tribunales. La integración directa de bienes que constituyen materias primas o insumos para un proceso productivo, no parece haber generado mayores dificultades en los pronunciamientos. Así, se descartó la aplicación de la LDC a la adquisición de piso parquet que realizó una empresa constructora¹⁷.

Más problemática ha sido la definición de los casos en los cuales el empresario adquiere un bien (generalmente un automotor, una maquinaria u otro bien de capital similar) que, de acuerdo a la clasificación que vimos, no es integrado *directamente* en el proceso productivo, pero si ocurre una integración mediata, pues lo que de algún modo se incorpora al proceso productivo es la utilidad (el beneficio) generado por el consumo final de aquel bien. Frente a estos casos, la jurisprudencia se ha mostrado vacilante.

En el recordado caso “Artemis v. Diyón S.A.” se trataba de una empresa constructora que había adquirido un vehículo utilitario para el traslado de su representante legal y del cuerpo de profesionales durante la supervisión de las obras. El tribunal concluyó que se estaba en presencia de un consumidor final pues la empresa había adquirido el bien para utilizarlo en su propio beneficio, para satisfacer necesidades empresariales y no para proceder a su comercialización (en el estado que lo obtuvo o transformado)¹⁸.

Un lugar usual del debate es la adquisición de maquinaria agropecuaria o de vehículos automotores (generalmente camionetas) destinadas a la explotación –y a veces, de modo compartido, al uso personal–. Los casos que se han resuelto con este criterio han considerado excluida de

¹⁵ Seguimos en líneas generales las clasificaciones efectuadas por Lorenzetti, Ricardo L., Consumidores, 2ª ed. act., Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2009, ps. 103 y ss.; Zenter, Diego H., Contrato de consumo, cit., p. 75.

¹⁶ Álvarez Larrondo, Federico N., “El empresario consumidor”, cit., p. 8; Zenter, Diego H., Contrato de consumo, p. 77.

¹⁷ C. Nac. Com., sala B, “Cocaba S.R.L. v. Aserradero Comar S.C.A.”, del 3/12/2003, en Rubinzal Online, cita: RC J 2951/04.

¹⁸ C. Nac. Com., sala A, “Artemis Construcciones S.A. v. Diyón S.A. y otro”, del 21/11/2001, en LL 2001-B-838.

la aplicación de la LDC la adquisición de un tractor por parte de una empresa agropecuaria pues su uso estaba destinado a la actividad productiva¹⁹, así como también la compra de un equipo de riego para el establecimiento productivo²⁰.

Otro importante debate se ha dado en torno a la adquisición de automotores que resultan afectados al servicio de taxi o *remise*. En un caso se dijo que el rodado continuaba su vida económica en un proceso productivo –el servicio de transporte– por lo tanto el adquirente no resulta consumidor²¹. El mismo criterio continuó aplicándose varios años después²². Lo contrario, en cambio, concluyó un tribunal al analizar la adquisición, mediante un plan de ahorro previo, de un automóvil que era utilizado como taxi. En el fallo se sostuvo que el adquirente constituía un consumidor²³.

Utilizando el criterio que venimos analizando, no se ha considerado consumidor a quien adquiere una fotocopiadora con el propósito de integrarla a la producción y comercialización de fotocopias²⁴. Similar razonamiento se siguió en un caso en el cual una asociación civil sin fines de lucro que había adquirido un sistema de software destinado a realizar operaciones vinculadas al servicio educativo que prestaba. En el caso se sostuvo que la adquisición estaba directamente relacionada con los servicios que prestaba, mediante el cual se buscaba mejorar la prestación de tales servicios²⁵. En la clasificación que seguimos, se trataría de una integración mediata que no incorpora el bien directamente sino la utilidad producida.

Este criterio parte de un concepto *objetivo* de consumidor²⁶. Se trata de un criterio que mira el proceso de producción, la materialidad del consumo, y no tanto la calidad personal del sujeto. La conclusión depende en gran medida de la valoración que se haga en cada caso concreto del desarrollo del proceso productivo en cuestión. Como vimos en el breve repaso, los fallos suelen ser contradictorios respecto a similares antecedentes fácticos: lo que para algunos constituye una integración a un proceso productivo, para otros no lo es tal.

b) *El acto profesional*

Según creemos entrever del estudio de las opiniones doctrinarias, existe un criterio algo diferente al anterior. Se trata de un razonamiento que pone el acento en la otra pauta calificadora de la relación de consumo: el *beneficio* propio, familiar o social (art. 1º, LDC; art. 1092, CCiv.yCom.). De esta manera, para que la empresa realice un consumo final que la habilite a ingresar al micro-sistema protectorio, debe tratarse de un acto que ocurre fuera del ámbito de la actividad profesio-

¹⁹ C. Civ. y Com. Azul, sala 1ª, “Ocampo, Martín M. v. Agco Argentina S.A.”, del 26/6/2012, en DCCyE, agosto de 2012, p. 156; Juzg. Civ. y Com. San Nicolás, nro. 5, “Las Diagonales S.R.L. v. Patricio Palmero S.A.I.C.yA.”, del 16/2/2012, en LL del 1/6/2012, p. 6.

²⁰ C. Nac. Com., sala C, “Levene, Julio v. Rainly S.R.L.”, del 13/12/2012 (con disidencia de la Dra. Villanueva), en Microjuris Argentina, cita: MJ-JU-M-77856-AR | MJJ77856.

²¹ C. Nac. Com., sala A, “Aman, Juan C. v. Príncipe Automotores y otro”, del 3/7/2003, en LL 2003-F-1048.

²² C. Nac. Com., sala D, “Perón, Roberto v. Renault Argentina S.A. y otro”, del 6/10/2011, en JA 2012-I-77.

²³ C. 1ª Civ. y Com. La Plata, sala 3ª, “Hernández, Daniel v. Ancona S.A. y otros”, del 23/3/2007, en JA del 29/8/2007.

²⁴ C. Civ. y Com. Corrientes, sala 2ª, “Milano, Ricardo M. v. Xerox Argentina I.C.S.A.”, del 17/10/2012, en Rubinzal Online, cita: RC J 16670/13. Igualmente: C. Nac. Com., sala D, “De Pascale, Inés v. Lardo, Daniel”, del 22/5/2006, en Lexis nro. 11/41084.

²⁵ C. Civ. y Com. San Isidro, sala 1ª, “Sociedad escolar Alemana de Villa Ballester v. Ditada, Nicolás M. y otro”, del 23/10/2008.

²⁶ Álvarez Larrondo, Federico N., “El empresario consumidor”, cit., p. 8.

nal específica del empresario, profesional o comerciante²⁷. Para determinar si el acto se encuentra o no fuera de la actividad profesional, es decir si constituye o no un *acto profesional*, habrá que analizar las circunstancias del caso, gravitando especialmente el objeto de la actividad económica, el grado de vulnerabilidad, o la situación monopólica del proveedor²⁸.

Es decir aquí lo se toma en cuenta es si la contratación se produce o no dentro del ámbito profesional del empresario. Ello no significa que en el derecho argentino se encuentre vigente el criterio de la “profesionalidad” o “no profesionalidad” en abstracto, que prescinde de la noción de consumo final –de manera que quién es un profesional queda *ab initio* excluido de la posibilidad de ser consumidor–. En rigor, se debe analizar, en el caso concreto y en el acto de consumo en particular, si se trata o no de un acto realizado en el ámbito en que normalmente se desempeña el empresario o el profesional. Es decir, si pese a tratarse de bienes o servicios adquiridos en el desarrollo de la actividad empresarial, aquellos bienes o servicios no se relacionan ni directa ni indirectamente con el objeto propio de la empresa²⁹.

De algún modo este criterio tiene en cuenta que el empresario actúa como proveedor-profesional en un segmento o nicho de mercado determinado, resultándole completamente ajeno otros sectores en los que no se desempeña. En este espacio extraño, podría ser un consumidor.

Este criterio se encuentra próximo al comúnmente utilizado en el derecho europeo para calificar la noción de consumidor. Por ejemplo, el Código de Consumo de Italia califica al consumidor como “*la persona física que adquiere para fines extraños a la actividad empresarial o profesional eventualmente desarrollada*” (art. 3.1°). También España, en su Ley general para la defensa de consumidores y usuarios (ley 3/2014) considera que son consumidores “*las personas físicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión*” (art. 3°). Y en Alemania, el BGB establece en su § 13 que es consumidor “*toda persona natural que celebra un negocio jurídico con una finalidad que no guarda relación con su actividad profesional empresarial o autónomo*”.

En este contexto normativo, la doctrina europea ha debido desarrollar el concepto de “ajenidad” al ámbito profesional, distinguiendo: a) actos propios de la profesionalidad; b) actos relativos a la profesionalidad; c) actos meramente ocasionales. La tutela por vía del derecho del consumidor sólo procedería en este último grupo de casos³⁰. En nuestro medio se ha dicho que cabe distinguir entre actos relativos a la profesionalidad y actos propios de la especialidad de la empresa³¹.

Vale hacer notar que este mismo criterio era receptado con fuerza en aquella primera versión trabajada por los redactores del Anteproyecto del Código Civil y Comercial, el que incorporaba la exclusión de los casos que tuvieran vínculo con la actividad comercial, industrial, artesanal o profesional.

En la jurisprudencia algunos tribunales han valorado primordialmente la ajenidad a ámbito profesional del empresario para decidir los casos. Así por ejemplo, en el caso de una empresa dedicada a la provisión de servicios informáticos que había adquirido un automotor se concluyó que tal adquisición no se relacionaba de manera directa o indirecta con el objeto propio de la empre-

²⁷ Hernández, Carlos A., “Relación de consumo”, en Hernández, Carlos A. y Stiglitz, Gabriel, Tratado de Defensa del Consumidor, t. I, La Ley, Buenos Aires, 2016, p. 419; Hernández, Carlos A. y Frustagli, Sandra A., “Aspectos relevantes de la relación de consumo...”, cit., p. 18; Arias, María Paula, “Las fronteras de la noción de consumidor...”, cit., p. 166; Kemelmajer de Carlucci en su voto en Sup. Corte Just. Mendoza, “Sellanes, Elian v. Fravega S.A.I.C.E.I.”, del 12/10/2006, en RCyS 2007-386.

²⁸ Hernández, Carlos A. y Frustagli, Sandra A., “Aspectos relevantes de la relación de consumo...”, cit., p. 18.

²⁹ Chamatropulos, Demetrio A. y Nager, María Agustina, “La empresa como consumidora”, en DC-CyE, abril de 2012, p. 117.

³⁰ Hernández, Carlos A., “Relación de consumo”, cit., p. 407.

³¹ Santarelli, Fulvio G., “Hacia el fin de un concepto único de consumidor”, en LL 2009-E-1055.

sa, y por lo tanto se la tuvo como consumidora³². Hacemos notar que en el caso se prescindió del análisis de la finalidad concreta para la que había sido utilizado el vehículo, sólo bastó que la adquisición en sí misma fuera ajena a los actos profesionales de la empresa.

Al mismo criterio se recurrió para desestimar la acción intentada por un mecánico respecto a la adquisición de un repuesto, pues se consideró que estaba destinado al área de profesionalidad que le era propia³³.

c) *La subordinación relacional*

Este criterio constituye, de algún modo, una confluencia de los dos desarrollados previamente. Según Rusconi, el parámetro para determinar la calidad de consumidor del empresario debe buscarse en la existencia de una “subordinación relacional”. Se parte del concepto de “destino final” y se lo vincula con la concreta existencia de una situación de vulnerabilidad. Por ello, en el caso en concreto deberán concurrir elementos subjetivos y objetivos, es decir: a) el acto de consumo debe realizarse fuera del ámbito de la actividad habitual; b) el bien adquirido no debe incorporarse de manera directa en una actividad productiva o comercial (aunque es posible que se incorpore tangencialmente)³⁴. Es decir, el destino o utilización final y la actuación fuera del ámbito de la actividad profesional es lo que genera la situación de vulnerabilidad que habilita la entrada en vigencia del sistema protectorio³⁵.

En la lectura de algunos precedentes se puede observar que los tribunales, a fin de dotar de mayor fuerza de convicción a sus sentencias, suelen recurrir al doble análisis de la integración del bien y de la actuación fuera del ámbito profesional propio de la empresa³⁶.

d) *La naturaleza del bien o servicio (bien de capital o insumo)*

Un criterio diferente los aquí desarrollados es el construido por autores como Sozzo. Según este autor, dado que los textos legislativos requieren un criterio adicional debe recurrirse a la distinción entre *insumo* y *bien de capital*. Es decir, si el bien o servicio contratado por el empresario constituye un *bien de capital*, que por su propia naturaleza no se “integra” a un proceso productivo, los problemas de adquisición deben ser resueltos por la aplicación de la LDC. En cambio si se trata de bienes o servicios que constituyen *insumos*, pues se produce la reinsertión de ellos en un proceso productivo, la empresa no estará actuando como consumidor³⁷.

Especificando estas ideas, se indica que los “insumos” pueden incorporarse: a) directamente, bajo la misma forma en que son adquiridos (ej. la etiqueta del producto); b) indirectamente, es decir se *reinsertan* bajo una forma diferente, se la reelabora en el marco de un proceso de producción de un nuevo bien³⁸.

³² C. Nac. Com., sala C, “Tacco Calpini S.A. v. Renault Argentina S.A.”, del 6/3/2009, en JA 2009-III-190.

³³ C. Nac. Com., sala A, “Altieri, Osvaldo A. v. Juntas Ciccarelli S.R.L.”, del 7/10/2013, en RDCO, nro. 268, p. 401.

³⁴ Rusconi, Dante D., “Concepto de ‘empresario consumidor’”, cit.

³⁵ Rusconi, Dante, “Influencia del Proyecto de Código Civil y Comercial Unificado en el Estatuto del Consumidor”, cit., p. 1453.

³⁶ Conf. C. Civ. y Com. San Isidro, sala 1ª, “Sociedad escolar Alemana de Villa Ballester v. Ditada, Nicolás M. y otro”, cit.

³⁷ Sozzo, Gonzalo, “La nueva delimitación del ámbito de funcionamiento en la protección del consumidor”, cit., p. 472.

³⁸ Sozzo, Gonzalo, “La nueva delimitación del ámbito de funcionamiento en la protección del consumidor”, cit., p. 475.

En virtud de esta distinción sería correcto considerar que no es consumidora la empresa respecto a los problemas generados por la provisión de energía eléctrica³⁹. De igual manera, y bajo este mismo criterio, sería correcta la resolución del fallo que consideró consumidora a la persona que adquirió un camión para destinarlo al transporte de mercaderías⁴⁰. Se trataba de un bien de capital y los problemas relativos a su adquisición quedarían incorporados al régimen del consumidor. Como se ve, las soluciones son diferentes a las que se obtiene por aplicación de los otros criterios analizados *ut supra*.

e) *El ánimo de lucro*

Otros autores han opinado que la inclusión de las personas jurídicas en el art. 1° de la LDC debe interpretarse restrictivamente, entendiéndola referida únicamente a personas jurídicas que no tengan finalidad de lucro (asociaciones civiles, fundaciones). En consecuencia, se excluirían aquellas personas jurídicas que desarrollan un objeto comercial⁴¹. Recordemos que a poco de ser sancionada la LDC Stiglitz remarcaba que el espíritu del derecho del consumidor estaba ligado a la protección de las personas físicas⁴².

No obstante, la limitación no parece haber encontrado eco en la jurisprudencia. En este sentido se ha dicho que la circunstancia de que la persona se encuentre comprendida en el ordenamiento mercantil no es razón suficiente para excluirla de la posible aplicación del microsistema de consumidor⁴³. Más aún, tengamos en cuenta que el pequeño comerciante, el profesional independiente o la pequeña empresa no necesariamente estarán organizadas bajo una persona jurídica, y por lo tanto podrán intervenir como proveedores-personas físicas (o humanas).

f) *La dimensión de la empresa*

Varios autores han expresado que, aún cuando concurren los requisitos establecidos por la normativa, la calidad de consumidor debe vincularse necesariamente con la *vulnerabilidad concreta* de la empresa⁴⁴. Con ello se quiere evitar desbordes de la figura.

En esta línea de pensamiento, se ha propuesto que la calidad de empresario-consumidor quede determinada por la convergencia de ciertas pautas objetivas, entre las cuales se encuentran: a) la debilidad estructural en términos de profesionalidad; b) la adquisición o utilización del bien o servicio de modo tal que no se incorpore directamente a la cadena de producción; y c) la *relación de dimensiónamiento empresario* entre proveedor y adquirente o usuario⁴⁵. La introducción de este último criterio exige valorar en cada caso concreto la posición que cada empresa posee en el mercado y su experticia técnica e informativa a fin de determinar si verdaderamente se trataba de un sujeto en inferioridad de condiciones frente a su cocontratante. En este sentido, se ha

³⁹ C. Civ. y Com. Jujuy, sala 2ª, "Conmisa S.R.L. v. Ejesa, Perico", del 23/9/2015, en LL Online, cita: AR/JUR/36293/2015.

⁴⁰ C. 1ª Civ. y Com. San Isidro, sala 1ª, "Tartaglino, María J. v. Andecam S.A. y otro", del 1/12/2011, en RCyS 2012-IX-184.

⁴¹ Arias Cáu, Esteban J., "El Código unificado: una propuesta sobre el ámbito subjetivo de consumidor", en DCCyE, octubre de 2011, p. 109, con cita a Farina, Juan M., Defensa del Consumidor y del Usuario, 4ª ed., Astrea, Buenos Aires, 2008, p. 56.

⁴² Stiglitz, Gabriel, "Interpretación del contrato por adhesión entre empresas...", cit.

⁴³ C. Civ. y Com. San Isidro, sala 1ª, "Sociedad escolar Alemana de Villa Ballester v. Ditada, Nicolás M. y otro", cit.

⁴⁴ Rusconi, Dante D., "Concepto de 'empresario consumidor'", cit.; Arias, María Paula, "Las fronteras de la noción de consumidor...", cit., p. 163.

⁴⁵ Junyent Bas, Francisco y Garzino, María C., "La categoría jurídica de 'consumidor', en especial con relación a las personas jurídicas", en DCCyE, octubre 2011, p. 82.

señalado que una pauta adicional se encuentra en la prestación de servicios monopólicos, situaciones en las cuales resulta necesario tutelar al usuario en razón de la posición de cautividad en que se encuentra, más allá de su naturaleza jurídica⁴⁶.

2. El problema del consumo mixto (o integración parcial)

Un problema adicional a la multiplicidad de criterios ha sido la dificultad para determinar los límites en los llamados “consumos mixtos”, aquellos en los que ocurre una “integración parcial” del bien al proceso productivo. Se trata de bienes o servicios cuyas utilidades tienen un destino personal, familiar o social, pero además se integran a la cadena de producción. En estos casos se ha postulado recurrir al “uso principal”. Esta es una pauta vinculada principalmente al criterio del uso material, que mira la integración del bien.

En cambio, desde el criterio de la no profesionalidad del acto, parece más adecuado distinguir *ex ante* si la adquisición se ha llevado a cabo principalmente en el marco de una actividad profesional o no. Es decir, si se trata o no de un acto que regularmente forma parte de las actividades profesionales realizadas por el empresario⁴⁷.

En este sentido, se ha rechazado la aplicación de la LDC a la adquisición de una camioneta todo terreno realizada por una empresa agropecuaria, sosteniendo el tribunal que “si bien se trata de un modelo de uso privado, no puede descartarse que su uso esté vinculado con algunas de las actividades habituales de la firma y que hacen a su objeto social”⁴⁸. En cambio, se resolvió aplicar el régimen microsistémico a la adquisición de un camión por parte de un socio gerente de una empresa de transporte (a título personal) con la finalidad de integrarlo parcialmente al proceso productivo de la empresa, pues también se utilizó para satisfacer necesidades de tipo familiar y personal de aquel socio⁴⁹. El mismo criterio se aplicó para entender que era de consumo la adquisición de un automotor que era utilizado por un agente inmobiliario para trasladarse a su trabajo y para realizar las “visitas” propias de su labor, y además para uso personal⁵⁰.

Señalamos, adicionalmente, que en la dilucidación de los casos dudosos podrá tener injerencia la regla general del microsistema que manda a interpretar el contrato *in dubio pro consumidor* (art. 3º, LDC; art. 1095, CCiv.yCom.).

3. La carga de argumentación y la adscripción de los criterios a los enunciados normativos

Luego del panorama de criterios que hemos presentado, retomamos la hipótesis que postulábamos en el inicio: la falta de una pauta de exclusión expresa en los textos vigentes, permite concluir que todos los criterios repasados sean igualmente válidos. Es decir, cualquiera de ellos puede *adscribirse* a los enunciados normativos vigentes. Las pautas calificadoras que vimos (integración o no integración; profesionalidad o no profesionalidad; ánimo de lucro o su inexistencia; bien de capital o insumo; dimensión de la empresa) son igualmente válidas para abastecer la *carga de argumentación* en el caso concreto.

⁴⁶ Lowenrosen, Flavio, Derecho del consumidor, t. II, Ediciones Jurídicas, Buenos Aires, 2008, p. 139.

⁴⁷ Conf. Lorenzetti, Ricardo L., Consumidores, 2ª ed. act., cit., p. 105.

⁴⁸ C. Civ. y Com. Río Cuarto, “La Pampa Gringa S.A. y otro v. Centro Automotores S.A.”, del 21/12/11, en LL Córdoba 2012, p. 450.

⁴⁹ C. 1ª Civ. y Com. San Isidro, sala 1ª, “Tartaglini, María J. v. Andecam S.A. y otro”, del 1/12/2011, en RCyS 2012-IX-184. En similar sentido: C. Civ. y Com. Minas Paz y Trib. Mendoza, “Vizzari, Omar A. v. Mediterráneo Capillitas S.A. y otros”, del 17/9/2013, en LL Gran Cuyo 2014, p. 173.

⁵⁰ C. Civ. y Com. San Isidro, sala 2ª, “Bellagamba, Mariano S. v. Volskwagen Argentina S.A. y otro”, del 17/8/2010, en La Ley Online, cita: AR/JUR/59620/2010.

Es decir, si la calidad de persona humana permite fácilmente advertir la calidad de consumidor –el ser humano se encuentra en un estado estructural y permanente de vulnerabilidad–, la presencia de un empresario, comerciante o profesional lleva a sostener *prima facie* la exclusión de la categoría. En otras palabras, cuando se trata de empresarios la regla sigue siendo la exclusión de la noción de consumidor⁵¹. Por ello cuando un empresario invoque, en un caso concreto, su cualidad de consumidor deberá cumplir con una específica carga de argumentación. Y allí es cuando decimos que, dada la orfandad de pautas de exclusión incorporadas en el art. 1º de la LDC y en el art. 1092 del CCiv.yCom., *todos* los criterios vistos podrán ser incorporados como razones, desde que todos pueden adscribirse a la noción de “destino final” que es la pauta (positiva) calificadora de la noción de consumidor.

IV. CIERRE. ACERCA DE LA PROTECCIÓN DEL EMPRESARIO VULNERABLE FRENTE A LA RE-SISTEMATIZACIÓN DEL DERECHO PRIVADO

Sobre el final, parece posible tomar cierta distancia del problema y sus soluciones y preguntarse si continúa siendo adecuado proteger al empresario vulnerable (pequeñas empresas, pequeños comerciante, profesionales independientes) mediante la aplicación del estatuto del consumidor.

Para responder el interrogante partimos de algunas observaciones que creemos se corroboran en el desarrollo que en los últimos años se ha efectuado en la doctrina y la jurisprudencia:

a) es opinión ampliamente mayoritaria y consolidada la necesidad de proteger a empresas, comerciantes y profesionales independientes que, aún cuando actúan en las etapas de producción o de distribución de bienes y servicios, se encuentran en situación de vulnerabilidad frente a empresas de mayor tamaño con las que se vinculan;

b) esa protección ha sido canalizada principalmente mediante la aplicación del microsistema del derecho de consumidor: la evolución de los últimos años muestra *expansión* de la noción de consumidor, lo que incluso parece haber sido promocionado por las reformas legislativas, principalmente la ley 26.361;

c) la mayor parte de los precedentes jurisprudenciales están vinculados exclusivamente a la “garantía de buen funcionamiento” de los bienes que son adquiridos por los empresarios: en general, los empresarios invocan la aplicación del régimen de consumidor con la finalidad de lograr que el caso se juzgue bajo el régimen especial de garantías que provee el microsistema protectorio del consumidor. Para la posición del adquirente, están reglas son holgadamente más beneficiosas que las que resultarían de aplicar el régimen general de vicios redhibitorios y de incumplimiento contractual.

Ahora bien, este “estado de la cuestión” debe ser contrastado con las novedades producidas por la sanción de un nuevo Código Civil y Comercial. Su entrada en vigencia supuso una *re-sistematización* de todo el derecho privado argentino y también de los microsistemas, inclusive los que no recibieron modificación de los textos legislativos. El cambio en las reglas generales del sistema impacta necesariamente en los microsistemas que permanecen vigentes, pues ha cambiado el *contexto sistémico* general en el cual se insertan. En el caso del microsistema del derecho de consumidor la *re-sistematización* ha sido más pronunciada aún, no sólo por la modificación de su principal fuente normativa (la ley 24.240), sino también por la decisión metodológica de incluir el *contrato de consumo* como una fragmentación del tipo general contractual.

Según nos parece, las novedades operadas por el nuevo cuerpo legal impactan directamente en la discusión respecto a cómo proteger a los empresarios vulnerables. En nuestra opinión las

⁵¹ Lorenzetti, Ricardo L., *Consumidores*, 2ª ed. act., cit., p. 101; Kemelmajer de Carlucci, en su voto en “Sellanes, Elian v. Fravega S.A.I.C.E.I.”, del 12/10/2006, cit. Fundamentos del Anteproyecto del Código Civil y Comercial de la Nación elaborados por la Comisión Redactora, en Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, cit., ps. 622 y 626.

soluciones tutelares ya no deben buscarse única y preponderantemente en el microsistema del consumidor –en el cual, como vimos, la protección del empresario es, cuanto menos, una anomalía–, sino que es posible encontrar soluciones generales y específicas en varios tramos del ordenamiento jurídico. Estas soluciones, permiten un mejor funcionamiento del microsistema del consumidor, al evitar “forzar” su estructura con la incorporación de casos que son extraños, tal como ocurre con las situaciones del empresario consumidor.

Después de todo, las reglas del derecho del consumidor resultan en gran medida ociosas para la protección del empresario vulnerable. Es que, como anticipábamos, la necesidad de protección se concentra fundamentalmente en la limitación de las cláusulas abusivas⁵² y en las garantías vinculadas a la adquisición de bienes y servicios⁵³. Pero fuera de estos casos, las pequeñas empresas y los profesionales independientes son ajenas a otros institutos incorporados en el microsistema que tienen como fin proteger al consumidor como persona humana (las reglas de asegurar el trato digno, equitativo y no discriminatorio, las vinculadas al deber de seguridad, etc.).

La protección del empresario vulnerable puede construirse sin recurrir necesariamente al derecho del consumidor. En primer lugar, uno de los principios que irradian fuertemente sobre las relaciones contractuales *asimétricas* entre empresarios es el que veda el *abuso de posición dominante*, especialmente incluido entre los principios generales de todo el derecho privado (art. 11, CCiv.yCom.). A esto se suma la vigencia de otro principio cardinal, cuál es el principio de buena fe, principio general del derecho (art. 9º, CCiv.yCom.) y particularmente del derecho contractual (art. 961, CCiv.yCom.).

La mayoría de los contratos que celebra el empresario vulnerable con otro consumidor son contratos de adhesión a cláusulas generales predispuestas. Por ello tiene revolucionaria importancia para la tutela contractual de estos sujetos no-consumidores la incorporación de reglas específicas que controlan la inclusión (art. 985, CCiv.yCom.) y el contenido del contrato así celebrado (art. 988, CCiv.yCom.), así como las reglas específicas para la interpretación y la determinación del contenido del contrato (arts. 986 y 987, CCiv.yCom.). Como consecuencia del nuevo régimen “general” de cláusulas abusivas –construido, recordemos, sobre la base del antecedente micro-sistémico de la LDC– el derecho supletorio va mutando su fuerza “débil” –en el sentido de que puede ser libremente dejado de lado por las partes– y se constituye como un *modelo de razonabilidad* del que el predisponente no puede apartarse sin fundamento⁵⁴.

Además, las reglas sobre la conexidad permiten vincular contratos conectados por una causa común, en particular, el contrato de adquisición (del bien o servicio) y el de financiamiento (arts. 1074 y 1075, CCiv.yCom.).

Esto da una base de generosa protección para el empresario vulnerable al celebrar contratos con otros empresarios, sin que importe distinguir ya la compleja cuestión del destino que se le da al bien o servicio adquirido. De esta manera, el microsistema de consumidor conserva su lógica interna, sin incorporar elementos extraños, lo que además redundaría en la previsibilidad de las normas para los operadores jurídicos.

También en la regulación de los contratos bancarios, se incluyen un capítulo exorbitante de la protección del consumidor destinado a la transparencia de las condiciones contractuales (arts. 1378 a 1383, CCiv.yCom.) en el cual se protege la posición del *cliente bancario*.

Más allá de la protección en el marco de contratos celebrados por adhesión, merece también desatacarse que el Código incorpora un sistema de formación del contrato fuertemente protec-

⁵² Ver, por ejemplo, los casos: C. Nac. Com., sala A, “Avan S.A. v. Banco Tornquist S.A.”, del 17/2/2004, en JA 2004-IV-336; C. Nac. Civ., sala C, “Rivas, Rosa v. Grimoldi S.A.”, del 10/10/2003, en RCyS 2004-674; C. Nac. Com., “San Pedro Resort S.A. v. Boston Compañía Argentina de seguros S.A.”, del 18/9/2012, en elDial.com, cita: AA7BC8.

⁵³ Prueba de ello constituyen los precedentes repasados en el punto III de este trabajo.

⁵⁴ Remitimos a nuestro trabajo “Cláusulas abusivas y desnaturalización de las obligaciones”, en RCyS 2016-V-49.

torio de la *confianza* –lo que es igualmente cardinal en el derecho del consumidor (arts. 7º y 8º, LDC; art. 1103, CCiv.yCom.)–. La confianza se protege, en el precontrato al tutelar el apartamiento intempestivo de las negociaciones (art. 991, CCiv.yCom.). Luego, al consagrar la fuerza obligatoria de la oferta (art. 974, CCiv.yCom.), al reglar la formación del contrato entre ausentes (art. 980, CCiv.yCom.) y al incorporar la regulación de los *acuerdos parciales* (art. 982, CCiv.yCom.). Y principalmente mediante la determinación del *contenido del contrato* no sólo por lo expresado por las partes, sino también por lo que *razonablemente* se habría obligado un contratante de buena fe (art. 961, CCiv.yCom.). Esto produce una *heterointegración* del contrato con fundamento en la buena fe.

En definitiva, lo que tratamos de decir es que el debate en torno a la protección del pequeño empresario mediante reglas del derecho del consumidor puede ser en alguna medida superado frente a la nueva arquitectura del sistema de derecho privado. Ello no significa que se solucionen *todas* las situaciones de vulnerabilidad del empresario, pero sí la mayoría. Solo en última instancia, debería recurrirse a las reglas del microsistema de protección del consumidor.