



Via Inveniendi Et Iudicandi
E-ISSN: 1909-0528
revistaviei@usantotomas.edu.co
Universidad Santo Tomás
Colombia

Barocelli, Sergio Sebastián
El estado y las relaciones de consumo
Via Inveniendi Et Iudicandi, vol. 8, núm. 1, enero-junio, 2013, pp. 1-19
Universidad Santo Tomás
Bogotá, Colombia

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=560258673008>

- ▶ Cómo citar el artículo
- ▶ Número completo
- ▶ Más información del artículo
- ▶ Página de la revista en redalyc.org

EL ESTADO Y LAS RELACIONES DE CONSUMO.

Por Sergio Sebastián Barocelli*

Artículo: Recibido el 4 de abril de 2013

Artículo: Revisado el 4 de mayo de 2013

Artículo: Aprobado el 4 de mayo de 2013

Resumen

El presente artículo pretende analizar las relaciones del consumo en relación con los aspectos de regulación del estado en el campo contractual, de los servicios públicos, así como de instituciones tradicionales que tanto en el derecho privado como en las relaciones con el campo público deben ser revisadas a la luz de una serie de obligaciones que se plantean desde este nuevo enfoque del derecho.

Palabras clave: Derecho del Consumidor, Necesidades humanas, mercado y Estado, relaciones de consumo, bienes, servicios.

CONSUMER RELATIONS AND STATE

Abstract.

This article aims to analyze the relations of consumption in relation to aspects of state regulation in contract, public services, as well as traditional institutions in both private law and in relations with the public realm should be reviewed in the light of a series of obligations that arise from this new approach to law.

* Abogado (UBA) Profesor en Ciencias Jurídicas (UBA) Posgrado de Actualización en Derecho de los Contratos (UBA) y en Derecho del Consumidor Profundizado (UBA). Posgraduado en Derecho de Autor (Universidad Complutense de Madrid). Doctorando en Derecho (UBA). Profesor Adjunto regular por concurso de la materia Contratos Civiles y Comerciales (Facultad de Derecho - Universidad de Buenos Aires). Docente Investigador Categoría IV, (Ministerio de Educación de la Nación). Miembro de Equipo UBACyT. Miembro del Seminario permanente de investigación sobre La Problemática de los Daños en la Sociedad Actual (Instituto Ambrosio L. Gioja, Facultad de Derecho, UBA). Correo electrónico: sbarocelli@derecho.uba.ar.*

Keywords: Consumer Law, Human needs, market and state, consumer relations, goods, services

ESTADO E AS RELAÇÕES DE CONSUMO.

Resumo

Este artigo tem como objetivo analisar as relações de consumo em relação aos aspectos da regulação estatal no contrato, serviços públicos, assim como as instituições tradicionais, tanto de direito privado e nas relações com a esfera pública deve ser revisto à luz de uma série de obrigações que surgem a partir dessa nova abordagem com a lei.

Palavras-chave: Direito do Consumidor, as necessidades humanas, mercado e Estado, relações de consumo, bens, serviços.

EL ESTADO Y LAS RELACIONES DE CONSUMO.

Por Sergio Sebastián Barocelli

Introducción.

El advenimiento y consolidación del Derecho del Consumidor en los diferentes países ha puesto en crisis numerosos paradigmas tradicionales: en la teoría general del contrato, en el derecho de daños, en el derecho procesal, en el derecho de los servicios públicos, en el derecho público, entre otros. Por tal razón, muchas de las instituciones clásicas en la materia han sido y deben ser repensadas a la luz de las transformaciones operadas tanto en el plano normativo como en el plano sociológico y axiológico.

Como bien ilustra el jurista brasileño Benjamín¹, siguiendo a Baudillard, el Derecho del Consumidor es “*la disciplina jurídica de la vida cotidiana del*

*habitante de la sociedad de consumo*². Dicha sociedad de consumo, en la que estamos inmersos, se caracteriza, entre otros aspectos, por una creciente, estandarizada y masificada producción de bienes y servicios dirigida a los consumidores, contextualizada por abundantes y agresivas campañas publicitarias, prácticas comerciales y estrategias de financiación. En ese contexto, los consumidores se encuentran en una marcada situación de debilidad y vulnerabilidad estructural frente a los proveedores de dichos bienes y servicios. Por consiguiente, dicha asimetría en el plano sociológico y bajo el imperio axiológico de la justicia, la equidad y la buena fe, justifica que emerja este nuevo campo del conocimiento jurídico con finalidad esencialmente protectoria de la parte más débil de la relación de consumo: los consumidores.

En este marco se inscribe los derechos de los consumidores como una especie del género “derechos humanos de tercera generación”, un microsistema para algunos o nuevo campo de la disciplina jurídica, con principios propios, inclusive derogatorios del derecho privado tradicional, con carácter de orden público y de interés social.

En este punto, entendemos que las normas del Derecho del Consumidor revisten el carácter de "normas principiológicas". Como señala Gomes Sodré en el derecho brasileño que “*el Código de Defensa del Consumidor tendrá una aplicación horizontal, para usar la expresión de Guido Alpa, a las más diversas relaciones jurídicas que involucran a proveedores y consumidores. Aunque esas relaciones tengan leyes propias y sean de la misma jerarquía de la ley de defensa del consumidor. No se aplica en este caso la idea de que la ley especial deroga a la ley especial, toda vez que el Código de Defensa del Consumidor no es una ley general, sino una ley principiológica (...) Todas las demás las demás leyes que se destinaren, de forma específica, a regular determinado sector de las relaciones de consumo deberán someterse a los preceptos generales de la ley principiológica, que es el Código de Defensa del Consumidor*”³.

Dentro de los principios del Derecho del Consumidor, podemos enunciar:

a) *principio protectorio*, fundamental en la materia, con fundamento en el derecho argentino en el artículo 42 de la Constitucional (CN) y el artículo 1 de la LDC, que para su aplicación se puede expresar en dos formas: 1) regla *in dubio pro consumidor*; tanto para la interpretación de las normas (artículo 3 de la LDC) como de las relaciones de consumo (art. 37 de la LDC), 2) regla de la norma más favorable (art. 3 de la LDC) ; b) *principio de irrenunciabilidad de los derechos*, basado en el carácter de orden público del Derecho del Consumidor (artículo 65 de la LDC); c) *principio de buena fe* (artículo 37 de la LDC); d) *principio de equidad*; e) *principio de no discriminación* (art. 16 CN y tratados internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional y artículo 8 bis de la LDC), f) *principio de realidad*; g) *principio de solidaridad* (artículos 2 y 40 de la LDC) y h) *principio de sustentabilidad* (artículo 41 de la CN y 43 inciso a)

El artículo 3 de la Ley de Defensa del Consumidor argentina (LDC), en su segundo y tercer párrafo, establece que “*las disposiciones de esta ley se integran con las normas generales y especiales aplicables a las relaciones de consumo, en particular la Ley N° 25.156 de Defensa de la Competencia y la Ley N° 22.802 de Lealtad Comercial o las que en el futuro las reemplacen. En caso de duda sobre la interpretación de los principios que establece esta ley prevalecerá la más favorable al consumidor. Las relaciones de consumo se rigen por el régimen establecido en esta ley y sus reglamentaciones sin perjuicio de que el proveedor, por la actividad que desarrolle, esté alcanzado asimismo por otra normativa específica.*”

Por tal razón, las normas del Derecho del Consumidor irradian su contenido a todas las relaciones de consumo y, por consiguiente, a todo el ordenamiento jurídico que le resultan aplicables, de manera transversal. Por tanto, de configurarse una relación de consumo⁴ resultará imperativa la aplicación de las normas del Derecho del Consumidor, con independencia del tipo de vínculo, de la forma en que se encuentre plasmada o demás circunstancias del caso.

Deberá, por tanto, propugnarse un verdadero “diálogo de fuentes” entre el Derecho del Consumidor y el resto del ordenamiento jurídico. Así, en caso de

que resulten aplicables diversas normas, que propongan a su vez diversas respuestas para una misma controversia, resultará de aplicación la norma más favorable al consumidor, conforme el mandato de la regla *in dubio pro consumidor*. Sobre este punto ha dicho Frustagli “*el legislador, previendo la posible colisión normativa que supone la existencia de respuestas jurídicas diversas para un supuesto de hecho determinado, se pronuncia por la aplicación preferente de la norma más tuitiva de los derechos del consumidor o usuario*”⁵

En el presente trabajo trataremos de vislumbrar si resultan aplicables las normas del sistema de Defensa del Consumidor cuando el Estado provee bienes y servicios.

II. Necesidades humanas, mercado y Estado.

Con la consolidación de la modernidad y el sistema de producción capitalista, fue delineándose el paradigma por el cual el mercado es concebido como el ámbito “natural” en el cual se producen los intercambios de bienes y servicios para la satisfacción de las necesidades humanas.

Este paradigma tenía sustento en una concepción filosófica liberal, fuertemente individualista, en donde el Estado debía abstenerse de interferir en las operaciones realizadas por los particulares y asumir el rol de “gendarme” de los derechos civiles.

En este orden de ideas, los intercambios de bienes y servicios entre particulares fueron englobados en la teoría general del contrato, como sustrato jurídico para el intercambio de bienes y servicios para la satisfacción de las necesidades humanas, en el que sujetos económicamente iguales, con un poder de negociación similar, pactaban en igualdad de condiciones y lograban un equilibrio, un acuerdo paritario en un plano de justicia, constituyendo por tanto dicho pacto un intercambio razonable.⁶

Merced a las transformaciones sociales, políticas, económicas, culturales y tecnológicas, a la visibilización de nuevas problemáticas sociales y

a las reivindicaciones promovidas por diversos colectivos (mujeres, trabajadores, pueblos originarios, ambientalistas, consumidores, etc.) el paradigma del “Estado gendarme” entró en crisis y emergió una nueva concepción de Estado: el “Estado de bienestar”. Este Estado de bienestar, de la mano de la “socialización del derecho”, dejó atrás ese rol abstencionista y fue perfilándose en un Estado cada vez más presente en la defensa de los sujetos y grupos más vulnerables y débiles de las sociedades. En esta misma tesitura adoptó también un rol activo en la actividad económica y social, intentando corregir deficiencias del mercado e interviniendo en aquellos espacios donde la iniciativa privada no llegaba o lo hacía de manera ineficaz.

Así, entre otras funciones, el Estado fue adoptando el rol de proveedor de bienes y servicios, en mayor o menor envergadura en los diferentes países, y con menor y mayor impulso según los diferentes vaivenes políticos. De esta manera, además de los proveedores privados, que realizaban sus operaciones en el ámbito mercado, apareció el Estado, ya sea participando como un sujeto más en el mercado, por sí o a través de diferentes entes con personalidad jurídica propia (Estado empresario), o proveyendo bienes o servicios, a título gratuito u oneroso, a sujetos que por su situación de vulnerabilidad social o dificultades especiales no podía satisfacer sus necesidades de manera plena a través del mercado (Estado solidario).

III. El Estado y las relaciones de consumo.

Como señaláramos con anterioridad el Estado debe jugar un papel fundamental en el marco de las relaciones de consumo. Si bien el mismo, en principio, no es parte de dicho vínculo jurídico –salvo que sea como luego, como veremos proveedor –cierto es también que no juega un rol neutral. Esta postura se inscribe en el marco de Estado Constitucional de Derecho, en el marco de una economía social de mercado, en el que las autoridades públicas intervienen en la economía controlando, promoviendo e interviniendo en el mercado cuando éste no puede dar las respuestas a las necesidades de los habitantes.

En tal sentido, las funciones principales del Estado en el marco del Derecho del Consumidor son:

1. ***Garante de los derechos.*** El artículo 42 de la Constitución argentina establece que las autoridades proveerán a la protección de los derechos de los consumidores y usuarios. Dicha previsión de nuestra Ley Fundamental implica una manda a los poderes públicos, entendidos como los poderes legislativo, ejecutivo y judicial en los tres niveles de gobierno (federal, provincial y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y municipal), proveer a la protección de los derechos de usuarios y consumidores. El Estado, por tanto, debe velar por el respeto de dichos derechos por parte de los proveedores de bienes y servicios para la vigencia efectiva de los mismos.
2. ***De protección.*** De íntima vinculación con el anterior, el rol de protección obliga a las autoridades públicas a adoptar un rol activo en pos de la plena vigencia de los derechos de los consumidores y usuarios. En tal sentido, las autoridades administrativas y jurisdiccionales no tendrán un papel neutral ante la posible vulneración de los derechos de los consumidores, sino que deberán papel dinámico, en pos de la prevención y resolución de conflicto, están facultados y obligados a aplicar, incluso de oficio, las normas tutivas del Derecho del Consumidor. Las autoridades legislativas y administrativas, por su parte, deberán implementar políticas destinadas a la vigencia de estos derechos y dictar normas sustantivas y adjetivas que garanticen la plena vigencia de los derechos constitucionales y que prevean formas eficaces de prevención y resolución de conflictos.
3. ***De prevención y control.*** El Estado, en ejercicio del poder policía de consumo, debe adoptar medidas en pos de la prevención de posibles vulneraciones de derechos, mediante la fiscalización de las actividades de los proveedores, aplicación del régimen administrativo sancionador del consumo, especialmente en el campo del ejercicio del derecho a la

libertad de elección, la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados, el control de los monopolios naturales y legales, y la calidad y eficiencia de los servicios públicos.

d) De fomento y promoción. Otra actividad destaca que deben realizar las autoridades públicas es el fomento al consumo sustentable, a la educación para el consumo y a la constitución de asociaciones de consumidores y de usuarios. También incumbe a las autoridades públicas promover políticas de acceso al consumo para bienes y servicios de primera de necesidad, en cumplimiento de los principios constitucionales de inclusión y justicia social.

IV. La relación de consumo.

Primeramente, cabe recordar que el art. 42 de la Constitución Nacional adopta esta expresión de "relación de consumo" como eje de la protección del sistema de consumo para evitar circunscribirse a lo contractual y referirse a una visión más amplia. Con la sanción de la Ley Nº 26.361 se compatibilizó el texto de la ley a la terminología del artículo 42 de la Constitución Nacional y se incorporó a la Ley de Defensa del Consumidor la noción de relación de consumo.

Así, el art. 3 de la Ley Nº 24.240, modificado por la Ley Nº 26.361, define a la relación de consumo como el vínculo jurídico entre el proveedor y el consumidor o usuario. A esta escueta conceptualización legal podemos complementarla con la caracterización que le ha dado ampliamente la doctrina y jurisprudencia, que la ha caracterizado como *"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."*⁷ La relación de consumo es pues el elemento que decide el ámbito de aplicación del derecho del consumidor y debe comprender por tanto todas las situaciones posibles.

Desde esta perspectiva, la relación de consumo no comprende sólo al vínculo de tipo contractual en forma estricta, sino comprendiendo también a las etapas precontractual⁸ y poscontractual⁹, a vínculos no contractuales (v. gr. obligaciones *ex lege*, actos administrativos u otras relaciones de derecho público) y a situaciones que generalmente era inscriptas dentro de la órbita extracontractual, ofreciendo de esta manera un espectro de protección más amplio que el contrato.

La relación de consumo es por tanto el eje sobre el cual gira el sistema protectorio del consumidor, que tiene como derecho de “ingreso al sistema” el derecho de acceso al consumo, implícito en el artículo 42 y expreso en otros ordenamientos locales, como Código Provincial de Implementación de los Derechos de los Consumidores y Usuarios de la Provincia de Buenos Aires (Ley N° 13.133), en su artículo 4.

En esta misma tesitura resulta oportuno tener presente el artículo 11 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, con jerarquía constitucional conforme el artículo 75 inciso 22 de la Constitución Nacional. Dicha norma establece que los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia. Dicha norma constituye un piso mínimo de inclusión social y de acceso al consumo para la satisfacción de las necesidades esenciales del hombre¹⁰. Por tal razón podemos por tanto fortalecer nuestra tesis de que si por la vía del mercado no pueden satisfacerse dichas necesidades, el Estado debe tener políticas activas en pos de garantizar este Derecho.

V. Sujetos de la relación de consumo.

Siguiendo esta tesitura corresponde definir a los dos sujetos que intervienen en la relación de consumo: el consumidor y el proveedor. La ley establece como objeto “*la defensa del consumidor o usuario, entendiéndose*

por tal a toda persona física o jurídica que adquiere o utiliza bienes o servicios en forma gratuita u onerosa como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social. Queda comprendida la adquisición de derechos en tiempos compartidos, clubes de campo, cementerios privados y figuras afines. Se considera asimismo consumidor o usuario a quien, sin ser parte de una relación de consumo, como consecuencia o en ocasión de ella adquiere o utiliza bienes o servicios como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social, y a quien de cualquier manera está expuesto a una relación de consumo." (art. 1). La contratara de la relación de consumo la constituye el proveedor; el artículo 2º de la LDC lo define como "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 usuarios".

En este esquema, los consumidores serán los depositarios del plexo de derechos en el marco de protección del sistema y los proveedores los sujetos obligados en dicho sistema, junto a Estado, que en determinados derechos, como el de asociarse o a la educación, será el obligado principal.

De la lectura de ambos textos se desprende que la misma engloba a un universo diverso de sujetos protegidos y obligados.

Respecto a la noción de consumidor la Ley 24.240, en su artículo 1º conforme la reforma de la Ley Nº 26.361, adoptó como definición de consumidor a "*toda persona física o jurídica que adquiere o utiliza bienes o servicios en forma gratuita u onerosa como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social*".

Sostenían Bergel y Paolantonio sobre la anterior definición legal de consumidor que "*observamos que impropiamente el legislador pareciera limitar el concepto de consumidor al ámbito contractual, cuando el derecho del consumo, aunque en buena parte concomitante al derecho contractual, no se*

limita únicamente a este.”¹¹ Con la incorporación del artículo 42 de la Ley Fundamental Federal y la reforma de la Ley N° 26.361 está restricción ha quedado superada.

Del artículo surge, en consecuencia que son considerados consumidores:

1. *Tanto las personas físicas como jurídicas.* En este sentido, nuestra legislación comprende dentro de la noción de consumidores tanto a las personas de existencia visible como a personas de existencia ideal, en tanto cumplan con el resto de los requisitos (que lo hagan como destinatarios finales, para beneficio propio o de su grupo familiar o social). En cuanto a las personas físicas, la ley no hace distingo entre personas por su poder económico, conocimiento técnico o realidad sociocultural, sin encontrarse, como la idea de subconsumidor o consumidor especialmente frágil¹². Asimismo, pueden encuadrarse dentro de la noción de consumidores, además de las personas físicas, los consorcios de copropietarios de la Ley N° 13.512, las asociaciones civiles y fundaciones, sindicatos, cooperativas, mutuales, confesiones religiosas y en general organizaciones sin fines de lucro que adquieran o utilicen bienes o servicios para beneficio de sus socios o adherentes o de las actividades por ellos desarrolladas (v. gr. materiales para el mantenimiento de sus entidades, alimentos para comedores infantiles, insumos para el actividades deportivas, artísticas, culturales o de beneficencia, elementos para el culto religioso, productos o paquetes de servicios adquiridos mediante convenios, etc.)
2. *Que adquieran o utilizan.* Al haberse eliminado el sistema de *numerus clausus* que establecía el sistema anterior (adquisición o locación de cosas muebles, prestación de servicios, adquisición de inmuebles nuevos destinados a vivienda), la extensión de los relaciones jurídicas a las que es aplicable hoy día el régimen del consumidor permite afirmar que las normas del derecho del consumidor se han “ramificado” por la gran mayoría de los contratos típicos civiles y comerciales y en

innumerables contratos atípicos legales o con tipicidad social¹³ y a situaciones que exceden al contrato de derecho privado. Asimismo, como señaláramos anteriormente, incluye también a relaciones jurídicas en las que la fuente no es un contrato, como ser obligaciones *ex lege*, actos administrativos u otras relaciones de derecho público (adjudicación de viviendas, microcréditos, bienes o servicios otorgados por entes gubernamentales, usuarios de rutas, etc.)

3. *Bienes o servicios.* Conforme lo señalado anteriormente, el objeto de las relaciones de consumo puede comprender infinidad de bienes o servicios, comprendiendo así cosas muebles como inmuebles, tanto nuevas como usadas, bienes inmateriales y servicios en sentido amplio (no sólo la figura de la locación de servicios del Código Civil, sino también locaciones de obra, servicios financieros, de previsión, seguros, transporte, medicina prepaga, servicios de radiodifusión por suscripción, internet, servicios públicos domiciliarios, espectáculos públicos, juegos y apuestas, etc.), con las exclusiones de las prestaciones de profesionales liberales (art. 2º, 2º párrafo LDC, salvo en las previsiones de la publicidad o cuando hagan publicidad, según las diferentes interpretaciones¹⁴) y el transporte aéreo (art. 63 LDC, que establece únicamente la aplicación supletoria de la ley). También comprende, conforme señala la ley, y más allá de las controversias doctrinales sobre su naturaleza jurídica la adquisición de tiempos compartidos, clubes de campo, cementerios privados y figuras afines.
4. *En forma gratuita u onerosa.* No distingue la ley entre que los contratos sean clasificados como a título gratuito u oneroso. La extensión a los supuestos de contratos a título gratuito ya tenía como antecedente la previsión del Decreto Reglamentario Nº 1798/94, que en su artículo 1º extendía el régimen tutivo del consumo a quienes “en función de una eventual contratación a título oneroso, reciban a título gratuito cosas o servicios (por ejemplo: muestras gratis).” De esta manera no resulta relevante la distinción del art. 1.139 del Código Civil, en tanto diferencia

a los contratos a título oneroso –aquellos en que las ventajas que se procuran a una u otra de las partes no les es concedida sino por una prestación que ella le ha hecho, o que se obliga a hacerle –de los que son a título gratuito –cuando aseguran a una u otra de las partes alguna ventaja, independiente de toda prestación por su parte – estando ambos incluidos en el sistema de protección al consumidor. Entre los gratuitos, podemos enumerar v. gr. las muestras gratis de bienes de consumo, pases gratuitos de transporte, entradas sin cargo para espectáculos públicos, premios obtenidos en sorteos o concursos, o determinados supuestos de comodato¹⁵.

5. *Como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social.* Esta característica constituye el factor definitivo que determina a un sujeto como consumidor. Los bienes o servicios que adquiere o utiliza deben ser como último receptor de la cadena de producción, esto es, no ser objeto *a posteriori* de reventa o reinserción en el mercado. Asimismo, la causa fin de la adquisición o utilización deber ser la satisfacción de necesidades personales de consumidor, su familia o su grupo social de regencia. En este sentido la Ley N° 24.240, en la redacción original del artículo 2º establecía que “*no tendrán el carácter de consumidores o usuarios, quienes adquieran, almacenen, utilicen o consuman bienes o servicios para integrarlos en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros.*” Si bien este párrafo fue omitido en la redacción actual, cierto es que quien adquiere o utiliza bienes o servicios para integrarlos a un proceso productivo no cumple con el requisito de hacerlo en beneficio propio o de su grupo familiar o social, por lo que igualmente no se encontraría encuadrado en las normas de protección al consumidor.¹⁶

Señala también el 2º párrafo de artículo 1 de la LDC que “*se considera asimismo consumidor o usuario a quien, sin ser parte de una relación de consumo, como consecuencia o en ocasión de ella adquiere o utiliza bienes o servicios como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o*

social, y a quien de cualquier manera está expuesto a una relación de consumo." Por consiguiente, dentro del sistema protectorio del consumo, podemos utilizar la noción en *sentido amplio*, abarcando a todos los sujetos encuadrados dentro de la relación de consumo, y, en *sentido estricto*, a los sujetos comprendidos por el artículo 1º, 1º párrafo; en tanto que la relación de consumo podrá estar integrado, dentro de la parte débil o protegida, por un consumidor en *sentido estricto* o por *sujetos equiparados*: a) un "usuario no contratante"¹⁷ o "consumidor fáctico"¹⁸, o b) un sujeto "expuesto a una relación de consumo", ya sea este como potenciales consumidores o potenciales o efectivas víctimas de daños con motivo de relaciones de consumo.

Respecto de la persona del proveedor corresponde realizar las siguientes consideraciones:

1. *La persona física o jurídica.* La provisión de bienes y servicios a consumidores puede ser realizada tanto por personas de existencia visible como por personas de existencia ideal, con o sin fines lucrativos.
2. *De naturaleza pública o privada.* Este punto de la norma es fundamental a los efectos del objeto de nuestro trabajo. El legislador no distingue entre sujetos públicos o privados. Por tanto podemos hablar de sujetos obligados tanto a I) empresas de capital privado, II) empresas de capital total o parcialmente de capital público (nacional, provincial, de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires o municipal), esto es, el Estado como empresario (ejemplos de ellos lo constituyen, v. gr., el Correo Oficial de la República Argentina SA, Agua y Saneamientos Argentinos SA, Lotería Nacional Sociedad del Estado, bancos públicos, compañías de seguros provinciales, empresas provinciales de energía, de transportes, etc.; III) cuando el Estado provee bienes y servicios, con o sin contraprestación (planes de vivienda, distribución de medicamentos, libros escolares, usuarios de rutas, microcréditos de fomento, rutas con peaje, cobertura de salud, etc.)

3. *Que desarrolla de manera profesional, aun ocasionalmente.* El sistema de derecho del consumo abandona la idea clásica del derecho mercantil de la habitualidad y pone el acento en la profesionalidad como nota distintiva. No obstante, la propia norma atenúa el carácter profesional, ya que también se incluirán aquellas relaciones en el que el proveedor realiza dicha actividad ocasionalmente. Esta nota no puede desconocérsele al Estado cuando realiza actividades de provisión de bienes y servicios, pues se pretende que su actuar sea organizado, en pos de determinados fines, en este caso de satisfacer necesidades que el mercado no puede afrontar satisfactoriamente.

Actividades de producción, montaje, creación, construcción, transformación, importación, concesión de marca, distribución y comercialización de bienes y servicios. Cuando el Estado interviene en alguna de estas actividades encuadra entonces en el sistema de defensa del consumidor. Dar una interpretación negatoria sería, a mi juicio, contraria al principio de igualdad, establecido en la Constitución Nacional en su artículo 16 y reforzado por numerosos tratados internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional, y hasta podríamos sostener que sería una visión sesgada de cierta discriminación en razón socioeconómica, principio también consagrado en numerosos pactos constitucionalizados (artículos 1 y 2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 1º Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), toda vez que generalmente quien obtienen bienes y servicios a través del Estado pertenece a los sectores más desfavorecidos de la sociedad.

4. *Destinados a consumidores o usuarios.* Los bienes y servicios deben estar destinados a los sujetos protegidos por el sistema para la satisfacción de necesidades personales o de su familia o grupo social.

VI. A modo de conclusión.

Conforme hemos sostenido a los largo del presente trabajo, el artículo 42 de la Constitución argentina protege a los usuarios y consumidores de bienes y servicios en la relación de consumo, sin hacer distingo si los mismos adquieren o utilizan dichos bienes o servicios en virtud de un vínculo contractual (relación de consumo de mercado) o un vínculo fundado en el derecho público con el Estado (relación de consumo solidaria).

Por tal razón cuando el Estado provee bienes y servicios debe cumplir con todos los deberes que impone el ordenamiento jurídico a los proveedores, entre los que podemos mencionar: deber de información, condiciones dignas y equitativas de atención y de trato, deber de seguridad y protección de la salud, reparación integral frente a eventuales daños y perjuicios, entre otros.

Enarbolar una postura diferentes entendemos que vulneraría los principios de igualdad y no discriminación, de equidad y justicia social establecidos en nuestra Ley Fundamental.

* Profesor Adjunto de Contratos Civiles y Comerciales, Facultad de Derecho-Universidad de Buenos Aires, Av. Figueroa Alcorta 2263, (C1425CKB) Ciudad Autónoma de Buenos Aires, sbarocelli@derecho.uba.ar

1 Benjamín, Antonio H., *“El derecho del consumidor”*, JA, 1993-II-913.

2 El sociólogo polaco Bauman explica que cuando decimos que la nuestra es una sociedad de consumo debemos considerar algo más que el hecho trivial, común y poco diferenciador de que todos consumimos. La nuestra es “una comunidad de consumidores” en el mismo sentido en que la sociedad de nuestros abuelos merecía el nombre de “sociedad de productores”. En esta segunda modernidad, o posmodernidad, la sociedad humana impone a sus miembros principalmente la obligación de ser consumidores. La forma en que esta sociedad moldea a sus integrantes, está regida, ante todo y en primer lugar, por la necesidad de desempeñar ese papel; la norma que les impone, la de tener capacidad y voluntad de consumir. La diferencia reside en el énfasis que se ponga en cada sociedad; ese cambio de énfasis marca una enorme diferencia casi en todos los aspectos de esa sociedad, en su cultura y en el destino individual de cada uno de sus miembros. Las diferencias son tan profundas y universales, que justifican plenamente hablar de la sociedad actual como de una comunidad totalmente diferente de la anterior: una sociedad de consumo. (Conf. Bauman, Zygmunt, *“Trabajo, consumismo y nuevos pobres”*, Barcelona, Gedisa, 2005, p. 44.).

3 GOMES SODRÉ, Marcelo, “*A Construção do Direito do Consumidor*”, San Pablo, Atlas, 2009, p. 65 y ss.

4 Cabe recordar que la relación de consumo es, conforme el artículo 3 de la LDC, el “vínculo jurídico entre el consumidor y el proveedor”, siendo consumidores, conforme el artículo 1 de la LDC, “*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. (...) 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*” y proveedores, conforme el artículo 2 de la LDC, “*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 usuarios*”.

5 FRUSTAGLI, Sandra A., “*Pluralismo jurídico: su incidencia sobre los usuarios de servicios públicos domiciliarios*”,

6 Conf. MOSSET ITURRASPE, Jorge y LORENZETTI, Ricardo Luis, “*Defensa del consumidor, ley 24.240*”, Rubinzal Culzoni, 1^a ed. Santa Fe. 1993, p. 21.

7 Conf. FARINA, Juan M.; “*Defensa del consumidor y del usuario*”, Ed. Astrea, Bs. As., 1995, pág. 7, y Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala “F”, “*Greco, Gabriel c/Camino del Atlántico S.A. y otro s/ daños y perjuicios*” y “*Borneo, Mario Blas Andrés c/Camino del Atlántico S.A. s/cobro de sumas de dinero*”, votos de la Dra. Highton de Nolasco.

8 Sobre este punto ver: LEIVA FERNÁNDEZ, Luis F.P., “*Responsabilidad precontractual; aportes para su estudio*” en La Ley 1998-D, 1229.

9 Sobre este punto ver: LEIVA FERNANDEZ, Luis F.P., “*La responsabilidad postcontractual*”, La Ley 19.07.2002 y LOPEZ MESA, Marcelo J., “*La responsabilidad postcontractual*”, www.eldial.com

10 Conf. • PÉREZ BUSTAMANTE, Laura, *Derechos del consumidor*, Astrea, Bs. As., 2004.

11 BERGEL, Salvador -PAOLANTONIO, Martín, “*Anotaciones sobre la ley de defensa del consumidor*” ED, 155-493

12 La noción de *subconsumidor* no se encuentra expresamente consagrada en nuestro derecho positivo pero si ha sido acogida por la doctrina y jurisprudencia. Podría sostenerse que encuentra una mención trangencial, tras la reforma de la Ley N° 26.361, en el art. 60 de la LDC, referida a los planes de educación al consumidor, en el que se establece que deberá garantizarse “*la implementación de programas destinados a aquellos consumidores y usuarios que se encuentren en situación desventajosa, tanto en zonas rurales como urbanas.*”

Mosset Iturraspe y Lorenzetti lo definen como aquellos que, por su edad, estado de salud, escaso nivel cultural o carencias económicas pueden ser objeto de abusos aún mayores. (MOSSET ITURRASPE, Jorge y LORENZETTI, Ricardo Luis, *“Defensa del consumidor, ley 24.240”*, Rubinzel Culzoni, 1^a ed. Santa Fe. 1993, p. 82) Se trata pues del consumidor especialmente frágil o más débil que la media, en los que el principio protectorio se debe acentuar en estas situaciones, toda vez que aparece una mayor vulnerabilidad a la verificada en el promedio de los casos. Ha ejemplificado la doctrina como tales situaciones a los productos de primera necesidad para los más carenciados, aquellos destinados para el consumo de niños y adolescentes (golosinas, juguetes), los ancianos, los analfabetos, los turistas, los pueblos originarios y los consumidores de productos farmacéuticos de venta libre o productos para adelgazar. (conf. ALTERINI, Atilio Aníbal, *Los contratos de consumo*, LA LEY 1993-E, 105; BRIZZIO, Claudia R., *La teoría general del contrato y el derecho del consumidor*, LA LEY 1998-D, 1285; Vázquez Ferreira, Roberto, *Turismo y defensa del consumidor en Defensa del consumidor*, Lorenzetti, Ricardo Luis (dir.) , Abaco, 2.003; RINESSI, Antonio J. *Consumidor informático*, LA LEY 1995-A, 868; ALTERINI, Atilio Aníbal, *El consumidor en la sociedad postmoderna*, LA LEY 1996-E, 818; WAJNTRAUB, Javier H. *Protección Jurídica del Consumidor*, LexisNexis – Depalma, 2004 Lexis N° 3201/000565)

13 Nos referimos por "tipicidad social", a los contratos que si bien carecen de regulación legislativa, su frecuente reiteración lleva a que adquieran un "nombre" e incluso una "normativa", que no está incorporada en ley alguna, pero que surge de los usos y costumbres y llega a ser aceptada por la doctrina y la jurisprudencia. (Conf. MOISSET DE ESPANÉS, Luis, *Contratos atípicos en la doctrina y jurisprudencia argentinas*, en *Doctrina de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba*, <http://www.acaderc.org.ar>)

14 Conf. WAJNTRAUB, Javier H., *“La noción de consumidor tras la Reforma de la ley 24.240”*, Sup. Esp. Reforma de la Ley de defensa del consumidor 2008 (abril), 153.

15 Sobre este punto ver: BAROCELLI, Sergio Sebastián, *El comodato y el régimen de defensa del consumidor*, Doctrina Judicial. 19/08/2009.

16 Ciento es que ante esta modificación, y aun con la redacción anterior, se dan casos de ciertas situaciones “fronterizas”, tales como el uso promiscuo de bienes o servicios para destino final u otros bienes, el adquirente empresario sobre objeto distinto de su actividad, las ventas

de subsistencia, entre otras, en las que la doctrina y jurisprudencia no es unívoca respecto a la aplicación del sistema de defensa del consumidor. Ciento es también que habrá que analizar cada caso en particular, teniendo en presente los principios del Derecho del Consumo, en particular el de interpretación *favor consumitoris*.

[17](#) Conf. WAJNTRAUB, Javier, en MOSSET ITURRASPE, WAJNTRAUB, GOZAÍNI, *La ley de defensa del consumidor*, Rubinzal-Culzoni Santa de, 2008, p. 39.

[18](#) Conf. SANTARELLI, Fulvio, en PICASSO, Sebastián -VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto A. (Directores), *Ley de Defensa del Consumidor, anotada y comentada.*, La Ley, Bs As. 2009, T. I. p. 51.