

El Código unificado: una propuesta sobre el ámbito subjetivo del consumidor

Por Esteban Javier Arias Cáu. Sobre la base de la disertación brindada en las “Primeras Jornadas Preparatorias a las XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil”, realizadas en la ciudad de San Salvador de Jujuy, entre los días 9 y 10 de junio de 2011. Publicado en La Ley, *Revista de Derecho Comercial, del consumidor y de la empresa*, Año II, N° 5, octubre de 2011, págs. 94-110.

Sumario: 1. Introducción. 2. ¿Qué implica la unificación? 3. Análisis del Dec. 191/2011: Las preguntas previas. 4. La noción de consumidor y los códigos de fondo. 5. Conclusiones.

1. Introducción

La unificación de la legislación civil y comercial ha sido siempre un tema polémico, por demás apasionante y que viene siendo discutido desde los albores de nuestra República Argentina. Baste recordar que el Código de Comercio fue promulgado con anterioridad al Código Civil, lo que motivó que en el año 1889 debiera adecuársele, mediante una reforma, que suprimiera aquellos textos que trataban temas similares.

En tal sentido, los últimos treinta años han sido fructíferos en la presentación de proyectos de leyes, que propiciaron la unificación, llegándose a sancionar el Código único de 1987, y que fuera luego vetado en su totalidad. De modo reciente con el dictado del Decreto PEN 191/2011¹, que dispone la creación de una comisión para la elaboración de un proyecto de ley de “Reforma, actualización y unificación de los códigos civil y comercial de la Nación”, el tópico ha adquirido nuevamente actualidad y será motivo de tratamiento en las XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, a realizarse en el mes de septiembre de 2011, en la ciudad de San Miguel de Tucumán.

En virtud de la importancia de la temática nos pareció interesante trazar un breve panorama sobre aquellas cuestiones controvertidas en torno a la unificación civil y comercial, y al mismo tiempo, indagar sobre la figura del consumidor como *elemento unificador* con miras a su posible inserción en el código unificado. Para ello nos proponemos hacerlo en dos partes: *a)* En la primera parte, de índole general y *descriptiva*, analizaremos algunos temas conexos a la unificación como son la codificación, el proceso de descodificación, las leyes especiales y los microsistemas legales; *b)* En la segunda parte, ingresaremos al aspecto específico y que tiene su vinculación con el concepto de consumidor de bienes o servicios, y su posible incorporación dentro del código unificado, aspecto que no fuera tratado en los anteriores proyectos. En particular, indagaremos su noción y comparación con el concepto de comerciante. La revisión de su concepto, con sustento en el derecho comparado y las opiniones de los autores, nos servirán luego como base para sentar algunas conclusiones, que estimamos podrían incluirse como directivas para la futura —pero todavía incierta— unificación civil y comercial.

2. ¿Qué implica la unificación?

Pues bien, en esta parte general, nos proponemos recordar algunas nociones fundamentales y que nos servirán de apoyo más adelante.

2.1. La codificación. Sus diversas etapas

Desde el punto de vista evolutivo, corresponde indagar previamente en las etapas anteriores del tránsito de la clasificación de las leyes. En tal sentido, es sabido que tenemos: *a)* Recopilación de leyes² que tiene por objeto agrupar las leyes, pero sin distinguir entre las vigentes o derogadas; ni efectuar alguna coordinación o sistematización entre ellas; *b)* La consolidación de las leyes³, en

¹ Decreto PEN 191/2011, BO 28/02/2011

² A modo de ejemplo: la Novísima Recopilación de 1805.

³ El trabajo realizado por Freitas en Brasil, denominado *Consolidacao das leis civis*, de 1855. De modo reciente y en

nuestro país, la ley 24.967 del Digesto Jurídico Argentino.

cambio, además de agrupar las leyes, elimina los textos derogados, se aclaran aquellos modificados, y en suma se mencionan sólo las *leyes vigentes*; c) La codificación, además de recopilar las leyes vigentes, se caracteriza por tener una unidad, un método y una sistematización, como veremos en seguida, que origina los Códigos.

La codificación es, por tanto, la última etapa en la evolución de la presentación de las leyes caracterizándose por la unidad de sanción y publicación. Es decir, goza de los siguientes caracteres⁴: a) *Unicidad*: se trata de un cuerpo único, sancionado y publicado, en un momento determinado; b) *Homogeneidad*: Por lo general, trata sobre una sola materia o rama del derecho determinada, ya sea civil, comercial, laboral, minería, etc.; c) *Exclusividad*: En principio, no hay normas de esa materia fuera del código⁵; d) *Sistematización*: El rasgo fundamental y que caracteriza a la codificación estriba en la exposición ordenada y coherente de la materia tratada, conforme a un método científico.

Entre las *ventajas* del método de codificación de las leyes, por lo general, se menciona que su agrupamiento en un cuerpo único facilita su conocimiento, interpretación, aplicación y enseñanza. En una palabra: *contribuye a la seguridad jurídica*. En tal sentido, se ha dicho que las *finalidades* o funciones⁶ de la codificación, son: a) La unificación jurídica; b) La existencia de un Código genera certeza, seguridad jurídica; c) Se busca un cuerpo normativo duradero (principios y sistemático).

Como conclusión preliminar, siguiendo al método comparativo de Lorenzetti⁷, es dable advertir que la *codificación* pretende ordenar basándose en la racionalidad; genera seguridad basándose en la inmutabilidad; su modelo es el deductivo; se recorta espacio a la interpretación. En cambio, la *recopilación de leyes* pretende reproducir el derecho, sin modificarlo; su modelo es cronológico; el intérprete resulta sustancial para encontrar los principios, etc.

2.2. La comercialización del derecho civil y el fenómeno inverso

La denominada comercialización del derecho civil, que pregonó Ripert⁸ y que llegó a nosotros por intermedio de Borda, en la modificación al Código Civil producida por la ley 17.711, implica que se apliquen institutos originarios del derecho mercantil —y por ende, que vinculaban sólo a comerciantes— a todos los demás ciudadanos. En efecto, la revolución industrial permitió la producción en masa de bienes destinados al mercado, generándose que un número importante de personas pudiera acceder a ellos, en virtud de su bajo precio. El derecho acompañó este fenómeno de producción por intermedio de la contratación en masa, sometida a condiciones generales de contratación: De allí, la inclusión de la *mora automática o el pacto comisorio tácito*.

La mentada *comercialización*⁹ del derecho civil origina un Derecho Privado o Derecho Privado Patrimonial unificado, en virtud que aquellos actos *unilateralmente comerciales*, conllevan la

⁴ Seguimos la enumeración brindada por RIVERA, Julio C., *Instituciones de Derecho Civil. Parte General*, 5ª edición actualizada, AbeledoPerrot, Buenos Aires, 2010, t. I, pág. 256.

⁵ Conf., art. 22 del Cód. Civil que reza: “Lo que no está dicho explícita o implícitamente en ningún artículo de este Código, no puede tener fuerza de ley en derecho civil, aunque anteriormente una disposición semejante hubiera estado en vigor, sea por una ley general, sea por una ley especial”.

⁶ LLAMAS POMBO, Eugenio, *Orientaciones sobre el concepto y el método del Derecho Civil*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2002, pág. 63.

⁷ Conf., LORENZETTI, Ricardo L., *Las normas fundamentales de Derecho Privado*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1995, pág. 11 y sig.

⁸ Ha llegado a nosotros por vía de Georges RIPERT, en su obra “La commercialisation du droit civil”, según cita de FERNÁNDEZ, Raymundo L., GÓMEZ LEO, Osvaldo R. y AICEGA, María Valentina, *Tratado Teórico-Práctico de Derecho Comercial*, 2ª edición, Lexisnexis, Buenos Aires, 2006, t. I-A, pág. 93 nota 98. Los actos de la vida corriente, según RIPERT, “son realizados hoy bajo la forma comercial. El contrato no es más un acuerdo concluido después de una larga discusión, con redacción de un escrito en doble ejemplar. Es adhesión a cláusulas predispuestas, impresas en formulario, la compra de un billete a precio fijo, la inscripción en un registro”. Conf., nota de elevación del Proyecto de Código Civil de 1998, de fecha 18 de diciembre de 1998, en *Proyecto de Código Civil de la República Argentina*, Antecedentes Parlamentarios, Buenos Aires, La Ley, 1999, pág. 5.

⁹ Comenta ALTERINI, con remisión al ensayo *Nacimiento, vida, pasión, muerte y resurrección del derecho mercantil*, del profesor peruano Carlos TORRES Y TORRES LARA, *Jus et praxis*, Universidad de Lima, julio 1985, núm. 5, que: “sus reglas ya no están necesariamente en un Código de Comercio, sino que ahora se incorporan al Código Civil y éste deja sus antiguas vestiduras: al igual que ciertas costumbres bárbaras se incorporaron a la civilización occidental y viven aún hoy habiéndose puesto el nuevo ropaje de la cultura occidental, así el Derecho Mercantil, con ropaje civil, se ha impuesto en las nuevas sociedades...” ALTERINI, Atilio Aníbal, *Contratos*.

aplicación de la ley y jurisdicción mercantil a la relación jurídica. Por ejemplo, el “caso de los contratos de los particulares no comerciantes que quedan regidos por el derecho comercial, en el sentido de que tales sujetos, en sus relaciones privadas, hoy utilizan normalmente las letras de cambio y los cheques, realizan operaciones de banca, de bolsa, de seguros¹⁰”.

Sin embargo, como suele ocurrir, este fenómeno económico incurrió en prácticas jurídicas abusivas incluyéndose cláusulas que desnaturalizaban el vínculo o bien que excluían de responsabilidad al proponente. De esta manera, se originó el *fenómeno inverso* en virtud que el derecho civil intentó proteger al contratante débil, y para ello sus cultores aplicaron los institutos generales como la lesión, la onerosidad sobreviniente, el abuso del derecho, entre otros. Sin embargo, el golpe de gracia fue la introducción de normas tuitivas del consumidor o usuario, por intermedio de la ley 24.240, denominada Ley de Defensa del Consumidor y del usuario¹¹.

Para decirlo de algún modo, el derecho del consumidor *civilizó* el derecho mercantil introduciendo “la protección de la parte más débil del contrato¹²”.

2.3. El surgimiento del derecho empresario. La descodificación del derecho civil y comercial

2.3.1. Un fenómeno relativamente reciente es, a nuestro juicio, el surgimiento del derecho económico, de los negocios, de la empresa, y que es conocido coloquialmente como *derecho empresario*. Esta nueva rama jurídica se caracteriza por la “interdisciplinarietà¹³”, en la cual la división de origen romanista de derecho público y privado es difusa. La empresa, como organización económica de capital y trabajo que propende a la producción e intercambio de bienes o servicios, no sólo abarca al derecho comercial en sentido estricto sino que se extiende al derecho industrial, al derecho de marcas y patentes, a los agro-negocios, etc.

Desde el aspecto público, interviene el derecho fiscal, el derecho administrativo, el derecho ambiental, y el derecho de la competencia. Desde el derecho privado, tiene una enorme influencia del derecho de defensa de los consumidores, la protección de la parte más débil, y el consabido deber de seguridad en la prestación de servicios. Como también el derecho concursal.

El derecho civil no se ha visto ajeno a estos cambios, especialmente, en sus institutos principales como la persona, el contrato, la autonomía privada, en virtud de la creciente influencia de normas imperativas, la constitucionalización del derecho civil, y una jurisprudencia activa. Se denomina a este fenómeno como “publicación del Derecho Civil, al que ya hemos hecho referencia anteriormente, y que otorga un nuevo significado a conceptos básicos como la propiedad o la autonomía privada¹⁴”. Este fenómeno ha derivado en el hecho que el Código ha perdido la *posición central* en el ordenamiento jurídico.

Hay un dato de la realidad y que consiste en el “desguace del Código de Comercio [que] genera grandes incertidumbres, pues quien pretenda conocer, pongamos por caso, cuáles son las normas aplicables al comerciante, se equivocará si cree que la respuesta le será dada por el Código de Comercio, porque lo cierto es que estará precisado a acudir también a una inorgánica multitud de disposiciones de policía, registrales, municipales, tributarias, laborales, previsionales, de comercio exterior, que rigen imperativamente a la actividad mercantil¹⁵”.

Civiles-comerciales- de consumo. Teoría general. Reimpresión (1ª ed. 1998), Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2006, pág.100. Sobre el origen de la frase remitimos a FERNÁNDEZ, Raymundo L., GÓMEZ LEO, Osvaldo R. y AICEGA, María Valentina, *Tratado...*, cit., t. I-A, pág. 93 nota 98, quien concluye que a nosotros nos ha llegado por vía de Georges RIPERT, en su obra “La commercialisation du droit civil”.

¹⁰ FERNÁNDEZ, Raymundo L., GÓMEZ LEO, Osvaldo R. y AICEGA, María Valentina, *Tratado...*, cit., t. I-A, pág. 94.

¹¹ MOSSET ITURRASPE, Jorge, “Del micro al macro sistema y viceversa. El diálogo de las fuentes”, en RDPyC, *Consumidores*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2009, 1, pág. 19, afirmando que “el Derecho Civil mira al *consumidor*, mientras que el Comercial observa al *proveedor*. El microsistema se desprende del Derecho Civil orientado a la tutela, protección o defensa de la parte débil”.

¹² Conf., RIVERA, Julio C., *Instituciones de Derecho Civil...*, cit., t. I, pág. 104.

¹³ RIVERA, Julio C., *Instituciones de Derecho Civil...*, cit., t. I, pág. 107: “es decir, la eliminación de compartimentos estancos y el funcionamiento a veces armónico, a veces inarmónico, de principios que provienen del derecho público y del derecho privado en orden a la regulación de la actividad económica de la empresa en una comunidad”.

¹⁴ LLAMAS POMBO, Eugenio, *Orientaciones...*, cit., pág. 105, agregando que: “El peso que adquieren los fenómenos colectivos, y la idea social que sustituye unas veces, y se superpone otras, a la idea individual...”.

¹⁵ ALTERINI, Atilio Aníbal, *Contratos...*, cit., pág. 100.

2.3.2. Como conclusión, pues, cabe mencionar el fenómeno de la *descodificación* en el cual el “Código viene a convertirse en un elemento más, en uno de los múltiples *microsistemas*, siguiendo la terminología de Irti, que integran el polisistema, y entre los que se encontraría una legislación especial (...) y que regula aspectos diversos de la realidad jurídico privada, que antes estaban confiados a la voluntad de los particulares¹⁶”.

Este fenómeno está “caracterizado por la proliferación de leyes especiales¹⁷”, con principios y soluciones jurídicas diferentes a los codificados, y que por otro lado, se convierten “en el estatuto de la normalidad, y confiere al entramado codificado una cierta posición de residualidad que precisamente tenían tales leyes especiales¹⁸”.

En este sentido, cualquier observador advierte, en cualquier edición de los Códigos Civiles o Comerciales, que el volumen de las leyes complementarias son mayores que el propio código: El Código como *unidad*, coherente y sistemática, ha dejado de ser tal.

La *descodificación* ha producido la partida de defunción de los Códigos, en cuanto: cuerpos únicos, abarcativos de una rama jurídica, homogéneos y sistemáticos. Por su parte, parafraseando a Irti, podemos decir que “la ley especial se transforma en derecho general de una institución, y el Derecho general en una disciplina residual de casos no contemplados en las leyes especiales¹⁹”. En el caso particular del derecho comercial, la descodificación es un “fenómeno que se produce por la elaboración de leyes aisladas que van sustituyendo paulatinamente a las normas establecidas en los códigos de la materia²⁰”, por ejemplo la ley de sociedades, la ley de concursos y quiebras, la ley general de la navegación, títulos de crédito, etc.

El propio régimen del consumidor, gracias a una paciente elaboración doctrinaria y una jurisprudencia progresiva, como veremos luego, es el *prototipo* o la prueba cabal del fenómeno descodificante.

2.4. Los microsistemas

¿Qué es un microsistema? Veamos primero que es un sistema. En tal sentido, conforme el Diccionario de la Real Academia Española, se puede entender por *sistema* a aquel “conjunto de reglas o principios sobre una materia racionalmente enlazados entre sí²¹”. Por lo tanto, un microsistema puede ser considerado como un conjunto de reglas o principios que tienen una coherencia interna, sobre una materia determinada, y que se interpretan de modo racional.

Entonces, puede decirse —siguiendo a Lorenzetti— que *jurídicamente* estamos en presencia de un microsistema o puede llamarse tal, a aquel “que exhibe sus principios, normas, fuentes de creación, doctrina y jurisprudencia particularizados²²”, además de tener sus propios doctrinarios y congresos especializados. Existen ciertas parcelas del derecho privado que adscriben a dichas características, y que como veremos luego, tuvieron prelación en el tiempo aquéllas relacionadas directamente con el derecho mercantil, constituyendo ciertas materias un verdadero microsistema²³, que en palabras de Mosset Iturraspe resumimos: “Un microsistema se autoabastece a partir de sus pautas, criterios o principios²⁴”.

¹⁶ Conf., LLAMAS POMBO, Eugenio, *Orientaciones...*, cit., pág. 111.

¹⁷ WAYAR, Ernesto C., *Derecho civil... Obligaciones*, Buenos Aires, Lexisnexis-Depalma, 2002, t. II, pág. 469. Allí, agrega en la nota 9, que “cada una de las leyes especiales constituye un microsistema integrado en conjunto, un polisistema de derecho civil, dentro del cual el Código Civil viene a convertirse en un instrumento más, en uno de los múltiples microsistemas que integran el polisistema”.

¹⁸ LLAMAS POMBO, Eugenio, *Orientaciones...*, cit., pág. 112.

¹⁹ Conf., IRTI, Natalino, *La edad de la descodificación*, Bosch, 1992, pág. 33. Conf., LORENZETTI, Ricardo L., *Teoría de la decisión judicial. Fundamentos de derecho*, Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 2006, pág. 54.

²⁰ RIVERA, Julio C., *Instituciones de Derecho Civil...*, cit., t. I, pág. 104.

²¹ Diccionario de la Real Academia Española, 23ª edición, www.rae.es, primera acepción

²² LORENZETTI, Ricardo L., *Las normas fundamentales...*, cit., pág. 17.

²³ Como arquetipo de microsistema encontramos la Ley 24.240, conocida como Ley de Defensa del Consumidor o LDC. En opinión de WAYAR: “Cada una de las leyes especiales constituyen un microsistema integrando en conjunto un polisistema de derecho civil, dentro del cual el Código Civil viene a convertirse en un instrumento más, en uno de los múltiples microsistemas que integran el polisistema”.

²⁴ Conf., MOSSET ITURRASPE, Jorge, *Defensa del consumidor. Ley 24.240, 2ª edición actualizada*, Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 2003, pág. 23 y sig.

Los primeros microsistemas los encontramos en el derecho empresario, que propició la desintegración del Código de Comercio en las leyes de sociedades, concursos y quiebras, títulos valores, contrato de seguro, etc., pensando exclusivamente —es justo reconocerlo— para uno de los polos de la relación jurídica: el *empresario* o comerciante. De modo reciente, se ha postulado que el derecho del consumidor o de defensa del consumidor es el paradigma del microsistema jurídico.

Cabe preguntarse, pues, cuales son aquellos *elementos* o caracteres que lo determinan como tal. Aquí, la doctrina guarda silencio o los considera sobreentendidos... Por nuestra parte, creemos que los elementos caracterizantes de esta división son: *a)* Una ley propia; *b)* Que contiene principios²⁵ específicos que difieren de los genéricos; *c)* Que incluye normas de diferentes ramas jurídicas, como procesales, daños, etc. Si tomamos como ejemplo la ley de sociedades comerciales 19.550 advertiremos: *a)* Que se incorpora al Código de Comercio, derogando la normativa anterior, pero es —en esencia— una ley particular y especial; *b)* Contiene principios propios como el concepto de tipicidad, organización, *affectio societatis*, sujeto de derecho, carácter plurilateral del contrato, etc.; *c)* La LSC dispone sobre normas procesales, así el art. 15 establece el procedimiento *sumario* como norma general o bien el art. 117 dispone que la resolución de intervención es “apelable al sólo efecto devolutivo”.

2.5. La unificación. Sus argumentos. Su réplica

Empero, ¿existe alguna diferencia sustancial o de naturaleza entre un acto civil o acto de comercio? En la opinión de Wayar, considera que no existe tal diferencia y por tanto postula la conveniencia de la unificación²⁶ en virtud que la “*identidad* fundamental de los hechos económicos regulados por el derecho civil y por el derecho comercial no justifica el mantenimiento o la subsistencia de dos legislaciones²⁷”, brindando el ejemplo de la compraventa internacional de mercaderías²⁸ en el cual se ha unificado su régimen.

Entre las *razones* que encuentra tendientes a favorecer la unificación, en materia de obligaciones y contratos, Wayar²⁹ menciona: *a)* Referencias históricas³⁰; *b)* Superación del criterio³¹ objetivo³²; *c)* Un nuevo derecho: el empresario, la empresa y la actividad económica³³; *d)* La doctrina tanto

²⁵ En materia de *derecho concursal*: cesación de pagos; universalidad patrimonial, colectividad de acreedores e igualdad de tratamiento; conservación de la empresa, desapoderamiento del fallido; En materia de *derecho cambiario*: certeza en la adquisición, rapidez en la negociación y seguridad en la realización final del crédito; voluntad declarada cartularmente sobre la voluntad real; prevalencia de las formas sobre la sustancia; condición de cosa mueble de los documentos cartulares, etc.

²⁶ WAYAR, Ernesto C., *Derecho civil... Obligaciones*, Buenos Aires, Depalma, 1990, t. I, pág 78.

²⁷ WAYAR, Ernesto C., *Derecho civil...*, cit., t. I, pág 79, quien con anterioridad había recurrido a la Exposición de los codificadores VÉLEZ SARFIELD y ACEVEDO al elevar el Proyecto de Código de Comercio al Poder Ejecutivo del Estado de Buenos Aires, el 18 de abril de 1857, para sostener que la falta de un Código Civil obligó a éstos a “suplir todos los títulos del derecho civil, que a nuestro juicio faltaban, para poder componer el Código de Comercio”. Una vez sancionado el mismo, se hizo necesaria la reforma de 1889 para adecuar su contenido.

²⁸ Ley 22.765, art. 1° inc. 3, Convención de Viena.

²⁹ WAYAR, Ernesto C., *Derecho civil...*, cit., t. I, núm. 36 bis, pág 73 y sig.

³⁰ Aquí menciona el origen del derecho comercial como un derecho de clase, propio de los comerciantes, ante la fragmentación del derecho civil producida por la caída del Imperio Romano.

³¹ AFTALIÓ, Enrique R. y VILANOVA, José, *Introducción al derecho*, 2ª edición (1988), Reimpresión, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1994, pág. 1108, quienes concluyen: “La verdad es que la unidad de la vida económica actual se opone en cierto modo a la separación entre derecho civil y comercial. El comercio ha dejado de ser hoy monopolio de una clase, para convertirse en una función de la que participan todos los miembros de una comunidad”. Conf., WAYAR, Ernesto C., *Derecho civil...*, cit., t. I, pág 80, menciona que: “Un Código único puede armonizar la simplicidad de formas y la mayor tutela del crédito con las exigencias actuales de la actividad económica, y constituir, a la par, la síntesis legislativa de estos tiempos”. Por ejemplo, El Código Suizo de las obligaciones —a partir de 1881— que fue incorporado como Libro V del Código Civil de 1912.

³² Si bien pondera la noción de acto de comercio, con cita de LYON-CAEN Y RENAULT, afirma que se trata de una “creación artificial del legislador, impuesta por razones de utilidad práctica”. LYON-CAEN, CH. Y RENAULT, L., *Manuel de droit comercial*, 14ª edición, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1924, num. 16, pág. 23 y sig. Empero, salvo el intento -loable pero infructuoso- de ROCCO, no se ha podido brindar una noción pacífica de definición de acto de comercio, quedando a criterio del legislador concreto su enumeración.

³³ El profesor WAYAR responde que el derecho de la empresa o derecho económico no es obstáculo para la unificación, por los siguientes motivos: 1) El derecho de la empresa comprende un conglomerado de normas de

civilista³⁴ como comercialista³⁵ apoya la unificación de las “normas sobre obligaciones y contratos³⁶”.

Por su parte, Alterini, mediante reenvío a Rotondi, menciona indicadores de la unificación, a saber³⁷: a) La incorporación al Código Civil de principios propios de los contratos comerciales, por la ley 17.711, por ej. Mora automática; b) El concurso preventivo de comerciantes y no comerciantes fue sometido al juez comercial, en virtud del art. 2 de la Ley 24.522; c) La generalización de títulos valores³⁸.

Por último, no debe perderse de vista la situación actual del *contrato* en general. Así, lo que configura un dato de la realidad es que la interacción entre el derecho público y privado es cada vez mayor, producto de un proceso, según la posición de Lorenzetti, denominado “de constitucionalización del Derecho Civil y una comunicación creciente de las esferas de lo público y lo privado, y dentro de este fenómeno hay una clara relación entre Constitución y Contrato³⁹”. Un ejemplo típico lo encontramos en la ley de defensa del consumidor (ley 24.240) que regula no sólo la relación de consumo —privada o privatística— entre un proveedor y un consumidor o usuario, sino que al considerar proveedor a toda persona física o jurídica pública o privada (art. 2) y al regular expresamente el servicio público domiciliario ha producido un “verdadero cisma poniendo en crisis la distinción romanista del derecho público y privado⁴⁰”.

En suma, por ahora, podemos concluir que la tendencia que se advierte consiste en la “construcción intersectorial de los componentes de la autonomía privada contractual, con asidero constitucional⁴¹”.

Como conclusiones de este panorama, desde la órbita del derecho civil, siguiendo a Wayar⁴², esquematizamos las siguientes: a) El derecho civil actual no puede sustentarse en la codificación decimonónica, debiendo actualizarse y revitalizarse, circunstancia que se ha producido por la proliferación de leyes especiales; b) No toda legislación especial debe ser admitida, especialmente aquella que vulnere derechos y garantías fundamentales; c) La constitucionalización del derecho civil es un hecho actual gracias a la labor de la jurisprudencia y de los comentaristas, especialmente por la incorporación de institutos propios del derecho civil al ámbito constitucional: La relación de consumo (art. 42) o la protección de datos personales (art. 43).

derecho público y privado, y no es “inapropiado que una de esas ramas este incorporada en el código unificado” WAYAR, Ernesto C., *Derecho civil...*, cit., t. I, pág 84; 2) El estatuto del empresario debe formar parte del Código unificado; 3) No es necesario regular todo el derecho de la empresa, como el Cód. Civil italiano de 1942, porque abarca varias ramas del derecho.

³⁴ Por ejemplo: SEGOVIA, LAFAILLE, LÓPEZ DE ZAVALÍA. Comenta ALTERINI que en la “actualidad es sostenida prácticamente por la unanimidad de los juristas cuya opinión tiene prestigio académico”. ALTERINI, Atilio Aníbal, *Contratos...*, cit., pág. 111.

³⁵ Por ejemplo: ZAVALA RODRÍGUEZ, MALAGARRIGA, YADAROLA, FONTANARROSA.

³⁶ WAYAR, Ernesto C., *Derecho civil...*, cit., t. I, pág 89.

³⁷ ALTERINI, Atilio Aníbal, *Contratos...*, cit., pág. 110.

³⁸ Ampliar en la nota de elevación del Proyecto: *Proyecto de Código Civil de la República Argentina*, Antecedentes Parlamentarios, Buenos Aires, La Ley, 1999, pág. 5 y sig.

³⁹ LORENZETTI, Ricardo Luis, *Tratado de los contratos. Parte general*, 1ª edición, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2004, pág. 116 y sig. Según el autor citado, este nexo se advierte en: 1) Intervención de orden público por razones de emergencia económica; 2) Influencia de los derechos fundamentales sobre el contrato, 3) Influencia sobre el objeto y la causa; 4) Protección de la capacidad y voluntad; 5) Protección constitucional del consumidor; 6) Contratos sobre bienes colectivos; 7) Tutela de la autonomía privada; 8) La argumentación constitucional en casos contractuales.

⁴⁰ Cfr., ARIAS CÁU, Esteban Javier, *Interpretación judicial en torno al consumidor inmobiliario dentro de la relación de consumo*, LA LEY PATAGONIA, año 5, número 6, diciembre 2008, pág. 553. Ello lleva a cuestionar también la ubicación de la ley de defensa del consumidor dentro de la teoría general del derecho, a si es un microsistema, un subsistema o un verdadero sistema.

⁴¹ ARIZA, Ariel C., *En torno a la autonomía privada contractual en el siglo XXI*, en ALTERINI, Atilio A. – NICOLAU, Noemí L (Directores) – HERNÁNDEZ, Carlos A. (Coordinador), *El derecho privado ante la internacionalidad, la integración y la globalización*, Homenaje al Profesor Miguel Ángel Ciuro Caldani, Buenos Aires, LA LEY, 2005, pág. 268, quien afirma que el “sujeto de derecho que se toma como referencia para pensar el diseño y campo de actuación de la autonomía privada contractual no será sólo el ente genérico de la tradicional civilística. Habrá de considerarse necesariamente el emplazamiento social del sujeto conforme a los valores constitucionales tutelados, su incidencia en el mercado y, en fin, su dimensión ciudadana”.

⁴² Remitimos a: WAYAR, Ernesto C., *Derecho civil...*, cit., t. II, pág 467 y sig.

Como conclusiones, desde la órbita del derecho comercial, siguiendo a Anaya, sostenemos⁴³: a) Carece de sustento real afirmar la existencia de un derecho comercial de orientación subjetiva que tenga como centro al comerciante; b) Se ha perdido para siempre la razón de ser de un derecho comercial de orientación objetiva, sostenido en los actos de comercio; c) La noción de comercio como intermediación en el cambio de cosas muebles es “extraordinariamente estrecha”; d) No hay distinción ontológica en los conceptos esenciales del derecho patrimonial (obligación, contrato, derecho real), según se manifiesten en el derecho civil o comercial; e) Hay sectores que se han unificado de derecho (ley de concursos y quiebras) y otros que se han unificado de hecho (sociedades, con la virtual desaparición de las sociedades civiles); f) El derecho comercial es hoy el derecho de la empresa y se conforma por una “masa proteiforme”.

3. Análisis del Dec. 191/2011: las preguntas previas

Corresponde interrogarse, de modo previo, en torno al *método* que debería seguirse en materia de unificación de nuestra legislación civil y comercial, y luego confrontarlo con las directivas del reciente Decreto 191/2011⁴⁴, para concluir con algunas recomendaciones.

3.1. Conveniencia de la reforma

La primera pregunta que hay que responder es aquella relativa a la *conveniencia* o inconveniencia de reformar los códigos decimonónicos. Creemos que su respuesta es indubitable, y fue seguida por todos los proyectos anteriores. En efecto, a nuestro juicio, resulta conveniente la reforma de los Códigos Civil y Comercial⁴⁵ a los efectos de adaptarlos a la realidad política inmersa en procesos de agrupación entre estados (Unión Europea), realidad económica actual (Mercosur) y a los adelantos tecnológicos propios del siglo XXI, como son la internet y el comercio electrónico, con el agregado de una creciente intervención estatal en ámbitos antes vedados y que eran refugio exclusivo de la autonomía privada.

Esta decisión se infiere del texto del Decreto 191/2011, en el especial de su considerando 1º) cuando afirma que el “Código Civil, siendo una pieza jurídica de reconocidos méritos, prevé un mecanismo para su propia actualización conforme los artículos 2º y 3º de la Ley N° 340”.

3.2. ¿Codificación o leyes especiales?

La segunda pregunta, no es sencilla de responder, y estriba en las opciones a utilizar, especialmente si se mantiene la impronta de la codificación, cuyo rasgo más relevante es la *sistematización* de la rama de derecho que se trate, por intermedio de un método adecuado, con la finalidad de obtener coherencia en la exposición. Por el contrario, el fenómeno de la *descodificación*, a través de el dictado de leyes especiales que buscan ocupar el centro del ordenamiento jurídico —ser el *estatuto de la normalidad*— parecerían desmentir la importancia en la actualidad de aquellos valores o finalidades defendidos por los promotores de la codificación.

Sin embargo, a pesar de todos los argumentos descriptos, resulta casi “unánime la opinión de que el Código no debe ser abandonado pues (...) es el heredero de toda la dogmática jurídica que, procedente del Derecho común, fue trasvasada al Derecho moderno precisamente a través de los textos codificados y, por ello, ha sido y ha seguido siendo la base del razonamiento y de las construcciones jurídicas⁴⁶”. En el derecho comparado tenemos ejemplos recientes que el sistema codificador goza de buena salud, como son el BGB de 2002, el Código Civil de Brasil de 2002, y más recientemente la última modificación al *Code Civil* Francés en materia de prescripción en el año 2008. En los proyectos de unificación civil y comercial de las últimas tres décadas en nuestro país, se eligió continuar con el método de codificación⁴⁷ de las leyes. Así, en el Proyecto de

⁴³ ANAYA, Jaime L., “La unificación del derecho privado. Un replanteo necesario”, *Anales de la Academia Nacional de Derecho*, año XXXV, n° 28.

⁴⁴ BO 28/02/2011.

⁴⁵ En opinión de ETCHEVERRY, es el momento de reformas integrales o totales “a fin de adecuar toda nuestra legislación mercantil”, ETCHEVERRY, Raúl A., *Manual de derecho comercial. Parte general*, Astrea, Buenos Aires, 1ª edición (1977), 2ª reimpresión, 1983, pág. 47.

⁴⁶ LLAMAS POMBO, Eugenio, *Orientaciones...*, cit., pág. 112 y sig., concluyendo que: “En sus artículos se encuentran encarnados ejemplarmente la mayor parte de los dogmas, figuras, técnicas y conceptos, fruto de la tradición y de la doctrina, que constituyen el acervo común de los juristas”.

⁴⁷ Por su parte, MOSSET ITURRASPE responde que “no nos parece que haya llegado la hora de prescindir de los Códigos, ni tampoco parece sencilla la tarea de una recodificación (...); lo apetecible, sin hesitación, es *armonizar*

Código Único de 1987 y el Proyecto de Código Civil de 1998 son ejemplos del método de la codificación⁴⁸ de la rama de derecho privado patrimonial.

Por su parte, el Decreto 191/2011 ratifica esta decisión de política legislativa cuando afirma, en su considerando sexto, que “estas circunstancias tornan necesario proceder a actualizar y unificar la Legislación Nacional en materia de Derecho Privado, procurando elaborar una obra que, sin sustituir la legislación especial, contuviera una serie de principios generales ordenadores”.

3.3. Reforma total o parcial

La tercera pregunta que debe formularse consiste en si la reforma debe ser *total o parcial*. Los proyectos de Código Único de 1987, de la Comisión Federal de 1993 y del Proyecto del Poder Ejecutivo de 1993, propiciaron la reforma parcial del Código Civil de Vélez Sársfield.

En cambio, el Proyecto de Código Civil de 1998, según el decreto 685/95, propició la derogación del Código Civil de Vélez y la adopción de uno nuevo, con la finalidad proyectar la unificación del derecho privado y “su reforma y actualización de manera integral⁴⁹”. A juicio de López de Zavalía, fue motivo de su fracaso y que tornaba “desaconsejable que sea convertido en ley⁵⁰”. En su momento de discutió si el decreto citado otorgaba⁵¹ o no esa facultad a la Comisión de Juristas, circunstancia que hoy resulta abstracta.

Aquí ya comienzan a bifurcarse las aguas en la doctrina nacional. Los partidarios de la reforma *parcial*, por ejemplo la Academia Nacional de Derecho de Córdoba, afirman que⁵²: a) Hay que respetar los códigos históricos⁵³ y defender la tradición jurídica; b) En caso de modificación integral, ella debería ser una empresa colectiva que requeriría un franco consenso y efectiva participación sin plazos fatales; c) Hay que seguir el método de Francia que injerta reformas parciales al Código Civil Francés.

Los partidarios de la reforma *total* aseveran que es el mejor método, en virtud que un Código es un todo orgánico y sistemático, “en el que cada precepto llena la función de un pequeño engranaje en un delicado mecanismo de relojería⁵⁴”. Además, se sostiene que la reforma total siempre fue el método elegido para la reforma del Código Civil de Vélez, a saber: Anteproyecto de Bibiloni, Proyecto de 1936, Anteproyecto de 1954.

En cuanto a las *réplicas* a los partidarios de la reforma parcial, se afirman las siguientes: a) Un código tiene que se útil; b) Los cuatro pilares del Código de Vélez han sufrido alteraciones⁵⁵ (familia, autonomía de la voluntad, responsabilidad civil por culpa y el derecho de propiedad); c)

Código y Sistema, superar las contradicciones y sentar claramente en el primero las *ideas rectoras* sobre las cuales deben transitar los segundos”. Conf., MOSSET ITURRASPE, Jorge, “Del micro...”, cit., 1, pág. 9 nota 8.

⁴⁸ ETCHEVERRY, Raúl A., *Manual...*, cit., pág. 58, propicia mantener el sistema codificador para el derecho comercial, ya sea a través de un Código específico o bien, “mejor aún si se pudiera unificar obligaciones y contratos”.

⁴⁹ *Proyecto de Código Civil para la República Argentina*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1999.

⁵⁰ LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando J., “Reflexiones sobre el actual Proyecto de unificación”, en BREBBIA, Roberto H. (Director), *Estudios sobre el proyecto de código unificado de 1998*, Zavalía, Buenos Aires, 2001, pág. 26.

⁵¹ En contra, BREBBIA, Roberto H., “Examen de la conveniencia de una reforma total del Código Civil vigente para establecer la unificación de la legislación civil y comercial”, en BREBBIA, Roberto H. (Director), *Estudios sobre el proyecto de código unificado de 1998*, Zavalía, Buenos Aires, 2001, pág. 20 y sig., cuando dice: “Los términos gramaticales del decreto 685/95 (...) no acuerdan en absoluto sustento a la tesis de que el referido decreto haya establecido un mandato específico que ordenare dejar a un lado, por completo, al Código Civil vigente...”

⁵² Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, “Proyecto de Unificación de la legislación civil y comercial de 1998”, en BREBBIA, Roberto H. (Director), *Estudios sobre el proyecto de código unificado de 1998*, Zavalía, Buenos Aires, 2001, págs. 15-18.

⁵³ Entre los elementos que definen un código como histórico, siguiendo a Palmero, se encuentran: a) Legislación originaria; b) Cristaliza los valores históricos y culturales de una nación, c) Carácter universal; d) Ofrecen rasgos de permanencia. Cfr., PALMERO, Juan C., “La reforma de los códigos históricos”, en *Homenaje a Dalmacio Vélez Sársfield. Bicentenario de su nacimiento (1800-2000)*, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba, 2000, t. I, pág. 515 y sig.

⁵⁴ Conf., LLAMBIAS, Jorge J., *Estudio de la reforma del Código Civil. Ley 17.711*, Buenos Aires, 1969, pág. 6 y sig.

⁵⁵ En contra: PALMERO, Juan C., “La reforma...”, cit., t. I, pág. 522, quien sostiene: “Para incorporar sólo el derecho de superficie, o unificar la responsabilidad civil, o establecer un régimen de convenciones matrimoniales más amplio que el actual, no es preciso cambiar un código centenario...” Y, acto seguido, remata: “Sería razonable hacerlo –en cambio-, frente a una decisión de gran envergadura, como lo habría podido ser la unificación de la legislación civil y comercial, pero este supuesto en nuestro caso queda excluido –precisamente-, porque los antecedentes anteriores demostraron la viabilidad técnica de concretarla sin que ello implique tener que elaborar un código nuevo”.

Los propios juristas franceses, según Rivera, “se quejan de la incorporación al Código Napoleón de nuevas instituciones en un marco absolutamente inadecuado, lo cual dificulta notoriamente la interpretación y aplicación⁵⁶”. El Proyecto de Código Civil de 1998, siguiendo las directrices del Dec. PEN N° 685/1995, dispuso la reforma integral⁵⁷.

De la lectura de los considerandos del Decreto 191/2011 no surge una directiva concreta en tal sentido, puesto que se habla que resulta necesario “proceder a actualizar y unificar la Legislación Nacional en materia de derecho privado, procurando elaborar una obra que, sin sustituir la legislación especial, contuviera una serie de principios generales ordenadores⁵⁸”, por lo cual, lo más seguro es que se tienda a la reforma parcial pero integral del Código Civil, con derogación del Código de Comercio⁵⁹. Sin embargo, hemos tomado conocimiento —de modo informal— que la comisión y las subcomisiones estarían trabajando sobre el Proyecto de Código Civil de 1998.

3.4. Unificación: ¿absoluta o relativa?

La cuarta pregunta tiene que ver con el *alcance* de la unificación, que puede ser absoluta o relativa. La primera que podríamos denominar *tesis amplia* cuyo objeto se dirige a configurar un sistema de derecho privado patrimonial. Desde el punto de vista absoluto podría hablarse de una unificación tipo Derecho privado patrimonial, incorporándose al derecho empresario, siguiendo el modelo del Código Civil Italiano de 1942. Buena prueba de ello es que el derecho romano y el anglosajón⁶⁰ desconocen toda distinción entre derecho civil y derecho comercial⁶¹.

La segunda denominada tesis *restringida* que persigue sólo la unificación civil y comercial en las *obligaciones y los contratos*, dejando en claro que la autonomía conceptual del derecho comercial todavía se mantiene⁶². En otras palabras, lo primero que cabe advertir es “que el problema se plantea exclusivamente en relación a la actividad económica, y, específicamente, en el campo de las obligaciones y de los contratos⁶³”.

Desde el punto de vista relativo, la unificación se restringe a las obligaciones y contratos⁶⁴. En tal sentido, el Proyecto de Código Civil de 1998 dispuso una *unificación relativa*, subsistiendo leyes

⁵⁶ RIVERA, Julio C., *Instituciones de Derecho Civil...*, cit., t. I, pág. 290, con cita a la obra de los MAZEAUD actualizada por CHABAS. En contra: PALMERO, Juan C., “La reforma...”, cit., t. I, pág. 523 y sig., quien concluye que todas “esas críticas sin embargo, tropezaron contra la consistencia y la estabilidad institucional de un código histórico (...) pesó siempre más la consistencia y el grado formidable de inserción social y cultural que tienen los códigos históricos”.

⁵⁷ En contra: BREBBIA, Roberto H., “Significación histórica...”, cit., t. I, pág. 323, cuando afirma: “Una reforma integral sistemática del Código, que constituye la meta anhelada por todos, no exige de ninguna manera la supresión total de la ley que sustituye”.

⁵⁸ Decreto PEN 191/2011, BO 28/02/2011, considerando sexto.

⁵⁹ Método que han seguido casi todos los proyectos y que se encuentra legitimada por el trabajo de campo realizado al momento de consultar el Proyecto de Código único de 1987, cuya respuesta unánime fue que la unificación debía hacerse sobre el Código Civil. Conf., PALMERO, Juan C., “La reforma...”, cit., t. I, pág. 532 y sig., y en especial nota 16.

⁶⁰ Por su parte, nos informa ALTERINI, que el sistema anglosajón que rige desde el siglo XVIII, posee dos características particulares: “las reglas comerciales predominan sobre las civiles, y subsisten normas especiales para ciertas figuras mercantiles”. ALTERINI, Atilio Aníbal, *Contratos...*, cit., pág. 111.

⁶¹ AFTALIÓN, Enrique R. y VILANOVA, José, *Introducción...*, cit., pág. 1097, quienes agregan: “Estos antecedentes hacen posible proponer la unificación de ambos, aunque no se la lleve a cabo”.

⁶² En la nota de elevación del Proyecto de Código Civil de 1998, de fecha 18 de diciembre de 1998, se destaca por la Comisión, que el fenómeno de la unificación del Derecho Civil y del Derecho comercial, no significa “ni la absorción de aquel por éste, ni la absorción de éste por aquél, sino tan sólo la unificación sustancial de ambos exigida por la vida negocial moderna; como sucedió en Italia luego de sancionado el Código de 1942, esa unificación no significa la desaparición ni del Derecho Civil ni del Derecho Comercial como disciplinas típicas, sino tan solo la eliminación de distinguos generalmente artificiosos que, por afectar la certeza, que es a su vez componente básico de la seguridad jurídica, advienen claramente ineficientes”. Utilizamos para la cita el texto del *Proyecto de Código Civil...*, cit., pág. 5.

⁶³ AFTALIÓN, Enrique R. y VILANOVA, José, *Introducción...*, cit., pág. 1098: “Ni el derecho de familia, ni en el de las sucesiones, tiene nada que decir el derecho comercial, ni han traído novedad sus instituciones”. Creemos que está incluido en esta posición RIVERA, Julio C., *Instituciones de Derecho Civil...*, cit., t. I, pág. 107, cuando afirma que “participamos de la unificación de los conceptos generales de las obligaciones, de los contratos y de los derechos reales para su aplicación tanto a las relaciones jurídicas civiles como a las relaciones jurídicas mercantiles”.

⁶⁴ Recuerda PALMERO que, como integrante de la Comisión Técnica Jurídica de Asesoramiento sobre el Proyecto de Unificación de la Legislación Civil y Comercial de la Nación, se realizaron consultas a los operadores del derecho en torno al Proyecto de Código único de 1987, con el siguiente cuestionario: “1) Conveniencia de la unificación de la

que pertenecen al derecho comercial, como ser: sociedades, seguros, letra de cambio y pagaré, prenda con registro, warrant, concursos, factura de crédito, marcas, patentes, defensa de la competencia, tarjeta de crédito, etc.

Parecería que el Decreto 191/2011 mantiene, en principio, esta impronta con las particularidades que esbozaremos más abajo⁶⁵. Así, en el considerando 11), se sostiene que el “objetivo de actualización y unificación de la legislación nacional en materia de derecho privado” y, agregándose, en el considerando 12), que “se ha generalizado la idea de que resulta necesaria la unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación, a fin de generar un marco normativo adecuado al derecho privado comprensivo de ambas ramas del derecho”.

3.5. El tiempo de la unificación en 2011

Una pregunta siempre recurrente, cuando se habla de unificación, es aquella que afirma, ¿ahora es conveniente? En este caso, correspondería recurrir a los antecedentes históricos y algunos más recientes para responderla.

Empero, también cabe preguntarse con relación al tiempo, en cuanto al plazo que dispone la actual comisión para la elaboración del anteproyecto. En tal sentido, los antecedentes recientes demuestran que el plazo de un año resulta sumamente exiguo para la finalización de tamaña empresa. Por ejemplo, con el Proyecto de Código Civil de 1998, mediante el decreto 685/95, también fijó el plazo de 365 días para su presentación y tuvo luego que prorrogarse. En nuestro caso, el Decreto 191/2011, en su artículo 4º afirma que deberá elevar un “proyecto de ley de reforma, actualización y unificación del Código Civil y del Código de Comercio de la Nación en el plazo de trescientos sesenta y cinco días corridos, a partir de la fecha de su constitución”, y que puede ser ampliado a pedido de la Comisión.

A nuestro modo de ver, la Comisión podría presentar en dicho plazo un Código unificado de Derecho Privado Patrimonial y que contuviera los principios generales ordenadores, conteniendo una suerte de Parte General. En cambio, si se pretende una reforma integral, una actualización precisa y la unificación de las obligaciones y contratos, con expresa derogación del Código de Comercio, se requeriría más tiempo para su elaboración. Salvo, por supuesto, que se siguiera en lo *sustancial* los anteriores proyectos, lo cual evitaría muchas discusiones estériles.

Para concluir, hay que delimitar correctamente el *thema*, como sostuvo recientemente Alterini —en opinión que compartimos—, ya que el tema central no es la unificación de las obligaciones civiles y comerciales, sino “establecer cómo se articulará el nuevo sistema de reglas y principios, y cuál será el perfil en ese sistema del derecho civil y el derecho comercial que conocemos —unificado o no—, ante la irrupción expansiva del derecho de las relaciones de consumo⁶⁶”.

4. La noción de consumidor y los códigos de fondo

Este tema resulta trascendental para este tiempo y si pretendemos que el nuevo Código rija por los próximos cincuenta años, teniendo en cuenta que los tiempos actuales corren más rápidamente que antaño.

El Código único de 1987 no incorporó al consumidor en virtud que esta rama jurídica no había adquirido mucho desarrollo a ese momento ni tampoco existía legislación específica relativa a la noción. Por su parte, el Proyecto de Código Civil de 1998, eligió no tratar el tópico, sin

legislación civil y comercial; b) en caso afirmativo, alcance y extensión de la unificación; c) y por fin, Técnicas y método de la unificación”, resaltando en que si bien existía consenso en la unificación, “muchos opinaron que debía circunscribirse sólo al ámbito de las obligaciones y contratos”. Conf., PALMERO, Juan C., “La reforma...”, cit., t. I, pág. 531 y sig. Ampliar en, PALMERO, Juan C., “Estado de la unificación civil y comercial en la República Argentina”, RDCO, 1989.

⁶⁵ Puede ser susceptible de crítica, que a la inversa de los otros proyectos, no se ha designado ningún especialista en derecho comercial para que integre la Comisión de juristas; sin embargo, ello resulta relativo en virtud de la designación de especialistas en cada subcomisión.

⁶⁶ ALTERINI, Atilio A., “Unificación de las obligaciones civiles y comerciales”, en *Homenaje a los Congresos de Derecho Civil (1927-1937-1961-1969)*, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba, 2009, t. I, pág. 88.

desconocer experiencias foráneas⁶⁷ que si lo habían hecho, manteniéndolo como un microsistema fuera del macrosistema, a pesar del disenso de calificada doctrina⁶⁸.

Por lo cual, entendemos que de buscarse la unificación habría que tomar una previa decisión de política legislativa, ¿incluimos al consumidor dentro del código unificado? El propio BGB en su §13 lo incorpora dentro de la Parte General, como sujeto de derechos⁶⁹. El Código Civil italiano define en su art. 1469 *bis* a la cláusula *vessatorie* —abusiva— en el contrato entre el profesional y el consumidor.

Cabe preguntarse, entonces, que *concepto de consumidor* debe ser incorporado al Código y cuál es la *naturaleza* del derecho del consumidor. Por razones de método, trataremos primero la naturaleza y luego el concepto.

4.1. Naturaleza del derecho del consumidor

Se predica por la mayoría de la doctrina especializada que estamos en presencia de un *microsistema* o bien un subsistema de protección.

A partir del dictado de la ley 24.240, en el año 1993, podría calificarse su naturaleza de *subsistema de protección* que se integraba con los códigos de fondo, aunque cierta doctrina creyó observar características de un microsistema. En cambio, a partir de la ley 26.361, se fortalece la opinión mayoritaria que se trata de un *microsistema* en virtud de la preeminencia otorgada por el art. 3, de la LDC. Según Lorenzetti, el derecho de los consumidores “es un microsistema legal de protección que gira dentro del sistema de Derecho Privado, con base en el Derecho Constitucional. Por lo tanto, las soluciones deben buscarse en primer lugar, dentro del propio sistema, y no por recurrencia a la analogía, ya que lo propio de un microsistema es su carácter autónomo y aún derogatorio de normas generales⁷⁰”.

Sin embargo, si bien existen fuertes argumentos a favor de la tesis del microsistema, como la propia preeminencia, también es cierto que en otras normas se habilita la integración con “otras leyes generales y especiales”, como el art. 50 de la LDC, que permite sostener la aplicación de un plazo general superior a los tres años, y ello conspira contra la noción de microsistema. En nuestra opinión, creemos que puede hablarse seriamente más que de autonomía del microsistema, de la noción de *especialidad*, toda vez que no es posible interpretar al derecho desde una visión sesgada o parcializada, ya que existe una interrelación entre todas sus ramas, predicándose la unidad del derecho. Si sostenemos que el derecho de defensa de los consumidores ha llegado a su madurez y puede considerarse una rama especial del derecho. La doctrina está conteste en afirmar que la *especialidad* asiste a “cierta rama del derecho cuando ésta puede considerarse un conjunto orgánico de normas, instituciones y principios que regulan determinada materia conforme a determinados principios de carácter general⁷¹”.

Por supuesto, no debe perderse de vista que su finalidad es la de actuar como “corrector de la desigualdad estructural que éstos —los consumidores— padecen en el mercado, debe evitarse que en el caso concreto se sobrepase tal finalidad⁷²”.

4.2. El consumidor: ¿el consumidor como persona jurídica?

⁶⁷ Arts. 1384, 1425 a 1427, del Código Civil de Québec. Fundamentos del Proyecto de Código Civil de 1998, N° 159.

⁶⁸ En contra: MOSSET ITURRASPE, Jorge, “Del micro al macro sistema y viceversa. El diálogo de las fuentes”, en RDPyC, *Consumidores*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2009, 1, pág. 16 y sig., afirmando enfáticamente que: “Nos preocupa la indiferencia de los proyectos de reforma respecto de las normas incorporadas al microsistema del consumidor”. Luego en la nota 32 agrega: “De ninguna manera admitimos o justificamos una *reforma que margine el Derecho del Consumidor*, como ocurriera con el Proyecto de Reforma y Unificación de 1998; la incorporación al Código Único de Derecho Privado de los temas básicos o fundamentales del *microsistema* produciría su *aggiornamento*, con un enorme beneficio para el Derecho, su credibilidad y eficacia. Nos referimos a temas tales como: la información, la publicidad, los riesgos o peligros, los vicios o defectos, las garantías, el combate contra la usura o los aprovechamientos, y tantos otros”.

⁶⁹ MOSSET ITURRASPE, Jorge, “Del micro...”, cit., 1, pág. 21 nota 40, se manifiesta a favor, no de un traslado masivo al Código, sino de “multiplicar las coincidencias, manteniendo el macrosistema, a la vez que trasladando al Código lo básico o fundamental, y también, superando las divergencias”.

⁷⁰ LORENZETTI, Ricardo L., *Consumidores*, 2ª edición, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2009, pág. 50.

⁷¹ FERNÁNDEZ, Raymundo L., GÓMEZ LEO, Osvaldo R. y AICEGA, María Valentina, *Tratado...*, cit., t. I-A, pág. 297.

⁷² FARINA, Juan M., *Defensa del consumidor y del usuario. Comentario exegético de la ley 24.240 con las reformas de la ley 26.361*, 4ª edición actualizada y ampliada, Astrea, Buenos Aires, 2008, pág. 23.

En la regulación de nuestro país, el consumidor nació dentro de una legislación especial, limitada, en el año 1993. Luego, con la modificación producida a la Constitución Nacional en 1994, se incorporó a los nuevos derechos la noción de consumidor. Y, ahora, que se perfila la unificación a nuestro juicio debería ser el consumidor el *centro* del Código de Derecho Privado, siguiendo por ejemplo el modelo alemán.

La inclusión de un criterio amplio, de carácter finalista, podría ser tener en cuenta la *no profesionalidad*, y que tiene las características siguientes⁷³: a) Prescinden de la comprobación del consumo final; b) Toma en cuenta un elemento negativo; c) Se vincula con la actividad del consumidor; d) Se invierte la carga probatoria respecto de la no aplicación de la norma especial. Como bien lo explica Lorenzetti, hay una tendencia denominada *maximalista* que pretende incluir dentro del derecho del consumidor a los casos de pequeñas empresas que tienen una misma situación fáctica de vulnerabilidad⁷⁴, pretensión que califica de desacertada “toda vez que lleva a una banalización de la protección, que sería indiferenciada⁷⁵”.

Veamos ahora cuál será el concepto a incorporar al Código de fondo. En el derecho comparado, existen varios conceptos de consumidor y que pueden ser de utilidad para nuestro estudio.

En el *derecho europeo*, incluso con la unificación de la unión europea, existen diversos criterios, como veremos a continuación, en torno a considerar como tal sólo a la persona física; o incluir también a la persona jurídica; incluirlo en el Código Civil o bien en una ley especial.

En Alemania, por ejemplo, el BGB incluye una definición de *consumidor*: “§13 Consumidor: Consumidor es toda persona natural que celebra un negocio jurídico con una finalidad que no guarda relación con su actividad profesional empresarial o autónomo⁷⁶”. En España, en cambio, ha sido la Ley General para la Defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias, mediante texto refundido del Real Decreto Legislativo 1/2007, quien define al *consumidor*, en su art. 3º: “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 el derecho *latinoamericano*, y del Mercosur, tenemos en principio un criterio pacífico en torno a considerar como consumidor en sentido lato a la persona jurídica. Veamos: En efecto, en Chile⁷⁷ como en Perú, con su reciente “Código de protección y defensa del consumidor de Perú⁷⁸”, se admite dentro de la noción de consumidor a las personas físicas y jurídicas. En el ámbito del Mercosur también las legislaciones son similares en la extensión brindada al concepto de consumidor, extendiéndolo a las personas físicas y jurídicas. Así, Brasil⁷⁹, Paraguay⁸⁰ y

⁷³ LORENZETTI, Ricardo L., *Consumidores...*, cit., pág. 97.

⁷⁴ Conf., FARINA, Juan M., *Defensa del consumidor...*, cit., pág. 2, quien afirma: “En nuestra opinión, la ley 24.240 debería prever la aplicabilidad de su normativa también a aquellos contratos en los que, aún cuando la parte débil no sea consumidor final, las circunstancias permiten advertir un evidente desequilibrio o falta de equidad en el contenido de la contratación, como consecuencia de la posición dominante en el mercado de una de las partes. También eso, de un modo u otro, repercute en el consumidor o usuario final: piénsese en el comerciante minorista frente a la gran empresa productora de bienes o servicios”.

⁷⁵ LORENZETTI, Ricardo L., *Consumidores...*, cit., pág. 87.

⁷⁶ Seguimos a LAMARCA MARQUÉS, Albert (Director), *Código Civil Alemán y Ley de introducción al Código Civil*, Marcial Pons, Madrid, 2008, pág. 36.

⁷⁷ Ley N° 19.496, del año 1997, dispone en su art. 1º: “La presente ley tiene por objeto normar las relaciones entre proveedores y consumidores, establecer las infracciones en perjuicio del consumidor y señalar el procedimiento aplicable en estas materias. Para los efectos de esta ley se entenderá por: 1.- Consumidores o usuarios: las personas naturales o *jurídicas* que, en virtud de cualquier acto jurídico oneroso, adquieren, utilizan, o disfrutan, como destinatarios finales, bienes o servicios. En ningún caso podrán ser considerados consumidores los que de acuerdo al número siguiente deban entenderse como proveedores”.

⁷⁸ Ley N° 29.571, de 2010, en su art. IV. (Definiciones) afirma: “1.1 Las personas naturales o *jurídicas* que adquieren, utilizan o disfrutan como destinatarios finales productos o servicios materiales e inmateriales, en beneficio propio o de su grupo familiar o social, actuando así en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional. No se considera consumidor para efectos de este Código a quien adquiere, utiliza o disfruta de un producto o servicio normalmente destinado para los fines de su actividad como proveedor”.

⁷⁹ El Código de Defensa del Consumidor, Ley N° 8078, en su art. 2º prescribe: “Consumidor es toda persona física o jurídica que adquiere o utiliza productos o servicios como destinatario final. Equipárese a consumidor, a las colectividades de personas que, aunque indeterminable, hayan intervenido en las relaciones de consumo”.

Uruguay⁸¹ lo ratifican; siempre y cuando, consume o utilice productos como destinatario final. En nuestro país, tanto en la ley originaria (24.240), como en su modificación por ley 26.361⁸², se extiende su protección tanto a la persona física como jurídica.

4.3. La noción de comerciante o empresario: el proveedor

En igual sentido, siendo conceptos complementarios, veamos cuál sería el concepto de empresario en la relación de consumo.

En el derecho comparado, tanto en Alemania⁸³ como en España⁸⁴, se pone énfasis en la condición empresarial y profesional del prestador, ya sea como persona física o jurídica. En el derecho latinoamericano, se considera proveedor, a una noción muy similar. Así, en Chile⁸⁵, Perú⁸⁶, Paraguay⁸⁷ y la República Oriental del Uruguay⁸⁸ se caracteriza al proveedor como aquella persona física o jurídica, pública o privada, que interviene en la producción, fabricación, importación, distribución, comercialización, venta o arrendamiento de bienes o prestación de servicios.

En el derecho argentino, el otro término de la relación jurídica encontramos al *proveedor* de bienes y servicios, definido en el art. 2° de la LDC, en su redacción original, que rezaba: “Quedan obligados al cumplimiento de esta ley todas las personas físicas o jurídicas, de naturaleza pública

⁸⁰ Ley N° 1334, en su art. 4°, dice: “A los efectos de la presente ley, se entenderá: a) Por consumidor y usuario a toda persona física o jurídica, nacional o extranjera que adquiera, utilice o disfrute como destinatario final de bienes o servicios de cualquier naturaleza”.

⁸¹ Ley N° 17.250, en su art. 2°, dice: “Consumidor es toda persona física o jurídica que adquiere o utiliza productos o servicios como destinatario final en una relación de consumo o en función de ella. No se considera consumidor o usuario a aquel que, sin constituirse en destinatario final, adquiere, almacena, utiliza o consume productos o servicios con el fin de integrarlos en procesos de producción, transformación o comercialización”.

⁸² Ley 24.240: “ARTICULO 1° — Objeto. Consumidor. Equiparación. La presente ley tiene por objeto la defensa del consumidor o usuario, entendiéndose por tal a toda persona física o jurídica que adquiere o utiliza bienes o servicios en forma gratuita u onerosa como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social. Queda comprendida la adquisición de derechos en tiempos compartidos, clubes de campo, cementerios privados y figuras afines”.

⁸³ BGB “§14 Empresario: (1) Empresario es una persona natural o jurídica o una sociedad de personas dotada de capacidad jurídica que en la celebración de un negocio jurídico actúa en ejercicio de su actividad profesional empresarial o autónoma. (2) Una sociedad de personas dotada de capacidad jurídica es una sociedad de personas con la capacidad de adquirir derechos y asumir obligaciones. LAMARCA MARQUÉS, Albert (Director), *Código Civil Alemán...*, cit., pág. 36.

⁸⁴ LGDCU en su art. 4° define: “A efectos de lo dispuesto en esta norma, se considera empresario a toda persona física o jurídica que actúa en el marco de su actividad empresarial o profesional, ya sea pública o privada”. En su art. 7°: “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”.

⁸⁵ Ley N° 19.496 en su art. 1° segundo párrafo afirma: “2.- Proveedores: las personas naturales o jurídicas, de carácter público o privado, que habitualmente desarrollen actividades de producción, fabricación, importación, construcción, distribución o comercialización de bienes o de prestación de servicios a consumidores, por las que se cobre precio o tarifa. No se considerará proveedores a las personas que posean un título profesional y ejerzan su actividad en forma independiente”.

⁸⁶ Ley N° 29.571, de 2010, en su art. IV. (Definiciones): “**2. Proveedores.** - Las personas naturales o jurídicas, de derecho público o privado, que de manera habitual fabrican, elaboran, manipulan, acondicionan, mezclan, envasan, almacenan, preparan, expenden, suministran productos o prestan servicios de cualquier naturaleza a los consumidores. En forma enunciativa y no limitativa se considera proveedores a: 1. Distribuidores o comerciantes.- Las personas naturales o jurídicas que venden o proveen de otra forma al por mayor, al por menor, productos o servicios destinados finalmente a los consumidores, aun cuando ello no se desarrolle en establecimientos abiertos al público. 2. Productores o fabricantes.- Las personas naturales o jurídicas que producen, extraen, industrializan o transforman bienes intermedios o finales para su provisión a los consumidores. 3. Importadores.- Las personas naturales o jurídicas que importan productos para su venta o provisión en otra forma en el territorio nacional. 4. Prestadores.- Las personas naturales o jurídicas que prestan servicios a los consumidores”.

⁸⁷ Ley N° 1334, en su art. 4°, inc b), considera: “PROVEEDOR: a toda persona física o jurídica, nacional o extranjera, pública o privada que desarrolle actividades de producción, fabricación, importación, distribución, comercialización, venta o arrendamiento de bienes o de prestación de servicios a consumidores o usuarios, respectivamente, por los que cobre un precio o tarifa”.

⁸⁸ Ley N° 17.250: “Artículo 3°.- Proveedor es toda persona física o jurídica, nacional o extranjera, privada o pública, y en este último caso estatal o no estatal, que desarrolle de manera profesional actividades de producción, creación, construcción, transformación, montaje, importación, distribución y comercialización de productos o servicios en una relación de consumo.

o privada que, en forma profesional, aun ocasionalmente, produzcan, importen, distribuyan o comercialicen cosas o presten servicios a consumidores o usuarios. Se excluyen del ámbito de esta ley los contratos realizados entre consumidores cuyo objeto sean cosas usadas”.

La noción de proveedor se compone de dos elementos⁸⁹: *a)* la realización de ciertas conductas típicas (producir, importar, distribuir o comercializar cosas o prestar servicios a consumidores o usuarios; *b)* la profesionalidad en la realización de esas conductas. En el art. 2° vigente, reza: “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 usuarios. Todo proveedor está obligado al cumplimiento de la presente ley...”

4.4. Evolución del derecho del consumidor paralela al derecho mercantil

Si bien se afirma, reiteradamente por calificada doctrina, que en materia de derecho del consumidor han sido “los civilistas, por lo común, sus cultores, provocando variedad de trabajos, frente a una mayoritaria indiferencia de los cultores del Derecho Comercial⁹⁰”, creemos que ello deriva de una errónea caracterización de esta última rama.

En efecto, el derecho mercantil actual está ligado a la actividad, desarrollo y crecimiento de la gran empresa, a través del vehículo jurídico comprendido por las sociedades comerciales. Desde el Código de Comercio de 1862 nunca se tuvo en cuenta al consumidor, baste como ejemplo considerar la compraventa de cosas muebles ya que sólo es comercial si se la adquiere para revenderla, con una plusvalía. Lo que ocurre es que, por el efecto expansivo del derecho mercantil, los actos unilateralmente comerciales están sujetos a la ley y a la jurisdicción mercantil. Empero, entiéndase bien, hay un derecho mercantil que corresponde a los contratos entre empresas y otro derecho mercantil, que el profesor Butty calificaba de “almaceneril” y que sólo es comercial en virtud del art. 7 del Cód. de Comercio, pero que —en rigor— no interesa al derecho empresario. Ello se acredita con el art. 452 inc. 2°) del Cód. de Comercio que no considera mercantil la compraventa para consumo.

No obstante esta última observación, debemos admitir que, en nuestra opinión, existen *paralelismos* importantes entre la evolución del concepto de comerciante y del consumidor, lo que motiva que deba revisarse su concepto.

En el primero, se partió de una posición subjetiva en virtud que el derecho comercial nació para regular la actividad de ciertos sujetos que despliegan tareas de gran incidencia económica. Luego se extendió a todos aquellos que realizaran determinados actos, denominados de comercio, pasando a una concepción objetiva. Por último, se está retornando a las *fuentes*, en cuando el sujeto comercial por excelencia lo integran las sociedades comerciales, que son el “motor y sujeto de toda la economía privada (capitalista)⁹¹”.

En el segundo, también se partió de una posición subjetiva disponiendo que podían ser consumidores las personas físicas o jurídicas, pero sólo para determinados contratos de consumo (ley 24.240). Luego, se amplió notablemente esta posición incluyéndose como contratos de consumo todos aquellos en los cuáles existiera un consumidor, ya sea como parte contractual o como parte de la relación de consumo, incluso equiparándose a ciertas personas que estuvieren fuera de una relación de consumo. La noción por tanto nació subjetiva, luego fue objetiva y ahora se ha *extralimitado*, y corresponde su morigeración.

De tal modo, desde el punto de vista *subjetivo* advertimos que el legislador nacional incluyó como consumidores tanto a las personas físicas como jurídicas, tomando una postura *amplia* en

⁸⁹ Seguimos en la clasificación a MÁRQUEZ, José F. y CALDERÓN, Maximiliano, “La tutela del consumidor de los derechos de uso y goce de un inmueble. La locación y la ley 24.240”, en Revista de Derecho Privado y Comunitario, *Locación de cosas inmuebles y equivalentes*, 2004-2, p. 293-319, 297.

⁹⁰ Por todos: MOSSET ITURRASPE, Jorge, “Del micro...”, cit., 1, pág. 18 y sig.

⁹¹ Conf., ETCHEVERRY, Raúl A., *Manual...*, cit., pág. 91, cuando afirma que: “Las sociedades, verdaderos sujetos de derecho, hacen retornar de alguna manera el Derecho Comercial a sus fuentes, llegándose a una nueva concepción subjetivista debido a la fuerza de su desarrollo. Por ellas, la materia seguirá unida y con sentido predominantemente subjetivo, porque respecto de las sociedades, al menos en el derecho argentino, los actos objetivos de comercio no tienen casi explicación alguna”.

consonancia con el derecho comparado⁹² y con la propia legislación del MERCOSUR⁹³, a pesar de las críticas que existieron en el seno del Congreso Nacional al discutirse su texto⁹⁴.

4.5. Crítica de la noción

Sin embargo, como bien se dijo alguna vez por Stiglitz, el espíritu del derecho del consumidor está “ligado a la defensa de las personas físicas⁹⁵”, aserto que compartimos; en cambio, sólo por excepción puede aplicarse el régimen a las personas jurídicas, en particular a las asociaciones civiles y fundaciones, incluyéndose a las sociedades comerciales, en casos muy particulares⁹⁶ y en base a criterios ya esbozados por la doctrina⁹⁷. Se ha aclarado, de modo reciente, que no es el “destino final y se requiere que, además, el acto sea extraño a su actividad profesional, es decir, no lo incorpore de manera directa a la actividad productiva⁹⁸”.

La modificación de la ley 26.361 mantiene como sujeto protegido al consumidor como persona física y jurídica⁹⁹. En este último aspecto, si bien el espíritu del derecho del consumidor está ligado a la persona física que es la posee la vulnerabilidad jurídica más intensa, no es menos cierto que el legislador patrio también quiso proteger a la persona jurídica, como bien dice Hernández “cuando actúen fuera del ámbito de su actividad profesional, es decir, de su objeto social o giro comercial¹⁰⁰”. En nuestra opinión, lo ideal sería la protección de las personas

⁹² Por ejemplo, la “Ley General para la Defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias” de España, mediante Real Decreto Legislativo 1/2007 define al consumidor, en su art. 3º: “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”.

⁹³ El Código de Defensa del Consumidor del Brasil, ley 8078, en su art. 2º prescribe: “Consumidor es toda persona física o jurídica que adquiere o utiliza productos o servicios como destinatario final. Equipárese a consumidor, a las colectividades de personas que, aunque indeterminable, hayan intervenido en las relaciones de consumo”. La ley Paraguaya de Defensa del Consumidor 1334, en su art. 4º, dice: “A los efectos de la presente ley, se entenderá: a) Por consumidor y usuario a toda persona física o jurídica, nacional o extranjera que adquiera, utilice o disfrute como destinatario final de bienes o servicios de cualquier naturaleza”.

⁹⁴ Conf., *Antecedentes parlamentarios*, La Ley, Buenos Aires, 1995, págs. 6-122.

⁹⁵ STIGLITZ, Gabriel, “Interpretación del contrato por adhesión entre empresas (El espíritu del derecho del consumidor está ligado a la defensa de las personas físicas)”, nota a fallo de la C. Nac. Civ., sala H, 22/09/1994, “Carrefour Argentina SA c. Kids and Co SRL”, LL 1995-C, 18-29. En su comentario afirma que: “Desde el punto de vista conceptual, son consumidores también las personas jurídicas, pero cuestión distinta es resolver si éstas requieren de una protección especial, conferida por un sistema jurídico específico. Parece incuestionable una respuesta negativa, pues la protección acentuada que se otorga al consumidor, se sustenta en la carencia de suficiente discernimiento y perspicacia en cuestiones económicas y jurídicas. Y ello no ocurre como regla con las personas jurídicas, que presuponen conocimiento y experiencia en el mercado, asistencia técnica, etcétera”. Conf., ALTERINI, Atilio A., LÓPEZ CABANA, Roberto M. y STIGLITZ, Gabriel, “La protección del consumidor en el marco de un proyecto de ley”, LL 1989-B, 1002. Ampliar en ARIAS CÁU, Esteban J, “Pautas de interpretación para los contratos entre empresas (Celebrados por adhesión)”, RDCO, 2001, págs. 787-805.

⁹⁶ Un ejemplo de la aplicación de la LDC a una empresa comercial puede verse en el precedente Artemis Construcciones. Cfr., C. Nac. Com., sala A, 21/11/2000, “Artemis Construcciones SA v. Diyón SA y otro”, LL 2001-B-839; DJ, 2001-2-345.

⁹⁷ LORENZETTI, Ricardo L., *Consumidores*, 1ª ed., Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2003, págs. 92 a 95.

⁹⁸ LORENZETTI, Ricardo L., *Consumidores...*, 2009, pág. 128, en donde aclara, que esta es la interpretación más ajustada, “pero implica, a su vez, diferenciar situaciones, porque una especie es la que se refiere a la compra de un bien o servicio para usarlos y otra para integrarlos al proceso productivo. La primera está incluida y a la segunda no”.

⁹⁹ En idéntico sentido, en Latinoamérica puede verse el Código de Consumidor de Brasil (art. 2); la Ley 17.189 de Uruguay (art. 2); la Ley 1.334 de Paraguay (art. 3); El reciente “Código de protección y defensa del consumidor de Perú”, Ley 29.571 de 2010, en su art. IV. (Definiciones) 1.1 Las personas naturales o jurídicas que adquieren, utilizan o disfrutan como destinatarios finales productos o servicios materiales e inmateriales, en beneficio propio o de su grupo familiar o social, actuando así en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional. No se considera consumidor para efectos de este Código a quien adquiere, utiliza o disfruta de un producto o servicio normalmente destinado para los fines de su actividad como proveedor. En Europa, la LGDCU de España, según Real decreto Legislativo 1/2007, art. 3: “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”.

¹⁰⁰ HERNÁNDEZ, Carlos A., “Impacto del régimen de defensa del consumidor sobre la teoría del contrato”, en NICOLAU, Noemí, *Fundamentos de derecho contractual*, La Ley, Buenos Aires, 2009, p. 427, quien agrega: “ello concede un margen de protección a las empresas cuando actúan fuera de su ámbito de experticia profesional, donde pueden presentar la misma vulnerabilidad que la persona física”.

jurídicas a través de una ley general de condiciones generales de la contratación, y no por el régimen del consumidor.

Empero, receptando la categoría legal, creemos en una *interpretación restrictiva* aplicable sólo aquellas personas jurídicas que no tengan finalidad de lucro, como ser asociaciones civiles¹⁰¹ o fundaciones¹⁰², y por ende excluimos a aquellas sociedades comerciales que tienen un objeto comercial, por más que mediatamente cuando consuman como destinatarias finales no adquieran o utilicen el bien o servicio para su actividad comercial. En otros términos, para Farina será aplicable la LDC a “toda persona jurídica que no tenga por objeto o que no realice de hecho una actividad de producción o de comercialización de bienes o servicios para el mercado”¹⁰³.

4.6. Las condiciones generales de contratación. Su inclusión en el código de fondo como protección para las personas jurídicas empresarias

Creemos que la mejor solución es regresar a las fuentes, incorporando como concepto *típico de consumidor a las personas físicas* y excluyendo de su protección a las personas jurídicas, en particular a las sociedades comerciales. Ello no implicar dejar de lado o desproteger a las sociedades comerciales, ya que como contrapartida deberíamos incorporar un régimen de condiciones generales de contratación¹⁰⁴, aplicable tanto a personas físicas como jurídicas.

En el BGB alemán se permite la aplicación de las llamadas *condiciones generales de la contratación*¹⁰⁵, tanto a los contratos paritarios como de consumo, celebrados por empresas o entre empresas y consumidores. En el Proyecto de Código Único de 1987, se incorporó el art. 1157, dentro del capítulo “De los contratos en general”, que estableció una regulación de las cláusulas predispuestas, en igual sentido¹⁰⁶.

Por lo tanto, entendemos que su ámbito de aplicación debería ser lo más amplio posible, tanto desde el punto de vista objetivo como subjetivo, para propiciar su aplicación ya sea a personas físicas o jurídicas, tanto sean que adopten la forma societaria o unipersonal, y de este modo evitar aquella tendencia *maximalista* denunciada por Lorenzetti que pretende aplicar a los contratos entre empresas la normativa específica del consumidor, incluida en la LDC. En el anteproyecto elaborado por Moisés, su ámbito de aplicación era el siguiente: “La presente ley es de aplicación exclusiva a los contratos celebrados por adhesión a cláusulas predispuestas, y protege a todos los

¹⁰¹ ZALDÍVAR, Enrique, MANÓVIL, Rafael M., RAGAZZI, Guillermo E., ROVIRA, Alfredo L., *Cuadernos de Derecho Societario. Aspectos jurídicos generales, 1ª edición (1973), 1ª reimposición*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1980, tomo 1, pág. 48, afirmando que “si bien en la asociación deben concurrir la pluralidad de miembros; realizarse los aportes necesarios para cumplimentar el fin, de lo que resulta la formación de un patrimonio propio, en cambio faltan el propósito de lucro y la equivalente contribución a las pérdidas que vemos en las sociedades tanto civiles como comerciales”.

¹⁰² Conf., FARINA, Juan M., *Defensa del consumidor...*, cit., pág. 56.

¹⁰³ FARINA, Juan M., *Defensa del consumidor...*, cit., pág. 56.

¹⁰⁴ Recomendamos la lectura del “Anteproyecto de ley sobre condiciones generales de la contratación y condiciones abusivas”, elaborado por Benjamín MOISÁ, en su tesis doctoral denominada *La autonomía de la voluntad y la predisposición contractual*, Zavallia, Buenos Aires, 2005, pág. 251-257.

¹⁰⁵ BGB “§305 Incorporación de condiciones generales de la contratación en el contrato: (1) Son condiciones generales de la contratación todas las cláusulas contractuales predispuestas para una pluralidad de contratos, que una parte contractual (predisponente) presenta a la otra parte contractual en la conclusión de un contrato. Es irrelevante que las cláusulas constituyan una parte independiente externa del contrato o se recojan en el propio documento contractual, la extensión que tengan, en qué forma escrita estén redactadas y la forma que tenga el contrato. No hay condiciones generales de la contratación en el caso en que las cláusulas del contrato han sido negociadas individualmente entre las partes contractuales. (2)...”. Conf., LAMARCA MARQUÉS, Albert (Director), *Código Civil Alemán...*, cit., pág. 88.

¹⁰⁶ *Proyecto de Código Civil*, Astrea, Buenos Aires, 1987, pág. 90. Art. 1157: “En los contratos con cláusulas predispuestas por una de las partes o que hagan referencia a condiciones generales, que la otra parte estuvo precisada a celebrar, se tendrá por no convenidas: 1) Las cláusulas que desnaturalicen las obligaciones, limiten la responsabilidad del predisponente por daños corporales, o la limiten por daños materiales sin una adecuada equivalencia económica; 2) Las cláusulas que importen renuncia o restricción a sus derechos, o amplíen derechos del predisponente que resulten de normas supletorias, salvo, en ambos casos, que conforme a las circunstancias haya conocido o usando la debida diligencia haya debido conocer estas cláusulas antes de concluir el contrato, y las haya aprobado expresa y especialmente por escrito.

adherentes que se vean obligados a contratar en tales circunstancias, con prescindencia de sus condiciones personales...¹⁰⁷”

5. Conclusiones

Pues bien, a modo de conclusión, creemos que se debe propiciar la interpretación *restringida* del consumidor como persona jurídica, sólo para aquellas que carezcan de fines de lucro, como las asociaciones y fundaciones. De este modo, creemos que deberá excluirse como consumidores, como regla, a todas las sociedades comerciales en tanto y en cuanto adquieran bienes para dedicarlos de forma directa e inmediata a la producción o intercambio de bienes o servicios.

Por último, para el supuesto de decidirse la inclusión del consumidor dentro del código unificado, decididamente propiciamos la *exclusión* de la persona jurídica del concepto del consumidor. Creemos que debería insertarse en el Código Civil unificado la noción *restringida*, comprendiendo sólo a la persona física, sujeto único de tutela. Empero, ello no implica dejar la lado a la empresa o a las personas jurídicas, tanto pequeñas como medianas, puesto que su salvaguarda le corresponde mediante el dictado de una la Ley de condiciones generales de Contratación, o bien normas específicas en el Código unificado.

A modo de colofón, esperamos que este nuevo intento unificador pueda tener éxito de modo de revitalizar nuestro derecho privado. Sin embargo, no podemos despojarnos de cierta actitud escéptica, y parafraseando al jurista alemán Julius Von Kirchmann, rematamos que: “dos palabras rectificadoras del legislador bastan para convertir bibliotecas enteras en basura¹⁰⁸”.

¹⁰⁷ Conf., MOISÁ, Benjamín, *La autonomía...*, cit., pág. 252.

¹⁰⁸ KIRCHMANN, Julius Hermann von, *Die wertlosigkeit der jurisprudenzen als wissenschaft*, Berlín, 1847, citado por AFTALIÓN, Enrique R., GARCÍA OLANO, Fernando y VILLANOVA, José, *Introducción...*, cit., pág. 42.