

LA NOCIÓN DE CONSUMIDOR EN EL MERCOSUR*

SARA LIDIA FELDSTEIN DE CÁRDENAS

*Catedrática de Derecho Internacional Privado
Universidad de Buenos Aires - UBA*

LUCIANE KLEIN VIEIRA

*Asistente de Derecho Internacional Privado
Universidad de Buenos Aires - UBA*

Recibido: 17.05.2011 / Aceptado: 25.05.2011

Resumen: El presente artículo tiene como objetivo comparar la calificación legal de consumidor, presente en el derecho de fuente interna de los países miembros del Mercosur, para a partir de allí establecer las bases comunes y las potenciales diferencias que integran el concepto mencionado. Igualmente, busca precisar la definición legal de «consumidor», utilizada en los debates y negociaciones realizados en el ámbito del Mercosur, considerados como fuente convencional autónoma del derecho del bloque. Finalmente, se establecen conclusiones basadas en la posibilidad de armonización de los conceptos presentados por los distintos Estados, con el objeto de poder ofrecer al consumidor transfronterizo la protección legal adecuada.

Palabras clave: calificación, consumidor, Mercosur, armonización.

Abstract: This article aims to compare the legal qualification of consumers, present in the national Law of the Mercosur countries, to establish common ground and potential differences building that notion. It also clarifies the legal definition of «consumer», used in many debates and negotiations in the Mercosur's context and considered as a conventional source of Mercosur economic block's Law. Finally, conclusions are drawn based on the possibility of harmonization of concepts presented by many States, to offer the adequate legal protection for cross-border consumers.

Key words: qualification, consumer, Mercosur, harmonization.

Sumario: I. Introducción. II. El Concepto de Consumidor. III. El Concepto de Consumidor en el Derecho de Fuente Interna. 1. El concepto de consumidor en la Argentina. 2. El concepto de consumidor en Brasil. 3. El concepto de consumidor en Paraguay. 4. El concepto de consumidor en Uruguay. 5. El concepto de consumidor en Venezuela. IV. El Concepto de Consumidor en el Derecho de Fuente Convencional Autónoma. 1. La Resolución del Grupo Mercado Común (GMC) n° 123/1996. 2. El Protocolo de Santa María. 3. El Proyecto de Protocolo o Reglamento Común de Defensa del Consumidor. 4. El Proyecto de Resolución del Grupo Mercado Común (GMC) sobre Derecho Aplicable a los Contratos internacionales de Consumo. V. Algunas Propuestas. Conclusiones.

*Este trabajo se inserta dentro del marco del Proyecto UBACyT n° 20020090100048, sobre «El Derecho Aplicable en Materia de Contratación Electrónica con Consumidores: bases para la armonización legislativa en el Mercosur» (2010-2012), dirigido por la Dra. SARA L. FELDSTEIN DE CÁRDENAS.

I. Introducción

1. La defensa del débil en sentido jurídico es preocupación esencial del Derecho moderno¹, e inobjetablemente lo es para una de sus manifestaciones que no puede permanecer ajeno como es al Derecho Internacional Privado², en especial dentro del área de la contratación internacional³. Por este motivo nos vienen a cuento aquellas célebres palabras de BASTIAT cuando sostuvo, y el tiempo le dio la razón, que «si los bienes no cruzan las fronteras, lo harán los soldados»⁴. En este último aspecto, la asistencia de esta rama del Derecho en la búsqueda de soluciones es algo ineludible, ya que resulta común, que en una transacción internacional el proveedor y el consumidor residan en diferentes jurisdicciones, de modo tal que por lo menos dos derechos nacionales pueden potencialmente ser aplicados sobre protección del consumidor.

2. A tenor de este múltiple escenario, en el ámbito de las relaciones jurídicas internacionales que se desarrollan dentro de los espacios integrados, los esquemas de integración, precisamente, tienen como desafío armonizar el concepto de consumidor en el territorio de los países miembros, en razón de que la definición varía según las distintas normas y tradiciones jurídicas, para que de esta forma el consumidor transfronterizo no se quede sin el amparo de la protección estatal. Si bien es cierto que somos conscientes, tal como lo señala ATILIO ANÍBAL ALTERINI, cuando sostiene que la caracterización del consumidor es problemática⁵, no lo es menos que debemos asumir esta tarea. Hay que puntualizar, y ello cobra fundamental importancia, si la definición de consumidor debe ser o no realizada. En caso afirmativo, habrá que discernir acerca de la conveniencia de la adopción de una noción restrictiva o amplia, es decir lo suficientemente abarcativa como para comprender variadas situaciones. Al intentar definir, al calificar, se está procurando fijar el ámbito de aplicación normativo, y por ende, el alcance de la tutela, del régimen especial previsto.

3. Siendo así, el objetivo de este análisis es hacer un estudio comparativo sobre el concepto de consumidor en los cuatro Estados Partes del MERCOSUR, ampliando todavía el análisis incluyendo el derecho del consumidor en Venezuela, país candidato a entrar en el bloque como Miembro Pleno. Todo ello, sin dejar de tener en cuenta la calificación de consumidor dada por el esquema de integración en los diversos intentos de edición de normativas MERCOSUR sobre protección y defensa de la parte vulnerable del contrato de consumo. En la parte conclusiva de este trabajo, se pretende verificar si es pertinente y posible armonizar los conceptos de consumidor existentes en el bloque y de qué forma esto podrá ser logrado.

¹ Vid. L. JOSSEAND, «La protección de los débiles por el Derecho», *Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración*, n° 12, diciembre 1947, p. 313.

² En este sentido es interesante destacar que: «la protección del consumidor comenzó siendo una cuestión de derecho interno, limitándose al espacio territorial en que cada Estado ejerce su soberanía; sin embargo, el extraordinario desarrollo que el comercio internacional ha tenido en las últimas décadas ha puesto de manifiesto la necesidad de extender la tutela para más allá de las fronteras nacionales.» (Vid. D. HARGAIN/G. MIHALI, *Circulación de Bienes en el Mercosur*, BdeF, Buenos Aires, 1998, p. 504.)

³ Aunque la referencia a los contratos internacionales resulta ineludible, no puede ignorarse que puede hablarse de relación de consumo, que abarca todas las situaciones en las que el sujeto es protegido, antes de la contratación, durante ésta y después de celebrado el contrato si es dañado por un acto ilícito extracontractual sea que actúe individual o colectivamente.

⁴ Vid. A. A. ALTERINI, *Contratos Civiles, Comerciales, De Consumo*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1999, p. 159. El derecho de los consumidores en el derecho privado se refleja como un microsistema jurídico de protección del consumidor. En este sentido, LORENZETTI señala algunos puntos que evidencian la gestación del proceso de formación de los microsistemas: a) se instala un orden protectorio que deroga el principio general de la igualdad de los ciudadanos. El orden supletorio se torna imperativo, surgen las nulidades virtuales y se pretende el mantenimiento del propósito práctico perseguido por los contratantes, los módulos abiertos para la calificación de cláusulas contractuales abusivas, el listado de cláusulas negras y grises, el control administrativo previo, el desechamiento de algunas cláusulas manteniendo el negocio y rediseñándolo, aunque no son muy frecuentes en el Derecho Común; y b) existe un apartamiento del principio de efectos relativos de los contratos, al sugerir la imputación de daños al fabricante, al distribuidor, al mayorista, al titular de la marca que no han celebrado contrato alguno con el consumidor como ocurre en la ley brasileña 8078/90. Asimismo, prosigue el autor, se conceden acciones al consumidor, al usuario, a miembros del grupo familiar, a las asociaciones de consumidores, que tampoco han tenido vínculos convencionales previos. (Vid. R. LORENZETTI, «La Relación de Consumo. Ámbito de Aplicación del Estatuto de Defensa del Consumidor», en R. LORENZETTI/G. J. SCHÖTZ (Coords.), *Defensa del Consumidor*, Buenos Aires, Ábaco de Rodolfo Depalma, 2003.)

⁵ Vid. A. A. ALTERINI, *op. cit.*, p. 152.

II. El Concepto de Consumidor

4. El concepto jurídico del consumidor aparece aproximadamente en la década de los cincuenta, en donde logra independizarse del clásico contratante del ámbito contractual y del damnificado del área de la responsabilidad extracontractual. La importancia es tal, que hay estados que tienen previsiones en sus constituciones nacionales⁶, tal el caso de la Argentina (artículos 42 y 43⁷), y de Brasil (artículos 5 y 170), entre otros.

5. Conforme advierte JAVIER H. WAJNTRAUB, el origen del término «consumidor» está relacionado a las ciencias económicas, aunque actualmente haga parte del mundo jurídico. Según el autor: «para los economistas, consumidor es un sujeto de mercado que adquiere bienes o usa servicios para destinarlos a su propio uso o satisfacer sus propias necesidades, personales o familiares. Lo que busca el consumidor es hacerse con el *valor de uso* de lo adquirido, al no emplearlo en su trabajo para obtener otros bienes o servicios. En este sentido, participa de la última fase del proceso económico.» Así, al consumidor le interesa el valor de uso mientras que al empresario el valor de cambio. El consumidor es el último eslabón en la secuencia económica.⁸

Como se puede imaginar, sería fácil tomar el concepto económico de consumidor y trasladarlo a la ciencia jurídica, considerando, además, que el ordenamiento jurídico de los distintos Estados intenta resguardar, por sus leyes de protección al consumidor, el sujeto más débil de la relación de consumo. Empero, para merecer la protección asignada por la ley, no basta que aparezca la situación de debilidad estructural antes señalada. Es necesario, por ende, que la propia ley encuadre el sujeto que adquiere un bien o un servicio dentro de una determinada categoría jurídica o tipo legal, es decir, dentro de la calificación establecida por la ley a ser aplicada.

De esta forma, definir cómo se califica el «consumidor» es esencial a la hora de determinar cuáles son las relaciones jurídicas que podrán ser consideradas como relaciones de consumo y, por ende, cuáles son los sujetos que estarán protegidos por la ley. Como bien advierte DIEGO P. FERNÁNDEZ ARROYO, el «consumidor» es definido de maneras muy distintas en los diversos países. En este sentido, existen tres criterios principales que suelen ser empleados por las legislaciones en el Derecho Comparado, para determinar quien será abarcado por la relación de consumo. Tales criterios pueden surgir en el texto legal de forma individual o combinada y se refieren a lo siguiente: «in the first place, the type of person can be taken into account. Indeed, some legal orders exclusively reserve the description of consumer for physical persons, excluding juridical persons. Others, however, encompass both types. A sub-distinction can be employed for juridical persons: in certain countries, an association may be deemed to be a consumer, but not a corporation (civil or commercial), whereas in others, the description is not limited to a certain type of juridical person. In the second place, the behaviour of a person who purchases goods or services plays an important part in determining the application of protective rules. Following the example of EU law, many orders limit the application of consumer law to passive consumers, that is to say, to those

⁶ El concepto de consumidor fue independizado del concepto general de contratante en razón de su debilidad o hiposuficiencia. En este contexto, la fragilidad del consumidor fue lo que llevó a los Estados a adoptaren medidas y políticas públicas a favor de su protección, en donde podemos incluir la previsión constitucional como mecanismo imprescindible para el logro de los objetivos protectorios planteados. Como bien advierte Lopes: «o consumidor aparecia como uma figura frágil frente ao poderio econômico-financeiro dos grandes grupos, principalmente depois da Segunda Guerra Mundial. Por conta desse flagrante desequilíbrio, emergiram no cenário mundial as regras jurídicas da proteção do consumidor, impingindo ao Estado adotar políticas visando adaptar disparidades por meio de políticas e programas governamentais.» (Vid. R. KFURI LOPES, «A maioria da Lei de Consumo no Brasil», *Revista Magister de Direito Empresarial, Concorrencial e do Consumidor*, n° 19, febrero/marzo 2008, p. 156.)

⁷ También se encuentra protegido por constituciones provinciales como, por ejemplo, la Constitución de la Provincia de Santa Cruz de 1957 (artículo 46); la Constitución de Jujuy de 1986, artículo 73; la Constitución de San Juan de 1986, artículo 69; la Constitución de Santiago del Estero de 1986, artículo 51; la Constitución de Córdoba de 1987, artículo 29; la Constitución de Catamarca de 1988; la Constitución de Río Negro de 1988, artículo 30; la Constitución de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur, artículo 22 y el artículo 38 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires (CPBA), entre otras constituciones.

⁸ Vid. J. H. WAJNTRAUB, «La Noción de Consumidor tras la Reforma de la Ley 24.240», en R. VÁZQUEZ FERREYRA (Coord.), *Reforma a la Ley de Defensa del Consumidor*, Buenos Aires, La Ley, 2008, p. 155.

who have not taken any particular steps to purchase the goods and/or to those who have been targeted by marketing and advertising campaigns. Finally, some laws consider the purpose for which goods have been purchased in order to determine the application of protective instruments within consumer law. This criterion allows for a flexible appreciation of the notional consumer. Purchases made for professional reasons are excluded from this area of application of consumer law. This element is sometimes combined with the purchaser's expertise: therefore a professional who purchases goods or services for professional reasons, but in an area of activity where he/she has no experience, may be deemed to be a consumer and may benefit from protective rules.»⁹

En este aspecto, resulta necesario resaltar que los elementos que pueden ser tomados en consideración son, por ejemplo, el destino final de los bienes (uso familiar, personal o doméstico), la naturaleza profesional de la actividad del consumidor que los introduce o no en el mercado, o bien la integración de los bienes al proceso productivo, destino final de la producción, entre otros.

6. Cuando se trata de definir al consumidor, según un destacado jurista argentino, se suelen distinguir claramente entre concepciones objetivas y concepciones subjetivas. Las concepciones *objetivas* suelen contener un componente positivo y otro negativo: el elemento positivo consiste en la exigencia de que el acto de intermediación sea realizado por un profesional del comercio, y el elemento negativo atañe al sujeto calificado como consumidor, que no debe actuar profesionalmente. En esta concepción, el *acto de consumo* «pone necesariamente en contacto a un consumidor con un profesional» que está «habitado a concluir un contrato semejante». En las definiciones *subjetivas* hay también un componente positivo: para ser considerado consumidor el sujeto debe destinar la adquisición a su uso personal o familiar; pero la calidad profesional del intermediario resulta indiferente. En esta concepción, se trata del «adquirente no profesional de bienes de consumo destinados a su uso personal»¹⁰. Aunque para ser sinceras, no podemos ignorar que hay legislaciones, instrumentos normativos, que combinan el uso personal con la naturaleza profesional o no profesional de la actividad desarrollada por el consumidor al concluir el contrato, tal el caso del artículo 120 de la Ley Suiza de Derecho Internacional Privado de 1987, cuando establece que: «habrá prestación corriente de consumo destinada a un uso personal o familiar del consumidor y que no tiene relación con la actividad profesional o comercial del mismo».

III. El Concepto de Consumidor en el Derecho de Fuente Interna

7. Para empezar el análisis al cual nos propusimos, el primer paso será buscar el concepto de consumidor establecido en el derecho interno de cada uno de los Estados que forman parte del MER-

⁹ Vid. D. P. FERNÁNDEZ ARROYO, «Consumer Protection in International Private Relations», en D. P. FERNÁNDEZ ARROYO/J. A. MORENO RODRÍGUEZ (Coords.), *Consumer Protection in International Private Relationships – La Protection des Consommateurs dans les Relations Privées Internationales*, Asunción, CEDEP, 2010, pp. 671-672. En primer lugar, el tipo de persona puede ser llevado en consideración. De hecho, algunos ordenamientos jurídicos se reservan exclusivamente la descripción de los consumidores para las personas físicas, con exclusión de las personas jurídicas. Otros, sin embargo, abarcan los dos tipos. Una sub-distinción puede ser empleada para las personas jurídicas: en algunos países, una asociación puede ser considerada como un consumidor, pero no una sociedad (civil o mercantil), mientras que en otros, la descripción no se limita a un determinado tipo de persona jurídica. En segundo lugar, el comportamiento de una persona que compra bienes o servicios desempeña un papel importante en la determinación de la aplicación de las normas de protección. Siguiendo el ejemplo de la legislación de la UE, en muchos ordenamientos jurídicos se limita la aplicación del derecho del consumidor a los consumidores pasivos, es decir, a aquellos que no han tomado ninguna medida en particular para comprar los productos y/o para aquellos que han sido blanco de marketing y campañas de publicidad. Por último, algunas leyes llevan en consideración la finalidad según la cual los bienes hayan sido adquiridos con el fin de determinar la aplicación de los instrumentos de protección en el derecho del consumidor. Este criterio permite una apreciación flexible de la figura teórica del consumidor. Las compras realizadas por motivos profesionales se excluyen de esta zona de aplicación del derecho del consumidor. Este elemento se combina a veces con la experiencia del comprador: por lo tanto un profesional que compra bienes o servicios por razones profesionales, pero en un área de actividad en la que él/ella no tiene experiencia, puede ser considerado como un consumidor y puede beneficiarse de las normas de protección. (Traducción libre)

¹⁰ Cuando analicemos las legislaciones pertinentes procuraremos ubicarlas dentro de estas concepciones.

COSUR, incluyendo a Venezuela, para que así sea posible trazar un paralelo entre las calificaciones presentadas, de forma a verificar en cuáles de ellos se le confiere al consumidor una mayor protección jurídica.

1. El concepto de consumidor en la Argentina

8. El artículo 1° de la ley n° 24.240, ley de protección y defensa del consumidor, cuya redacción fue determinada por la reforma introducida por la ley n° 26.361, del 07 de abril de 2008, brinda la noción de usuarios¹¹ y consumidores en el territorio argentino, manteniendo, a grandes rasgos, la definición anteriormente empleada, empero, introduciendo algunos cambios importantes, los cuáles serán subrayados en este trabajo.

Conforme el artículo mencionado, se entiende por consumidor o usuario «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».

El primer comentario que se puede hacer a este precepto es que el mismo, con relación a la redacción anterior, conserva el criterio amplio de incluir en el concepto de consumidor tanto a la persona física como a la jurídica, lo que de cierta forma, está en armonía con las legislaciones vigentes en los demás países del MERCOSUR¹², cómo se verá en el trascurso de este estudio.

Además, es de subrayar que la nueva redacción dada al artículo 1° incluye como consumidor a aquél que adquiere o utiliza bienes o servicios de modo gratuito. De esta forma, conforme destacan ROBERTO A. VÁZQUEZ FERREYRA y DAMIÁN AVALLE, «quedan entonces comprendidas directamente dentro del ámbito de la ley, siéndoles por ende aplicables todos sus institutos (deber de información, carácter vinculante de la oferta, régimen de las garantías, etc.), las denominadas muestras gratis (antes contempladas en la reglamentación), la provisión de servicios sin costo con fines experimentales o publicitarios, en fin, toda contratación gratuita; así como también todos aquellos ‘accesorios’ gratuitos a una relación de consumo, tales como el servicio de playa de estacionamiento en supermercados y centros comerciales, etc.»¹³

Otra cuestión que surge de la lectura del mentado artículo 1° es que para que sea considerado consumidor, el sujeto debe actuar en el mercado como destinatario final de los bienes o servicios, ya que éstos deben ser empleados para uso privado, familiar o social. Es decir, por el texto de la ley, «el producto o servicio es retirado del mercado, no volviéndose a reinsertar en él mediante su incorporación a un nuevo proceso de elaboración de bienes o de prestación de servicios.»¹⁴ Siendo así, la reforma admitió que las personas jurídicas estén dentro de esta protección legal, cuando actúen fuera del ámbito de su

¹¹ El derecho argentino distingue entre el usuario y el consumidor, determinando que el primero se refiere a quien utiliza bienes o servicios sin ser parte del contrato de consumo. (Vid. C. A. HERNÁNDEZ, «La Noción de Consumidor y su Proyección sobre la Legitimación para Accionar», *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, Tomo 2009-1, 2009, p. 270.)

¹² Vid. C. A. HERNÁNDEZ/S. A. FRUSTAGLI, «Primeras Consideraciones sobre los Alcances de la Reforma a la Ley de Defensa del Consumidor, con Especial Referencia a la Materia Contractual», *Revista de Direito do Consumidor*, n.º 67, julio/septiembre 2008, p. 246.

¹³ Vid. R. A. VÁZQUEZ FERREYRA/D. AVALLE, «Reformas a la Ley de Defensa de los Consumidores y Usuarios», *La Ley*, Tomo 2008-D, p. 1064.

¹⁴ Vid. C. A. HERNÁNDEZ/S. A. FRUSTAGLI, *op. cit.*, p. 246. Respecto al tema, es interesante mencionar que el art. 2°, § 2° de la ley de defensa del consumidor, derogado por la reforma, decía expresamente que no tendrían el carácter de consumidores o usuarios quienes adquiriesen, almacenaren, utilizaran o consumieren bienes o servicios para integrarlos en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros. Esto condujo a que un sector de la doctrina argentina sostuviera que sólo las personas jurídicas sin fines de lucro estaban en condiciones de ser calificadas como consumidores, entendiendo, por ende, que no se justificaba extender a las empresas la protección concedida a las personas físicas, sustentada en la carencia del suficiente discernimiento y en la hiposuficiencia, ya que éstas cuentan con conocimiento, experiencia de mercado y asistencia técnica. (Vid. G. STIGLIZ, «Interpretación del Contrato por Adhesión entre Empresas (El espíritu del derecho del consumidor está ligado a la defensa de las personas físicas)», *La Ley*, Tomo 1995-C, p. 18.) De la misma forma, el decreto reglamentario de la ley 24.240, por no distinguir «entre adquisiciones relacionadas de manera genérica o específica con la actividad profesional del adquirente, intentaba excluir de la tutela legal a las personas jurídicas de carácter lucrativo, toda vez que en tal caso, cualquier adquisición habría de relacionarse de algún modo con su actividad profesional». (Vid. C. A. HERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 269.)

actividad profesional¹⁵, confirmando la tendencia jurisprudencial¹⁶ y doctrinaria¹⁷ que pugnaba por una interpretación menos rigurosa¹⁸.

Además, el nuevo artículo 1º eliminó los tres incisos que antes tipificaban los contratos amparados por la ley de defensa del consumidor (adquisición o locación de cosas muebles, prestación de servicios, adquisición de inmuebles nuevos destinados a vivienda, incluso los lotes de terreno adquiridos con el mismo fin, cuando la oferta sea pública y dirigida a persona indeterminada). Por la nueva redacción, queda ahora comprendida toda la contratación inmobiliaria, antes limitada a los inmuebles nuevos destinados a la vivienda, exceptuados los negocios celebrados entre dos particulares, por estar ausente el requisito de profesionalidad que define el concepto de proveedor, conforme el artículo 2º de la ley 24.240¹⁹. La nueva redacción permite incluir en la noción de consumidor a todo aquél que celebre un contrato o negocio jurídico, sobre todo los relacionados a «la adquisición de derechos en tiempos compartidos, clubes de campo, cementerios privados y figuras afines»²⁰.

Sin embargo, el cambio más significativo se refiere a la introducción del párrafo final al artículo 1º, según el cual: «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 esta determinación, el legislador argentino consideró comprendidos en la tutela del régimen de consumo a los no contratantes, como bien señala Atilio Alterini²¹. De esta forma, están protegidos por la ley de defensa del consumidor los que se conocen como *bystander*; es decir, «aquellas personas que sin haber celebrado un contrato con el proveedor de bienes o servicios, sufren un perjuicio por la utilización o consumo de éstos»²².

En esta línea, por ende, es de subrayar la equiparación que se hace del consumidor con aquél sujeto que «de cualquier manera esté expuesto a la relación de consumo.» Según Carlos A. Hernández y Sandra A. Frustagli, esta situación puede darse en las siguientes circunstancias: a) cuando se trata de potenciales consumidores, frente a campañas publicitarias, condiciones generales de contratación o prácticas comerciales indeterminadas en sus destinatarios, que puedan resultar lesivas a los intereses de aquellos y b) cuando se trata de la seguridad de los productos y servicios incorporados al mercado por el proveedor²³.

¹⁵ Como se puede observar, la fórmula legal del derecho argentino conserva el criterio amplio de considerar como consumidores a las personas físicas y a las jurídicas, en la medida que actúen fuera del ámbito de sus actividades profesionales, que en el caso de las últimas supone obrar fuera de su objeto social o giro comercial específico. (Vid. C. A. Hernández, *op. cit.*, p. 269.)

¹⁶ Véase: «Defensa del Consumidor. Sujetos Comprendidos. Calificación de Consumidor. Protección Ley 24240 arts. 1 y 2. Destinatario Final del Bien. Exclusión: Fines Comerciales. Corresponde declarar aplicable la ley 24.240 respecto de una persona jurídica como consumidor protegido por tal norma legal, si —como en el sub lite— aquella adquirió a título oneroso un automotor cero kilómetro con la finalidad de utilizarlo en su propio beneficio, para satisfacer las necesidades de una empresa comercial: en particular la necesidad de traslado de su representante legal y del cuerpo de profesionales para la supervisión de las obras en ejecución. Es decir, como consumidor o destinatario final del bien, sin el propósito de disponer de éste, para a su vez integrarlo en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros; este es el alcance protector que emana de la ley 24.240, 1 y 2 párrafos, que torna necesario armonizar la expresada finalidad con la calidad de destinatario final que ostenta la sociedad en cuestión, por esencia, el consumidor.» (CNA 21 noviembre 2000, *Artemis Construcciones S.A. c/ Dìyon S.A. y otro*, CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO COMERCIAL. PROSECRETARÍA DE JURISPRUDENCIA, *Defensa del Consumidor. Fallos de 1ª y 2ª Instancia*, 2010, p. 76.)

¹⁷ Vid. R. Lorenzetti, *op. cit.*, p. 82; C. A. Gherzi/C. Weingarten, «Proyecto de Reforma a la Ley del Consumidor», *La Ley*, Tomo 2006-E, p. 1.144.

¹⁸ Esta consideración acerca la conveniencia de la aceptación de una noción amplia abarcativa tanto de las personas físicas como las personas jurídicas fue defendida por Victoria Basz y Sara L. Feldstein de Cárdenas, en ponencia ante la Comisión N° 7, en las Jornadas Nacionales de Derecho Civil celebradas en 1990.

¹⁹ Vid. R. A. Vázquez Ferreyra/D. Avallé, *op. cit.*, p. 1064.

²⁰ Cabe destacar que estas figuras contractuales referentes a los tiempos compartidos, clubes de campo y cementerios privados tienen solamente carácter enunciativo. Como destaca Laura Pérez Bustamante: «tales menciones no eran necesarias, ya que tanto la doctrina como la jurisprudencia han estimado aplicable la ley de defensa del consumidor a estas contrataciones.» (Vid. L. Pérez Bustamante, «La Reforma de la Ley de Defensa del Consumidor», en R. Vázquez Ferreyra (Coord.), *op. cit.*, p. 110.)

²¹ Vid. A. A. Alterini, «Las Reformas a la Ley de Defensa del Consumidor. Primera Lectura, 20 Años Después», en R. Vázquez Ferreyra (Coord.), *op. cit.*, p. 6.

²² Vid. R. A. Vázquez Ferreyra/D. Avallé, *op. cit.*, p. 1065.

²³ Vid. C. A. Hernández/S. A. Frustagli, *op. cit.*, p. 248.

2. El concepto de consumidor en Brasil

9. El Código de Defensa del Consumidor, ley n° 8.078, del 11 de septiembre de 1990, en su artículo 2° define el consumidor como siendo «toda persona física o jurídica que adquiere o utiliza producto o servicio como destinatario final.»

Como se verifica, el Código mencionado adoptó el concepto económico de consumidor, ya que se refiere al destinatario final del producto o servicio, elemento indispensable para la calificación de una persona física o jurídica como sujeto de la relación de consumo²⁴. De ser así, según la ley brasileña, para que el sujeto sea considerado consumidor deberá retirar el bien del mercado al adquirirlo o simplemente utilizarlo, poniendo fin en la cadena de producción, por no emplearlo profesionalmente²⁵. Así, aquel que adquiere o utiliza el bien, para seguir produciendo, no será calificado como consumidor final, pues estará transformando el bien, utilizándolo para ofrecer otro producto a su cliente²⁶, que sí es el verdadero consumidor²⁷, en la medida que éste no actúa con habitualidad y con conocimiento de mercado.

Esta interpretación es considerada por la doctrina mayoritaria como una definición de orden finalista, en la medida que restringe la figura del consumidor a aquel que adquiere el producto para su uso propio y de su familia, para tutelar especialmente a este grupo más vulnerable de la sociedad²⁸.

De esta forma, es necesario mencionar que la persona jurídica también podrá ser considerada «consumidor», pero, solamente cuando los bienes adquiridos fueren de consumo, y no de capital, debiendo ser demostrado que no serán empleados en otra actividad en el mundo de los negocios²⁹.

²⁴ Para CLAUDIA LIMA MARQUES: «Le CDC a préféré une définition large du consommateur, avec un élément objectif (la 'destination finale') sans mentionner l'utilisation des produits et des services contractés pour des besoins personnels ou familiaux (élément subjectif). La définition de l'article 2 permet l'inclusion des personnes morales sous son champ d'application.» (Vid. C. LIMA MARQUES, «Brésil», en D. P. FERNÁNDEZ ARROYO/J. A. MORENO RODRÍGUEZ (Coords.), *op. cit.*, p. 55.) El CDC optó por una definición amplia de consumidor, con un elemento objetivo (el «destino»), mencionando el uso de productos y servicios contratados para las necesidades personales o familiares (elemento subjetivo). La definición del artículo 2 permite la inclusión de las personas jurídicas en virtud de su alcance. (Traducción libre)

²⁵ Vid. C. LIMA MARQUES/B. MIRAGEM/A. HERMAN BENJAMIM, *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*, 2ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2006. p. 83.

²⁶ Ésta, por ejemplo, es la misma interpretación empleada por la jurisprudencia brasileña, como se puede verificar del texto del fallo de segunda instancia, emitido por el Tribunal de Justicia del Estado de Rio Grande do Sul, según el cual: «O conceito de consumidor dado pelo artigo 2º da Lei 8.078 não compreende aqueles serviços prestados pelos fornecedores que tenham por escopo a sua utilização no exercício da atividade profissional de seu destinatário. Não há de se falar na existência de relação de consumo quando pessoa física ou jurídica não contratar o serviço na condição de destinatário final.» (TJRS 17 septiembre 2008, *Apelação Cível n° 70020636734*, Relator Des. Odone Sanguiné.)

²⁷ Vid. M. MORALES, *Un Estudio Comparativo de la Protección Legislativa del Consumidor en el Ámbito Interno de los Países del Mercosur*, Rio de Janeiro/São Paulo/Recife, Renovar, 2006, p. 67.

²⁸ Vid. L. FEITEN WINGERT ODY, «O Conceito de Consumidor e Noção de Vulnerabilidade nos Países do Mercosul», *Revista de Direito do Consumidor*, n° 64, octubre/diciembre 2007, p. 86. Al contrario, la doctrina maximalista asevera que el concepto de consumidor se aplica también a las relaciones en donde el bien o el servicio adquiridos se destinan a la producción, es decir, a la satisfacción de las necesidades profesionales, lo que alarga enormemente la definición dada por la ley. Según CAROLINA CRUZ: «os maximalistas consideram como sendo consumidores aqueles sujeitos que são destinatários fáticos dos produtos ou serviços, independentemente de serem também seus destinatários econômicos. Defendem, pois, uma interpretação mais ampla da expressão 'destinatário final'» (Vid. C. DIAS TAVARES GUERREIRO CRUZ, *Contratos Internacionais de Consumo. Lei Aplicável*, Rio de Janeiro, Editora Forense, 2006, p. 51.)

²⁹ Vid. L. FEITEN WINGERT ODY, *op. cit.*, p. 87. En este sentido es interesante destacar la interpretación dada por el Superior Tribunal de Justicia de Brasil, respecto a la inclusión de la persona jurídica en el concepto de consumidor. Para esta Corte: «uma interpretação sistemática e teleológica do CDC aponta para a existência de uma vulnerabilidade presumida do consumidor, inclusive pessoas jurídicas, visto que a imposição de limites à presunção de vulnerabilidade implicaria restrição excessiva, incompatível com o próprio espírito de facilitação da defesa do consumidor e do reconhecimento de sua hipossuficiência, circunstância que não se coaduna com o princípio constitucional de defesa do consumidor, previsto nos arts. 5º, XXXII, e 170, V, da CF. Em suma, prevalece a regra geral de que a caracterização da condição de consumidor exige destinação final fática e econômica do bem ou serviço, mas a presunção de vulnerabilidade do consumidor dá margem à incidência excepcional do CDC às atividades empresariais, que só serão privadas da proteção da lei consumerista quando comprovada, pelo fornecedor, a não vulnerabilidade do consumidor pessoa jurídica. - *Ao encampar a pessoa jurídica no conceito de consumidor, a intenção do legislador foi conferir proteção à empresa nas hipóteses em que, participando de uma relação jurídica na qualidade de consumidora, sua condição ordinária de fornecedora não lhe proporcione uma posição de igualdade frente à parte contrária. Em outras palavras, a pessoa jurídica deve contar com o mesmo grau de vulnerabilidade que qualquer pessoa comum se encontraria ao celebrar aquele negócio, de sorte a manter o equilíbrio da relação de consumo. A «paridade de armas» entre a*

Además, es necesario subrayar que el Código mencionado permite una extensión o un alargamiento del concepto en estudio, cuando se refiere a la equiparación de determinados sujetos a la figura tradicional del consumidor, en los artículos 2º, párrafo único, 17 y 29, prescindiendo del vínculo contractual generado en una típica relación de consumo con el proveedor. En esta línea de razonamiento, impone «verdaderos criterios extensivos en la materia, al permitir que personas físicas o jurídicas que no se encuadran específicamente en la definición de consumidor, gocen mediante la comprobación de su vulnerabilidad, de los beneficios de la aplicación de estas normas protectoras, mientras sean considerados como consumidores equiparados.»³⁰

De esta forma, son considerados como consumidores equiparados: la colectividad de personas, aunque indeterminable, que haya intervenido en las relaciones de consumo (artículo 2º, párrafo único); todas las víctimas de un daño ocasionado por defecto o inseguridad generado por el producto (artículo 17)³¹; y las personas que queden expuestas a las prácticas comerciales (artículo 29). Todas las hipótesis mencionadas constituyen el llamado *bystander* del derecho anglosajón³².

Por ende, es interesante destacar que el último artículo referido abre enormemente el abanico de situaciones en donde puede estar presente la figura del consumidor por equiparación. Así, conforme destaca MIRTA MORALES: «por el mismo ingresarán a la categoría de consumidores un sin número de personas que eventualmente se enfrenten a todo tipo de ‘prácticas comerciales’ como ofertas, publicidad, etc.³³, despertando enormes posibilidades en cuanto a la aplicación de las normas protectoras del CDC, al permitir que la propia sociedad dictamine en este caso que sujetos quedarán comprendidos.»³⁴

3. El concepto de consumidor en Paraguay

10. La ley n° 1.334, del 27 de octubre de 1998, Ley de Defensa del Consumidor y Usuario, trae en su artículo 4º, apartado «a» la definición de consumidor, en los siguientes términos: se entenderá 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».

De esta forma, tal como vimos en relación a las leyes argentina y brasileña, la calidad de consumidor deviene de la adquisición, utilización o disfrute de un bien o servicio como destinatario final³⁵, pudiendo ser considerado como tal tanto la persona física como la jurídica, siempre y cuando el bien o el servicio adquirido no sea empleado en la cadena profesional o de producción, lo que desvirtuaría el concepto.

Empero, para aclarar la amplitud de la definición es necesario tener presente lo que dispone el artículo 5º de la ley mencionada, con respecto a la relación de consumo. Según la disposición referida, «relación de consumo es la relación jurídica que se establece entre quien, a título oneroso, provee un producto o presta un servicio y quien lo adquiere o utiliza como destinatario final.» Es decir, a partir del juego del artículo 4º, apartado «a» con el artículo 5º, se verifica que solamente tendrá la protección conferida por la ley de defensa del consumidor aquél sujeto, persona física o jurídica, que haya estable-

empresa-fornecedora e a empresa-consumidora afasta a presunção de fragilidade desta. Tal consideração se mostra de extrema relevância, pois uma mesma pessoa jurídica, enquanto consumidora, pode se mostrar vulnerável em determinadas relações de consumo e em outras não.» (STJ 20 agosto 2009, *Recurso ordinário em Mandado de Segurança n° 27512/BA*, Relatora Ministra Nancy Andrighi.)

³⁰ Vid. E. P. TINAJEROS ARCE, «La Protección del Consumidor Electrónico en los Países del Mercosur», *Revista de Direito do Consumidor*, n° 54, abril/junio 2005, p. 178.

³¹ El artículo mencionado se refiere a los accidentes de consumo, que no reclaman la existencia de un vínculo obligacional entre el proveedor y la persona afectada en su incolumidad física, psíquica o económica.

³² Vid. E. A. KLAUSNER, *Direitos do Consumidor no Mercosul e na União Européia: acesso e efetividade*, 2ª Ed., Curitiba, Juruá, 2007, p. 88. Lisiane Ody todavía menciona que tal equiparación se verifica, por ejemplo, en la hipótesis de accidente aéreo, explosión de negocio de venta de fuegos artificiales o hasta en situaciones más sencillas como aquellas que involucran a los familiares del consumidor. (Vid. L. FEITEN WINGERT ODY, *op. cit.*, p. 88.)

³³ CLAUDIA LIMA MARQUES menciona además de la publicidad, la selección de foro desleal, el arbitraje o cláusulas penales obligatorias entre los ejemplos enumerados en el artículo 51 del CDC que constituyen prácticas comerciales abusivas. (Vid. C. LIMA MARQUES, «Brésil», *op. cit.*, p. 55.)

³⁴ Vid. M. MORALES, *op. cit.*, pp. 68-69.

³⁵ Vid. M. MORALES, *op. cit.*, p. 77.

cido una relación contractual a título oneroso, resultando excluidas, por lo tanto, todas las relaciones enclavadas de modo gratuito³⁶.

Además, es de subrayar que la ley mencionada tampoco se refiere a los *bystander*, como lo hacen la ley argentina y la brasileña, no existiendo la figura del consumidor equiparado para los casos de accidentes de consumo.

Empero, es posible sostener una interpretación extensiva de la calificación de consumidor, si se considera que el artículo 4º, apartado «a» también se refiere a aquellos que utilicen o disfruten de un bien o servicio. De esta forma, según MIRTA MORALES, será consumidor para el derecho paraguayo no solamente aquel que participa activamente de la relación de consumo, sino también «todo aquel que se vea involucrado en ocasión de utilizar y/o disfrutar el bien en cuestión», no siendo necesario que sea parte directa en la relación de consumo³⁷.

4. El concepto de consumidor en Uruguay

11. La Ley n° 17.250, del 11 de agosto de 2000, conocida como Ley de Defensa del Consumidor³⁸, en su artículo 2º, define el consumidor como «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.»

Teniendo en cuenta las legislaciones ya estudiadas, cabe resaltar que el derecho uruguayo adopta el concepto económico de consumidor, en la medida que establece que el producto o el servicio deban ser retirados del mercado para ser considerados como adquiridos en el ámbito de una relación de consumo, de lo que se infiere que no podrán ser empleados para la producción u obtención de otros bienes o servicios. En este sentido, la parte final del artículo 2º añade al concepto anteriormente destacado que «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.»

No obstante, es de mencionar que la ley bajo análisis define la relación de consumo como siendo el vínculo oneroso realizado entre proveedor y consumidor. De esta forma, según ÉRIKA PATRICIA TINAJEROS ARCE, «el carácter oneroso debe estar presente en el vínculo proveedor-consumidor para que pueda calificarse como relación de consumo, admitiéndose la gratuidad solamente en aquellos casos en los que esté preparada una relación de consumo posterior. Por tanto, conforme el art. 4º, serán consideradas relaciones de consumo todas las promociones gratuitas de productos y servicios tendentes a concretar una adquisición onerosa de estos en el futuro.»³⁹

Por ende, cabe señalar que el derecho uruguayo no contempla la figura del consumidor equiparado⁴⁰, a diferencia de lo que hacen las legislaciones argentina y brasileña.

5. El concepto de consumidor en Venezuela⁴¹

12. En Venezuela, la ley n° 37.930, del 4 de mayo de 2004, trata de la Protección al Consumidor y Usuario y deroga la ley anterior de n° 4.898, del 17 de mayo de 1995.

Así, la nueva ley venezolana, en su artículo 3º, establece que todos los actos jurídicos celebrados entre proveedores de bienes o servicios y consumidores o usuarios, referentes a la adquisición y arrendamiento de bienes, a la contratación de servicios públicos o privados y a cualquier otro negocio jurídico de interés económico para las partes serán regidos por las disposiciones contenidas en el texto legal en cuestión.

³⁶ En sentido contrario: *Vid.* E. A. KLAUSNER, *op. cit.* p. 94.

³⁷ *Vid.* M. MORALES, *op. cit.*, p. 79.

³⁸ De los cuatro países Miembros del Mercosur, Uruguay fue el último a consagrar una ley particular de defensa del consumidor. (*Vid.* M. MORALES, *op. cit.*, p. 72.)

³⁹ *Vid.* E. P. TINAJEROS ARCE, *op. cit.*, p. 179.

⁴⁰ *Vid.* M. MORALES, *op. cit.*, p. 76.

⁴¹ Como ya se mencionó al comienzo de este artículo, será analizado el concepto de consumidor en Venezuela, en razón de que este Estado está en proceso de adhesión como Miembro pleno al bloque mercosureño.

El artículo 4º, a su vez, trae las calificaciones de consumidor y usuario, entre otras. Según el artículo referido, consumidor es «toda persona natural que adquiera, utilice o disfrute bienes de cualquier naturaleza como destinatario final». No obstante, la misma disposición establece la noción de usuario como «toda persona natural o jurídica, que utilice o disfrute servicios de cualquier naturaleza como destinatario final.»

Es decir, el derecho venezolano, al igual que el derecho de los demás países ya mencionados, adopta el concepto económico de consumidor y usuario, cuando se refiere a éstos como destinatarios finales⁴². Empero, como se puede observar, en la noción particular de consumidor, excluye la posibilidad de que personas jurídicas sean consideradas como tales, lo que en mucho se aleja de la fórmula empleada por los demás países mercosureños.

Sin embargo, en la parte final del precepto nombrado, la ley venezolana exceptúa del concepto de consumidor y usuario a «las personas naturales y jurídicas que, sin ser destinatarios finales, adquieran, almacenen, usen o consuman bienes y servicios con el fin de integrarlos en los procesos de producción, transformación y comercialización», lo que viene al encuentro de la noción económica adoptada.

Por ende, el texto nada menciona respecto al concepto de consumidor equiparado o *bystander*.

IV. El Concepto de Consumidor en el Derecho de Fuente Convencional Autónoma

13. Una vez que ya fue vista la noción de consumidor en el derecho de fuente interna de los países mercosureños, conviene, ahora, analizar los intentos que se hicieron a nivel autónomo en el bloque, para el establecimiento de normas internacionales en materia de defensa del consumidor, en donde se insertan los esfuerzos realizados para calificar su noción y contenido.

Empero, cabe destacar que, hasta la fecha, no existe un convenio o tratado vigente que contenga la calificación de consumidor y, por ende, normas directamente relacionadas a su protección.

1. La Resolución del Grupo Mercado Común (GMC) n° 123/1996

14. El 13 de diciembre de 1996, en Fortaleza, tuvo lugar la XXIV Reunión del Grupo del Mercado Común, en el ámbito MERCOSUR, en la cual fue aprobada la Resolución GMC n° 123/1996, que contempla, en su anexo, las definiciones de consumidor, proveedor, relación de consumo, producto y servicio.

De esta forma, según el apartado I del Anexo de la Resolución mencionada, «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. Equipárense a consumidores a las demás personas, determinables o no, expuestas a las relaciones de consumo⁴³. 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, comercialización o prestación a terceros.»

Es decir, la Resolución GMC n° 123/1996 tomó los elementos presentes en las definiciones del derecho interno de los países, para elaborar la calificación del consumidor a nivel convencional. Esto porque, como se pudo observar, existen elementos comunes en la estructura del concepto de consumidor en los Estados Miembros, tales como: a) se trata de una persona física o jurídica⁴⁴; b) que adquiere o utiliza productos o servicios; c) como destinatario final, en una relación de consumo o en función de ella⁴⁵.

Empero, como subraya EDUARDO ANTONIO KLAUSNER, en este concepto, el cual fue trasladado al Protocolo de Santa María, que será analizado en el ítem siguiente, está excluida la definición de consumidor por equiparación, que, por ejemplo, se encuentra presente en el derecho de fuente interna

⁴² Vid. L. FEITEN WINGERT ODY, *op. cit.*, p. 97.

⁴³ Es interesante mencionar que el texto de la Resolución mencionada, en portugués, se refiere a la colectividad de personas, expresión que fue excluida de la traducción al español. Conforme el texto original, redactado en portugués, la definición sería: «(...) Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, determináveis ou não, expostas as relações de consumo. (...)»

⁴⁴ Acá se exceptúa el derecho venezolano, que no admite la persona jurídica como siendo «consumidor».

⁴⁵ Vid. C. A. HERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 262.

de Argentina y Brasil. No obstante, la norma incluye como consumidores a los entes colectivos y a las personas jurídicas⁴⁶.

Además, es necesario señalar que la Resolución mencionada no está vigente, porque su vigencia se condicionó a la aprobación del Reglamento Común para la Defensa del Consumidor, el cual jamás fue aprobado⁴⁷.

2. El Protocolo de Santa María

15. El Protocolo de Santa María sobre Jurisdicción Internacional en Materia de Relaciones de Consumo, aprobado por la Decisión CMC n° 10, del 17 de diciembre de 1996, trae en su Anexo el concepto de consumidor, definiéndolo en los siguientes términos: «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. Equipáranse a consumidores las demás personas, determinables o no, expuestas a las relaciones de consumo. No se considera consumidor o usuario 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, comercialización o prestación a terceros.»

En otras palabras, el Protocolo de Santa María utiliza la definición de consumidor constante de la Resolución GMC n° 123/1996, anteriormente analizada.

Así como la Resolución mencionada, el Protocolo referido jamás entró en vigencia, porque su artículo 18 condiciona su entrada en vigor a la aprobación del Reglamento Común de Defensa del Consumidor.

3. El Proyecto de Protocolo o Reglamento Común de Defensa del Consumidor

16. En las reuniones celebradas entre el 25 al 29 de noviembre de 1997 fue presentado por el Comité Técnico n° 7 el Proyecto de Protocolo de Defensa del Consumidor del MERCOSUR. En términos generales, el texto referido, Recomendación n° 1/97⁴⁸ dirigida a la Comisión de Comercio del MERCOSUR, fijaba pautas máximas y unificadas de protección al consumidor en los cuatro países del bloque.

Sin embargo, fue blanco de severas críticas, principalmente por parte del gobierno brasileño, para quien su aprobación representaría un retroceso en materia de protección a los consumidores brasileños, ya que derogarían una serie de artículos del Código de Defensa del Consumidor que, a su vez, ofrecen una protección mucho mayor que la norma mercosureña⁴⁹.

Por esta razón, durante la XXV Reunión de la Comisión de Comercio del MERCOSUR, realizada en Montevideo, en los días 9 y 10 de diciembre de 1997, el Protocolo fue rechazado, lo que condujo a que tanto la Resolución GMC n° 123/1996 como el Protocolo de Santa María, antes analizados, perdiesen totalmente el valor jurídico, ya que su vigencia estaba condicionada a la aprobación del Reglamento Común referido.

No obstante, aunque el Protocolo haya sido refutado, es interesante observar el concepto traído en su artículo 3°, según el cual: «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

⁴⁶ Vid. E. A. KLAUSNER, *op. cit.*, p. 84.

⁴⁷ En 1997, se presentó un Proyecto de Protocolo de Defensa del Consumidor a nivel Mercosur, el cual establecía la unificación de las legislaciones de los países miembros del bloque. (Vid. A. PEREIRA GAIO JÚNIOR, *A Proteção do Consumidor no Mercosul*, São Paulo, LTr, 2003, p. 125.) En que pese el esfuerzo hecho, el Proyecto mencionado no fue aprobado, principalmente por el rechazo presentado por la delegación brasileña que consideró que su aprobación representaría un retroceso en materia de defensa del consumidor en el ámbito interno.

⁴⁸ Acta n° 8/97 del Comité Técnico n° 7 sobre Defensa del Consumidor, anexo III.

⁴⁹ Para Lima Marques, quien fue severamente contra el Proyecto de Reglamento, «os direitos do consumidor não são considerados pelos órgãos do Mercosul como direitos fundamentais de nenhum cidadão dos países membros, mas sim como barreiras ao comércio que prejudicam os fornecedores-nacionais e devem ser reduzidos ao máximo, inclusive em sua interpretação de norma já reducionista» (Vid. C. LIMA MARQUES, «Regulamento Comum de Defesa do Consumidor do Mercosul – Primeiras Observações sobre o Mercosul como Legislador da Proteção do Consumidor», *Revista de Direito do Consumidor*, n° 23-24, julio/diciembre 1997, p. 101.)

considera consumidor o usuario a aquél que sin constituirse en destinatario final, adquiere, almacena, utiliza o consume productos o servicios con el fin de integrarlos en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros.»

De acuerdo con CLAUDIA LIMA MARQUES, el concepto de consumidor, presentado en la primera parte del artículo mencionado, limita la definición al consumidor-contratante, en virtud de lo dispuesto en el artículo 5º de este Proyecto⁵⁰. Según este artículo, se exige la existencia de un vínculo obligacional, clásico y bilateral, pues se menciona que la relación de consumo se establece entre el proveedor que, a título oneroso, provee un producto o presta un servicio y quien lo adquiere o utiliza como destinatario final.

Por ende, según la autora mencionada, el artículo 5º trae como consecuencia la exclusión de las llamadas relaciones de consumo indirectas, como por ejemplo, la responsabilidad de los bancos de datos de crédito sobre las informaciones prestadas sobre el consumidor. Asimismo, excluye de la protección del Protocolo a los consumidores equiparados, que son terceros no contratantes, como por ejemplo el hijo del consumidor, la colectividad expuesta a una práctica abusiva y las víctimas de accidentes de consumo⁵¹.

Como se puede observar, el concepto de consumidor insertado en el texto del Proyecto de Protocolo de Defensa del Consumidor del MERCOSUR, es menos abarcador que las definiciones presentadas por la Resolución GMC n° 123/1996 y por el Protocolo de Santa María y su adopción representaría una reducción en la protección de los consumidores argentinos y brasileños, sobre todo.

4. El Proyecto de Resolución del Grupo Mercado Común (GMC) sobre Derecho Aplicable a los Contratos internacionales de Consumo

17. Como resultado de la LXIII Reunión Ordinaria del Comité Técnico n° 7 sobre «Defensa del Consumidor», ocurrida en Río de Janeiro, en los días 18 y 19 de agosto del 2010, se sancionó el Proyecto de Resolución sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales de Consumo.

Según el Proyecto mencionado, existe la necesidad de brindar una adecuada protección al consumidor, de acuerdo con los postulados establecidos por la Resolución A/RES/39/248 de la Asamblea General de la ONU (Directrices de las Naciones Unidas para la protección del consumidor, del 16 de abril de 1985), considerando que, en materia de negocios internacionales, la contratación es la expresión jurídica del comercio y éste es especialmente relevante para el proceso de integración.

En lo pertinente al objeto de nuestro análisis, conviene destacar que el artículo 1.1 del Proyecto mencionado define como consumidor «cualquier persona física que, frente a un profesional o proveedor de bienes y servicios actúe con fines personales, familiares o domésticos o que no pertenezca al ámbito de su actividad profesional o con fines de reventa».

Respecto al tema, solamente diremos que se trata de una calificación sumamente reduccionista, poco abarcadora, que desde nuestra mirada podría significar un verdadero como desafortunado retroceso, una vez que excluye del concepto de consumidor a las personas jurídicas, situación ya dada por sentada en el derecho de fuente interna de los Estados Miembros del MERCOSUR (Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay).

V. Algunas propuestas. Conclusiones

18. Tras el análisis de los derechos de fuente interna y convencional, se verifica la pertinencia de establecerse una calificación de consumidor que abarque a todas las relaciones de consumo, sean ellas directas o indirectas, si el objetivo es tener, en el MERCOSUR, una norma común, aplicable a todos los Estados Partes. Empero, esta armonización legislativa no podrá ofrecer una protección menor que la ya asegurada por el derecho argentino y brasileño, que son los que brindan una mejor condición al consumidor nacional. Lo que se deberá buscar es una aproximación de las legislaciones, sin herir los derechos ya adquiridos y el status de protección ya alcanzado en cada uno de los países.

⁵⁰ Vid. C. LIMA MARQUES, «Mercosul como Legislador em Matéria de Direito do Consumidor – Crítica ao Projeto de Protocolo de Defesa do Consumidor», *Revista de Direito do Consumidor*, n° 26, abril/junio 1998, p. 74.

⁵¹ *Ibidem*, p. 74.

19. A partir del estudio comparado de distintas legislaciones, se advierte que hay elementos comunes que están presentes en todas ellas. Por ejemplo, todas las normas de fuente interna de los países mercosureños hablan del consumidor como una persona física o jurídica, a excepción de Venezuela que no considera esta última como consumidor, que adquiere o utiliza un producto o servicio como destinatario final. Todas, además, excluyen de la calificación referida a quienes adquieren, almacenan, utilizan o consumen un bien o servicio para que sea integrado en un proceso de producción o cadena productiva. Es decir, con relación a estos tres elementos, hay consenso en el bloque. Sin embargo, la cuestión se pone un poco más compleja cuando se trata del concepto de *bystander* o consumidor equiparado. Solamente Argentina y Brasil reconocen la posibilidad, en sus ordenamientos internos, de ofrecer protección jurídica al tercero no contratante, que se ve afectado por la relación de consumo. Ni siquiera los intentos de regulación del Derecho del Consumidor en el bloque, como la Resolución GMC n° 123/1996 y el Protocolo de Santa María, previeron la figura del consumidor por equiparación.

20. Por otro lado, es necesario reiterar que no existe, en la actualidad, una norma MERCOSUR vigente que establezca el concepto de consumidor. Además, la única norma que rige en el bloque en materia de Derecho del Consumidor es la Resolución GMC n° 126/94, que en su artículo 2° determina que hasta que no sea aprobado un Reglamento Común para el MERCOSUR, cada Estado aplicará su legislación para los productos y servicios comercializados en su territorio, lo que, en última instancia, significa la manutención de distintos grados de protección al consumidor en el bloque y la aplicación del concepto legal de consumidor que rige en cada espacio territorial⁵².

Esta postura del bloque lleva a que coexistan múltiples conceptos o calificaciones de consumidor en el espacio integrado, generando situaciones en donde una persona sea considerada como consumidor en Argentina y no lo sea en Uruguay, lo que crea una cierta dosis de desprotección e inestabilidad a los consumidores transfronterizos que cruzan las fronteras en la búsqueda de un objetivo concreto: el de consumir. Ello desde ya constituye un serio problema, porque esta ausencia obliga al operador jurídico a recurrir a los derechos de fuente interna, que tal como vimos dentro del MERCOSUR muestran algunas similitudes, pero también algunas divergencias. Estas asimetrías legislativas, de persistir, terminan por conspirar contra la consolidación y el fortalecimiento de un esquema de integración, por favorecer y/o estimular el *forum shopping* invitando y entusiasmando a las personas humanas y jurídicas a migrar en la búsqueda de niveles de protección distintos que unilateralmente favorezcan sus propios intereses.

21. A tenor del análisis realizado, habrá que discernir acerca de la conveniencia o no de introducir calificaciones autárquicas, autónomas de consumidor dentro del área. Para el supuesto de una respuesta afirmativa, parece imponerse la tendencia hacia la formulación en los instrumentos internacionales de una definición, una calificación que sea lo suficientemente abarcativa, como para permitir aumentar el ámbito de aplicación material de tal modo de favorecer, extender el abanico de posibilidades, el espectro de protección jurídica a un mayor número de personas tanto humanas como jurídicas atenuando el nivel de exposición, de vulnerabilidad de los mentados consumidores y usuarios.

22. Al legislador del MERCOSUR, conforme el compromiso asumido en el artículo 1° del Tratado de Asunción, le compete instar la armonización legislativa en las áreas pertinentes, de modo tal de evitar distorsiones entre los Estados miembros, y que la ignorancia de las reglas aplicables en países distintos al suyo lleve a los consumidores-usuarios a no realizar transacciones fuera de sus países.

Ello sin olvidar que cuando se asume el compromiso de armonización, puede hacérsela en base a la legislación más adelantada —como adoptando la forma más sencilla—, siguiendo un modelo intermedio o haciendo una nueva legislación para todos los miembros del bloque. Por supuesto, la forma ideal de armonizar está en adoptar y adaptarse al modelo superior más avanzado. En el caso MERCOSUR, la situación dada parecería indicar la conveniencia de un acercamiento a la legislación brasileña, ya que es la que tiende a la mayor protección del consumidor. Nivelar hacia abajo implicaría un retro-

⁵² Vid. E. A. KLAUSNER, *op. cit.*, p. 85.

ceso, tomando en cuenta también que habría dificultades internas para que Brasil pudiese descender el nivel de protección de sus consumidores.

23. El Derecho Internacional Privado mucho tiene que decir y así contribuir, aportando respuestas a los problemas planteados, para superar tales dicotomías (que pueden conducir a soluciones diferentes) hasta llegar a incluir protección en virtud de la existencia de una relación de consumo, haya o no contrato.

En el contexto de la sociedad de información, resulta incuestionable la imperiosidad de promover, de fomentar el desarrollo de políticas públicas encaminadas a armonizar las normas y los estándares a nivel regional, mediante la creación o adaptación de marcos legislativos que incentiven la confianza y la seguridad de las transacciones internacionales en general, y consecuentemente las que se despliegan en línea.