

CONTRATO POR ADHESION A CLAUSULA PREDISPUESITAS Y EL CONTRATO DE CONSUMO (ARTS. 1092 A1095)

•••ART. 1092: Relación de consumo. Consumidor. Relación de consumo es el vínculo jurídico entre un proveedor y un consumidor. Se considera consumidor a la persona humana o jurídica que adquiere o utiliza, en forma gratuita u onerosa, bienes o servicios como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social.

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

I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto

1. Relación con la CN, el Código Civil y la LDC El Código Civil no contenía previsiones directamente dirigidas a regular los contratos o las relaciones de consumo. En el año 1993 entró en vigencia la LDC que limitaba su alcance a la regulación de los vínculos causados en contratos de consumo onerosos. En el año 1994 se reformó la Constitución Nacional, y se incorporó el art. 42 que prevé que " los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección, y a condiciones de trato equitativo y digno" .

De esta forma, se incorporó a nuestro sistema jurídico la noción de relación de consumo, como un concepto constitucional e indeterminado. La jurisprudencia fue determinando y ampliando sus límites en sucesivos fallos, entre los que se destacan los de la CSJN en los casos " Mosca" y " Ferreyra" . Este proceso culminó en la reforma a la LDC concretada en el año 2008. Allí, se definió la relación de consumo como el " vínculo jurídico entre el proveedor y el consumidor o usuario" (art. 3º, LDC).

Para establecer cuándo existe una relación de consumo y por ende, la aplicación de la LDC es necesario definir qué se entiende por consumidor y por proveedor. Bajo el régimen de la LDC la categoría de consumidor quedó compuesta por (i) quien adquiere bienes o servicios con un destino final sea a título gratuito u oneroso (consumidor en sentido estricto); (ii) quien utiliza bienes o servicios con un destino final sin ser parte de un contrato de consumo; (iii) el sucesor particular de los bienes adquiridos por el consumidor originario; (iv) los sujetos expuestos a una relación de consumo. (Conclusiones de la Comisión N° 8, " La categoría jurídica de consumidor "en las XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, 2011).

El CCyCom produjo un cambio sustancial al modificar la LDC, y eliminar su aplicación a sujetos expuestos a una relación de consumo. Ello se concreta por dos vías: (i) el art. 1092 al definir la relación de consumo, no menciona a los sujetos expuestos a la relación de consumo como sujetos equiparados a consumidor, y (ii) las Normas Complementarias (Anexo II, 3.1.) sustituyen al art. 1º de la LDC, que determina su ámbito de aplicación, eliminando la equiparación de los sujetos expuestos con los consumidores.

La definición de " proveedor" establecida por la LDC no se modifica en el CCyCom.

II. Comentario

1. Metodología Resulta objetable que se regule la relación de consumo dentro del Título del CCyCom dedicado a los contratos de consumo, toda vez que el contrato es sólo una de las posibles causas de una relación de consumo.

Así, la relación de consumo puede surgir no sólo del contrato, sino de actos unilaterales o de hechos jurídicos.

Por otra parte, se modifica el ámbito de aplicación de la LDC mediante la redefinición del concepto de relación de consumo y la eliminación de la equiparación con el consumidor de los sujetos expuestos a relaciones de consumo, situación que también resulta ajena al ámbito de los contratos de consumo. Entendemos que la definición de relación de consumo ya existente (art. 3, LDC) no generaba inconvenientes para adoptar la definición de contrato propuesta en este Título, y que la redefinición del concepto "relación de consumo" excede la materia que aquí se pretende regular.

2. La relación de consumo Es el vínculo jurídico entre un consumidor y un proveedor. "La fuente de esta relación jurídica puede ser un contrato o actos unilaterales o bien hechos jurídicos, que vinculen a los sujetos antes mencionados" ("Ferreyra", consid. 5°).

3. El consumidor 3.1 Persona humana o jurídica Como surge con claridad de la norma, pueden ser consumidores tanto personas humanas como jurídicas, sin distinciones sobre su objeto social.

3.2. Que adquiere o utiliza en forma gratuita u onerosa bienes o servicios No se presentan limitaciones a la causa del vínculo jurídico, quedando comprendidos todos los hechos y actos jurídicos. Cabe aclarar que puede tratarse de bienes nuevos o usados y de actos a título oneroso o gratuito.

3.3. Como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social Entendemos que resulta acertada la postura que sostiene que la categoría jurídica de consumidor se construye a partir de la existencia de dos elementos estructurales: a) la vulnerabilidad o debilidad; b) el destino final de los bienes incorporados para beneficio propio o de su grupo familiar o social (XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil).

El concepto de destinatario final ha constituido uno de los aspectos más discutidos del derecho del consumidor. La discusión se centra en los casos de consumidores-empresarios que adquieren bienes o servicios para su utilización en procesos productivos.

El texto legal que comentamos (al igual que el de la LDC) no brinda una respuesta que permita dilucidar a priori si un consumidor-empresario resulta o no destinatario final, lo que deberá ser resuelto caso por caso. Más aún, se excluyó del texto aprobado la aclaración que efectuaba el Anteproyecto donde se sostenía que se consideraría consumidor final "siempre que no tenga vínculo con su actividad comercial, industrial, artesanal o profesional".

Entendemos que los criterios doctrinarios de inclusión o exclusión en el régimen protectorio que deberían guiar el análisis que se efectuará caso por caso son los siguientes:

a) Exclusión en caso de bienes adquiridos para integrarlos directamente al proceso productivo: los comerciantes y las empresas, para ser consumidores, no deben adquirir o utilizar el bien como insumo directo de su actividad productiva o comercial (Rusconi; Lorenzetti, 2009).

b) en el caso que la empresa contrate un bien o servicio para poder cumplir con su actividad, pero sin que exista coincidencia con su objeto comercial (ejemplo:

empresa que compra comida para sus empleados, un profesional que contrata servicios bancarios), siempre que haya agotamiento con el uso, "quedan incluidos en la protección porque se trata de consumidores no profesionales respecto de estos bienes específicos" (Lorenzetti, 2009). En la opinión de Rusconi el carácter de consumidor puede presumirse respecto de comerciantes o empresas cuando intervienen en operaciones realizadas fuera del ámbito de su actividad profesional habitual.

c) Inclusión en casos de uso mixto de los bienes: en los supuestos de integración parcial, en los que una empresa adquiere un bien que integra al proceso productivo y también lo usa para otras finalidades, se presumirán actos de consumo, y se desvirtuará la presunción, si se prueba que no son actos mixtos o que resultan eminentemente comerciales (Lorenzetti, 2009). La zona de indeterminación en estos casos es amplia, y deberá resolverse en virtud de la actividad probatoria de las partes.

d) Criterio de excepción: además de los criterios referidos, destacamos como valioso el criterio sugerido por Rusconi que propone que en algunos supuestos excepcionales, puede considerarse consumidor al comerciante o empresario que adquiere insumos para su actividad profesional en

situaciones de vulnerabilidad material, ya sea porque se trate de un bien escaso, esencial, insustituible, comercializado en condiciones monopólicas o bajo situaciones que impliquen un extraordinario sometimiento, aun respecto de otros profesionales.

3.4. El consumidor "equiparado" Sobre la base de lo dispuesto en el segundo párrafo, el texto legal mantiene la extensión de la protección brindada al consumidor a sujetos que no participaron del contrato de consumo. En virtud de ello, como lo adelantamos en el punto I., se pueden identificar a los siguientes sujetos protegidos:

a) El consumidor en sentido estricto : el identificado en el primer párrafo del artículo, típicamente contratante con el proveedor.

b) El usuario o consumidor material o fáctico: el usuario material del producto o servicio que no se ha vinculado directamente con el proveedor o bien los terceros beneficiarios de algún derecho comprendido en el contrato de consumo celebrado por otro.

c) El sucesor particular del consumidor contratante en los derechos que fueron objeto de una relación de consumo antecedente: es el tercero que contrata con un consumidor sobre un producto que fue adquirido por este último a un proveedor. Queda equiparado al consumidor en su legitimación para reclamar frente al proveedor. Esta equiparación se repetirá con las sucesivas transmisiones que efectúe el consumidor. Para ello, bastará que el nuevo adquirente adquiera el bien o contrate el servicio a título oneroso o gratuito como destinatario final, ya sea en beneficio propio o de su grupo familiar o social.

3.5. El consumidor expuesto. Exclusión 3.5.1. El consumidor expuesto en la LDC Según la doctrina mayoritaria, la figura del consumidor expuesto prevista en la LDC y eliminada por el CCyCom admitía dos interpretaciones posibles: (i) la que lo ciñe al damnificado real y efectivo como consecuencia de una relación de consumo de la que no es parte, y (ii) la que lo sitúa en un ámbito más amplio, que concierne a la tutela preventiva en el mercado y a los intereses colectivos (XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, 2011). De esta forma, la protección de la LDC alcanzaba a quienes no resultaban consumidores en virtud de una relación contractual o como usuarios, pero podían padecer consecuencias derivadas de relaciones de consumo. Así, podían ser consumidores equiparados quienes sufrieran daños en las adyacencias de un estadio en el cual se celebraba un espectáculo deportivo, o un grupo de vecinos que a pesar de no recibir provisión de servicio eléctrico padecen los efectos perjudiciales de la instalación de un transformador en su barrio.

La racionalidad en que se apoyó la extensión de la protección a dichas personas expuestas, surge del fallo " Mosca", cuyo considerando 7º estableció que " (i) el derecho a la seguridad previsto en el art. 42 de la Constitución Nacional, que se refiere a la relación de consumo, abarca no sólo a los contratos, sino a los actos unilaterales como la oferta a sujetos indeterminados; (ii) la seguridad debe ser garantizada en el período precontractual y en las situaciones de riesgo creadas por los comportamientos unilaterales, respecto de sujetos no contratantes; (iii) cada norma debe ser interpretada conforme a su época, y en este sentido, cuando ocurre un evento dañoso en un espectáculo masivo, en un aeropuerto, o en un supermercado, será difícil discriminar entre quienes compraron y quienes no lo hicieron, o entre quienes estaban adentro del lugar, en la entrada, o en los pasos previos; (iv) por esta razón es que el deber de indemnidad abarca toda la relación de consumo, incluyendo hechos jurídicos, actos unilaterales, o bilaterales".

3.5.2. Los argumentos para su exclusión Los argumentos que sustentan la eliminación de la figura del consumidor expuesto no resultan convincentes por diversas razones; (i) se hace referencia a que la modificación obedece a las observaciones efectuadas por la doctrina, sin especificar a qué doctrina se refiere, por qué se consideran adecuados sus argumentos y se asume una postura doctrinaria unívoca, hecho que se aleja de la realidad toda vez que hay cuantiosa doctrina que avala la figura hoy derogada; (ii) se hace referencia a que la figura del consumidor expuesto prevista en la LDC resulta una traslación inadecuada del Código de Defensa del Consumidor de Brasil, que regula la figura del consumidor expuesto de manera distinta, pretendiendo ajustar la regulación al modelo brasileiro. Este argumento soslaya el hecho de que en otras áreas de la reforma el CCyCom se ha alejado de las soluciones propuestas por la legislación brasileira, sin que fuera considerado un problema (ej. art. 1121); (iii) sostiene que la redacción de la LDC carece de

restricciones por lo que su texto interpretado literalmente ha logrado una protección carente de sustancialidad y de límites por su amplitud. Consideramos que resulta inadecuado el argumento toda vez que omite considerar la novedad del instituto que contaba con menos de 5 años desde su creación , y la necesidad de que las interpretaciones jurisprudenciales fueran produciendo sus ajustes hasta delinear adecuadamente el contorno de la figura del consumidor expuesto. Ante esta posibilidad, la respuesta de derogar la figura por considerar que se han efectuado interpretaciones inadecuadas de su extensión s in sopesar sus virtudes no parece razonable. Por último, la solución brindada por el CCyCom resulta regresiva en materia de protección si se la compara con el entendimiento de la relación de consumo que surge de la propia interpretación de la CSJN previa a la reforma introducida por la Ley 23.261.

3.5.3. El futuro del consumidor expuesto. Interpretación constitucional de la relación de consumo Cuando la CSJN dictó la sentencia en el caso " Mosca " , la figura del consumidor expuesto no se encontraba prevista en la LDC c omo tampoco se encuentra prevista tras la reforma del CCyCom, que la eliminó . Es decir, la CSJN actuó en su carácter de intérprete constitucional del concepto " relación de consumo" .

Será la propia CSJN quien determinará si esta reforma modifica el alcance constitucional de la relación de consumo.

Así, ante la eliminación de la figura del consumidor expuesto del texto legal, pueden ocurrir dos cosas: (i) que el Poder Judicial especialmente la CSJN revea la doctrina sentada en " Mosca " y establezca las diferencias que se negaba a establecer en dicho fallo la CSJN, tal como surge de lo transcrito ut supra es decir, entre quien compró y quien no lo hizo, o entre quien entró al lugar, quien estaba en la entrada o en los pasos previos , acotando el ámbito de la relación de consumo establecida en dicho precedente; o (ii) que mantenga dicha doctrina sobre la base de su interpretación de la CN y vaya estableciendo pautas interpretativas que permitan delimitar el justo alcance de la relación de consumo, especialmente para el caso de su aplicación a quienes se encuentran expuestos a ella pero sin excluir la protección a estos sujetos.

Entendemos que (i) la reforma del CCyCom no limita la posibilidad de que la CSJN mantenga la interpretación de la relación de consumo fijada en " Mosca " , por ser ella la máxima intérprete de la CN y por tratarse aquel de un concepto constitucional; (ii) la doctrina del caso " Mosca " es valiosa y no existen razones para establecer las diferencias de trato entre quien efectivamente consumió y quien se encuentra expuesto a una relación de consumo. No resulta razonable excluir de la protección constitucional a quien padece las externalidades negativas producidas por los proveedores de bienes y servicios, por el solo hecho de no haber resultado adquirente de dichos bienes y servicios.

Así, entendemos que la reforma del CCyCom es solo un paso más en el proceso complejo de construcción constitucional del concepto " relación de consumo", y resta ver cómo asimilará dicha reforma el Poder Judicial, y si ratificará o rectificará el promisorio rumbo trazado en " Mosca " .

4. El proveedor El CCyCom no define el término, por lo que se aplicará lo dispuesto en el art. 2° de la LDC que mantiene su vigencia. Las notas relevantes de la definición son las siguientes:

4.1. Persona humana o jurídica, de naturaleza pública o privada **4.2. Profesionalidad** La propiedad distintiva del proveedor es su profesionalidad en la actividad que desarrolla, la que lo coloca en una situación de ventaja con relación al consumidor, ya sea técnica, de información o jurídica. Quedan comprendidas como proveedoras las entidades sin fines de lucro, toda vez que no es el afán de lucro, sino la profesionalidad lo que tiene en cuenta la LDC.

4.3. Actividades comprendidas Será proveedor quien desarrolle, profesionalmente cualquiera de las actividades identificadas en el art. 2° de la LDC, es decir, " producción, montaje, creación, construcción, transformación, importación, concesión de marca, distribución y comercialización de bienes y servicios " .

4.4. Actividades excluidas La LDC excluye de su alcance a los servicios de profesionales liberales que requieran para su ejercicio (i) título universitario y (ii) matrícula otorgada por colegios profesionales reconocidos oficialmente o autoridad facultada para ello.

Sin embargo, queda comprendido en las previsiones de la LDC la publicidad que realicen dichos

profesionales para ofrecer sus servicios.

A diferencia de los profesionales mencionados, quedan comprendidos los profesionales universitarios que ejerzan independientemente la profesión pero no se encuentren matriculados y los matriculados que ejerzan su actividad en forma de empresa, lo que diluye la figura del profesional liberal para dar paso a la de proveedor (Lorenzetti, 2009).

•••ART. 1093: Contrato de consumo. Contrato de consumo es el celebrado entre un consumidor o usuario final con una persona humana o jurídica que actúe profesional u ocasionalmente o con una empresa productora de bienes o prestadora de servicios, pública o privada, que tenga por objeto la adquisición, uso o goce de los bienes o servicios por parte de los consumidores o usuarios, para su uso privado, familiar o social.

•••ART. 1094: Interpretación y prelación normativa. Las normas que regulan las relaciones de consumo deben ser aplicadas e interpretadas conforme con el principio de protección del consumidor y el de acceso al consumo sustentable.

En caso de duda sobre la interpretación de este Código o las leyes especiales, prevalece la más favorable al consumidor.

I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto

I. Relación con la CN, el CC y la LDC

Son fuentes de este artículo los arts. 41, 42 y 43 de la CN. En lo atinente a necesidades básicas de acceso al consumo, encontramos las siguientes normas:

art. 25, DUDH; art. XI, DADDH; art. 11.1, PIDESC.

En relación con el acceso al consumo sustentable existe un antecedente en la Cláusula 42 de las Recomendaciones de las Naciones Unidas para la Protección del Consumidor (ampliadas en 1999).

Por su parte, el art. 43 inc. a) de la LDC establece entre las funciones y atribuciones de la autoridad de aplicación el "proponer el dictado de la reglamentación de esta ley y elaborar políticas tendientes a la defensa del consumidor o usuario a favor de un consumo sustentable con protección del medio ambiente..." .

Finalmente, el inc. k) del Anexo a la Resolución 53/2003 de la Secretaría de la Competencia, la Desregulación y la Defensa del Consumidor considera abusivas a las cláusulas que "infrinjan normas de protección del medio ambiente o posibiliten su violación" .

II. Comentario

1. Principio protectorio y acceso al consumo sustentable La primera parte del artículo que comentamos establece dos criterios interpretativos y de aplicación de las normas que regulan las relaciones de consumo.

1.1. El principio protectorio En primer término, las normas deben interpretarse y aplicarse de acuerdo al principio de protección del consumidor. Este principio alcanza todas las relaciones en las que intervienen los consumidores y se justifica en la situación de desventaja y vulnerabilidad estructural en que se encuentran con relación a los proveedores en el mercado. Entre otros factores, la asimetría de información; la inferioridad de conocimientos técnicos; el menor acceso a asesoramiento jurídico; la dispersión de los integrantes del grupo que dificulta su actuación

coordinada (en oposición a la capacidad de coordinación de los proveedores); la falta de poder de negociación; y la necesidad de adquirir ciertos bienes y servicios básicos; tornan necesario el principio protectorio que resulta una proyección del principio de favor debilis y se arraiga en la norma operativa del art. 42 de la CN.

1.2. El acceso al consumo sustentable El concepto de acceso al consumo sustentable establece una vinculación entre el derecho del consumidor, el acceso a bienes básicos y el derecho ambiental.

Las Recomendaciones de las Naciones Unidas para la Protección del Consumidor, en su capítulo sobre el consumo sostenible, dispone en la cláusula 42 que " consumo sostenible significa que las necesidades de bienes y servicios de las generaciones presentes y futuras se satisfacen de modo tal que puedan sustentarse desde el punto de vista económico, social y ambiental" . Además, en su principio general 5° señala que " las políticas de fomento del consumo sostenible deben tener en cuenta como objetivos la erradicación de la pobreza, la satisfacción de las necesidades básicas de todos los miembros de la sociedad y la reducción de la desigualdad, tanto en el plano nacional como en las relaciones entre los países" .

En el ámbito local, sostiene Lorenzetti que de acuerdo al principio protectorio, y entendiendo que este debe alcanzar a los sujetos excluidos del mercado, surge la temática del acceso, que se traduce en el concepto de acceso al consumo.

Citando a Stiglitz, destaca que " el derecho de acceso al consumo es una ' prerrogativa primaria de los consumidores, frente a los empresarios y al propio Estado, pues es menester, previo a todo, que los gobiernos garanticen a todos los sectores de la población su participación en el mercado'" (Lorenzetti, 2009).

Respecto del acceso al consumo sustentable, sostiene Perez Bustamante que " Hablar de ' acceso' , significa la posibilidad de satisfacer nuestras necesidades; y cuando se habla de ' consumo' , se hace referencia al consumo sustentable, entendido como el uso de servicios y productos que responda a las necesidades básicas y traiga mejor calidad de vida, minimizando el uso de los recursos naturales y materiales tóxicos y la emisión de desperdicios y contaminantes durante el ciclo de vida del servicio o producto, de manera de no poner en peligro la satisfacción de las necesidades de las generaciones futuras'" (Perez Bustamante).

Este derecho opera especialmente con relación a las necesidades básicas que requieren de la provisión de bienes esenciales para su satisfacción (ej. servicios públicos básicos), entendidos como aquellos bienes que están directamente vinculados con la supervivencia en condiciones dignas de las personas (Rusconi, 2009).

La vulneración al derecho de acceso al consumo puede presentarse en diferentes situaciones, tales como las siguientes: (i) la interrupción de un servicio básico para quien ya resulta consumidor; (ii) la exclusión de ciertas personas del mercado por razones de discriminación (nos remitimos al comentario del art.

1098); (iii) exclusión del mercado por razones económicas (imposibilidad de pagar un servicio básico).

Entendemos que en todos estos casos, la operatividad del derecho de acceso al consumo permitiría la declaración de inconstitucionalidad de una norma contraria a dicho derecho (Lorenzetti, 2009).

2. Criterio de prelación normativa La segunda parte del artículo establece un criterio de prelación normativa para casos de duda en la interpretación del CCyCom y las leyes especiales. Esta norma convive con otras que también fijan criterios de prelación normativa, como el art. 963 del CCyCom, el art. 3° de la LDC, y el art. 25 de la LDC aplicable a los servicios públicos.

Entendemos que de la combinación de todas ellas pueden establecerse los siguientes criterios para casos en que existan dudas sobre cuál debe aplicarse:

a) en caso de concurrencia de disposiciones del CCyCom y una ley especial, se aplicarán en el siguiente orden de prelación: (i) normas indisponibles de la ley especial y del CCyCom; (ii) normas particulares del contrato; (iii) normas supletorias de la ley especial; (iv) normas supletorias del CCyCom (art. 963, CCyCom); b) en caso de concurrencia de normas indisponibles de la ley especial y del CCyCom, se aplicará la más favorable al consumidor (art. 1094 in fine, CCyCom y art. 3°, LDC) por imperativo del principio protectorio derivado del art. 42 de la CN; c) en caso de

conurrencia entre la LDC y una ley especial que regule la actividad del proveedor, se aplicará la LDC por imperativo del último párrafo del art.

3º, LDC; d) en caso de duda sobre la interpretación de los principios que establece la LDC o el CCyCom prevalecerá el más favorable al consumidor (art. 3º LDC); y e) el principio general de interpretación in dubio pro consumidor es de aplicación tanto en caso de conflicto normativo como ante situaciones de vacío legal (Rusconi, 2009).

2.2. Relación entre el CCyCom y la LDC. Ley general posterior vs. ley especial.

Derogaciones implícitas. Criterio restrictivo A los criterios expuestos debe adicionarse el criterio interpretativo restrictivo a la hora de determinar derogaciones implícitas a la ley especial. En este sentido, tiene dicho la CSJN que: " ha llegado a sentarse como regla en la interpretación de las leyes que una ley posterior de carácter general sin contradecir las cláusulas de una ley especial anterior no debe ser considerada como que afecta las previsiones de la primera a menos que sea absolutamente necesario interpretarlo así por las palabras empleadas" (Fallos: 150:150).

Cabe agregar que en virtud de lo dispuesto por el art. 7, párr. 3, CCyCom: " las nuevas leyes supletorias no son aplicables a los contratos en curso de ejecución, con excepción de las normas más favorables al consumidor en las relaciones de consumo" .

2.3. El caso de la prelación normativa en materia de prescripción. Sustitución del art. 50 LDC Se han presentado discusiones sobre prelación normativa, especialmente, en materia de prescripción con relación a contratos de transporte y de seguros. En ambos supuestos, la discusión se originaba en que la legislación especial preveía para el transporte y para el seguro, una prescripción de 1 año, mientras que la LDC la establecía en 3 años.

La reforma de la LDC (ley 23.361) zanjó la discusión al disponer en su art. 50 que " las acciones judiciales, las administrativas, y las sanciones emergentes de esta ley prescribirán en el término de 3 años. Cuando por otras leyes generales o especiales se fijen plazos de prescripción distintos del establecido precedentemente se estará al más favorable al consumidor o usuario". En virtud de esta norma, se dictó un fallo plenario que estableció en 3 años el plazo de prescripción en materia de transporte de pasajeros (" Saez").

Las Normas Complementarias sustituyen el art. 50 de la LDC, y disponen que " las sanciones emergentes de la presente ley prescriben en el término de tres años" . De esta forma se elimina la referencia a las acciones judiciales.

Así, la reforma elimina el plazo de prescripción especial para casos de aplicación de la LDC, y se genera una nueva discusión interpretativa sobre cuál debe ser el plazo de prescripción aplicable a las relaciones de consumo. Entendemos que el plazo aplicable resultará el previsto por el CCyCom (art. 2560) o el que surja de las leyes especiales en caso de existir; 2 años para el caso de contratos de transporte (art. 2562, inc. d); 3 años para la responsabilidad civil (art. 2561, párr. 2); 1 año para contratos de seguros (art. 58, ley 17418); 1 año para vicios redhibitorios (art. 2564, inc. a); etc. De esta forma, la reforma reduce la protección al consumidor al acortar los plazos de los que este disponía para efectuar reclamos judiciales en virtud de la LDC.

•••ART.1095: Interpretación del contrato de consumo. El contrato se interpreta en el sentido más favorable para el consumidor. Cuando existen dudas sobre los alcances de su obligación, se adopta la que sea menos gravosa.

I. Relación con la LDC. Fuentes del nuevo texto

El texto del artículo es casi idéntico al texto del art. 37 de la LDC, segundo párrafo.

II. Comentario

El CCyCom establece el criterio interpretativo en la parte introductoria y general de la Sección de contratos de consumo, lo que deja claro que es aplicable para todas las vicisitudes contractuales. Si bien la LDC establecía una previsión similar, esta se encontraba en el artículo referido a cláusulas abusivas, lo que la vinculaba más directamente con la tarea de integración del contrato.

El contenido del artículo establece con claridad el criterio de interpretación más favorable al consumidor, y en caso de dudas sobre los alcances de su obligación, que pueden presentarse por oscuridad o ambigüedad del texto o ante la necesidad de integración el contrato, se adoptará la que resulte menos gravosa. Esta pauta interpretativa es otra de las proyecciones del principio del favor debilis.

Cabe destacar que el CCyCom establece criterios interpretativos complementarios al previsto en este artículo en los arts. 1061 a 1068, 1074 y 1117 a 1122.

I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto

1. Relación con el Código Civil y la LDC El Código Civil vigente con anterioridad a la reforma no contenía provisiones regulatorias de los contratos de consumo. El tratamiento de esta especie contractual se regía por las disposiciones de la LDC, que complementaba y modificaba la Teoría General del Contrato prevista en el Código Civil con disposiciones de orden público.

II. Comentario

1. Metodología A diferencia de la LDC, el CCyCom brinda una definición de contrato de consumo. Entendemos que debido a que el concepto de consumidor se encuentra definido en el art. 1092 y el concepto de proveedor se encuentra definido en el art. 2° de la LDC, hubiera sido más apropiado definir contrato de consumo como el que se celebra entre un consumidor y un proveedor. Al no hacerlo, se genera una redacción inadecuada, por las siguientes razones :

a) Dado que para ser considerado consumidor se exige que el sujeto sea destinatario final del bien o servicio, resulta redundante la redacción utilizada en cuanto sostiene que el contratante debe ser un consumidor o usuario final . A su vez si se estuviera refiriendo a un usuario final n o contratante , no habría contrato sino relación de consumo por equiparación.

b) Se pierde claridad y se genera confusión al no referirse a la definición de proveedor ya existente en la LDC. Entendemos que resulta desafortunada la redacción cuando se sostiene que para que haya contrato de consumo, quien contrata con el consumidor debe ser una persona " humana o jurídica que actúe profesional u ocasionalmente" . Esta frase contrapone equivocadamente profesionalidad con el actuar ocasional a pesar de que un profesional puede prestar sus servicios ocasionalmente. La fórmula que utiliza la LDC al sostener que se identifica como proveedor a quien " desarrolla de manera profesional, aun ocasionalmente actividades de..." es mucho más clara y precisa.

c) No queda claro si debe entenderse que la definición del sujeto profesional contenida en este artículo reemplaza, a los efectos de la definición del contrato de consumo, la noción de proveedor establecida en la LDC (art. 2°).

Si se tomara esta vía interpretativa, podría sostenerse que han sido dejadas de lado las exclusiones del ámbito de aplicación de la LDC de los profesionales liberales, dispuesta en el segundo párrafo de su art. 2°, tal como se ha sostenido en algunas ponencias ante el Honorable Congreso de la Nación (Basano).

Los argumentos para sostener esta postura son: (i) dado que en la LDC no se define contrato de consumo, podría sostenerse que el CCyCom establece la única definición vigente de dicho vínculo

jurídico; (ii) por ser una ley posterior y de igual jerarquía, modifica cualquier definición previa existente de contrato de consumo, y dada la redacción, el legislador ha decidido dejar de lado la noción de proveedor de la LDC para estos contratos; y por último, (iii) ampliar el espectro de proveedores sería también una forma de interpretar la norma en favor del consumidor.

Sin embargo, entendemos que a pesar de los interrogantes que se abren a partir de la redacción elegida, puede sostenerse que el contrato de consumo es aquel celebrado entre un proveedor (en el sentido que le otorga el art. 2° de la LDC) y un consumidor. Ello así, por las siguientes razones: (i) la relación de consumo está claramente definida tanto en el art. 1092 como en el art. 3° de la LDC " como el vínculo jurídico entre el consumidor y un proveedor" , y el contrato de consumo es una de las causas de dicha relación; (ii) respecto de la posible derogación tácita del concepto de proveedor previsto en el art. 2° de la LDC para el caso de los contratos de consumo, resulta aplicable la jurisprudencia de la CSJN que establece un criterio restrictivo que no asume derogaciones implícitas de leyes especiales por leyes generales (remitimos al punto 2.1. del comentario al art. 1094).

2. Fragmentación del tipo general de contrato Como lo plantea Lorenzetti en su Presentación del Proyecto de CCyCom, el " tipo general de contrato se fractura en dos y hay un título relativo al contrato clásico y otro vinculado al contrato de consumo" . Esta fragmentación se construye sobre la necesidad de neutralizar la vulnerabilidad producida por la asimetría de información, inferior capacidad técnica, y dispar capacidad jurídica y de negociación que suele presentarse entre los contratantes en los contratos de consumo.

Así, en el título que comentamos se plantean cuestiones relativas a la formación del consentimiento, estándares interpretativos, deberes de información agravados, supuestos de revocación y régimen de nulidad de cláusulas abusivas.

Con relación a quién puede considerarse consumidor y cuándo nos encontramos frente a un contrato de consumo, remitimos al comentario del art. 1092.

Los contratos de consumo en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación y el contexto normativo.-

En el último tiempo se han dictado una serie de normas que colocan en una situación de mayor protección al consumidor y su grupo familiar. Entre ellas podemos advertir el dictado de la ley 26.991 (B.O. 19/09/14) por la cual se regularon las relaciones de producción y consumo de aquellos bienes o servicios que satisfagan necesidades básicas o esenciales orientadas al bienestar general de la población; la ley 26.992 (B.O. 19/09/14) por la cual se creó el Observatorio de Precios y Disponibilidad de Insumos, Bienes y Servicios como organismo técnico con el objeto de monitorear, relevar y sistematizar los precios y la disponibilidad de insumos, bienes y servicios que son producidos, comercializados y prestados en el territorio de la Nación; la ley 26.993 (B.O. 19/09/14) la cual regula un nuevo marco de resolución de conflictos en ocasión de las relaciones de consumo, reemplazando un sistema que no tenía la eficacia práctica suficiente; y la obra de mayor envergadura: el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, cuya entrada en vigencia recordemos que será el 1° de agosto de 2015.

EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN

Dentro del Libro III "Derechos personales" del nuevo Código, encontramos los llamados "Contratos de consumo", en su Título III.

El nuevo texto legal define al consumidor en su artículo 1092 como *“la persona humana o jurídica que adquiere o utiliza, en forma gratuita u onerosa, bienes o servicios como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social”*. Asimismo, establece que aquella persona que, sin ser parte de una relación de consumo como consecuencia o en ocasión de ella, adquiere o utiliza bienes o servicios con ese mismo fin y bajo la misma modalidad, queda equiparado al consumidor.

La característica principal del “consumidor” es que adquiere o utiliza los bienes o servicios como un consumidor final para su uso privado, familiar o social, quedando afuera claramente aquellos que compran estos bienes con el fin de revenderlos a terceros con fin de lucro.

El código establece como principios de interpretación del contrato de consumo la protección del consumidor y el de acceso al consumo sustentable, siempre en el sentido más favorable para el consumidor. Cuando existen dudas sobre los alcances de su obligación, se adopta la que sea menos gravosa.

Encuadrando en el ámbito de aplicación del presente Título se desprenden varias consecuencias a aplicar a la relación de consumo.

Obligación de los proveedores:

- Deben garantizar condiciones de atención y trato digno a los consumidores y usuarios. La dignidad de la persona debe ser respetada conforme a los criterios generales que surgen de los tratados de derechos humanos. Los proveedores deben abstenerse de desplegar conductas que coloquen a los consumidores en situaciones vergonzantes, vejatorias o intimidatorias.
- Deben dar a los consumidores un trato equitativo y no discriminatorio. No pueden establecer diferencias basadas en pautas contrarias a la garantía constitucional de igualdad, en especial, la de la nacionalidad de los consumidores.
- Deben garantizar la libertad de contratar, quedando prohibidas las prácticas que limitan la libertad del consumidor, en especial, las que subordinan la provisión de productos o servicios a la adquisición simultánea de otros, y otras similares que persigan el mismo objetivo.
- Está obligado a suministrar información al consumidor en forma cierta y detallada, respecto de todo lo relacionado con las características esenciales de los bienes y servicios que provee, las condiciones de su comercialización y toda otra circunstancia relevante para el contrato. La información debe ser siempre gratuita para el consumidor y proporcionada con la claridad necesaria que permita su comprensión. Está prohibida toda publicidad que: a) contenga indicaciones falsas o de tal naturaleza que induzcan o puedan inducir a error al consumidor, cuando recaigan sobre elementos esenciales del producto o servicio; b) efectúe comparaciones de bienes o servicios cuando sean de naturaleza tal que conduzcan a error al consumidor; c) sea abusiva, discriminatoria o induzca al consumidor a comportarse de forma perjudicial o peligrosa para su salud o seguridad.

Los consumidores afectados o quienes resulten legalmente legitimados pueden solicitar al juez: la cesación de la publicidad ilícita, la publicación, a cargo del demandado, de anuncios rectificatorios y, en su caso, de la sentencia condenatoria.

Asimismo, el nuevo texto establece que las precisiones formuladas en la publicidad o en anuncios, prospectos, circulares u otros medios de difusión se tienen por incluidas en el contrato con el consumidor y obligan al oferente.

CONTRATO DE CONSUMO

Modalidades especiales de contratos de consumo

Contratos celebrados fuera de los establecimientos comerciales. Está comprendido en la categoría de

contrato celebrado fuera de los establecimientos comerciales del proveedor el que resulta de una oferta o propuesta sobre un bien o servicio concluido en el domicilio o lugar de trabajo del consumidor, en la vía pública, o por medio de correspondencia, los que resultan de una convocatoria al consumidor o usuario al establecimiento del proveedor o a otro sitio, cuando el objetivo de dicha convocatoria sea total o parcialmente distinto al de la contratación, o se trate de un premio u obsequio.

Contratos celebrados a distancia. Contratos celebrados a distancia son aquellos concluidos entre un proveedor y un consumidor con el uso exclusivo de medios de comunicación a distancia, entendiéndose por tales los que pueden ser utilizados sin la presencia física simultánea de las partes contratantes. En especial, se consideran los medios postales, electrónicos, telecomunicaciones, así como servicios de radio, televisión o prensa.

Utilización de medios electrónicos. Siempre que en este Código o en leyes especiales se exija que el contrato conste por escrito, este requisito se debe entender satisfecho si el contrato con el consumidor o usuario contiene un soporte electrónico u otra tecnología similar. Si las partes se valen de técnicas de comunicación electrónica o similares para la celebración de un contrato de consumo a distancia, el proveedor debe informar al consumidor, además del contenido mínimo del contrato y la facultad de revocar, todos los datos necesarios para utilizar correctamente el medio elegido, para comprender los riesgos derivados de su empleo, y para tener absolutamente claro quién asume esos riesgos.

Las ofertas de contratación por medios electrónicos o similares deben tener vigencia durante el período que fije el oferente o, en su defecto, durante todo el tiempo que permanezcan accesibles al destinatario. El oferente debe confirmar por vía electrónica y sin demora la llegada de la aceptación.

Lugar de cumplimiento

En los contratos celebrados fuera de los establecimientos comerciales, a distancia, y con utilización de medios electrónicos o similares, se considera lugar de cumplimiento aquel en el que el consumidor recibió o debió recibir la prestación. Ese lugar fija la jurisdicción aplicable a los conflictos derivados del contrato. La cláusula de prórroga de jurisdicción se tiene por no escrita.

Revocación

En los contratos celebrados fuera de los establecimientos comerciales y a distancia, el consumidor tiene el derecho irrenunciable de revocar la aceptación dentro de los diez días computados a partir de la celebración del contrato.

Si la aceptación es posterior a la entrega del bien, el plazo debe comenzar a correr desde que esta última se produce. Si el plazo vence en día inhábil, se prorroga hasta el primer día hábil siguiente.

Las cláusulas, pactos o cualquier modalidad aceptada por el consumidor durante este período que tengan por resultado la imposibilidad de ejercer el derecho de revocación se tienen por no escritos.

El proveedor debe informar al consumidor sobre la facultad de revocación mediante su inclusión en caracteres destacados en todo documento que presenta al consumidor en la etapa de negociaciones o en el documento que instrumenta el contrato concluido, ubicada como disposición inmediatamente anterior a la firma del consumidor o usuario. En caso de que el consumidor no haya sido informado debidamente sobre su derecho, el derecho a revocar el contrato no se extingue.

El ejercicio del derecho de revocación no debe implicar gasto alguno para el consumidor.

Excepto pacto en contrario, el derecho de revocar no es aplicable a los siguientes contratos:

a) los referidos a productos confeccionados conforme a las especificaciones suministradas por el consumidor o claramente personalizados o que, por su naturaleza, no pueden ser devueltos o puedan deteriorarse con rapidez;

b) los de suministro de grabaciones sonoras o de video, de discos y de programas informáticos que han sido decodificados por el consumidor, así como de ficheros informáticos, suministrados por vía electrónica, susceptibles de ser descargados o reproducidos con carácter inmediato para su uso permanente;

c) los de suministro de prensa diaria, publicaciones periódicas y revistas.

Declaración de cláusulas abusivas

Las cláusulas incorporadas a un contrato de consumo pueden ser declaradas abusivas aun cuando sean negociadas individualmente o aprobadas expresamente por el consumidor.

Sin perjuicio de lo dispuesto en las leyes especiales, es abusiva la cláusula que, habiendo sido o no negociada individualmente, tiene por objeto o por efecto provocar un desequilibrio significativo entre los derechos y las obligaciones de las partes, en perjuicio del consumidor.

Se considera que existe una situación jurídica abusiva cuando el mismo resultado se alcanza a través de la predisposición de una pluralidad de actos jurídicos conexos.

No pueden ser declaradas abusivas:

a) las cláusulas relativas a la relación entre el precio y el bien o el servicio procurado;

b) las que reflejan disposiciones vigentes en tratados internacionales o en normas legales imperativas.

El nuevo Código prevé ciertas reglas a considerar el juez al momento de evaluar si una cláusula es abusiva o no.

Ley 26.993: SISTEMA DE RESOLUCION DE CONFLICTOS EN LAS RELACIONES DE CONSUMO

La ley 26.993, publicada en el boletín oficial el 19/09/14, instituyó tres nuevas instancias para una resolución de conflictos más ágil y rápida en el marco de la defensa al consumidor. Estas son:

- **Servicio de Conciliación Previa en las Relaciones de Consumo (COPREC)**

Cuando el sistema esté implementado, el COPREC es el primer paso para resolver aquellos conflictos de consumo que no superen los 55 salarios mínimos vitales y móviles. En esta instancia se realizará una conciliación entre el consumidor y la empresa reclamada de la que participará un conciliador especialmente formado en la materia de consumo. Las empresas están obligadas a asistir a la audiencia conciliatoria y en caso de inasistencia injustificada deberán pagar una multa. No es necesario que el consumidor asista a la conciliación con un abogado, pero si desea hacerlo, podrá disponer de un servicio de patrocinio jurídico gratuito.

La conciliación se llevará a cabo dentro de los 10 días de la presentación del reclamo y designación de conciliador. Si no existe acuerdo entre las partes, el consumidor podrá optar por acudir a:

- **La Auditoría en las Relaciones de Consumo:**

En el caso de que el consumidor sólo esté interesado en reparar el daño directo que le causó el conflicto de consumo por un monto de hasta 15 salarios mínimos vitales y móviles. La reparación del daño directo implica únicamente la devolución del dinero o la restitución del bien. El auditor de consumo cumple la función de un juez administrativo: es independiente y define determinada resolución del caso planteado. Dicha resolución será informada a la Secretaría de Comercio para que ésta lleve las estadísticas de los procesos iniciados en el nuevo sistema. Si el consumidor o la empresa requirieran una revisión de lo resuelto por el auditor de consumo podrán recurrir al Fuero de Consumo.

- **Fuero Judicial de consumo:**

En el caso de que el consumidor busque una reparación integral del daño por hasta 55 salarios mínimos vitales y móviles, podrá recurrir al nuevo Fuero específico de Consumo. En este fuero también se tratarán las apelaciones que hagan consumidores o empresas a decisiones administrativas vinculadas a la Ley de Defensa del Consumidor, Lealtad Comercial y Defensa de la Competencia. Las decisiones del Juez también serán informadas a la Secretaría de Comercio.

Conclusión

Advertimos un nuevo panorama muy positivo en la regulación y protección de los derechos del consumidor, con claros límites al abuso por parte de los proveedores, tanto en la propia relación de consumo como en todos los actos previos de oferta, como son las maniobras publicitarias.

El consumidor tendrá a su alcance distintas herramientas para hacer valer sus derechos, principalmente contenidos en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación.

El Estado tiene mayor control de los precios pactados y un papel más comprometido a la hora de solucionar los conflictos suscitados.

CONTRATO DE LEASING EN EL NUEVO CODIGO CIVIL Y COMERCIAL.-

ART. 1227: Concepto. En el contrato de leasing el dador conviene transferir al tomador la tenencia de un bien cierto y determinado para su uso y goce, contra el pago de un canon y le confiere una opción de compra por un precio.

I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto

El contrato de leasing es un instrumento de financiación que había sido regulado en leyes especiales, incorporadas como legislación complementaria al Código de Comercio, pero que no había sido incluido en su cuerpo. Se trata, básicamente, de una

institución propia del derecho comercial puesto que es utilizada por los empresarios, individuales y sociales. Sin embargo, a partir de la modificación de la ley 24.240, por intermedio de la ley 26.361, es factible también su utilización y desarrollo a favor de los consumidores de bienes o servicios, debiéndose interpretar el contrato como de consumo y siguiendo los parámetros del art. 1092 y ss. del Código Civil y Comercial de la Nación. En virtud de su incorporación, se propicia en el Anexo de legislación complementaria la derogación de los Capítulos I) y III) de la ley 25.248, con excepción de los párrafos segundo y tercero de los arts. 11 y 28 de la misma.

En cuanto a las fuentes del artículo: ley 25.248, art. 1; ley 24.441, art. 27; Proyecto del Poder Ejecutivo de 1993, arts. 1145 a 1151; Proyecto de la Comisión Federal de Juristas de 1993, art. 1366; Proyecto de Código Civil de la República Argentina de 1998, arts. 1157 a 1174.

II. Comentario

1. Antecedentes El leasing, desde el punto de vista contractual, si bien fue una modalidad muy utilizada en el ámbito empresario no fue legislado por la República Argentina como contrato típico durante bastante tiempo revistiendo, por lo tanto, solamente tipicidad social, a pesar de encontrarse ya algunos antecedentes (decreto ley 13.130/57 referido a la Carta Orgánica del Banco de Crédito Argentino o el decreto ley 18.061/69 de Actividades financieras) para su regulación, incluso en proyectos de unificación de los códigos civil y comercial.

Recién en el año 1995, mediante el dictado de la ley 24.441 (BO 16/1/95), se promueve la regulación legal del instituto con un objetivo claro, instaurar el leasing inmobiliario " como un instituto idóneo para paliar el déficit habitacional del país" (Frustagli y Hernández). Sin embargo, a nuestro juicio, la técnica legislativa utilizada no fue totalmente la correcta por dos motivos: Por un lado, porque una figura contractual de la entidad del leasing debió contar con una normativa propia y específica, y no incluirla dentro de una ley ómnibus que sistematizaba otras figuras contractuales, como el fideicomiso o el régimen de corretaje, o bien modificaba regulaciones procesales. Se incurrió, también, en un excesivo reglamentarismo para un contrato que "hasta entonces" había funcionado razonablemente, con apoyo en el principio de la autonomía de la voluntad, fundamento de nuestro derecho privado, configurándose un tratamiento legislativo " paradójicamente desprolijo" (BORDA). Empero, por otro lado, se eligió definir el contrato conforme el criterio más moderno en la materia (Leiva Fernández; Spota y Leiva Fernández) y configurarlo con una naturaleza propia y específica.

Las razones antedichas, entre otras, prepararon el camino para su modificación y posterior promulgación de la ley 25.248 (BO 14/6/2000) denominada " Contrato de Leasing" , que se encuentra actualmente vigente, y que el Código Civil y Comercial de la Nación incorpora a su articulado, introduciendo algunas reformas, y derogando los capítulos I) y III), con las salvedades ya apuntadas. Resulta, por tanto, criticable la

metodología seguida al incluirlo luego del tratamiento de la locación y no en la regulación de los contratos bancarios del capítulo 12, Título IV, Libro Tercero, como veremos a continuación.

2. Finalidad económica En sentido económico, el contrato de leasing tiene una función básica de conseguir financiamiento, posibilitar el acceso al crédito de modo de obtener el uso y goce de maquinarias de alta tecnología, o de bienes inmuebles, destinados a la producción e intercambio de bienes o servicios, pero sin adquirir su propiedad y evitándose el desembolso de un importante capital. Al mismo tiempo, el propio bien constituye la perfecta garantía del crédito otorgado, sin perjuicio que pueden contratarse otras garantías o constituirse seguros por su pérdida o destrucción.

3. Nuestro concepto El leasing es una operatoria mercantil en virtud de la cual una empresa o un consumidor puede acceder a bienes determinados sin desembolsar grandes sumas de dinero, pudiendo utilizarlos en su giro empresarial o como destinatario final obteniendo beneficios, ya sea de modo directo o indirecto, abonando como contraprestación un canon y consiguiendo además, luego de transcurrido un plazo y en caso de hacer uso de una opción prevista contractualmente, la propiedad de aquéllos.

En tal sentido, conceptualmente, podemos precisar al leasing como aquel contrato en que una persona (dador) entrega a otra (tomador) la tenencia de un bien cierto y determinado para su uso y goce a cambio de un canon, confiriéndole también la opción de compra por un precio predeterminado o determinable.

4. Caracteres Los caracteres de la figura son: nominado, típico, consensual, bilateral, oneroso, conmutativo, formal, de duración, puede ser celebrado por adhesión, puede ser de consumo o de empresa, puede ser intuitu personae .

5. Naturaleza jurídica A diferencia del régimen de la ley 24.441 que lo consideraba un contrato mixto por acumulación contractual (locación de cosas con opción de compra), la ley 25.248 y el Código Civil y Comercial de la Nación lo configuran como un contrato autónomo (Lavallo Cobo) En otros términos, se ha adoptado la naturaleza propia y específica del contrato de leasing en sentido amplio, posición de política legislativa que compartimos.

III. Jurisprudencia

(CNCom ., sala D, 8/2/1982, JA, 1982- IV- 32) Uno de los principales beneficios del contrato de leasing es que facilita el acceso de los operadores económicos a ciertos bienes de uso (o incluso de consumo) mediante una forma de financiamiento relativamente segura y sin necesidad de adquirir directamente la propiedad. Asimismo, tiene el claro incentivo de que el mismo bien adquirido por el tomador se transforma en garantía para el cumplimiento del contrato, garantía que, por otro lado, es sumamente efectiva, ya que el dador nunca ha perdido la propiedad del bien objeto de leasing (CNCom sala F, 23/2/2010, MJJ55971).

El fideicomiso en el nuevo Código Civil y Comercial

La Ley N° 26.994 -que aprueba el Código Civil y Comercial de la Nación- incluye ciertas modificaciones en el tratamiento del fideicomiso.

ARTICULO 1666.-Definición. Hay contrato de fideicomiso cuando una parte, llamada fiduciante, transmite o se compromete a transmitir la propiedad de bienes a otra persona denominada fiduciario, quien se obliga a ejercerla en beneficio de otra llamada beneficiario, que se designa en el contrato, y a transmitirla al cumplimiento de un plazo o condición al fideicomisario.

El 1 de octubre de 2014, el Congreso de la Nación sancionó la Ley N° 26.994 que aprueba el Código Civil y Comercial de la Nación (el “Nuevo CCyC”). El Nuevo CCyC, que entrará en vigencia a partir del 1 de enero de 2016, introdujo modificaciones relevantes en lo relativo al régimen del fideicomiso.

El contrato de fideicomiso está regulado en el Capítulo 30 del Nuevo CCyC, basado en el texto de la Ley N° 24.441 que actualmente rige en la materia (la “Ley de Fideicomiso”). En relación a dicha ley, se advierten en el texto del Nuevo CCyC cambios que acogen las críticas de la doctrina y jurisprudencia respecto a ciertos problemas de interpretación y aplicación de la figura.

Las principales modificaciones introducidas son las siguientes:

a. El fiduciario puede ser beneficiario

La Ley de Fideicomiso actualmente vigente guarda silencio sobre la posibilidad de que el fiduciario pueda ser el beneficiario del fideicomiso. Si bien algunos autores interpretan que el artículo 7 de la ley citada, que en lo pertinente establece que “[e]l contrato no podrá dispensar al fiduciario... de la prohibición de adquirir para sí los bienes fideicomitados”, es base suficiente para sostener que la condición de beneficiario está vedada para el fiduciario, otros autores siguen una postura más restrictiva, o incluso hacen una distinción según el tipo de fideicomiso.

El último párrafo del artículo 1673 del Nuevo CCyC establece expresamente que el fiduciario puede ser beneficiario, pero que “[e]n tal caso, debe evitar cualquier conflicto de intereses y obrar privilegiando los de los restantes sujetos intervinientes en el contrato.” Esta modificación posibilita la incorporación de la figura del fideicomiso de garantía, según se describe en el punto c.

En relación a la figura del fideicomisario, el artículo 1672 del Nuevo CCyC dispone que el fiduciario no puede ser fideicomisario.

b. Bienes que pueden ser objeto del fideicomiso

El artículo 1670 del Nuevo CCyC introduce como novedad la posibilidad de que las universalidades de bienes (como por ejemplo, un fondo de comercio) puedan ser objeto del fideicomiso. También, en lo relativo al fideicomiso testamentario, el artículo 2493 del Nuevo CCyC dispone que el testador puede disponer un fideicomiso sobre toda, o una parte indivisa, de la herencia, dejando a salvo los derechos de los herederos forzosos sobre la legítima. Sin perjuicio de ello, el artículo 1670 antes citado prohíbe expresamente el fideicomiso sobre herencias futuras.

CONTRATOS ASOCIATIVOS.-

Como es de público conocimiento, a partir del 1 de agosto del corriente año, se encuentra en vigencia el nuevo **Código Civil y Comercial** (CCC) que regirá las relaciones del derecho común, y en lo que nos atañe, al sistema jurídico que regirá las cuestiones comerciales entre los distintos sujetos de derecho.

Como primera aproximación, debemos recordar que la Ley de Sociedades Comerciales 19.550 ha sido modificada en su denominación bajo el nombre de “**Ley General de Sociedades**”.

Más allá de que no es propósito del presente trabajo analizar las reformas acaecidas a dicha ley, nos resulta importante remarcar que se trasladan de la Ley General de Sociedades al CCC todas las figuras contractuales de tipo asociativo bajo el Capítulo 16 como “**Contratos Asociativos**”.

Así, el artículo 1442 del CCC establece que “Las disposiciones de este Capítulo se aplican a todo contrato de **colaboración**, de organización o participativo, con comunidad de fin, que no sea sociedad.

A estos contratos no se les aplican las normas sobre la sociedad, no son, ni por medio de ellos se constituyen, personas jurídicas, sociedades **ni sujetos de derecho...**”.

Como primera aproximación, podemos decir que el contrato asociativo es un acercamiento de colaboración entre distintas partes, interesadas en **perseguir un fin común**, que en principio, le permita obtener un rédito a cada partícipe. No se trata de una sociedad por sí misma y no constituye un patrimonio separado de sus socios/participes.

En lo que respecta a los tipos de contratos asociativos que regula el nuevo CCC, el artículo 1446 del CCC establece que “...Además de poder optar por los tipos que se regulan en las Secciones siguientes de este Capítulo, las partes tienen libertad para configurar **estos contratos con otros contenidos...**”.

En ese orden de ideas, el CCC establece libertad en el contenido de los contratos lo cual es atinado teniendo en cuenta la **dinámica, globalización y competitividad** de los negocios actuales. Sin perjuicio de ello, el CCC regula claramente 4 tipos de contratos asociativos: A) los negocios en participación; B) las agrupaciones de colaboración; C) las uniones transitorias y D) los consorcios de cooperación.

Claramente, las reformas introducidas a este tipo de contratos apuntaron a despejar toda duda de que se tratan de sociedades. Para que exista sociedad en el derecho argentino (en sentido estricto) básicamente, deben existir **aportes que constituyen un patrimonio** separado del de los socios, que le permita contraer derechos y obligaciones, imputables a ese patrimonio diferencial .

Es aquí donde las normas tributarias, mas allá de la autonomía consagrada en el derecho tributario, se torna confusas a los efectos de delimitar tanto las **responsabilidades ante las autoridades fiscales** como determinar quiénes son los contribuyentes de derecho sobre los que recae el hecho imponible.

Centraremos nuestros comentarios respecto de los negocios de participación, las agrupaciones de colaboración y las **uniones transitorias**.

En lo que respecta a los negocios de participación, el artículo 1448 del CCC establece que: “...El negocio en participación **tiene por objeto la realización** de una o más operaciones determinadas a cumplirse mediante aportaciones comunes y a nombre personal del gestor. No tiene denominación, no está sometido a requisitos de forma, ni se inscribe en el Registro Público...”

Asimismo, los artículos 1449 y 1450 definen al gestor y a los partícipes como “...Los terceros **adquieren derechos y asumen obligaciones** sólo respecto del gestor. La responsabilidad de éste es ilimitada. Si actúa más de un gestor son solidariamente responsables...” y “...Partícipe es la parte del negocio que no actúa frente a los terceros. No

tiene acción contra éstos ni éstos contra aquél, en tanto no se exteriorice la apariencia de una actuación común...”; respectivamente.

En primer lugar debemos notar que se ha eliminado la “transitoriedad” que establecía el viejo artículo 361 de la Ley 19.550, con lo que se abre un **abanico de posibilidades** para concretar negocios a través de este tipo de contratos.

Al no ser un sujeto de derecho, en lo que es materia del **Impuesto a las Ganancias**, este contrato no será considerado contribuyente de derecho sino que serán sus partícipes y gestores, lo que tributarán en cabeza propia el impuesto como una parte más de sus operaciones. Si el aportante es una persona jurídica, deberá tributar su renta como de tercera categoría por lo devengado, pero si el aportante es una persona física se deberá determinar si estamos en presencia de un préstamo, en cuyo caso tributará como una renta de la segunda categoría por lo percibido, o si por el contrario estamos ante un negocio empresario, en cuyo caso deberá devengar su resultado al año fiscal pertinente.

En lo que respecta al **Impuesto al Valor Agregado**, en principio, al ser el gestor quien recibe el aporte de los partícipes y éste administra el mismo, los hechos imposables de este contrato debería recaer en su totalidad bajo la figura del gestor. Esto no es un tema menor ya que el costo financiero de cubrir el impuesto debería también estar contemplado en la ecuación económico financiero de los partícipes y con ellos determinar la rentabilidad de cada sujeto interviniente.

En materia de responsabilidades, el artículo 16 de la **ley de procedimiento fiscales** establece que están obligados a pagar con los recursos que administran, perciben o que disponen, como responsables del cumplimiento de la deuda tributaria de sus representados, los administradores de patrimonios, por lo que entendemos que el fisco tendría potestad de reclamar el impuesto dejado de ingresar por los partícipes, a los gestores del contrato.

Respecto de los contratos de agrupaciones de colaboración, el artículo 1453 del CCC establece que: “...Hay contrato de agrupación de colaboración cuando las partes establecen una organización común con la finalidad de facilitar o desarrollar determinadas fases de la actividad de sus miembros o de perfeccionar o incrementar el resultado de tales actividades...”. Y el artículo 1454 sigue diciendo: “... La agrupación, en cuanto tal, no puede perseguir fines de lucro. Las ventajas económicas que genere su actividad **deben recaer directamente** en el patrimonio de las partes agrupadas o consorciadas...”.

No ahondaremos en el análisis de estos contratos ya que estos vehículos no tienen finalidad de lucro sino que tienen como objetivo facilitar la actividad de cada miembro con el propósito de maximizar y consolidar las situaciones económicas de cada uno de ellos. Sin embargo, recordamos que el Impuesto al Valor Agregado le otorga calidad de sujetos de derecho y la ley de procedimiento fiscales otorga responsabilidad personal y solidaria a cualquiera de los integrantes **de una unión transitoria de empresas** o de un agrupamiento de colaboración empresaria, respecto de las obligaciones tributarias generadas por el agrupamiento como tal y hasta el monto de las mismas.

Por el contrario, las uniones transitorias las define el artículo 1463 del CCC estableciendo que: “...Hay contrato de unión transitoria cuando las partes se reúnen para el **desarrollo o ejecución de obras, servicios** o suministros concretos, dentro o fuera de la República. Pueden desarrollar o ejecutar las obras y servicios complementarios y accesorios al objeto principal...”.

Nuevamente, en lo que respecta al Impuesto a las Ganancias, cada partícipe **deberá tributar en cabeza propia** los resultados que genere el contrato en cuestión. No porque la unión transitoria sea sujeto de derecho, sino que cada partícipe lo es en proporción a su aporte al fondo común operativo.

Aquí es importante remarcar que este tratamiento tendrá razón de ser si se cumplen con las condiciones impuestas por el CCC. Dicho de otra manera, si la realidad económica demuestra, por ejemplo, que el representante de la unión transitoria realiza transacciones fuera del objeto del contrato, el fisco podría encuadrar dicho accionar como una actividad empresarial por lo que, por ejemplo, en el caso del Impuesto a las Ganancias, podrían aplicarle los efectos del inciso b) del artículo 49 por lo que ese contrato **sería el sujeto de derecho** y no los partícipes de la unión transitoria. Nos remitimos a los mismos comentarios respecto de la imputación de los resultados generados en la unión transitoria, a los vertidos para los negocios en participación.

Si enmarcamos lo hasta aquí comentado a la actualidad de los negocios en la Argentina, no podemos dejar de comentar, por ejemplo, lo que acontece en la **industria petrolera**.

Con el auge de la extracción de hidrocarburos no convencionales, que requieren una inversión muy significativa, hemos observado que las empresas **se asocian para financiar** dicha actividad. En general el titular del derecho de explotar el área, cede un porcentaje de su derecho de extraer el hidrocarburo, a cambio de que otro sujeto aporte el capital necesario para llevar adelante el negocio.

Nuestro entendimiento es que esta clase de negocios, claramente pueden encuadrarse en contratos asociativos, donde la principal característica de ellos es que el patrimonio **afectado al contrato** sigue perteneciendo a cada partícipe, ya sea bajo la figura por ejemplo de una unión transitoria donde varios socios aportan a un fin común, como a un negocio en participación donde un gestor con el aporte de los partícipes lleva a cabo un negocio.

Es por ello, que en nuestra opinión, en lo que es materia del Impuesto a las Ganancias e Impuesto al Valor Agregado, no se produce una cesión (enajenación) del **derecho a extraer hidrocarburo** a cambio de la inversión a realizar por el tercero, sino que únicamente, cada parte aporta lo suyo para llevar a cabo un negocio en conjunto, cuya distribución de utilidades entre partícipes/gestores estará determinada en función del riesgo asumido por cada uno en los respectivos contratos. Esta postura, entendemos, dista de ser pacífica a los ojos de la autoridad fiscal, por lo que el mercado presenta dudas respecto de su tratamiento. Es interesante traer a colación una figura nueva incorporada por el CCC en su artículo 1531, llamado en el derecho, **“mutuo participativo”**.

El artículo 1531 establece que: “...Las reglas de este Capítulo se aplican aunque el contrato de mutuo tenga cláusulas que establezcan que: a) la tasa de interés consiste en una parte o un porcentaje de las utilidades de un negocio o actividad, o se calcula a **una tasa variable** de acuerdo con ellos; b) el mutuante tiene derecho a percibir intereses o a recuperar su capital sólo de las utilidades o ingresos resultantes de un negocio o actividad, sin derecho a cobrarse de otros bienes del mutuuario; c) el mutuuario debe dar a los fondos un destino determinado.

A diferencia del negocio en participación, el mutuante solo obtendrá un interés sujeto a la condición de que el contrato haya generado alguna clase de utilidad. En este sentido, entendemos que una persona jurídica que, bajo un contrato de estas características, preste

bienes, **solo gravara la renta** eventualmente que surja del préstamo cuando se cancelen los intereses con el producido de la ganancia y no por lo devengado, como debería ocurrir en un negocio participativo. Claramente, en periodos inflacionarios, esto representa una ventaja en lo es materia de imposición. Parecería una interesante alternativa que podrían aplicar los inversores para financiar distintos negocios de capital intensivo.

En lo que respecta al Impuesto al Valor Agregado, la **ley otorga personería fiscal** a las uniones transitorias. Estas deben inscribirse en el impuesto y obtener un CUIT.

En la medida que los servicios y/o bienes que comercialice las uniones transitorias trascienda a terceros, no se presentaran mayores inconvenientes ya que del **juego de débitos y créditos fiscales**, el impuesto será soportado, en última instancia por el consumidor final . El problema se presenta en las uniones transitorias que no trascienden a terceros, como ser, en el negocio del upstream petrolero.

Siguiendo con la temática de los hidrocarburos, en las **uniones transitorias petroleras**, según el estadio en que se encuentre su actividad, podemos identificar dos escenarios principales: una etapa de exploración/desarrollo y una posterior etapa de explotación.

En la primera fase, el operador de la unión transitoria realiza todas las **actividades tendientes** a determinar la existencia del hidrocarburo, la viabilidad de su explotación y la forma de realizarla.

Por sus características, esta etapa involucra la **realización de inversiones** para concluir si es posible explotar económicamente el yacimiento y, en caso que se determine dicha viabilidad, las actividades preparatorias y la realización de las inversiones en infraestructura necesarias para su explotación.

Por tratarse de un sujeto inscripto en el IVA, la unión transitoria **acumula créditos fiscales** en forma mensual en razón del gravamen que le es facturado por sus proveedores, sin que se produzca la referida “asignación de producto” que genere el débito fiscal que lo compense y neutralice; ello, naturalmente, da lugar a la acumulación de saldos a favor, circunstancia que posee claras implicancias en términos financieros.

La Dirección Nacional de Impuestos entendió en sus Memorandos 1307/2001 y 946/2001 que las asignaciones efectuadas por los agrupamientos petroleros a sus integrantes **deben considerarse "ventas"** en los términos del IVA, habiéndose estimado que la base imponible para la determinación del débito fiscal debía ser el costo atribuible a la producción. Por lo que posición del fisco es esperar hasta la producción para que los partícipes puedan computar los créditos fiscales generados en la etapa de exploración.

En nuestro entendimiento, la opinión del fisco es errónea, ya que en este caso particular, las uniones transitorias que no trascienden a terceros **no son sujetos del Impuesto al Valor Agregado** ya que no realizan actividades gravadas, condición indispensable para ser calificado de sujeto, según lo establecido por el artículo 4 de la ley.

Por lo tanto, una UTE petrolera que no trasciende a terceros y que se encuentra desarrollando actividades en la etapa de exploración de **yacimientos hidrocarburiíferos**, configuraría simplemente un centro de aglutinamiento de costos que, por razones de orden práctico, se inscribiría en el gravamen y sustituiría a sus integrantes en la captación de créditos fiscales.

Consecuentemente, existirían argumentos razonables para interpretar que tal UTE petrolera **podría transferir a sus miembros estos créditos fiscales**, mediante la emisión

periódica de notas de asignación durante el transcurso de la etapa exploratoria, en función a sus respectivos porcentajes de participación .

También, en lo que es materia del Impuesto sobre los Débitos y Créditos en Cuenta Corriente Bancaria, hoy los movimientos de dinero entre los partícipes y las cuentas abiertas a nombre de las uniones transitorias **se encuentran alcanzados** por el impuesto por no existir una identidad en los nombres de las cuentas.

Si pensamos en la finalidad de los contratos asociativos y en sus características, estos movimientos **no deberían estar sujetos al impuesto**, ya que se tratan de un único patrimonio y no de sujetos distintos.

Vemos como positiva las modificaciones introducidas en el nuevo CCC respecto de los contratos asociativos ya que con ellas se **despeja cualquier duda** de que estos se tratan de sociedades. Así, el legislador ha buscado la practicidad y en cierta medida a la informalidad, en aras a la evolución vertiginosa que tienen los negocios hoy en día.

Hemos comentado alguno de los problemas que presentan estos contratos en el **ámbito tributario** pero pueden existir un sinnfín de situaciones que deberán analizarse caso por caso.

Creemos que las normas tributarias **deberían modificarse y ser claras** para alcanzar los hechos imponible que generen estos contratos, que como hemos visto, deberían generarse en cabeza de cada partícipe, salvo cuestiones de administración tributaria, evitando generar una doble imposición entre los partícipes y el negocio en cuestión.

Por otro lado, se aclara que los derechos reales de garantía no pueden ser transferidos sin el crédito que aseguran y, por lo tanto, no pueden ser objeto del fideicomiso. En tal sentido, el artículo 2186 del Nuevo CCyC dispone que “...*Los derechos reales de garantía son accesorios del crédito que aseguran, son intransmisibles sin el crédito y se extinguen con el principal, excepto en los supuestos legalmente previstos....*”. De esta manera, ha quedado zanjada la discusión de si era posible transferir fiduciariamente un derecho real de garantía al fiduciario, sin ser éste acreedor, a los efectos de estructurar la figura de un agente de garantía por el cual el fiduciario fuera titular de una prenda o hipoteca en beneficio de los acreedores de una financiación. Queda claro que a partir del texto del artículo 2186 del Nuevo CCyC, ello no es posible.

c. Fideicomiso de garantía

El Nuevo CCyC introduce como novedad el fideicomiso de garantía, al establecer en el artículo 1680 que si el fideicomiso se constituye con tales fines, el fiduciario puede aplicar las sumas de dinero que ingresan al patrimonio, incluso por cobro judicial o extrajudicial de los créditos o derechos fideicomitados, al pago de los créditos garantizados. Así, el Nuevo CCyC pone fin a cualquier discusión sobre la legalidad del fideicomiso en garantía, que a diferencia del fideicomiso financiero y testamentario, no está contemplado en la Ley de Fideicomiso.

d. Obligación de contratar un seguro

El artículo 1685 del Nuevo CCyC establece que “*sin perjuicio de su responsabilidad, el fiduciario tiene la obligación de contratar un seguro contra la responsabilidad civil que cubra los daños causados por las cosas objeto del fideicomiso*”. Asimismo, dispone que en caso de que no haya contratado seguro o cuando el seguro resulte irrazonable en la cobertura de riesgos o montos, el fiduciario es responsable en los términos del artículo 1757. Por lo tanto, en dicho caso, el fiduciario tiene responsabilidad objetiva, y debe responder por el daño causado por el riesgo o vicio de las cosas.

En general, las modificaciones introducidas en el Nuevo CCyC han sido bien recibidas por la doctrina. La Comisión Redactora optó por mantener la estructura de la Ley de Fideicomisos, señalando que “*el régimen vigente no merece cambios profundos, pues no ha mostrado grandes problemas de interpretación y aplicación, y demostró eficiente en su aplicación*” y que por ello se mantuvo la sistematización y el texto de la normativa vigente, “*sin perjuicio de*

mejoras en aspectos de redacción que entendemos deben ser realizados, y la modificación de aspectos que la doctrina, aural y judicial, marcan como necesarias..." Así, se ha señalado que el régimen propuesto no implica una discontinuidad de lo existente, de tal modo que la reforma no debiera generar inseguridad en los operadores de fideicomisos hasta tanto la nueva normativa entre en vigencia.