

La tutela del consumidor hipervulnerable en el Derecho argentino

Sandra A. FRUSTAGLI¹

1. El Derecho del consumidor como expresión de la tutela de la debilidad jurídica

El Derecho del consumidor como disciplina jurídica se ha construido en torno a un sujeto identificado como vulnerable. Persiguió en sus comienzos asegurar el restablecimiento de la igualdad y libertad contractual en aquellos sectores del Derecho patrimonial donde aquellas se mostraban afectadas por el modo en que se desenvolvían en el mercado las relaciones entre los proveedores de bienes y servicios y sus destinatarios finales. La comprensión sistemática del tema obliga a considerarlo como un capítulo específico de la más amplia problemática de la tutela de la debilidad jurídica, que ha merecido atención del Derecho desde épocas lejanas². La preocupación se acentuó durante el siglo XX en razón de los desequilibrios que comenzaron a manifestarse en el mercado de bienes y servicios, que afectaron directamente a un elevado porcentaje de la población al tiempo de acceder al consumo de bienes. Durante el siglo XX, esa preocupación se fue acentuando a consecuencia de la incidencia que tienen los avances tecnológicos sobre el hombre, y sobre los derechos subjetivos en general³, como así también sobre las relaciones patrimoniales, también fuertemente impactadas por la masificación y globalización del mercado⁴, cuyas imperfecciones abrieron cauce a distorsiones en ejercicio de la autonomía privada y la libertad de elección en materia de relaciones negociales, cuestionando la vigencia y eficacia de las instituciones tradicionales del Derecho privado.

¹ Investigadora de la CIC-UNR, Prof. Asociada de Derecho Civil III y de Defensa de los Consumidores y Usuarios, Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Rosario.

² v. JOSSEMAND, Luis, "La protección de los débiles por el Derecho", Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración, N° 12, Montevideo, 1947, p. 313; GHESTIN, Jacques y FONTAINE, Marcel (Dir.), *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels (comparaisons franco-belges)*, L.G.D.J., París, 1996. En nuestro país, p. v.: ALTERINI, Atilio A. y LÓPEZ CABANA, Roberto, "La debilidad jurídica en la contratación contemporánea", en Doctrina Judicial, 1989-I, p. 817; GALDÓS, Jorge, "El principio "favor debilis" en materia contractual. Algunas aproximaciones", en LA LEY, 1997-D, p. 1112 y ss.; CIURO CALDANI, Miguel A., "Desde la protección del propietario a la protección del consumidor y el usuario (Aportes a la filosofía del Derecho Privado)", ED, 159-1022.

³ ALTERINI, Atilio Aníbal, "Respuestas ante las nuevas tecnologías: Sistema, principios y jueces", LA LEY 2007-F, pág. 1338.

⁴ NICOLAU, Noemí L., "Tecnología y masificación en el derecho contractual", LA LEY 1992-B, p. 767 y ss.

Así, las normas de protección al consumidor se fundan en la debilidad que éste presenta frente al profesional. Se trata de una vulnerabilidad de índole estructural porque surge del rol que ocupa el consumidor en el mercado, asociada a las fallas e imperfecciones que le son propias a éste⁵. Es por ello que el sistema tutelar reconoce como principio la vulnerabilidad del consumidor⁶. Su admisión no solo no genera cuestionamientos, sino que tampoco se duda que está presente en “toda la categoría de sujetos que realizan prácticas de consumo”⁷. Desde esa perspectiva, resulta entonces posible hablar de un “consumidor medio” respecto del cual proyecta su actuación tanto el principio protectorio *favor consumidor* –que en nuestro régimen tiene jerarquía constitucional, como así también todo el andamiaje jurídico diseñado en resguardo de sus derechos básicos.

La vulnerabilidad como factor determinante de la protección, ha sido vista también como elemento constitutivo de la categoría. En ese sentido, se pronunciaron las XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Tucumán, 2011), al concluir que “1) *La categoría jurídica de consumidor se construye a partir de la existencia de dos elementos estructurales: a) la vulnerabilidad o debilidad, y b) el destino final de los bienes incorporados, para beneficio propio o de su grupo familiar o social. Dichos elementos justifican la especial tutela protectoria que le confiere el ordenamiento jurídico argentino*”.

Es importante resaltar que, la evolución experimentada por el Derecho del consumidor muestra que sus principios y reglas ya no se circunscriben a tutelar exclusivamente los derechos patrimoniales sino que también atiende a aspectos vinculados a los derechos extrapatrimoniales del consumidor. Dicha expansión halla justificación en la necesidad de priorizar y reafirmar a la defensa de persona humana ante la creciente despersonalización que promueve la sociedad de consumo⁸. En esa línea de pensamiento, advertía -hace ya un tiempo- el prof. Ciuro Caldani, que el Derecho del consumidor no sólo debe atender a la protección individual frente al proveedor (microprotección) sino también frente al sistema que lo produce (macroprotección)⁹, de manera de salvaguardar la dimensión humana de aquél.

⁵ Coinciden en ello LORENZETTI, R., *Consumidores*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2003, pág. 16; RUSCONI, Dante, *Manual de Derecho del Consumidor*, AbeledoPerrot, Bs.As., 2009, pág. 10 y ss.

⁶ Conclusiones del V Congreso de Derecho de Daños, Buenos Aires, 1997.

⁷ LORENZETTI, R., *Consumidores*, cit. pág. 84.

⁸ P. verse sobre el tema, la profunda crítica sociológica de Zigmund BAUMANN en su obra *Vida de consumo*.

⁹ CIURO CALDANI, Miguel Angel, “La debilidad del consumidor”, en *Investigación y docencia*, N° 28, FIJ, Rosario, pág. 34.

En nuestro país, esa tendencia más amplia en relación a los intereses merecedores de tutela se encuentra afirmada en el plano constitucional, en razón que varios derechos reconocidos al consumidor en el artículo 42 CN refieren a intereses de índole extrapatrimonial que suelen verse lesionados con motivo o en ocasión de la relación de consumo (vgr. dignidad, salud, educación para el consumo). En contraste con esa línea, algunos autores italianos sostuvieron hace tiempo que el sentido de la tutela del consumidor es propio de la lógica patrimonial y que sería, por tanto, un error acentuar los aspectos no patrimoniales¹⁰; sin embargo, tal postura que simplifica la complejidad de intereses implicados e impide su abordaje integral- ha sido también superada en la propia doctrina europea¹¹.

2. Del consumidor medio al consumidor particularmente débil o hipervulnerable

La compleja realidad social al hilo de la cual se desenvuelve el Derecho del consumo ha puesto en evidencia la existencia de grupos de consumidores que exhiben niveles de vulnerabilidad agravados por condiciones peculiares inherentes a la persona concreta o bien la especial situación en la cual se encuentran. Los operadores jurídicos se han referido a esos colectivos sociales empleando diferente terminología, así se habla de “*subconsumidor*”, “*consumidor particularmente frágil*”¹², “*consumidores vulnerables*”¹³ o “*hipervulnerables*”¹⁴.

Las referencias a este colectivo pueden rastrearse ya desde los primeros estudios dedicados al tema. Fue GHIDINI, hacia fines de la década del setenta, uno de los primeros en utilizar la expresión “*sotoconsumatori*” para subrayar la necesidad de atender a ciertos desequilibrios o diferencias de condiciones perceptibles al interior de la propia categoría de consumidor. Aunque al considerar esas diferencias, este autor, puso especial énfasis en

¹⁰RODOTÀ, Stefano, en las Conclusiones del seminario sobre “Tendenze evolutive nella tutela del consumatore”, (marzo de 1998, Facoltà de Giurisprudenza, Università La Sapienzadi Roma), Nápoli, 1998, pág. 189.

¹¹ ALPA, Guido, *Introduzione al diritto dei consumatori*, 2ª ed, Laterza, Bari, 2008, p. 18 y ss.

¹² Esta expresión es empleada por BIHL, Luc, “La protection du consommateur particulièrement fragile”, en *La Semaine Juridique Notariale et Immobilière*, Mai 1985 - n° 18, puede consultarse en http://www.lexisnexis.fr/droit-document/article/la-semaine-juridique-notariale-immobiliere/18-985/006_PS_SJN_SJN8518CM00006.htm#.VApH3KONCS0

¹³ Es la denominación que utiliza la Resolución del Parlamento Europeo, de 22 de mayo de 2012, sobre una estrategia de refuerzo de los derechos de los consumidores vulnerables.

¹⁴ LIMA MARQUES, Claudia, “Solidaridad en la enfermedad y en la muerte: sobre la necesidad de acciones afirmativas en contratos de planes de salud y de planes funerarios frente al consumidor anciano”, en LORENZETTI, Ricardo y LIMA MARQUES, Claudia, *Contratos de servicios a los consumidores*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2005, pág. 252.

situaciones de desventaja económica que dificultaban o impedían el acceso al consumo¹⁵. La denominación no es adecuada, pues parece referir a una *infra* categoría de consumidor, cuando lo que en realidad quiere ponerse de relieve es la existencia de una persona que exhibe grados de vulnerabilidad mayores que los propios de la categoría media o abstracta de consumidor.

Luego de esa primera caracterización, el enfoque se fue ampliando para atrapar otras situaciones de la realidad social donde la fragilidad del consumidor se incrementaba por sus condiciones peculiares, siendo ya habitual que tanto la doctrina extranjera como nacional hagan ingresar en la categoría a niños, adolescentes, ancianos, enfermos, personas con discapacidades, analfabetos o personas con escaso nivel cultural, inmigrantes, entre otros¹⁶.

Ese elenco muestra que, mientras la protección al consumidor se fundamenta en una vulnerabilidad de índole estructural, la tutela a los hipervulnerables busca traspasar la nota de debilidad estándar, para ahondar en circunstancias particulares que resultan coyunturales¹⁷, transitorias o permanentes, inherentes a la persona o externas a ella, y que acentúan la fragilidad del consumidor¹⁸. En la figura del subconsumidor la vulnerabilidad estándar (estructural), confluye con otra, coyuntural, que lo torna más frágil en las relaciones de consumo¹⁹ y obliga a potenciar los mecanismos protectorios.

¹⁵GHIDINI, Gustavo, *Per i consumatori*, Ed. Zanichelli, Bologna, 1977, pág. 63 y ss.

¹⁶ CAVANILLAS MÚGICA, Santiago, “La protección del subconsumidor en la normativa sobre responsabilidad civil por productos o servicios defectuosos”, en *Estudios sobre consumo*, N° 18, 1990, p. 44 y ss.; ACEDO PENCO, Ángel, “Los subconsumidores como colectivos de especial protección reconocidos en el estatuto de los consumidores de Extremadura”, en *Anuario de la Facultad de Derecho*, N° 22, 2004, p. 199. LORENZETTI, Ricardo recuerda que “*Son casos de subconsumidores los menores de edad, los ancianos y los enfermos graves; situaciones de urgencia que dan lugar a un estado de necesidad, los analfabetos*”, en *Consumidores*, cit., pág. 78; FRUSTAGLI, Sandra A.- HERNÁNDEZ, Carlos A., “El concepto de consumidor. Proyecciones actuales en el Derecho argentino”, en LA LEY, 2011-E, pág. 998. Sobre el encuadramiento del anciano como hipervulnerable p. v. HEINECK SCHMITT, Cristiano, “Prevención y reparación de daños al consumidor anciano en América Latina”, en *Revista Jurídica de Daños*, Número 4 - Noviembre 2012, IJ Editores, acceso electrónico en <http://www.ijeditores.com.ar/articulos.php?idarticulo=63729&print=1>; BAROCELLI, Sergio Sebastián “Incumplimiento del trato digno y equitativo a consumidores hipervulnerables y daños punitivos: la Suprema Corte de Buenos Aires confirma su procedencia”, en La Ley Online, AR/DOC/1191/2013.

¹⁷ Señala LORENZETTI que “La vulnerabilidad que da lugar a la protección del subconsumidor está vinculada con fallas especiales que afectan a una categoría particular de sujetos”, en *Consumidores*, cit., pág. 78

¹⁸ FRUSTAGLI, Sandra A.- HERNÁNDEZ, Carlos A., “El concepto de consumidor. Proyecciones actuales en el Derecho argentino”, cit., pág. 998. También v. HERNÁNDEZ, Carlos A., “Relación de consumo”, en *Tratado de Derecho del Consumidor*, codirigido por Gabriel STIGLITZ y Carlos A. HERNÁNDEZ, Thomson Reuters-La Ley, 2015, T. I, pág. 414.

¹⁹ En ese sentido ha afirmado HERNANDEZ, Carlos A.; “La noción de consumidor y su proyección sobre la legitimación para accionar”, RDPyC 2009-1, p. 273 y ss que “concurren en una misma persona y en idéntico contexto relacional diferentes expresiones de debilidad que demandan estándares especiales de tutela”.

Respecto de la conceptualización de la figura, resulta interesante considerar la experiencia europea, en especial, la Resolución del Parlamento Europeo, de 22 de mayo de 2012, sobre una estrategia de refuerzo de los derechos de los consumidores vulnerables. En este documento se señala que, *“el concepto ampliamente utilizado de consumidores vulnerables se basa en la noción de vulnerabilidad endógena y hace referencia a un grupo heterogéneo compuesto por aquellas personas consideradas de forma permanente como tales por razón de su discapacidad mental, física o psicológica, su edad, su credulidad o su género”*; agregándose que el concepto debe incluir también a *“... los consumidores en una situación de vulnerabilidad”*, entendiéndose por tales a aquellos que se encuentren *“...en un estado de impotencia temporal derivada de una brecha entre su estado y sus características individuales, por una parte, y su entorno externo, por otra parte, teniendo en cuenta criterios tales como la educación, la situación social y financiera (por ejemplo, el endeudamiento excesivo), el acceso a Internet, etc.”*; para finalmente señalar que *“...todos los consumidores, en algún momento de su vida, pueden pasar a ser vulnerables debido a factores externos y a sus interacciones con el mercado, o porque experimenten dificultades para acceder a información adecuada dirigida a los consumidores y entenderla, y, por tanto, precisen de una protección especial”*²⁰. Se trata de una caracterización muy amplia, que busca captar las múltiples y heterogéneas causas de hipervulnerabilidad del consumidor, dando cuenta por tanto de aquellas condiciones inherentes a cualidades personales del individuo (discapacidad, edad, género), como así también a situaciones temporarias y circunstanciales derivadas de la conjugación de condiciones personales del consumidor y factores externos.

La existencia de estos consumidores hipervulnerables, en ocasiones, encuentra alguna referencia normativa. Así sucede en algunas legislaciones comparadas cuando se procura atender a una protección más o menos particularizada de esos grupos. Ejemplo de ello constituyen:

1) El Código de Defensa del Consumidor de Brasil, cuyo artículo 39, parágrafo IV considera como práctica abusiva el hecho de prevalerse de la “ignorancia”, “edad”, “salud” o “condición social” del consumidor, para imponerle sus productos o servicios.; además,

²⁰ Puede consultarse en texto completo en [http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P7-TA-2012-0209+0+DOC+XML+V0//ESP7_TA\(2012\)0209](http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P7-TA-2012-0209+0+DOC+XML+V0//ESP7_TA(2012)0209)

recientemente se acaba de sancionar una norma que prohíbe el marketing y la publicidad dirigido a niños (Resolución 163 de abril de 2014)²¹.

2) El Artículo 5, apartado 3, de la Directiva 2005/29/CE sobre prácticas desleales cuando toma en cuenta condiciones especiales del consumidor para apreciar el carácter abusivo de ciertas prácticas comerciales. Así dispone ese texto, que, *“Las prácticas comerciales que puedan distorsionar de manera sustancial, en un sentido que el comerciante pueda prever razonablemente, el comportamiento económico únicamente de un grupo claramente identificable de consumidores especialmente vulnerables a dichas prácticas o al producto al que se refieran, por padecer estos últimos una dolencia física o un trastorno mental o por su edad o su credulidad, deberán evaluarse desde la perspectiva del miembro medio de ese grupo”*.

3) Distintas leyes forales españolas se han ocupado del tema. Por ejemplo, la Ley 11/1998 de protección de los consumidores de la Comunidad Autónoma de Madrid, en su art. 4, dispone, en el apartado primero que *“Los colectivos de consumidores que se encuentren en situación de inferioridad, desprotección o discapacidad por razón de su edad, origen o condición serán objeto de atención prioritaria en las actuaciones que desarrollen las Administraciones Públicas de la Comunidad de Madrid”*. Luego agrega, en el apartado segundo, que *“Por concurrir las circunstancias enumeradas, esta protección se dirigirá especialmente a: a) La infancia y la adolescencia; b) Enfermos y personas con capacidades disminuidas; c) Personas mayores; d) Las mujeres gestantes; e) Los inmigrantes; f) Los sectores económicos y sociales más débiles”*. Textos semejantes contienen el artículo 5.1., de la Ley 6/2001, de 24 de mayo, del Estatuto de los Consumidores de Extremadura; el artículo 4 de la LEY 1/2006, de Defensa de Consumidores y Usuarios de Cantabria; el artículo 5.1 de la Ley 11/2002 de Consumidores y Usuarios de Asturias. También merece mencionarse la Ley Foral de Navarra nº 7/2006, de 20 de junio, de Defensa de los Consumidores y Usuarios, cuyo artículo 3, apartado 1º, establece que *“Serán objeto de especial protección así como de actuaciones específicas por las Administraciones Públicas de la Comunidad Foral de Navarra, en el marco de lo dispuesto en la presente Ley Foral, los consumidores pertenecientes a colectivos que, por circunstancias especiales, se encuentren en una situación de inferioridad, subordinación, indefensión o desprotección más acusada, tales*

²¹ Ver http://es.consumersinternational.org/media/1463699/dou_2014_04_secao_1_pdf_20140404_4.pdf

como menores de edad, ancianos, discapacitados, inmigrantes y otros análogos”, entre otros²².

3. Los consumidores vulnerables en el Derecho nacional. Bases normativas para su protección

Cuando se constatan circunstancias fácticas que concurren a agudizar la vulnerabilidad del consumidor, la aplicación de los institutos tuitivos generales de manera indiferenciada puede conducir a una infraprotección²³. De ahí la necesidad de enfatizar el principio *favor consumidor*, adecuando el funcionamiento de las herramientas tuitivas a los grados concretos de vulnerabilidad que se constataren en la realidad negocial. Ello puede realizarse a través de la adopción expresa de reglas legales tendientes a la lograr una protección diferenciada o preferencial, que encontrarán por fundamento la necesidad de concretar la igualdad material, otorgando un tratamiento desigual al desigual, al más vulnerable dentro de un colectivo ya vulnerable; se tratará en definitiva acciones afirmativas²⁴.

Empero, en ausencia de reglas expresas, la intensificación del principio *favor consumidor* deberá proyectarse en el funcionamiento concreto de las normas generales y especiales que rigen las relaciones de consumo para asegurar la efectiva tutela de los derechos reconocidos. Esto requiere que el encargado de su aplicación atienda a las condiciones o situaciones que, en un determinado caso, pueden converger y tornar a un consumidor más débil que el resto, En ese sentido, cabe recordar que las XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, antes citadas, declararon que “*Tratándose de consumidores especialmente vulnerables, en razón de concretas condiciones personales tales como la minoridad, la ancianidad, la pobreza o la marginalidad, entre otras, debería acentuarse el principio protectorio*”.

²² Pueden consultarse los textos completos en el sitio web de la Agencia Española de Consumo, Seguridad alimentaria y Nutrición, <http://consumo-inc.gob.es/guiaCons/derecho/leyesCcaa.htm>

²³ CAVANILLAS MÚGICA, Santiago, “La protección del subconsumidor en la normativa sobre responsabilidad civil por productos o servicios defectuosos”, cit., pág. 44 y ss.; ACEDO PENCO, Ángel, “Los subconsumidores como colectivos de especial protección reconocidos en el estatuto de los consumidores de Extremadura”, cit., pág. 199

²⁴ LIMA MARQUES, Claudia, “Solidaridad en la enfermedad y en la muerte: sobre la necesidad de acciones afirmativas en contratos de planes de salud y de planes funerarios frente al consumidor anciano”, cit., pág. 245 y ss.

En la práctica, la consideración de las circunstancias personales que convierten al consumidor medio en un hipervulnerable puede adquirir relevancia, por ejemplo, como factor para valorar la culpa de la víctima como eximente de responsabilidad²⁵, para determinar la claridad o suficiencia de la información²⁶, para establecer el sesgo engañoso o abusivo de un mensaje publicitario²⁷, dimensionar el efectivo cumplimiento por el proveedor del deber de suministrar un trato digno al consumidor²⁸, o para hacer actuar el principio de las cargas probatorias dinámicas, entre otras cuestiones.

En el Derecho nacional, la Ley de Defensa del Consumidor no contempló previsiones específicas que refiriesen a la hipervulnerabilidad de ciertos grupos de consumidores, a excepción de una referencia tangencial en la parte final del artículo 60, cuando en oportunidad de disponer sobre la educación de los consumidores manda a prestar especial atención en la implementación de programas de educación a aquellos consumidores que se encuentren en situación desventajosa. No obstante, diversos precedentes de la jurisprudencia nacional fueron permeables al reconocimiento del problema; así, a través de una correcta hermenéutica del principio protectorio del consumidor, de raigambre constitucional, y, en consonancia con otros principios rectores del ordenamiento jurídico, se adoptaron decisiones que se encaminaron indudablemente a asegurar la tutela plena e integral de los hipervulnerables en las relaciones de consumo. En consonancia con lo señalado, en una

²⁵ En relación con ello, hemos sostenido hace un tiempo que en el ámbito del artículo 40 de la Ley 24.240, la valoración de la culpa de la víctima como eximente de la responsabilidad del proveedor, debía ser analizada considerando las condiciones personales del consumidor; p. v. en HERNÁNDEZ, Carlos y FRUSTAGLI, Sandra, “El funcionamiento de las eximentes en supuestos de daños al consumidor”, en *Responsabilidad Civil. Homenaje al Dr. René Padilla*, Dir. Leiva Fernández, Coord. René Padilla (h.) y otros, LA LEY, 2010, pág. 191 y ss.

²⁶ La comprensibilidad de la información adquiere connotaciones sustanciales ante la complejidad ínsita de ciertos productos financieros cuando se ofrecen a ciertos colectivos vulnerables (vg.: ancianos), como bien ponen de manifiesto las recientes políticas públicas de la Unión Europea (Resolución del Parlamento Europeo, de 22 de mayo de 2012) y destaca la doctrina especializada, sobre el particular p.v. PEREZ VALLEJO, Ana, “Consumidores vulnerables (inversores de “edad avanzada”): el rostro más duro de las participaciones preferentes”, en *Nuevas perspectivas del tratamiento jurídico de la discapacidad y la dependencia*, directores María del Carmen GARCÍA GARNICA y Rafael ROJO ÁLVAREZ-MANZANEDA, Dykinson, Madrid, 2014, pág. 227 y ss. En la misma obra puede consultarse a MORILLAS JARILLO, María José, “La comercialización de productos financieros complejos entre personas vulnerables”, en pág. 209 y ss.

²⁷ Sobre la vulnerabilidad de los menores ante la publicidad puede consultarse MORILLAS FERNÁNDEZ, Marta, “La protección jurídica de los menores ante la publicidad: una visión común de España y Portugal”, en *Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo*, Vol. III, | n. 10, junio 2013, pág. 125 y ss.

²⁸ CCC de San Martín, Sala I, 17/09/2015, “L., M. G. c. INC S.A. c/ Supermercados Carrefour y otro s/ daños y perjuicios”, RCyS 2015-XII, pág. 132, en el caso una mujer discapacitada que tenía colocada una prótesis de titanio en su columna fue maltratada por el personal de seguridad del establecimiento, cuando la alarma de la salida se activó a causa de la prótesis, en razón de ese hecho plantea una acción de reparación del daño; fue rechazada en primera instancia, luego la Cámara, esta admite la pretensión y condena a indemnizar el daño moral con sustento en el trato indigno del que fuera beneficiaria la víctima.

causa se tuvo especialmente en cuenta la edad avanzada de la víctima para apreciar la suficiencia de la información²⁹; en otra oportunidad se tomó en consideración la discapacidad motriz de la víctima para ponderar la seguridad del establecimiento comercial y hacer lugar a la acción de responsabilidad³⁰; la existencia de limitaciones motrices en el consumidor ha dado lugar también a la procedencia de acciones indemnizatorias ante la falta de accesibilidad de las oficinas comerciales³¹. A ese panorama se adiciona también toda la rica jurisprudencia elaborada en torno a la protección del derecho a la salud en el marco del contrato de medicina prepaga³².

Es posible sostener que esa corriente jurisprudencial surgió signada por el influjo de la Reforma constitucional de 1994 que, a más de dar ingreso a los derechos fundamentales de los consumidores en su artículo 42 -impactando en la hermenéutica de las reglas infraconstitucionales³³-, reconoció también rango constitucional a los Tratados de Derechos Humanos enumerados en el art. 75, inc. 22, párrafo segundo³⁴. No es casual la coincidencia y manifiesta conexión existente entre los colectivos protegidos por muchos de esos

²⁹ SCJ Mendoza, “*Bloise de Tucci, Cristina c/ Supermercado Makro S.A.*”, 26/07/02, LL Gran Cuyo, 2002-726; sosteniéndose en el fallo que señalar los lugares de ingreso y egreso en un supermercado “...cuando existen aperturas y cierres mecánicos simplemente con las palabras ‘entrada’ y ‘salida’ no configura una información ni detallada, ni eficaz, ni suficiente en virtud de que no advierte, en modo alguno, sobre el riesgo que implica ingresar por la puerta que no corresponde”.

³⁰ CNCiv, sala L, “*Fernández Alfredo Daniel c/ EasyCencosud SA*” (06/03/2008, RCyS, Año X, N° VI 2008, p. 102), se sostuvo aquí que “*corresponde responsabilizar a un hipermercado por los daños sufridos por un cliente que, cayó al intentar egresar de dichas instalaciones en virtud de que la silla de ruedas en la cual se trasladaba no pudo pasar a través de las guías de la puerta corrediza de salida, las cuales se encontraban por encima del nivel del piso pues, en toda relación jurídica entre un consumidor y un centro comercial, éste asume un deber de seguridad objetivo frente a aquél el cual incluye el uso del local*”. Surge de los hechos que la estructura del establecimiento no garantizaba adecuadamente el tránsito de personas con movilidad limitada.

³¹ CCC de Mar del Plata, Sala II, “*Machinandiarena Hernández Nicolás c/ Telefónica de Argentina s/ reclamo contra actos de particulares*”, causa donde se condenó a la empresa demandada a reparar el daño moral y a pagar una multa civil de \$ 30.000 por el trato discriminatorio que implicaba no contar con rampas de acceso –o algún mecanismo alternativo– para discapacitados motrices en sus oficinas de atención al público, sentencia que fue confirmada por la SCJ de la provincia de Buenos Aires, el 6/11/2012, fue publicada con nota de BAROCELLI, Sergio Sebastián en La Ley Online, AR/DOC/1191/2013.

³² Sobre el particular ver FRUSTAGLI, Sandra A., “El contrato como marco de tensión entre utilidad y derechos de la personalidad”, en RCyS, julio 2010, p. 24 y ss., también “La protección del paciente ante las medicinas prepagas”, en *Trabajos del Centro*, No 9/10 (2011), pág. D 1”, en <http://revista.cideci.org/index.php/trabajos/article/view/110>

³³ STIGLITZ, Gabriel, “La constitucionalización del Derecho del Consumidor. La experiencia argentina”, en STIGLITZ, Gabriel - HERNÁNDEZ, Carlos A (Dir.) *Tratado de Derecho del Consumidor*, T. I, Buenos Aires, La Ley, 2015, pág. 227 y sigtes

³⁴ Entre ellos se encuentran: la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; la Convención sobre la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; y la Convención sobre los Derechos del Niño

instrumentos internacionales y los grupos de consumidores identificados como especialmente vulnerables, así: niños y adolescentes, personas con discapacidades, enfermos, mujeres, ancianos y cualquier otro colectivo en situación de inferioridad o indefensión especiales. De ahí que la preocupación por su protección en las relaciones de consumo resulta consecuencia de la constitucionalización del Derecho privado iniciada en dicha época, habida cuenta que el mismo exige desarrollar en forma positiva las exigencias normativas derivadas de los derechos allí reconocidos³⁵.

En la actualidad, el sistema de fuentes adoptado por el nuevo Código Civil y Comercial afirma ese proceso de constitucionalización del Derecho privado, en tanto dispone en primer término que los casos regidos por el Código “*deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables, conforme con la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos en los que la República sea parte*” (art. 1); y, por otra parte, establece que la ley debe ser interpretada teniendo en cuenta las disposiciones que surgen de los Tratados de Derechos Humanos (art. 2). Esa nueva racionalidad sustentada en el diálogo armónico de fuentes, supone una aproximación aún mayor entre Derecho Privado y Constitución, que le exige a aquél no sólo respetar los límites derivados de ésta, sino también desarrollar en forma positiva las exigencias normativas derivadas de los derechos con jerarquía constitucional. Ello, unido a la inserción en el en el ámbito del Código de principios y reglas relativos a la protección del consumidor –en Libro Tercero, Título III, donde se despliegan como directrices el principio protectorio de la debilidad (art. 1.093) y el respeto a la dignidad y al trato no discriminatorio (arts. 1.097 y 1.098)- se revela como una herramienta de suma utilidad para profundizar la protección de los consumidores hipervulnerables; además que viene a convalidar y reafirmar la tendencia jurisprudencial desarrollada sobre el particular.

Sin perjuicio de esos despliegues del principio protectorio, conforme se mencionara, la acentuación de la tutela de consumidores vulnerables puede concretarse por vía legislativa con acciones afirmativas en aquellos ámbitos donde resulte necesario superar hiposuficiencias derivadas de una peculiar condición o situación³⁶ y garantizar la igualdad en el acceso a los bienes, o evitar el agravamiento de la debilidad existente. Lo cierto es que las

³⁵ Ver AGUILÓ REGLA, Josep, “Sobre la constitución del Estado constitucional”, en *Doxa: Cuadernos de filosofía del derecho*, N° 24, 2001, pags. 429 y ss

³⁶ ACEDO PENCO, Ángel, “Los subconsumidores como colectivos de especial protección reconocidos en el estatuto de los consumidores de Extremadura”, cit., pág. 203; LIMA MARQUES, Claudia, “Solidaridad en la enfermedad y en la muerte: sobre la necesidad de acciones afirmativas en contratos de planes de salud y de planes funerarios frente al consumidor anciano”, cit., pág. 245 y ss.

medidas seleccionadas por el legislador pueden mostrar una tipología variada dependiendo de la heterogeneidad y complejidad de las situaciones merecedoras de tutela. Sobre el particular, el Derecho nacional muestra algunas normas que dan cuenta de instrumentos enderezados a potenciar la protección de la especial vulnerabilidad del consumidor. Entre ellas, cabe mencionar, a título ejemplificativo:

a) La ley 26.522 de Medios Audiovisuales contiene diversas disposiciones que al reglamentar algunos aspectos de la publicidad pretende asegurar los derechos de grupos vulnerables en general. El artículo 71 establece que *“Quienes produzcan, distribuyan, emitan o de cualquier forma obtengan beneficios por la transmisión de programas y/o publicidad velarán por el cumplimiento de lo dispuesto por las leyes 23.344, sobre publicidad de tabacos, 24.788 — Ley Nacional de lucha contra el Alcoholismo—, 25.280, por la que se aprueba la Convención Interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad, 25.926, sobre pautas para la difusión de temas vinculados con la salud, 26.485 —Ley de protección integral para prevenir, sancionar, y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales— y 26.061, sobre protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes así como de sus normas complementarias y/o modificatorias y de las normas que se dicten para la protección de la salud y de protección ante conductas discriminatorias”*. Luego, de manera más específica, el artículo 81 adopta reglas encaminadas a proteger a los niños como hipervulnerables ante la publicidad. En esa línea, prescribe que *“Los licenciatarios o autorizados de los servicios de comunicación audiovisual podrán emitir publicidad conforme a las siguientes previsiones: ... h) la publicidad destinada a niñas y niños no debe incitar a la compra de productos explotando su inexperiencia y credulidad”*. La misma disposición, en su inciso i), al prohibir de manera general la publicidad discriminatoria y abusiva, se ocupa de preservar también a los niños, niñas y adolescentes de aquellos mensajes publicitarios que induzcan a *“...comportamientos perjudiciales para el ambiente o la salud física y moral de los niños, niñas y adolescentes”*.

b) La Ley de Medicina Prepaga 26.682, ha establecido sensibles limitaciones a la autonomía de las empresas con el objeto de proteger a los afiliados al sistema de mayor vulnerabilidad, como son los adultos mayores y los enfermos. Al respecto, en su artículo 12° se prohíben los aumentos de cuotas al afiliado que alcanza los 65 años si registra en el sistema una antigüedad mínima de 10 años. Así mismo, el artículo 10° señala que las enfermedades preexistentes, *“no pueden ser criterio del rechazo de admisión de los usuarios”*, expresando

que la autoridad de aplicación autorizará el cobro de valores diferenciales debidamente justificados para la incorporación de afiliados con enfermedades preexistentes.

c) En materia de servicios financieros, la Comunicación “A” 5460 del Banco Central, obliga a los bancos a implementar medidas especiales para garantizar el acceso en igualdad de condiciones a consumidores con determinadas limitaciones físicas. Así, el artículo 2.2.1., prescribe que las personas con movilidad reducida, deficiencias motrices o dificultades de acceso a y/o de permanencia en los puntos de atención al usuario deberán recibir atención prioritaria en las casas operativas y quedarán eximidos de formar la fila correspondiente al resto de los usuarios de servicios financieros. En relación con las personas con dificultades visuales (art. 2.2.2), contempla que los cajeros automáticos destinados a los usuarios de servicios financieros deberán contar con software reproductor de texto-a-voz, auriculares con su respectivo conector estándar, teclado con sistema Braille o estándar con relieve resaltado y mecanismo audible y perceptible destinado a alertar el olvido de la tarjeta y/o del dinero dispensado por el equipo. Además, se deberá dar a estos usuarios la opción de obtener en sistema Braille la documentación asociada a los productos que contratan (condiciones pactadas en los contratos y los resúmenes de cuenta).

4. Conclusión

La intersección entre la vulnerabilidad estándar del consumidor y las condiciones o situaciones en que se encuentran grupos de personas vulnerables, permite identificar en el Derecho del consumidor una categoría que requiere especial protección, vinculada de manera directa con la irradiación de los derechos fundamentales a las relaciones de consumo. La intervención del Derecho en auxilio de los más débiles resulta una exigencia axiológica y constituye expresión cabal del principio *pro homine o pro persona*³⁷; desde ese enfoque, la protección del consumidor especialmente vulnerable surge como concreción de ese mandato y se afianza en el nuevo el Código Civil y Comercial de la Nación, en razón que se exige que los derechos humanos encuentren eficacia concreta en la aplicación las reglas de Derecho privado.

³⁷ ALTERINI, Atilio; “El principio pro homine”, en Responsabilidad Civil y Seguros, N° 2011-II (tapa).

Sin perjuicio de la vigencia de esas herramientas tuitivas, también resulta indispensable la implementación de políticas públicas de defensa del consumidor tendientes a lograr la plena efectividad de los derechos reconocidos³⁸.

³⁸ STIGLITZ, Gabriel, *La defensa del consumidor en Argentina. 30 años de Derecho, sin políticas*, T. I, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2012