

**APORTES DE ATILIO A. ALTERINI
AL DERECHO DEL CONSUMIDOR.
A PROPÓSITO DEL CÓDIGO UNIFICADO
Y LA TUTELA DE LOS SUBCONSUMIDORES**

CARLOS H. HERNÁNDEZ ^(*)

Resumen: El presente estudio aborda un eje que fuera de interés e investigación por parte del Prof. Dr. Atilio Aníbal Alterini, concerniente a la protección de los consumidores, en especial, de los particularmente vulnerables. La reciente reforma del Derecho Privado, por intermedio del Código Civil y Comercial de la Nación Argentina, posibilita reconocer esa problemática a partir del diálogo que el mismo propone con la Constitución Nacional y los Tratados Internacionales de Derechos Humanos.

Palabras clave: Atilio Aníbal Alterini. Código Unificado. Subconsumidor.

Abstract: This study addresses an axis out of interest and research by Prof. Dr. Atilio Aníbal Alterini, concerning the protection of consumers, in particular, of the particularly vulnerable. The recent reform of Private Law, through the Civil and Commercial Code of Argentina, enabling recognize this problem through dialogue that it proposes to the National Constitution and International Human Rights treaties.

Keywords: Atilio Aníbal Alterini. Unified Code. Vulnerable consumers.

*I. Atilio Anibal Alterini, la reforma del Derecho Privado
y la tutela de los consumidores particularmente vulnerables*

Resulta grato adherir al Homenaje que la Revista “Investigación y

^(*) Profesor titular de Derecho Civil de la Universidad Nacional de Rosario (e-mail: estcarloshernandez@gmail.com).

Docencia”, por intermedio de su Director, el Dr. Miguel A. Ciuro Caldani, rinde mediante este número al querido maestro Atilio A. Alterini, una de las figuras señeras del Derecho Privado argentino, cuyo pensamiento innovador y progresista perdura entre nosotros como una estrella que guía frente a los desafíos actuales.

El tributo se enmarca en un año histórico, signado por la vigencia de un nuevo Código Civil y Comercial, que no sólo en lo metodológico, sino también en sus ideas fundantes, responde a múltiples y ricos y aportes que aquél hiciera en su condición de docente, investigador, académico y autor de propuestas legislativas que, como el Proyecto de 1998, han servido de sustento a muchas de las valiosas soluciones que trae el Código unificado¹.

En este breve estudio se habrá de considerar a la protección de los consumidores, en especial de los particularmente vulnerables, en clave del Código Civil y Comercial de la Nación, dado que esta cuestión, constituyó siempre un eje de interés para el homenajeado.

Así, en uno de sus últimos aportes -inédito- referido a “La debilidad jurídica”², recordaba que si bien los consumidores y usuarios son considerados sujetos particularmente vulnerables, a quienes el constituyente decidió proteger de modo especial “La protección se acentúa cuando se trata del denominado subconsumidor (Ghidini) o consumidor particularmente frágil (Bihl)”. Por ello, en ese interesante trabajo valoraba positivamente que las XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil -realizadas en Tucumán en el 2011- hubieran declarado 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”.

¹ Ver fundamentos del Anteproyecto de 2012 en “Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación”, Buenos Aires, Infojus, 2012.

² El mismo fue escrito para el “Código Civil y Comercial Comentado”, que el homenajeado codirigió con Héctor ALEGRÍA. En él expresaba una mirada actualizada de viejos estudios que lo habían llevado a publicar relevantes aportes previos, entre otros: ALTERINI, Atilio Aníbal - LÓPEZ CABANA, Roberto M. - STIGLITZ, Gabriel A., “La protección del consumidor en el marco de un proyecto de ley”, LA LEY 1989-B, pág. 1002; ALTERINI, Atilio Aníbal, “Tendencias en la contratación moderna”, LA LEY 1999-B, pág. 1229; ALTERINI, Atilio Aníbal, “Las reformas a la ley de defensa del consumidor. Primera lectura, 20 años después”, LA LEY 2008-B, pág. 1239.

II. *La reforma del Derecho Privado Argentino y la protección de los consumidores*

La protección de los usuarios y consumidores debe ser pensada desde una perspectiva relacional o contextual³. El surgimiento y posterior desarrollo del Derecho del Consumidor ha estado signado por la centralidad de la noción de consumidor⁴, no obstante el concepto de proveedor aparece unido indisolublemente a aquélla, constituyendo -por oposición- su contrapunto necesario. En efecto, no puede ignorarse que el fundamento último del régimen tutelar del consumidor reside en la vulnerabilidad que lo afecta en el seno de un mercado caracterizado por fallas estructurales y regido preponderantemente por la actividad de los empresarios o profesionales⁵. Se trata de nociones interdependientes, recíprocamente referenciadas una a otra; así, la figura del consumidor se perfila, explica y adquiere significación cuando un individuo se sitúa delante de un profesional del mercado

³ LIMA MARQUES, Claudia, “Campo de aplicação do CDC”, en BENJAMÍN, Antonio H. - LIMA MARQUES, Claudia - ROSCOE BESSA, Leonardo, “Manual de Direito do Consumidor”, 2ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2008, pág. 66 y ss. Ver también a FARINA, Juan Manuel, “Defensa del consumidor y del usuario. Comentario exegético de la ley 24.240 y del decreto reglamentario 1.798/94”, Buenos Aires, Astrea, 2008, pág. 116 y ss; LORENZETTI, Ricardo “Consumidores”, Buenos Aires, Rubinzal Culzoni, 2003, pág. 81 y ss., y HERNÁNDEZ, Carlos A., en NICOLAU, Noemí L., “Fundamentos de Derecho Contractual”, Buenos Aires, La Ley, 2009, I, pág. 425.

⁴ No puede negarse, que en gran medida, ese fenómeno sigue verificándose aún hoy. Buen ejemplo de lo dicho, se expresa en las obras más recientes dedicadas a la disciplina en el Derecho Europeo, que siguen poniendo el acento en el concepto de consumidor como noción central de referencia. Entre muchas otras pueden verse: D’AMICO, Giovanni, “La reforma del Codice del Consumo”, obra colectiva, Cedam, San Giuliano Milanese, 2015; DÍAZ ALABART, Silvia (Directora) - Ma. Teresa ÁLVAREZ MORENO (Coordinadora), “Contratos a distancia y contratos fuera del establecimiento comercial. Comentario a la Directiva 2011/83”, Madrid, Editorial Reus, 2014.

⁵ Un agudo enfoque filosófico del problema puede consultarse en CIURO CALDANI, Miguel Angel, “La debilidad del consumidor en la sociedad de consumo”, en Investigación y Docencia, Vol. 28 (1997), pág. 33 y ss. Desde otra perspectiva, también ALEGRÍA, Héctor, “Régimen legal de protección del consumidor y Derecho Comercial”, en “Anales de la Academia Nacional de Derecho”, 2009 (noviembre), punto 1.4.1; FRUSTAGLI, Sandra; “Conexiones entre la noción de proveedor y los legitimados pasivos en la Ley de Defensa del Consumidor”, DPyC, 2009-1-226.

(proveedor). A su vez, el vínculo intersubjetivo que reúne jurídicamente a ambos sujetos constituye una relación de consumo.

La construcción contextual o relacional queda expresada claramente en nuestro Derecho positivo, el cual declara que la protección se dispensa en el ámbito de la relación de consumo, como lo demuestran las normas constitucionales e infraconstitucionales dedicadas a ella, entre las cuales sobresale el art. 42 de la Constitución Nacional -reformada en el año 1994-, en cuanto afirma 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”. Es comprensible que ello sea así, toda vez que, se prioriza la noción de ‘relación’ por sobre la de ‘contrato’, con un propósito similar al existente en el Derecho Laboral⁶.

De modo coherente, el Código Civil y Comercial de la Nación ha privilegiado a la de relación de consumo y optado por regular algunos de sus aspectos más sobresalientes⁷. La decisión, según expresa la Fundamentación del Anteproyecto de 2012 -antecedente inmediato de aquél-, se apoya en la jerarquía constitucional que ostenta el principio protectorio del consumidor⁸, y se materializa a través de la consagración de normas que contemplan una protección de mínimos, sin derogar, el régimen especial establecido en la ley 24.240. Así, las normas del Código referidas a la defensa de los consumidores y usuarios son situadas en el Libro Tercero, Título III, denominado “*Contratos de consumo*”, aunque precedidas de un Capítulo (I) denominado “*Relación de consumo*”. Ellas persiguen delimitar las categorías básicas de “relación de

⁶ SOZZO, G., “Daños sufridos por consumidores (Jurisprudencia y cambios legislativos)” en “Derecho Privado y Comunitario”, Rubinzal-Culzoni, 2002-1, pág. 560; HERNÁNDEZ, Carlos A. - FRUSTAGLI, Sandra, “Régimen de responsabilidad por daños en el estatuto de defensa del consumidor”, RCyS, 2004, pág. 178.

⁷ STIGLITZ, Gabriel, “La defensa del consumidor en el Código Civil y Comercial de la Nación”, Suplemento Especial Código Civil y Comercial de la Nación, dirigido por Ricardo L. LORENZETTI, La Ley, 2014, pág. 137 y ss.

⁸ En ese sentido se argumenta que “En el ordenamiento jurídico argentino hay que considerar el rango constitucional de los derechos del consumidor, la amplia aplicación de estas normas en los casos judiciales y la opinión de la mayoría de la doctrina. Siguiendo estos lineamientos, es necesario no sólo avanzar en cuanto a la unificación de los contratos civiles y comerciales, sino también incorporar a los contratos de consumo”.

consumo” (art. 1092) y “contrato de consumo” (art. 1093), junto a la reafirmación de la vigencia del principio de tutela que dimana del art. 42 de la Constitución Nacional, fijando a tales fines reglas rectoras de la interpretación e integración normativa y de la interpretación del contrato de consumo (arts. 1094 y 1095). La metodología seguida pone en evidencia que las disposiciones contenidas en todo ese Título III están llamadas a actuar más allá del contrato de consumo, proyectándose de manera amplia sobre toda la materia, actuando como herramientas de suma importancia para el diálogo de la pluralidad de fuentes.

Por todo lo dicho, la relación jurídica de consumo se constituye en la noción articuladora de la protección constitucional y legal (conf. Art. 42 CN, art. 1092 y art. 3 Ley 24.240), que no sólo sirve para la delimitación del ámbito de aplicación del régimen, sino también, para aportar el contexto explicativo de los conceptos de consumidor y proveedor, claves de acceso al sistema tuitivo⁹.

La impronta relacional del Derecho del Consumidor, no es patrimonio exclusivo del Derecho argentino, sino que es un punto de convergencia con el Derecho Latinoamericano -conectado además por su fuerte raigambre romanista-¹⁰.

III. El concepto de consumidor y usuario en la experiencia europea

Sobre la noción de consumidor y usuario existen interesantes debates que se dan en los diferentes ordenamientos comparados. Es evidente que para la tradición argentina, la experiencia europea siempre resulta de especial interés. Sobre la latinoamericana se dará cuenta en ocasión del tratamiento de la evolución de nuestro régimen.

⁹ FRUSTAGLI, Sandra A. - HERNÁNDEZ, Carlos A., “Primeras consideraciones sobre los alcances de la reforma a la Ley de Defensa del Consumidor, con especial referencia a la materia contractual”, en JA 2008-II-1213; HERNANDEZ, Carlos A.; “La noción de consumidor y su proyección sobre la legitimación para accionar”, DPyC, 2009-1, pág. 259.

¹⁰ LANNI, Sabrina, “America Latina e tutela del consumatore. Le prospettive del Mercosur tra problemi e tecniche di unificazioni del Diritto”, Milán, Giuffrè, 2005.

Por su proximidad temporal, la Directiva 2011/83 de la Unión Europea ‘*Sobre los derechos de los consumidores*’, constituye una elocuente expresión del estado de situación del tema, al menos en el viejo continente. Vale la pena recordar que la mencionada Directiva, pensada originariamente para construir un derecho contractual europeo para los consumidores y las empresas, concluyó en una norma menos ambiciosa, limitada a algunas relaciones contractuales, especialmente los negocios realizados fuera de los establecimientos comerciales. Sin embargo, ha obligado a reordenar o reajustar las normas generales que sobre la materia existían en los países de la Unión, como lo demuestra la reciente Ley Española 3/2014, modificatoria del ‘*Texto refundido de la Ley General para la defensa de consumidores y usuarios*’¹¹, y el Decreto Legislativo N° 21/2014, de reforma al ‘*Código del Consumo italiano*’¹². Ello obedece a que la Directiva se inscribe en una nueva lógica que busca la unificación de las reglas del mercado interior -se las ha dado en llamar Directivas de segunda generación-, con impacto directo sobre los derechos internos¹³.

¹¹ Silvia DÍAZ ALABART, en “Contratos a distancia y contratos fuera del establecimiento comercial. Comentario a la Directiva 2011/83”, DÍAZ ALABART, Silvia (Directora) - Ma. Teresa ÁLVAREZ MORENO (Coordinadora), op. cit., pág. 8.

¹² GAMBINO, Alberto María - NAVA, Gilberto, “I nuovi diritti dei consumatori”, Turín, Giappichelli, 2014; D’AMICO, Giovanni, “La reforma del Codice del Consumo”, obra colectiva, op. cit., 2015.

¹³ El considerando 7 de la Directiva dice que “Una armonización plena de determinados aspectos reglamentarios fundamentales debe reforzar considerablemente la seguridad jurídica, tanto para los consumidores como para los comerciantes. Los consumidores y los comerciantes deben poder contar con un único marco normativo basado en conceptos jurídicos claramente definidos que regularán determinados aspectos de los contratos celebrados entre empresas y consumidores en la Unión. Como consecuencia de dicha armonización, deben desaparecer los obstáculos derivados de la fragmentación de las normas y será posible la consecución del mercado interior en este ámbito. Esos obstáculos solo podrán eliminarse estableciendo normas uniformes a escala de la Unión. Además, los consumidores deben disfrutar de un elevado nivel común de protección en toda la Unión”. Ver también Silvia DÍAZ ALABART, en “Contratos a distancia y contratos fuera del establecimiento comercial. Comentario a la Directiva 2011/83”, DÍAZ ALABART, Silvia (Directora) - Ma. Teresa ÁLVAREZ MORENO (Coordinadora), op. cit., pág. 19. Coherente con ello, el art. 4 de la Directiva señala que “Los Estados miembros no mantendrán o introducirán, en su legislación nacional, disposiciones contrarias a las fijadas en la presente Directiva, en particular disposiciones más o menos

Pese a su restringido ámbito de aplicación, no puede negarse que la Directiva 2011/83, marca una tendencia en orden a la consolidación de algunos criterios que -aunque opinables y debatidos en los diferentes Estados- vienen desarrollándose desde hace un largo tiempo. Nos explicamos.

En lo que concierne al tema ahora en estudio, el art. 2. 1) parte de una definición de consumidor “*como toda persona física que, en contratos regulados por la presente Directiva, actúe con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresa, oficio o profesión*”, en criterio concordante con el ya seguido -de modo general- por diferentes legislaciones internas. Así, el Código de Consumo italiano, aunque admite diferentes grados de protección¹⁴ -para lo cual se vale de numerosas y variadas nociones de consumidor¹⁵-, en su art. 3, apartado 1 a), comienza definiéndolo de modo similar, como “la persona física que adquiere para fines extraños a la actividad empresarial o profesional eventualmente desarrollada”. Es de destacar que ese concepto ha sido preservado en ocasión de su reforma, operada por el Decreto Legislativo N° 21/2014¹⁶. Del mismo modo, la Ley Española 3/2014, modificatoria del ‘*Texto refundido de la Ley General para la defensa de consumidores y usuarios*’ expresa en su art. 3 que “A efectos de esta norma y sin perjuicio de lo dispuesto expresamente en sus libros tercero y cuarto,

estrictas para garantizar un diferente nivel de protección de los consumidores, salvo disposición en contrario de la presente Directiva”.

¹⁴ HERNÁNDEZ, Carlos A. - FRUSTAGLI, Sandra A., “El reciente Código del Consumo Italiano. Aportes para reflexionar sobre el Derecho del Consumidor en Argentina”, en “La Ley” 2006-B-766.

¹⁵ DELOGU, Lucia, “Leggendo il Codice del consumo alla ricerca della nozione di consumatore”, en “Contrato e Impresa/Europa”, N° 1, Año 2006, pág. 96.

¹⁶ En ocasión de la modificación al art. 45 (punto 1) remite a la definición general de consumidor diciendo que es “...la persona física, di cui all'articolo 3, comma 1, lettera a)”. Sobre el particular se afirma que la voluntad del legislador parece inequívoca, en cuanto se parte de reconocer la existencia de doctrina y jurisprudencia previa que ha considerado como consumidor aún a personas jurídicas que, en el marco de singulares relaciones contractuales, se encuentran en una situación de debilidad frente al proveedor. Por eso se cree que la exclusión establecida por el legislador probablemente resulte del hecho que el desequilibrio entre el profesional y la persona jurídica sea menos evidente, en cuanto un ente presupone una cierta organización encaminada al logro de ciertos objetivos, que reconoce algún grado de profesionalidad; SIRAGUSA, Matteo, en GAMBINO, Alberto María - NAVA, Gilberto, “I nuovi diritti dei consumatori”, op. cit., pág. 5.

son consumidores o usuarios las personas físicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión”.

En consecuencia, la noción general de consumidor de la que se parte en el Derecho Europeo, supone el reconocimiento de dos elementos esenciales -determinantes para el acceso al sistema protectorio-: la condición de persona física y la ajenidad de la actuación de ésta respecto a su eventual rol empresarial o profesional¹⁷.

Ese concepto no es excluyente de otros reconocidos para determinadas relaciones de consumo¹⁸. Hay consenso -aún hoy- en cuanto a que ni en los derechos internos ni en el Comunitario Europeo existe “...una noción única de consumidor. Ésta varía en función del ámbito que cada norma concreta quiera disciplinar. El consumidor en el ámbito de los productos defectuosos responde a un concepto amplísimo que, poco tiene que ver con el manejado en relación con las cláusulas abusivas en los contratos, o con el crédito al consumo”¹⁹. Es un criterio que genera cierto grado de incerteza²⁰,

¹⁷ RUMI, Tiziana y BUSACCA, Angela, en D’AMICO, Giovanni, “La reforma del Codice del Consumo” cit. pág. 35.

¹⁸ Para el recorrido de la pluralidad de nociones de consumidor que resultan de las restantes Directivas sobre cuestiones de consumo, que se encargan de fijar sus propios límites subjetivos de aplicación, ver a LANNI, Sabrina, “America Latina e tutela del consumatore. Le prospettive del Mercosur tra problemi e tecniche di unificazioni del Diritto” cit., pág. 406 y ss.

¹⁹ Silvia DÍAZ ALABART, en “Contratos a distancia y contratos fuera del establecimiento comercial. Comentario a la Directiva 2011/83”, DÍAZ ALABART, Silvia (Directora) - Ma. Teresa ÁLVAREZ MORENO (Coordinadora), op. cit., pág. 25.

Así, por ejemplo, subsisten en el Código de Consumo italiano la extensión de la protección a algunas relaciones generadas con independencia de una concreta adquisición de bienes o servicios. Es el caso de la obligación general de información, contenida en el art. 5, apartado 1, donde entiende por consumidor o usuario a la persona física a la cual es dirigida la información comercial.

En el mismo sentido, y antes de la vigencia de la Directiva 2011/83, se afirmaba con claridad que en el Derecho Comunitario europeo no existe “...un concepto jurídico general y uniforme de consumidor. En realidad, disponemos de diversas definiciones de consumidor, lo que obliga a consultar cada una de las normativas comunitarias en cuestión si se quiere, por ejemplo, determinar su ámbito de aplicación subjetivo. Breviter, al no contar con una definición única y polivalente de consumidor es difícil delimitar el ámbito de aplicación del Derecho del Consumo comunitario *ratione personae*” GONZÁLEZ VAQUÉ, Luis, “La noción de consumidor medio según la jurisprudencia del

y que obliga a formular muchas precisiones, particularmente en orden a la consideración de la persona jurídica como destinatario de la tutela; a la protección de supuestos especiales de vulnerabilidad, entre muchos otros.

III. 1. El consumidor particularmente vulnerable o subconsumidor en Europa. Su contraste con el consumidor medio

El debate de mayor relevancia al que se asiste actualmente en Europa sobre la categoría del consumidor, concierne a la necesidad de reconocer niveles más intensos de protección para sujetos particularmente débiles o vulnerables. La cuestión parece haberse profundizado a partir de la entrada en vigor de la Directiva 2005/29/CE relativa a las *Prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior*.²¹

Al respecto, se juzga necesario efectuar algunas precisiones, a saber:

1) La categoría del consumidor vulnerable, lógicamente parece contraponerse, complementarse o integrarse a la del consumidor medio²². Así lo reconoce el considerando 18 de la Directiva 2005/29/CE, en cuanto ha dicho que "...es importante que todos los consumidores estén protegidos de las prácticas comerciales desleales; sin embargo, el Tribunal de Justicia ha

Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas", en "Revista de Derecho Comunitario Europeo", N° 17 (Enero - Abril), año 2004, pág. 50.

²⁰ LANNI, Sabrina, "America Latina e tutela del consumatore", pág. 406. Ver también, HERNÁNDEZ, Carlos A. - FRUSTAGLI, Sandra A., "El reciente Código del Consumo Italiano. Aportes para reflexionar sobre el Derecho del Consumidor en Argentina", cit., p. 766. Esos temas son los que se recogen en el texto.

²¹ Así lo reconocía Atilio A. ALTERINI en el estudio citado en el punto I de este trabajo.

²² La mirada varía según la perspectiva desde la cual el fenómeno se aprecia. Así, se afirma que ambas categorías no pueden ser puestas en contraposición puesto que no tienen fines diversos, en cuanto se reconducen en la búsqueda de la protección de la libertad del consumidor, partiendo de la complejidad de la realidad y del mercado; ver Nadia ZORZI GALGANO, "Il contratto di consumo e la libertà del consumatore", en GALGANO, Francesco (Direttore), Trattato di Diritto Commerciale e di Diritto Pubblico dell'economia, Volume Sessantaduesimo, Cedam, Italia, 2012. Sobre el particular, en el Derecho italiano, puede verse a ROSSI CARLEO, Liliana, "Diritto dei Consumi" cit., pág. 76 y 77.

considerado necesario, al fallar sobre casos relacionados con la publicidad desde la entrada en vigor de la Directiva 84/450/CEE, estudiar los efectos de dichas prácticas en la figura teórica del consumidor típico. Atendiendo al principio de proporcionalidad, la presente Directiva, con objeto de permitir la aplicación efectiva de las disposiciones de protección que contiene, toma como referencia al consumidor medio, que, según la interpretación que ha hecho de este concepto el Tribunal de Justicia, está normalmente informado y es razonablemente atento y perspicaz, teniendo en cuenta los factores sociales, culturales y lingüísticos. Pero incluye además disposiciones encaminadas a impedir la explotación de consumidores cuyas características los hacen especialmente vulnerables a las prácticas comerciales desleales”. Ese contrapunto se observa en el texto de la propia Directiva, en especial en relación a la “Prohibición de las prácticas comerciales desleales” (art. 5)²³.

2) Su construcción tipológica no parece aún acabada. Aunque el concepto de consumidor vulnerable se va abriendo camino en la legislación comunitaria, no tiene límites claramente perfilados²⁴. En el esfuerzo de construir la categoría se afirma que “...tiene en cuenta las características individuales del consumidor así como su entorno tales como la educación recibida, su situación social y financiera, así como el conocimiento de las nuevas tecnologías. Esto hace que se trate de un concepto cuya definición no

²³ “1. Se prohibirán las prácticas comerciales desleales. 2. Una práctica comercial será desleal si: a) es contraria a los requisitos de la diligencia profesional, y b) distorsiona o puede distorsionar de manera sustancial, con respecto al producto de que se trate, el comportamiento económico del consumidor medio al que afecta o al que se dirige la práctica, o del miembro medio del grupo, si se trata de una práctica comercial dirigida a un grupo concreto de consumidores. 3. 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. Ello se entenderá sin perjuicio de la práctica publicitaria habitual y legítima de efectuar afirmaciones exageradas o afirmaciones respecto de las cuales no se pretenda una interpretación literal”.

²⁴ Prólogo de Silvia DÍAZ ALABART a la obra “Contratos a distancia y contratos fuera del establecimiento comercial. Comentario a la Directiva 2011/83”, DÍAZ ALABART, Silvia (Directora) - Ma. Teresa ÁLVAREZ MORENO (Coordinadora), op. cit., pág. 9.

es fácil, lo que a su vez dificulta la posibilidad de establecer normas jurídicas específicas que traten los casos de vulnerabilidad debido a la fluidez de su concepto”²⁵. Se parte de admitir así, que se trata de un sujeto que reviste la condición de consumidor, aunque con vulnerabilidades acentuadas.

3) Constituye un dato incontestable su consolidación, tanto en el plano teórico como normativo. En este último campo existen manifestaciones recientes, aunque no siempre concordantes. Entre ellas se destacan:

a) La ya citada Directiva 2011/83, que alude expresamente a la figura en su considerando 34, en donde se señala que “El comerciante debe proporcionar al consumidor información clara y comprensible antes de que el consumidor se vea vinculado por un contrato celebrado a distancia o fuera del establecimiento, por un contrato distinto de estos o por una oferta contractual correspondiente. Al facilitar esa información, el comerciante debe tener en cuenta las necesidades especiales de los consumidores que sean particularmente vulnerables debido a su enfermedad mental, física o psicológica, edad o credulidad de una forma que el comerciante pueda razonablemente prever”. Pese a ello, en la parte final del mismo considerando se afirma que “No obstante, la toma en consideración de estas necesidades específicas no debe conducir a niveles diferentes de protección de los consumidores”, decisión que lleva a que ninguna de sus disposiciones aluda expresamente al consumidor vulnerable²⁶;

b) La Resolución del Parlamento Europeo ‘sobre el refuerzo de los derechos de los consumidores’, del 22 de mayo de 2012, propone una estrategia de fortalecimiento de los consumidores vulnerables, y en su conclusión solicita a los Estados miembros y a la Comisión que colaboren para “...adoptar una estrategia legislativa y política amplia y coherente para

²⁵ Ma. Dolores HERNÁNDEZ DÍAZ - AMBRONA en “Contratos a distancia y contratos fuera del establecimiento comercial. Comentario a la Directiva 2011/83”, en DÍAZ ALABART, Silvia (Directora) - Ma. Teresa ÁLVAREZ MORENO (Coordinadora), Id., pág. 41.

²⁶ Así se ha dicho que “...si nos ceñimos a la Directiva 2011/83/UE solamente su considerando (34) menciona de una manera indirecta al denominado consumidor vulnerable ya que en sus diversos artículos no se hace para nada referencia al consumidor ‘vulnerable’...”, Id., pág. 40.

hacer frente a la vulnerabilidad, teniendo en cuenta la diversidad y la complejidad de todas las situaciones que se presentan”. La misma también precisa los sectores particularmente problemáticos en donde con frecuencia se potencian las vulnerabilidades, y allí se alude al ámbito financiero, de la alimentación, de Internet, del transporte, de los mercados liberalizados y la resolución alternativa de conflictos. Se sugiere que el sobreendeudamiento, la obesidad, las publicidades engañosas y agresivas sufridas por niños y adolescentes, la accesibilidad del transporte para los discapacitados, resultan, entre muchas otras, cuestiones sobre las cuales debe actuarse por intermedio de los poderes públicos;

c) Algunos Estados miembros, exhiben importantes antecedentes en la materia, en especial en las legislaciones de las Comunidades Autónomas. Tal el caso de España, en donde Valencia, Asturias, Castilla La Mancha, Canarias, Islas Baleares, entre otras, despliegan mecanismos de protección particulares para los consumidores vulnerables. Justamente en la última de las nombradas se registra “...un anteproyecto de ley de protección de las personas consumidoras y usuarias... y entre sus novedades cabe destacar que introduce el concepto de ‘consumidor vulnerable’ y lo define como ‘aquel que por determinadas características se encuentra especialmente indefenso o desvalido en las relaciones de consumo, como menores de edad, personas mayores, enfermos o discapacitados o cualquier otro en situación de inferioridad o indefensión’”²⁷.

4) Existen interesantes precedentes que emergen del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que repercuten sobre cuestiones sustanciales o procesales. Así, por ejemplo, se ha dicho que, en situaciones de inferioridad, subordinación o indefensión, “...el principio de congruencia en los procesos civiles con consumidores se debería interpretar de forma flexible para no dejar desamparado los intereses de los mismos y no obligar al juez a dictar una sentencia absolutoria si falta una petición subsidiaria por parte del consumidor”²⁸.

²⁷ Id., pág. 52 y ss. Sobre ese antecedente la autora dice que tiene en cuenta “...situaciones en las que se puede encontrar el consumidor con carácter permanente o aquellas en las que se puede encontrar con carácter transitorio”.

²⁸ Id., pág. 57.

IV. El subconsumidor o consumidor particularmente vulnerable, su referencia a la categoría general y su proyección en el Código Civil y Comercial de la Nación

La realidad revela que en ocasiones la debilidad del consumidor medio, suele verse incrementada ante circunstancias particulares que, de modo temporal o permanente, aquejan intrínsecamente al individuo (vg.: enfermos, niños, ancianos, personas discapacitadas, analfabetos), a resultas de lo cual, concurren en una misma persona y en idéntico contexto relacional diferentes expresiones de debilidad que demandan estándares especiales de tutela²⁹⁻³⁰.

Respecto de ellos cabría pensar si el apartamiento del concepto unitario de consumidor tendría algún grado de justificación a fin de acentuar los niveles de protección cuando aparezcan implicados “subconsumidores”³¹. Sobre el particular parece razonable entender que aunque tal situación puede resultar suficiente para profundizar la protección, ello no conduce por sí mismo a fragmentar la noción de consumidor, ya que la figura del subconsumidor, es una especie del género, en la cual se verifican los elementos constitutivos de éste.

Por eso, la experiencia europea a la que se aludiera supra, y los ordenamientos latinoamericanos que se han abierto a estos horizontes, tal el caso del 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, no parten de una tipificación diferenciada de la categoría general.

²⁹ Nos ocupamos por vez primera del tema en HERNÁNDEZ, Carlos A. “Reflexiones sobre el Derecho del Consumidor (A propósito de algunos aportes del Dr. Miguel Angel Ciuro Caldani)”, en “El Derecho Privado ante la internacionalidad, la integración y la globalización. Homenaje al Profesor Miguel A. Ciuro Caldani”, dirigido por Atilio A. ALTERINI y Noemí L. NICOLAU, La Ley, Buenos Aires, 2005, págs. 373 y ss.

³⁰ HERNANDEZ, Carlos A.; “La noción de consumidor y su proyección sobre la legitimación para accionar”, op. cit., pág. 273 y ss.

³¹ 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. 195 y ss.

Este criterio puede inferirse también del Código argentino unificado desde que:

1) Tipifica la categoría del consumidor de modo concordante entre el art. 1092 y el 1° de la Ley de Defensa del Consumidor -según la reforma introducida por Ley 26.994-, sin ninguna acepción de persona, a excepción del distingo entre humana y jurídica;

2) Reconoce de modo transversal la pluralidad de vulnerabilidades que pueden afectar a una persona humana, en clave con las exigencias impuestas por la propia Constitución Nacional y los Tratados Internacionales de Derechos Humanos a los que hacen referencia los arts. 1 y 2 del nuevo sistema de Derecho Privado. Más aún acepta el fenómeno de las “personas vulnerables” en el inc. a) del art. 706³²;

3) Expande los mecanismos de tutela o protección, principalmente preventivos, lo que debe actuar especialmente a favor de las personas especialmente vulnerables. El art. 1710 y siguientes, constituyen herramientas de gran significación en este sentido.

Por tanto, se juzga que la categoría del subconsumidor resulta del diálogo de fuentes al que invita el Código Civil y Comercial de la Nación, en especial con la Constitución Nacional y los Tratados Internacionales de Derechos Humanos.

En esa dirección, la doctrina constitucionalista ha dicho que no puede negarse que “...la Constitución se encarga de regular la situación de la mujer y del niño, lo hace de una manera general (arts. 37 y 75, incs. 22 y 23, primer párrafo), pero también apunta específicamente a la mujer embarazada y al niño en situación de desamparo (art. 75, inc. 23, segundo párrafo), y es además claro que en cualquier situación donde pueda existir una vulneración a la igualdad -con la típica afección a algún derecho y/o principio que se priva de ejercer-, en la que se verifique la ausencia de igualdad de oportunidades o de trato, surgen como herramientas correctoras las pautas antidiscriminatorias que reclaman en favor de los más débiles (aun entre los débiles) tanto

³² El texto, relativo a los procesos de familia, señala que “Las normas que rigen el procedimiento deben ser aplicadas de modo de facilitar el acceso a la justicia, especialmente tratándose de personas vulnerables, y la resolución pacífica de los conflictos”.

protección a través de procedimientos y procesos encaminados a su tutela, como medidas de acción positiva”³³.

De este modo se consolida una tendencia, expresa en la doctrina y jurisprudencia nacional, encaminada a atender a las especiales circunstancias que tornan más frágil la posición de ciertos consumidores, a fin de establecer su protección conforme al grado concreto de vulnerabilidad³⁴.

V. A modo de conclusión

Conforme se adelantara en la introducción, en éste como en muchos otros temas centrales del Derecho Privado actual, que busca el necesario equilibrio entre la protección de la persona y el resguardo de los intereses del mercado, emerge el pensamiento preclaro de Atilio A. Alterini, del cual se seguirán nutriendo las generaciones venideras. A él va este humilde aporte, como expresión de sentido y permanente homenaje.

³³ PUCCINELLI, Oscar, “Una mirada a los subconsumidores desde las normativas constitucionales, convencionales y legales (A propósito de la sanción del código civil y comercial)”, inédito.

³⁴ Así puede verse en SCJ Mendoza, “Bloise de Tucci, Cristina c/ Supermercado Makro S.A.”, 2002/0702, LA LEY Gran Cuyo, 2002-726; CSJN, “E.R.E. c/ Omint S.A. de Servicios”, 2001/03/01, LA LEY 2001-E-18; y “P. de M. I. J. M. c/ Asociación Civil Hospital Alemán”, 2002/04/02, en La Ley, 2002-C-628; CNCiv, sala L, “Fernández Alfredo Daniel c/ Easy Cencosud SA”, 06/03/2008, RCyS, Año X, N° VI (junio de 2008), pág. 102.