



Dr. Marcelo C. **Quaglia**

*Juez de Primera Instancia de Distrito en lo Civil
y Comercial de la 14ª Nominación de Rosario.*

myf

432

Herramientas
de protección
al consumidor
hipervulnerable en el
marco del proceso: una
aplicación concreta de
la siempre necesaria
tutela judicial efectiva

Resumen

A través del presente trabajo se busca analizar algunas de las herramientas procesales a las que pueden recurrir los operadores jurídicos a fin de restaurar la relación de desequilibrio que puede generarse durante el trámite un juicio donde una de las partes (en su rol de actor o demandado) detente la calidad de consumidor hipervulnerable.

I. A modo de introducción

Cuando se proyectó el Encuentro Nacional de la Federación de Ateneos de Estudios de Derecho Procesal que se desarrollaría el presente año, el eje temático propuesto fue “La Vulnerabilidad en los Procesos Judiciales”.

La cuestión, directamente vinculada con el acceso a la justicia y la tutela judicial efectiva¹, abarca numerosas e interesantes cuestiones para analizar y debatir, todas ellas en busca de nuevas

y mejores soluciones en el ejercicio de funciones que diariamente desarrollan los diversos operadores jurídicos.

Dada la amplia extensión de la temática procuraremos circunscribirnos en estas líneas a un sujeto vulnerable en particular y, dentro de este ámbito a lo que puede denominarse una subespecie dentro de dicho género: el llamado consumidor hipervulnerable².

II. Una breve noción de consumidor hipervulnerable

La noción de consumidor y su especial protección se fundamentan en la vulnerabilidad o debilidad estructural de éste frente al proveedor en el mercado; ello impuso la necesidad de equilibrar a las partes mediante normas y principios de derecho positivo³. En esta línea, la Res. Mercosur 36/2019 (ratificada en nuestro derecho interno por la Res. SCI 310/2020) determina expresamente en su art. 1 que existe una “*vulnerabilidad estructural de los*

consumidores en el mercado...”

Ahora bien, en determinadas circunstancias esta situación de vulnerabilidad se ve acentuada o incrementada debido a una condición o particular situación de hecho o derecho que detenta el consumidor. De tal forma, a la vulnerabilidad estructural propia, se adiciona una vulnerabilidad funcional que acrecienta su debilidad en el marco de la relación (una discapacidad física o intelectual; la condición de adulto mayor; de analfabeto -digital o analógico-, de niño niña o adolescente, etc.⁴). La idea fue adoptada receptando y adecuando el concepto de interseccionalidad⁵ que detenta el régimen de tutela de los Derechos Humanos⁶, al derecho del consumo.

La cuestión ha sido abordada por varios autores⁷, y actualmente ya fue receptada normativa (a nivel de hard y soft law)⁸ y jurisprudencialmente⁹, considerando la vulnerabilidad agravada como un criterio diferencial de protección, un supuesto de discriminación positiva¹⁰.

Ahora bien, ya adentrándonos en el tema que nos convoca, consideramos que nada impide que la vulnerabilidad del consumidor (y más aún la del consumidor hipervulnerable) que se constituye en el entorno del mercado¹¹, se vea trasladada al marco del proceso judicial.

Lo reseñado conlleva a la necesidad de una regulación que tutele y ampare a estos débiles jurídicos, no sólo en materia de fondo, sino también en el ámbito procesal¹². Nuestro legislador ha reconocido esta circunstancia, estableciendo la regulación del Capítulo XIII de la ley 24.240 (“De las acciones”, arts. 52 y ss.), específicamente vinculado con las cuestiones procesales (aunque contenido en una ley de fondo¹³), así como algunas normas dispersas como el art. 36 del mismo cuerpo normativo (vinculado a cuestiones de competencia en operaciones financieras de consumo). Entendemos que todo ello conforma un régimen de presupuestos mínimos que procura garantizar un cimiento o

base de tutela sobre el cual las provincias pueden construir sus propios regímenes de protección.

Dicha solución no hace más que efectivizar el mandato del 3er. párrafo del art. 42 de la Constitución Nacional, norma que demanda la implementación de “procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos”. Entendemos que, en esta referencia amplia y comprensiva se impone la necesidad de determinar soluciones que protejan al consumidor (y con mayor razón aún al consumidor hipervulnerable) en el acceso y tránsito del proceso (sea como actor o demandado), respondiendo a los principios de tutela judicial efectiva y el acceso a la justicia, los que se tornan operativos y de goce directo¹⁴ a partir de la premisa del Preámbulo de nuestra Constitución que impone “afianzar la justicia”¹⁵ y los Tratados Internacionales de Derechos Humanos con jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22 CN¹⁶).

De tal forma, el principio protectorio

(expresamente consagrado en los arts. 42 CN, 1094 CCyC y 3 LDC y calificado como identitario y fundante del Derecho del Consumo¹⁷), impone la necesidad de tutela también en el marco del proceso judicial. Como ha señalado nuestro Máximo Tribunal, la igualdad no se ve afectada cuando el legislador elige a un grupo de sujetos para protegerlos especialmente, por su vulnerabilidad y con fundamento en el amparo de los consumidores¹⁸.

Procuraremos seguidamente determinar algunas aplicaciones concretas de dichas conclusiones a fin de procurar proveer herramientas a los operadores jurídicos en el marco del proceso de consumo...

III. Algunos supuestos de tutela diferenciada del consumidor hipervulnerable en el ámbito del proceso

Como se señalara en el marco del XXXI Congreso Nacional de Derecho

Procesal (desarrollado en Mendoza en septiembre de 2022), las novedosas dimensiones del derecho a la igualdad y no discriminación (igualdad material, vulnerabilidad, discriminación múltiple, discriminación interseccional, discriminación estructural, hipervulnerabilidad), derivan en la necesidad de adoptar un enfoque diferencial del derecho a la protección judicial en aquellos casos en que se ventilan derechos de sujetos vulnerables, que reciben tutela preferente constitucional o convencional (conclusiones de la Comisión 2 - Civil: "Reformas a las estructuras procesales", punto 4 "Perspectiva de vulnerabilidad").

De tal forma, la presencia de un consumidor hipervulnerable en el marco del proceso podrá demandar la configuración de mecanismos especiales o diferentes de amparo o tutela. Sin ánimo de exhaustividad, y a mero título enunciativo (ya que la cuestión dependerá de los planteos de los operadores jurídicos

y de la inventiva y criteriosidad de cada juez), enumeraremos algunos de estos mecanismos...

III. a) Prevención

La prevención se ha evidenciado como una seria preocupación en el marco de las relaciones de consumo desde sus orígenes. Es así como fue receptada ya al momento de la sanción de la ley 24.240 en 1993¹⁹ (y obviamente antes de su recepción en el CCyC).

Actualmente el estatuto de defensa del consumidor le proporciona al sujeto protegido, una suerte de jurisdicción preventiva²⁰, una modalidad de tutela inhibitoria sustancial²¹ que se vio apuntalada a partir del art. 42 de la Carta Magna²² (evidenciándose numerosas sentencias que, aún de oficio -y con anterioridad a la sanción del nuevo Código²³⁻, consagran medidas tendientes a prevenir los daños²⁴) y finalmente consolidada a través de la filosofía del CCyC. Este

último cuerpo normativo contiene disposiciones que priorizan el deber de prevención en el marco de la responsabilidad civil; algunas específicamente vinculadas al régimen de tutela del consumo²⁵.

Corresponde intensificar estos criterios ante un consumidor hipervulnerable y así se ha consagrado en otras jurisdicciones, como la última parte del art. 95 del Código Procesal de la Justicia en las Relaciones de Consumo de la CABA, el cual subraya la preeminencia del principio de prevención, especialmente cuando se trate de "consumidores hipervulnerables", para lo cual conecta aquel dispositivo con los arts. 1710 a 1713 del CCyC.

Yendo a una aplicación concreta de estos criterios Podemos remitir a lo resuelto por la CFed. de Rosario, sala B, en la causa "UCU c/ Enacom" el año pasado²⁶. La Cámara, en aras de la prevención del daño, dispone que Enacom bloquee las páginas web del

proveedor “Procash” que contraríen el régimen vigente en materia de publicidad vinculada a las operaciones financieras. La solución se relaciona con la llamada acción de cesación del art. 1102²⁷ del CCyC (sancionado en el contexto referido precedentemente), sindicada como una herramienta preventiva efectiva y apta para evitar las publicidades ilícitas que, como en el caso se emiten hacia eventuales consumidores que pueden o ya se encuentran en una situación de sobreendeudamiento, categoría que se considera comprendida dentro del espectro de los llamados consumidores hipervulnerables²⁸.

III. b) Deber de colaboración probatoria.

El art. 4 de la Resolución 139/2020 SCI, aplicable al procedimiento administrativo nacional, determina que en caso de “hipervulnerabilidad” media una exigencia de acentuar el deber de colaboración probatoria. Con fundamento en el principio de progresividad

y no regresión (expresamente reconocido en la Res. Mercosur 36/2019 ya referida) consideramos que corresponde extender esta exigencia al ámbito judicial²⁹. Asimismo, cabe ponderar en aras de su aplicación en el proceso la plena efectividad del principio de igualdad ante la ley que debe regir en ámbito de las relaciones de consumo (art. 16 CN).

Aunque no son estos los únicos argumentos a considerar. Debe también considerarse que dicho deber se desprende del principio procesal de colaboración³⁰ y, en última instancia, de la “fundamentalidad” que irradia el art. 42 CN, buscando equilibrar la relación entre las partes, permitiéndole al juez ampliar sus poderes ordenatorios, instructorios y cautelares³¹.

Justamente en esta línea, en el marco de las Conclusiones de XXXI Congreso Nacional de Derecho Procesal (Mendoza, septiembre de 2022), en la Comisión Nro. 3- Civil (“Principios procesales: estado actual y visión crí-

tica”), en el punto 5 se manifestó expresamente la posibilidad de vincular el principio de transparencia con el deber de colaboración con relación al accionar de las partes, cuestiones directamente vinculadas con el deber de colaboración probatoria.

Numerosos son los ejemplos de su aplicación en nuestra jurisprudencia: a) la sanción por omisión del banco de poner a disposición documentos que tenía en su poder (que respaldarían la calificación en la base de deudores del sistema financiero del BCRA a la que fue sometido el actor)³²; b) la procedencia de la acción instaurada contra la empresa de telefonía que no acreditó haber brindado información respecto de la modalidad del aumento de precio del servicio, ni del cambio de plan³³; c) la requisitoria de prueba al banco acerca de la inexistencia del dinero en el sobre depositado por el actor en el cajero automático de propiedad y bajo vigilancia de la entidad bancaria³⁴; d) la ausencia (por des-

trucción voluntaria del proveedor) de los registros filmicos que habrían arrojado luz sobre los hechos alegados³⁵; e) la falta de conservación de muestras del alimento supuestamente contaminados con la bacteria *Escherichia Coli*³⁶; etc.

III. c) Imposición del Daño Punitivo.

La aplicación de los daños punitivos y la especial vulnerabilidad de los consumidores se vinculan en una relación calificada como “simbiótica”³⁷, entendiéndose que los primeros constituyen un mecanismo de prevención especial para los consumidores con vulnerabilidad agravada³⁸. Así es como se ha planteado en el marco jurisprudencial que “la especial vulnerabilidad del consumidor es un parámetro para la cuantificación de la sanción a imponer”³⁹.

En tal sentido la sala I de la Cám. Civ. y Com. De Rosario ha ratificado la imposición de la sanción puniti-

va ante la ausencia de un trato digno y equitativo hacia una niña que se encontraba en clara situación de hipervulnerabilidad: una menor que viajaba separada de sus padres y ante un evento dañoso no se le brindó al contención prometida por parte de la empresa de viajes estudiantiles. Reseña expresamente el Tribunal (en cita a la sentencia de primera instancia) que “existió una grosera violación a la especial confianza depositada en los proveedores, quienes al lidiar con una niña debieron considerar que esta es un consumidor hipervulnerable, es decir extremadamente frágil, situación que reclama una protección más intensa, en consonancia con la que establecen los Tratados Internacionales... con la consiguiente consecuencia de la aplicación del instituto previsto en el art. 52 bis LDC”⁴⁰.

Asimismo, y dada la particular situación de confluencia de vulnerabilidades (que conlleva a la calificación de hipervulnerable de estos consumi-

dores), resulta relevante no sólo considerar las eventuales situaciones de trato indigno o inequitativo (como la reseñada en el párrafo precedente), sino también las relativas a prácticas abusivas⁴¹ a las que puede ser sometida esa persona, lo que conllevará también a la imposición del daño punitivo.

III. d) Flexibilidad del principio de congruencia

El Proyecto de Código Nacional de Defensa del Consumidor dispone que, al dictar sentencia, el juez podrá flexibilizar la congruencia en aras a una mayor tutela y efectividad de los derechos fundamentales de los consumidores que no hayan sido parte en el proceso, pero que puedan verse afectados por la conducta obrada por el proveedor, especialmente cuando se trate de consumidores con “hipervulnerabilidad”⁴². Una norma idéntica encontramos en el penúltimo párrafo del art. 95 del Código Procesal de la

Justicia en las Relaciones de Consumo de la CABA⁴³.

Si bien el texto pareciera conferir una facultad discrecional para el juez (al utilizar el término podrá), entendemos que, configurada la necesidad del flexibilizar el referido principio, se impone un deber en cabeza del juzgador de realizar tal tarea, especialmente en supuestos en que otros bienes o derechos de relevancia entren en juego (vg. salud, integridad física, etc.).

En dicho contexto, por ejemplo, el Tribunal Colegiado de Responsabilidad Extracontractual Nro. 2 de Rosario, en el marco de un juicio de daños y perjuicios planteado en virtud del lamentable fallecimiento de un niño al trepar a un árbol que se encontraba electrificado dado que sus ramas estaban en contacto con líneas de media tensión y, verificando que varios años después del hecho el perito constata que la situación no había variado, advirtiendo la situación

de peligrosidad existente, en función de la tutela de los intereses generales, el interés superior del niño y el concepto de mandato preventivo, dispuso de oficio tomar medidas tendientes a prevenir futuros daños respecto a otras personas que circulen por el lugar. La medida fue oportunamente acatada por las demandadas (EPE y Municipalidad de Rosario)⁴⁴.

Ahora bien, la cuestión no sólo puede referir a sujetos ajenos al proceso, sino que, ante determinadas circunstancias y siempre velando por la tutela del derecho de defensa, el principio también puede ser flexibilizado con relación al vínculo procesal existente entre las partes.

Así, en el marco de un proceso de amparo donde se requería que la obra social demandada autorice y provea una órtesis a un niño con discapacidad (la que fue otorgada cautelarmente), ya en la etapa de producción de pruebas la actora denuncia como hecho nuevo que la órtesis provista cautelarmente

le quedaba chica a la criatura, siendo necesaria la provisión de nuevas en forma sucesiva durante todo el período de su crecimiento.

El Tribunal en su sentencia (hoy firme y consentida) consideró efectuada una reformulación de la pretensión, de la cual se corrió oportunamente traslado a la demandada (sin que ella se opusiera) y, con sustento en el principio de economía procesal y la satisfacción del interés superior del niño (art. 3.1 de la Convención de los Derechos del Niño), efectuando una interpretación dialógica de los principios en juego con miras en los derechos humanos contenidos en Tratados Internacionales y la Constitución Nacional y ponderando los principios de solidaridad familiar, la aplicación de normas supranacionales, el derecho constitucional a la salud y el argumento pro homine, hizo lugar a la pretensión, destacando además que la decisión redundaba en una mejor calidad de vida del niño, permitiendo un mayor desarrollo e interacción

con el contexto social en que se relacionaba, en consideración de su edad y la necesidad del mismo de perfeccionar sus habilidades sociales y desarrollo individual⁴⁵.

III. e) Implementación de Procesos Especiales

Más allá de lo dispuesto por el art. 53 LDC (disposición que se limita a establecer que en las causas iniciadas por ejercicio de los derechos establecidos en la ley se regirán por las normas del proceso de conocimiento más abreviado de la respectiva jurisdicción), se ha evidenciado la necesidad de implementar procesos específicos, adecuados a determinadas necesidades de los consumidores y hasta fueros especializados en la materia (así se planteó en las Conclusiones de XXXI Congreso Nacional de Derecho Procesal - Mendoza, de septiembre de 2022- en la Comisión 2 – Civil -“Reformas a las estructuras procesales”-, punto 2).

En tal sentido se han proyectado, por ejemplo, procedimientos de Saneamiento del Sobreendeudamiento del Consumidor⁴⁶, buscando la implementación de procesos rápidos, simples, económicos y accesibles a favor del consumidor sobreendeudado⁴⁷.

Asimismo, se advierte la necesidad de establecer procesos breves y específicos con relación a deberes u obligaciones puntuales del proveedor de fácil cumplimiento, como por ejemplo la de informar, la cual podría hasta demandarse, bajo determinadas condiciones, a través de una acción autosatisfactiva⁴⁸.

De tal forma, y hasta tanto los diversos proyectos sean sancionados los operadores jurídicos deberemos determinar en cada caso, e independientemente de lo dispuesto por el ya citado art. 53 LDC, conform eel objeto de la pretension, cuál puede ser la vía más idónea para encauzar el proceso, no dejando de lado institutos específicos como puede ser el amparo para determinados su-

puestos y sin dejar de ponderar las bonanzas que un proceso ordinario puede aportar en, por ejemplo, la tramitación de una acción colectiva.

Tal es el desafío planteado.

IV. Consideraciones finales

Como destaca Berizonce, la operatividad del derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva impone al legislador la obligación de diseñar técnicas orgánico funcionales y procesales que actúen como verdaderas y propias instituciones equilibradoras de las posiciones concretas de las partes en litigio⁴⁹.

Advertimos que tal es el camino que transita actualmente el régimen de protección de los consumidores y usuarios, encontrándonos hoy, tanto a través de las normas de fondo como de forma con un piso mínimo de tutela a partir del cual cada jurisdicción determinará un amparo más o menos

concreto y específico, conforme sus particularidades propias.

Lamentablemente, a la fecha nuestra provincia no cuenta con una regulación propia en la materia⁵⁰, pero ello no debe impedir a los operadores jurídicos y especialmente a los jueces, procurar mecanismos, interpretaciones y adecuaciones de principios generales que conlleven a lograr la solución más justa al caso concreto.

No debemos dejar de recordar (como señalan mejores voces que las nuestras) que, “por fortuna ha habido siempre respuesta de jueces y juristas ante situaciones novedosas. En su momento el amparo... la reingeniería procesal supone precisamente eso, que por vía de interpretación normativa, con imaginación y creatividad, se abra cause a nuevos tipos procesales o a mecanismos procesales simplificadores... o se atienda más enfáticamente a lo que sucede durante el actual proceso común de conocimiento para permitir salidas

satisfactivas previa al demorado desenlace final... Ni los jueces ni los abogados pueden escudarse en las trabas resultantes de las normas procesales inferiores, meramente reglamentarias del debido proceso para justificar la ineficiencia del servicio que prestan... Más concretamente, si las normas procesales, por acción u omisión, bajo ciertas circunstancias se convirtiesen en obstáculos rituales, impedientes de un servicio de justicia eficiente y de duración razonable, deberán ser soslayadas por los jueces...”⁵¹

Es así como hoy, como siempre, los nuevos tiempos demandan nuevos desafíos. Ya en el siglo pasado se planteaba la necesidad de Jueces no neutrales en el sentido clásico pero si imparciales por su independencia, preservando los bienes y el interés general, con una marcada impronta social⁵².

Esperemos que estas líneas nos acerquen más a ese objetivo... ■

CITAS

¹ Ya ha señalado nuestro Máximo Tribunal que todos los habitantes de la Nación gozan de los derechos de acceso a justicia y de tutela efectiva (arts. 18 y 43 CN, instrumentos internacionales con jerarquía constitucional -Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículos 8 y 25.2a.; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 14.1- y jurisprudencia de este Tribunal -Fallos: 339:1077, 1483, 1683; 343:103, 156, 637 -CSJN “BERTUZZI, PABLO DANIEL” 29 de septiembre de 2020-).

Cabe recordar que entre el acceso a la justicia y la tutela judicial efectiva media una relación especie-género ya que estos postulados no se satisfacen con la sola previsión legal de la posibilidad de acceder a la instancia judicial, sino que requieren de la tutela jurisdiccional de los derechos en cuestión durante todo el tránsito del proceso para que, finalmente, la cuestión sometida a conocimiento se resuelva mediante una respuesta judicial idónea, oportuna, efectiva y eficaz en el amparo de los derechos que se aleguen comprometidos (CSJN, Fallos: 337:530; 339:652; 343:103, entre otros).

Para profundizar la temática puede consultarse QUAGLIA, MARCELO C.; “Eficacia e Implementación del Derecho del Consumidor más allá del Diálogo de Fuentes: la necesidad de nuevos diálogos e interacciones”, Revista Académica del Instituto de Estudios Sociales, Política y Cultura de la Universidad de San Pablo (Tucumán), N°12–Año2022-2, ISSN2525-1600, Diciembre 2022, p. 1 (<https://uspt.edu.ar/uspt-revistadigital/index.php/iespyc/issue/view/7>).

² También hemos desarrollado esta temática en QUAGLIA, MARCELO C. Y SAHIAN, JOSÉ H.; “Desafíos que nos impone la tutela del consumidor en el marco del proceso” en la obra colectiva “Relación de Consumo. Tomo 4”, dirigida por CARLOS E. TAMBUSI, ED. HAMMURABI Y QUAGLIA, MARCELO C.; “La incidencia del consumidor como sujeto vulnerable en el marco del proceso”, LL15/O3/2023, p. 1 (TR LALEY AR/DOC/529/2023).

³ GARZINO, M. CONSTANZA; “La protección del consumidor hipervulnerable a través del “diálogo de fuentes” y la necesidad de una previsión equilibrada”, ponencia presentada en el marco del XVII Congreso Argentino de

Derecho del Consumidor (www.derechouns.com.ar/wp-content/uploads/2018/05/01-Garzino-Consumidores.hipervulnerables.pdf).

⁴ Determina la Resolución 139/2020 de la SCI en su art. 1 que “se consideran consumidores hipervulnerables, a aquellos consumidores que sean personas humanas y que se encuentren en otras situaciones de vulnerabilidad en razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, que provoquen especiales dificultades para ejercer con plenitud sus derechos como consumidores”. Asimismo, la norma extiende el concepto a las personas jurídicas sin fines de lucro que orienten sus objetos sociales a los colectivos comprendidos en la enunciación precedente.

⁵ Se entiende por interseccionalidad la confluencia respecto de una misma persona o grupo de personas de la violación de diferentes tipos de derechos, como víctimas de discriminación. La primera en abordar este concepto fue Kimberle Crenshaw al plantear que las mujeres afrodescendientes sufren una doble discriminación debido al racis-

mo y al género, generándose por tanto una situación de mayor vulnerabilidad (KIMBERLE CRENSHAW, «Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics», University of Chicago Legal Forum 1, n.o 8, 1989, pág. 149. Disponible en:

<https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1052&context=ucfj>.

⁶ Justamente, varios autores, entre los que nos alineamos consideran que el Derecho del Consumo queda comprendido y/o amparado en el marco de los Derechos Humanos (MARTINEZ, MA. LAURA Y QUAGLIA, MARCELO C.; “La protección al consumidor desde la óptica de los derechos humanos: en busca de una tutela judicial efectiva”, Dossier “Derechos humanos en acción; su concreción en la tarea judicial”, Revista del Colegio de Magistrados y Funcionarios del Poder Judicial de la Provincia de Santa Fe, Año 8 Nro. 8, p. 265 (<https://www.magistrados-santafe.org.ar/revistas/>).

⁷ Entre otros GARZINO, M. CONSTANZA; “La protección del consumidor hipervulnerable a través del “diálogo de fuentes” y la necesidad de una

previsión equilibrada”, ponencia presentada en el marco del XVII Congreso Argentino de Derecho del Consumidor (www.derechouns.com.ar/wp-content/uploads/2018/05/01-Garzino-Consumidores.hipervulnerables.pdf); SAHÍÁN, JOSÉ H.; “Tutela especial diferenciada de consumidores hipervulnerables: discriminación positiva”, Suplemento especial del diario La Ley del 8 de noviembre de 2021 XXII Congreso Argentino de Derecho del Consumidor “Hacia el Código nacional de defensa del consumidor”, p. 46 y ss; HERNÁNDEZ; CARLOS A.; “La tutela de la dignidad de los consumidores hipervulnerables. A propósito de la respuesta judicial frente a las consecuencias del abuso sexual padecido por una niña en un establecimiento educativo”, RCyS 2021-I, 91; BAROCELLI, SEBASTIÁN –director-, “Consumidores Hipervulnerables” (obra colectiva), El Derecho, Buenos Aires.

La cuestión fue materia de tratamiento por la doctrina en las XXVIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, desarrolladas en Mendoza el año pasado. De esta manera en la Comisión 5 “Derecho de los consumidores”, se sostuvo en forma unánime que “En el estadio evolutivo actual del Derecho del Consumidor nacional, los contenidos del principio protectorio se ven resignificados por su interacción

con los principios de respeto de la dignidad, no discriminación y tutela acentuada en situaciones de vulnerabilidad o desventaja (hipervulnerabilidad). Estas líneas rectoras de matriz constitucional operan una transformación de los perfiles patrimonialistas para centrarse en la protección de la persona humana y sus derechos fundamentales. Los despliegues axiológicos de estos principios humanistas resultan guías ineludibles para la construcción de las respuestas jurídicas a los problemas planteados por la irrupción de las tecnologías emergentes en las relaciones de consumo” (Conclusión 1.A.2.).

⁸ Cabe destacar la ya citada Res. Mercosur 36/2019 (que sienta el principio de protección especial para consumidores en situación vulnerable y de desventaja); las Directrices de la ONU para Protección del Consumidor: 5.b) protección de consumidores en situación vulnerable y de desventaja; el art. 75 inc. 23 CN (referido a la igualdad de oportunidades y trato para niños, mujeres, ancianos y ps. con discapacidad); las Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las ps. en condición de vulnerabilidad; la Res. SCI 139/2020 (vinculada al procedimiento administrativo)

y la Res. Mercosur 11/2021 (internalizada por Res. SCI 1015/2021) que determina ciertas medidas básicas en la materia.

⁹ Como por ejemplos más relevantes podemos citar CSJN, “E., R. E. c/ Omint S. A. de Servicios”, 13/03/2001, Considerando 13, Fallos 324:677; SCJ Mendoza, “BLOISE DE TUCCI, CRISTINA c/ Supermercado Makro S.A.”, 2002/0702, La Ley Gran Cuyo, 2002-726; CNCom., Sala E, “Asociación Coordinadora de Usuarios, Consumidores y Contribuyentes (ACCUC) c. Despegar.com.ar S.A. s/ Amparo”, 26/08/2020, La Ley cita Online AR/JUR/34616/2020; Cám. Fed. Apel., Sala I, Bahía Blanca, “REIMONDI, JOSÉ ANTONIO vs. Banco Nación Argentina s. Ley de Defensa del Consumidor - Incidente de apelación”, 27/05/2021; Rubinzal Online; 10716/2020 RC J 3795/21; Juzgado Contencioso, administrativo y Trib. CABA, Nro 11, “ZAVOLINSKY, DIANA MIRTA PATRICIA c. Banco Supervielle S.A. s/ Relación de consumo”, 09/08/2021, La Ley cita Online AR/JUR/121820/2021; entre otros.

¹⁰ AZAR-BAUD, MARÍA J.; “Discriminación positiva y negativa en la Ley de Defensa del Con-

sumidor”, La Ley, Buenos Aires, La Ley, t. A, 2015, pp. 462 y siguientes.

¹¹ Si bien conforme el Diccionario Panhispánico del Español Jurídico mercado es definido como espacio físico o virtual en el que tiene lugar transacciones económicas (<https://dpej.rae.es/lema/mercado>), entendemos que en una interpretación economicista amplia el proceso judicial o el procedimiento administrativo forman parte del análisis del proveedor en su operación económica y por tanto podrían integrar el mercado. Sin embargo, como veremos seguidamente, dicho debate deviene abstracto a partir del análisis que desarrollamos.

¹² Así lo destaca SAHÍAN, JOSÉ H.; “Tutela especial diferenciada de consumidores hipervulnerables: discriminación positiva”, Suplemento especial del diario La Ley del 8 de noviembre de 2021 XXII Congreso Argentino de Derecho del Consumidor “Hacia el Código nacional de defensa del consumidor”, p. 46 y ss.

¹³ Tanto la CSJN como la CSJSF se han expedido sobre la legitimidad de esta clase de disposiciones (ya que que el fenómeno

no es exclusivo del derecho del consumo y podemos encontrar situaciones similares en el art. 118 de Ley de Seguros, el art. 20 de Ley de Contrato de Trabajo o la propia LCyQ), siempre y cuando no se vea afectado el orden público y sean una herramienta de implementación de los derechos sustanciales que se regulan (CSJN, Fallos: 181:288; 306:1223 -La Ley, 11-829; 1984-D, 499- y 1615 y CSJ Santa Fe, “INSERRA, PATRICIA contra Bar El Luchador y otros” -Expte. CSJ n°. 276/2006- del 29/11/2006, A y S t 217 p 120-124).

¹⁴ CSJN, 23/07/2020, “Usuarios y c/ Secretaría de Energía de la Nación”, Id SAIJ: FA20000057 y; “Centro de Estudios para la Promoción de la Igualdad y la Solidaridad y otros el Ministerio de Energía y Minería s/ amparo colectivo”, 18/08/2016.

¹⁵ CSJN “BERTUZZI, PABLO DANIEL” 29 de septiembre de 2020.

¹⁶ Tales como la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (art. XVIII), la Declaración Universal de los Derechos Humanos (art. 8 y 10) y la Conven-

ción Americana de los Derechos Humanos (art. 8 y 25).

¹⁷ Conclusión 1.A.1 de las XXVIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Comisión 5, Mendoza 2022 (<https://www.jornadasnacionalesderechocivil.org/conclusiones>).

¹⁸ CSJN, 15/3/2007; “Rinaldi y otro c/ Guzman y otra”, consid. 21, LL 2007-B, 415.

¹⁹ El art. 52 LDC tutelaba la prevención en el ámbito del consumo, otorgando legitimación activa a los consumidores y usuarios cuando sus intereses simplemente se vieran amenazados (CSJN, Zubeldía c/ Municipalidad de La Plata, 07/02/2006, LA LEY 2006-B, 630).

²⁰ PEYRANO, JORGE; “¿Qué es y qué no es una tutela diferenciada en Argentina?”, Revista de Derecho Procesal, 2008-2: “Tutelas procesales diferenciadas I”, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, pp. 32-34; citando a BARACAT, EDGAR, “Tipos de tutela jurisdiccional que puede reclamar el consumidor en defensa de sus derechos”, Tutela procesal del consumidor y del usuario, obra colectiva del Ateneo de

Estudios del Proceso Civil de Rosario, Panamericana, Santa Fe, 2000, p. 21.

²¹ CALVO COSTA, CARLOS; “La pretensión preventiva en el derecho de daños”, La Ley, 19/O2/2018, pp. 1 y ss.

²² MOLINA SANDOVAL, CARLOS; “Función preventiva de la responsabilidad civil”, diario La Ley del 10 de Diciembre de 2019, p. 2; quien cita a LLAMAS POMBO, E., “La tutela inhibitoria del daño -la otra manifestación del derecho de daños-”, RCyS 2002-181.

²³ QUAGLIA, MARCELO C.; “La prevención del daño: una breve revisión de la situación actual en la materia”, Rev. El Derecho Rosario Digital (<http://www.elderecho.com.ar>), diciembre 2012 y ARIAS, MA. PAULA Y QUAGLIA, MARCELO C.; “La prevención del daño y el mandato preventivo, con especial consideración a las relaciones de consumo”, Revista de Derecho del Consumidor - Número 6 - Febrero 2019, IJ-DXLII-522.

²⁴ A modo de ejemplo pueden citarse CCyC de Rosario, Sala II; 18/06/2021, “T., M. A. c/ Telecom Argentina S.A.”, El Derecho 24 de diciembre de 2021, p. 1 (donde se dispone la

revisión de la disposición del cableado telefónico y de internet a fin de evitar el robo de líneas y la ausencia de servicios); Juzg. de Distrito Civ. y Com. de Rosario de la 14^a Nom., “CFN SA C/Arce, Valentina”, CUIJ 21-02890188-4, Sentencia 2179/2018 (tendiendo a evitar abusos en el otorgamiento del crédito) y CCyC de Azul, sala II, 11 de noviembre de 2015, “BIORDO, MIGUEL ÁNGEL c/ Rutas Al Sur Concesionario Vial”, RCyS 2016-X, 78 (donde se dispone la elaboración de un informe sobre las condiciones del entorno de una estación de peaje donde acaeció el accidente).

²⁵ Como por ej. el art. 1102 CCyC.

²⁶ <https://www.diariojudicial.com/public/documentos/000/104/077/000104077.pdf>

²⁷ “Acciones. 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”.

²⁸ FRUSTAGLI, SANDRA A.; “Hipervulnerabili-

dad del consumidor por causas socioeconómicas, interseccionalidad y preservación del mínimo existencial”, RCCyC 2022 (diciembre), 26.

La identificación entre consumidores “sobrendeudados” e “hipervulnerables” reivindica tecnologías idóneas a la luz del art. 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos, que reconoce el derecho a un recurso efectivo. Por tanto, un consumidor “sobrendeudado” goza de derecho a procedimientos rápidos, transparentes, justos, poco costosos y accesibles).

²⁹ SAHIÁN, JOSÉ H.; “Principios de progresividad y no regresión en el Anteproyecto de Ley de Defensa del Consumidor”, Sup. Especial Comentarios al Anteproyecto de LDC, 27/03/2019, 111, Cita Online: AR/DOC/596/2019. SAHIÁN, JOSÉ; “Principios de progresividad y no regresividad en los derechos de los consumidores”, LA LEY 2018-A, 545, Cita Online: AR/DOC/3067/2017.

³⁰ MÉNDEZ ACOSTA, SEGUNDO; “El derecho de defensa en los procesos de consumo”, en Proceso y constitución, Número Especial de Jurisprudencia Argentina, dirigido por ROSALES CUELLO, RAMIRO, t. II, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2018, p. 88.

³¹ TAMBUSSI, CARLOS; “Responsabilidad de la empresa de telefonía celular por modificación unilateral del plan contratado. Daño moral y punitivo”, La Ley, 18/09/2017, p. 6.

³² CNCom., Sala B, 08/10/2003, “CARUSO, PABLO D. c. Banco Francés”. Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Bahía Blanca, Sala I, 20/04/2017, “P., D. A. c. Banco Supervielle S.A. y otro s/ daños y perjuicios”.

³³ C6aCiv. y Com. Córdoba, 09/03/2017, “GALLARDO QUEVEDO, JESICA P. c. Movistar de Telefónica Móviles Argentina SA s/ ordinario - cobro de pesos - recurso de apelación”.

³⁴ Cámara Civil y Comercial Común de Tucumán, Sala I, Sentencia n° 75 del 20/03/2014, “LÓPEZ GUZMÁN TIBURCIO vs. City Bank N.A. Argentina s/ Sumarísimo”.

³⁵ Cámara Civil y Comercial de Rosario, Sala I, Acuerdo 161 del 11 de mayo de 2020, “SALIN, JUAN CARLOS y Otros c/ City Center Rosario, s/ Sumarísimo”.

³⁶ SCBA, 01/04/2015, “G., A.C. contra Pasema SA y otros sobre daños y perjuicios”.

³⁷ Así MENDIETA, EZEQUIEL, COLAS, LUCAS Y SANSONE, SANTIAGO; “Los daños punitivos como mecanismo de protección de los consumidores hipervulnerables”, en Barocelli, Sebastián -director-, Consumidores Hipervulnerables, El Derecho, Buenos Aires, p. 285.

³⁸ Baste recordar que el leading case en la materia se plantea ante un consumidor que padece una discapacidad motriz (o sea, un hipervulnerable): CCyC de Mar del Plata, 27 de mayo de 2009, “MARCHINANDIARENA HERNÁNDEZ, NICOLÁS c/ Telefónica de Argentina S.A.”, LL 2009-C, 647; confirmado por la SCJ BA Ac. 2078, sent. 6/11/2012.

³⁹ Cámara Civil de Córdoba, Sala V, del 31 de octubre de 2019, “QUIROGA CRESPO contra Banco Itaú”.

⁴⁰ CCyC de Rosario, sala I; 28 de diciembre de 2022, “PINEDA BEE, VIRGINIA SOLEDAD C/ Nueva Chevallier S.a. Y Otros S/ Demanda De Derecho De Consumo”, CUIJ 21-02882146-5, Acuerdo 374/2022. En el caso una niña que estaba en su viaje de estudios de primaria, separada de sus progenitores -y evidentemente sin la contención nece-

saria, que se le había prometido- se lesiona (fractura de un pié) y no es atendida debidamente por el proveedor. Destaca la sentencia la alta vulnerabilidad del segmento de consumidores de corta edad y escasa experiencia, la separación de sus padres y el hecho de estar lesionada, calificando a la actora como hipervulnerable. En dichas condiciones se la hizo transitar por eventos y actividades programadas del viaje sin la debida atención médica, evidenciando una conducta desaprensiva y violando la confianza depositada el el proveedor, todo lo cual encuadra el supuesto en el art. 8 bis LDC, que aparea como consencuencia la aplicación del art. 52 bis LDC.

⁴¹ Juzg. Civ. y Com. de Salta, 8va. Nominación, 21 de octubre de 2022, “CASTAÑO, ESVELTA GALATA c/ ICBC Bank Commercial of China Argentina S.A.”, TR LALEY AR/JUR/161635/2022. En el caso la actora es calificada como hipervulnerable por ser una adulta mayor (80 años) que además padecía asma y era analfabeta digital (lo que le impedía acceder a la información sobre su crédito). Habiendo adquirido un vehículo que fuera garantizado con una

prenda sufre el secuestro del bien a altas horas de la noche, no brindándosele con posterioridad información precisa sobre la deuda que se le reclamaba (a pesar de sus esfuerzos para interiorizarse de una situación que no llegaba a entender ya que depositaba el valor de lo que creía era la cuota adeudada en forma periódica). Se condena por daño punitivo considerando acreditado el total desinterés de la entidad financiera por la condición de su cliente y con fundamento en el art. 1096 CCyC (prácticas abusivas).

⁴² Art. 164 del Proyecto de Código de Defensa del Consumidor, expte. 5156-D-2020.

⁴³ *“Al dictar sentencia el juez resolverá en base a las pretensiones de las partes de manera razonablemente fundada, ajustándose a una solución más eficaz del litigio. Igualmente, podrá flexibilizar la congruencia en aras de una mayor tutela y efectividad de los derechos fundamentales de los consumidores que no hayan sido parte del proceso, pero que puedan verse afectados por la conducta obrada por el proveedor, especialmente cuando se trate de consumidores hipervulnerables, con los alcances de los*

arts. 1710 a 1713 del Código Civil y Comercial de la Nación”.

⁴⁴ Sentencia Nro. 960 del 11 de Agosto de 2022 (<https://www.magistrados-santafe.org.ar/wp-content/uploads/2023/06/Fallo-EPE-y-Municipalidad-Resp-Extracontractual-Nro2.pdf>).

⁴⁵ Jug. de Distrito Civ. y Com. Nro. 14 de Rosario, “SIMON, EDUARDO RAÚL y Otros c/ IAPOS s/ Recurso de Amparo”, CUIJ 21-02837308-9, sentencia 899 del 8 de mayo de 2017.

⁴⁶ Un completo tratamiento del tema puede verse en: JAPAZE, MARÍA B.; *Sobreendeudamiento del Consumidor*, Bibliotex, Tucumán, 2017.

⁴⁷ Según el Modelo de Ley de Insolvencia Familiar para América Latina y el Caribe de 2011 de Consumers International, agregados en las Directrices de Naciones Unidas para la Defensa de los Consumidores de 2016.

⁴⁸ La regulación del Anteproyecto de Código Provincial de Implementación de los Derechos de las Consumidoras y los

Consumidores de Santa Fe establece un procedimiento especial en esta materia (puede consultarse en <https://ar.ijeditores.com/pop.php?option=articulo&Hash=3fo4bbf-ba32617776c7e51270a7cbd10>).

⁴⁹ BERIZONCE, ROBERTO O., “Fundamentos y confines de las tutelas procesales diferenciadas”, *Revista de Derecho Procesal, Tutelas procesales diferenciadas I*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, n° 2, 2008, pp. 36 y 37.

⁵⁰ Actualmente sólo dos provincias argentinas no cuentan con una regulación local: Santa Fe y La Pampa. Con el aditamento que nuestra provincial (a diferencia de La Pampa) carece además del reconocimiento de los derechos del consumidor a nivel constitucional local.

⁵¹ SOSA, TORIBIO ENRIQUE; “*Reingeniería Procesal*”, Librería Editora Platense, La Plata, 2005, pág. 53 y ss.

⁵² Así lo destacan MORELLO, AUGUSTO Y STIGLITZ, GABRIEL, “*Tutela procesal de derechos personalísimos e intereses colectivos*”, Platense, La Plata, 1986, pp. 151 y 154.