
Intergovernmental Group of Experts on Consumer Law and Policy
(IGE Consumer)

2nd SESSION
3-4 July 2017
Room XVII, Palais des Nations, Geneva

Monday, 3 July 2017
Afternoon Session

**Agenda Item 3 c. The protection of vulnerable and
disadvantaged consumers**

Contribution by
Brazilian Institute for Consumer Law and Policy
Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor (BRASILCON)

El consumidor “especialmente hipervulnerable” y el derecho internacional privado

This material has been reproduced in the language and form as it was provided. The views expressed are those of the author and do not necessarily reflect the views of UNCTAD.

El consumidor “especialmente hipervulnerable” y el derecho internacional privado

(Artículo publicado originalmente en: FERNÁNDEZ ARROYO, Diego P.; MORENO RODRÍGUEZ, José Antonio (Dirs.) *Contratos Internacionales: entre la libertad de las partes y el control de los poderes públicos (Jornadas de la ASADIP 2016)*. Buenos Aires: OEA/ASADIP, 2016. pp. 411-435.)

Luciane Klein Vieira*

Resumen: Son muchos los consumidores que actúan con proyección transfronteriza. Sin embargo, el derecho internacional privado categoriza a todos ellos del mismo modo, como consumidores patrones, medios o comunes, que proceden de manera activa o pasiva, sin importar si algunos presentan condiciones o características especiales que puedan exponerlos a una situación en la cual su natural vulnerabilidad se ve aún más acentuada.

Resumo: São muitos os consumidores que atuam com projeção transfronteiriça. Não obstante, o direito internacional privado categoriza a todos eles da mesma forma, como consumidores padrões, médios ou comuns, que atuam de maneira ativa ou passiva, sem importar se alguns apresentam condições ou características especiais que possam expô-los a uma situação na qual a sua natural vulnerabilidade se vê ainda mais reforçada.

Abstract: There are many consumers who interact with each other in cross-border projected scenarios. Nevertheless, the private international law categorises all of them either in their active or passive behaviour phases in the same way as standard, medium or average consumers without taking into consideration that some of them have special conditions or qualities that can expose them to circumstances in which their natural vulnerability increases.

Sumario: I. Introducción: la crisis en la tipicidad y el surgimiento de una nueva categoría de consumidor en el escenario internacional; 1. El consumidor transfronterizo “hipervulnerable”; 2. El consumidor transfronterizo “especialmente hipervulnerable”: un nuevo *approach* al derecho internacional privado; II. La identificación de la debilidad diferenciada en las operaciones de consumo realizadas en el ámbito interno, con especial referencia al derecho de los países que integran el MERCOSUR; 1. El subconsumidor, consumidor especial o consumidor particularmente débil; 2. El consumidor hipervulnerable o doblemente vulnerable; 3. La subcategoría de consumidor en el derecho material de los países del MERCOSUR; III. El traslado de la debilidad acentuada al contexto internacional: el apareamiento de la figura del consumidor transfronterizo “especialmente hipervulnerable”; IV. Conclusión: las consecuencias prácticas del reconocimiento de la hipervulnerabilidad del consumidor que actúa con proyección transfronteriza; Bibliografía.

* Doctora en Derecho y Magíster en Derecho Internacional Privado (Universidad de Buenos Aires – UBA). Magíster en Derecho de la Integración Económica (Universidad del Salvador – USAL/ Université Paris I – Sorbonne). Profesora de Derecho Internacional Privado. Abogada. Directora Adjunta para el MERCOSUR del BRASILCON.

I. Introducción: la crisis en la tipicidad y el surgimiento de una nueva categoría de consumidor en el escenario internacional

Es imposible reducir el concepto de consumidor a una abstracción general que no respeta la heterogeneidad de la sociedad de consumo, formada por distintos sujetos, que pertenecen a distintas culturas, y, por fin, basada en distintos intereses y/o dificultades. “Ante todo hay que considerar que los consumidores no pueden ser vistos como un grupo homogéneo, porque existen diversas especies de consumidores, por ejemplo, el que objetivamente tiene posibilidades de estar informado, y el que no las tiene; el que tiene libertad de elección, porque goza de disponibilidad económica y el que no la tiene; quien tiene reflexión y quien es un hipoconsumidor, como los niños.”¹

Siendo así, para llegar a la construcción de una categoría de consumidor, conforme al grado de vulnerabilidad presentada, es preferible recurrir al método concreto, abandonándose la mera abstracción, por resultar sumamente arriesgada, ya que no toma en cuenta la realidad cuando pretende adoptar un modelo ideal.² Para ello, el tipo, categoría o modelo de consumidor debe ser construido observándose los seres reales, sus dificultades, su comportamiento y extrayendo de esa observación los elementos que les son comunes, por medio de un proceso inductivo.³

Corroborando lo expuesto, parte de la doctrina advierte que no hay un “consumidor-tipo” o patrón, que pueda ser utilizado como referencial exclusivo y único,⁴ para todas las relaciones de consumo. Por esta razón, es necesario distinguir el consumidor en diferentes categorías, conforme a su grado o nivel de vulnerabilidad y al escenario en el cual actúa, lo que permitirá, al final, percibir la necesidad de diferenciar estas categorías a partir de un nuevo criterio relacionado con las condiciones especiales del consumidor que interactúa más allá de las fronteras nacionales.

Respecto al tema, es importante referir que el derecho privado confiere al consumidor que actúa dentro de los límites del territorio de un

¹ N.L. NICOLAU. “La protección del consumidor argentino en la economía de mercado frente a empresas transnacionales”, en: *Derecho Internacional Privado y Derecho de la Integración. Libro Homenaje a Roberto Ruíz Díaz Labrano*, Asunción, CEDEP, 2013, p. 390.

² N.L. NICOLAU, “La autonomía de la voluntad como factor de resistencia a la tipicidad en el sistema de derecho privado argentino”, *El Derecho*, Tomo 163, 1995, p. 873.

³ N.L. NICOLAU (nota 2), p. 873.

⁴ A.H. BENJAMIN, “A proteção do consumidor nos países menos desenvolvidos”, en: C.L. Marques / B. Miragem (orgs.), *Direito do Consumidor: fundamentos do direito do consumidor. Doutrinas Essenciais*, Vol. I, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2011, pp. 1122-1123.

país una presunción de debilidad o vulnerabilidad, partiendo del presupuesto de que todos los consumidores son iguales, y por lo tanto, presentan las mismas vulnerabilidades técnicas, jurídicas, fácticas e informativas. Sin embargo, se le debe reconocer a este sujeto débil una “hipervulnerabilidad”⁵ o vulnerabilidad reforzada, cuando actúa en un mercado extranjero, en general, desconocido. Esta diferenciación posibilitará la creación de una protección más eficaz, en la práctica, como instrumento apto a corregir la disparidad de fuerzas⁶ que tradicionalmente caracteriza a los contratos de consumo.

Esta perspectiva trabaja con las características especiales de la relación internacional de consumo, que se torna cada día más compleja y difícil para los sujetos que en ella actúan, en virtud de la realidad global cambiante y de las particularidades de ciertos grupos de consumidores, aún más débiles, que exigen la adecuación de la tipología como garantía o sinónimo de efectividad en la protección normativa.

En este contexto, a fin de conferir un nuevo ropaje al DIPr en pro de la efectividad de su función de derecho protectorio de la parte débil, propongo la diferenciación del consumidor que actúa en el escenario internacional en dos categorías distintas a las señaladas anteriormente, conforme al grado de hipervulnerabilidad presentada.

La primera categoría, denominada consumidor “hipervulnerable”, se refiere al consumidor transfronterizo común, que contrata con un proveedor extranjero, de forma activa (turista) o pasiva,⁷ sin poseer características especiales que puedan acentuar aún más su fragilidad en el mercado internacional.

No obstante, la segunda categoría, designada consumidor transfronterizo “especialmente hipervulnerable”, no está contemplada como

⁵ El prefijo *hiper* deriva del griego *hypér* y sirve para designar algo que excede la medida normal. Cuando se suma el prefijo a la palabra vulnerabilidad, se obtiene la representación gráfica de una situación de intensa fragilidad, que supera los límites de lo que sería una situación común de debilidad.

⁶ A.C. EFING, “El reconocimiento jurídico de la vulnerabilidad del consumidor como factor de cambio social”, *El Otro Derecho*, n° 39, Dic./2008, p. 112.

⁷ Tradicionalmente, la doctrina europea suele distinguir el consumidor entre aquel que se traslada hacia el establecimiento comercial del empresario, en busca de mercaderías o servicios, motivando por sí mismo la contratación, de aquel que es invadido o atacado por la ofensiva contractual del empresario en su propio domicilio o residencia habitual. En el primer caso, se está ante el concepto de consumidor activo y en el segundo, de consumidor pasivo.

tal en ninguna legislación de fuente interna o convencional de los países que componen el MERCOSUR (Argentina, Bolivia, Brasil, Paraguay, Uruguay, Venezuela) lo que demuestra su carácter novedoso y al mismo tiempo expone las dificultades para su identificación. Esto exigirá, para posibilitar su configuración, un previo análisis de algunas condiciones especiales de grupos de consumidores para, luego, poder firmarse como propuesta insoslayable de un nuevo tipo de consumidor transfronterizo, teniendo en cuenta la necesidad de conferirles un tratamiento aún más diferenciado a estos sujetos, que de por sí ya se encuentran en un estado de vulnerabilidad o debilidad agravada.

1. El consumidor transfronterizo “hipervulnerable”

Los aportes doctrinarios que se refieren al consumidor activo y pasivo fueron construidos para diferenciar el comportamiento del consumidor conforme a las situaciones en las que actúa internacionalmente para, a partir de allí, ofrecerle o no protección legal. Esta categorización, sin embargo, es insuficiente, siendo necesario, de antemano, identificar al consumidor transfronterizo, a partir de su particular vulnerabilidad, vinculada al contexto en que está inserido.

Siendo así, en primer lugar, es importante establecer cómo se da la internacionalidad de la relación de consumo. Para ello, se utiliza el criterio del domicilio de las partes para determinar si una relación jurídica es interna o internacional. En esta medida, una relación de consumo será transfronteriza cuando consumidor y proveedor están domiciliados en distintos Estados, lo que configura o caracteriza la internacionalidad del contrato, que puede estar conectado a dos o más ordenamientos jurídicos.⁸

Considerado bajo este enfoque, el consumo internacional parece no ofrecer mayores problemas. El consumidor transfronterizo debe estar domiciliado en un Estado distinto al del proveedor y ser el destinatario final del producto o servicio extranjero adquirido, pudiendo actuar de modo pasivo o activo, conforme ya referido. Sin embargo, la relación entablada

⁸ E.A. KLAUSNER, “Reflexões sobre a proteção do consumidor brasileiro nas relações internacionais de consumo”, en: C. Tibúrcio / L.R. Barroso (orgs.), *O Direito Internacional Contemporâneo. Estudos em Homenagem ao Professor Jacob Dolinger*, Rio de Janeiro, Renovar, 2006, p. 382.

entre las partes de un contrato de consumo con elementos de extranjería no está desprovista de sus peculiares complejidades.

En el ámbito del derecho del consumidor, no está demás reiterar que, ya sea por presunción legal, por un simple análisis o constatación empírica, el consumidor (generalmente, persona física) es considerado vulnerable en función de su debilidad o fragilidad, representada por una serie de factores.⁹ Luego, para atenuar y así compensar esta disparidad o desigualdad existente entre los dos polos de la relación jurídica contractual, ocupados por el consumidor y el proveedor, el derecho creó el principio de la vulnerabilidad, para asegurar que el Estado sancione reglas y adopte medidas que aseguren al consumidor un equilibrio en la relación de consumo, para evitar perjuicios y así neutralizar la condición de débil jurídico.

Si esta máxima de la aplicación del principio de la vulnerabilidad fue creada por el derecho interno de algunos Estados para proteger al consumidor que contrata la adquisición de mercaderías y servicios de proveedores nacionales, dentro de los límites territoriales del país, ¿cómo queda el consumidor transfronterizo, que va más allá de las fronteras para contratar?; ¿cómo queda el consumidor que no sale del territorio de su Estado, pero que pacta, a través de medios electrónicos, la entrega de mercadería comprada en el extranjero en su domicilio, situado dentro de las fronteras estatales antes referidas?

Conforme bien advierte la doctrina, “el reconocimiento de la vulnerabilidad del consumidor en la relación jurídico-económica con el proveedor supera las características que le son atribuidas en el plano nacional en la medida en que el consumidor pasa a actuar directa o indirectamente en el mercado internacional. La generalización del consumo internacional, denominada (...) globalización del consumo, deja al consumidor aún más vulnerable ante las particularidades de la relación internacional de consumo, en la cual proveedor y consumidor están domiciliados en diferentes países, sujetos a legislaciones y sistemas

⁹ Además de los factores mencionados, que están vinculados a la inexperiencia y/o inaptitud técnica, el consumidor se encuentra ante una necesidad de consumo, circunstancia que lo hace estar subordinado al proveedor. (A. AMARAL JÚNIOR, *Proteção do Consumidor no Contrato de Compra e Venda*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1993, p. 106.)

jurídicos distintos.”¹⁰

Siendo así, en tiempos de gobernanza global, cuya principal consecuencia es la expansión y masificación del consumo, la vulnerabilidad del consumidor transfronterizo¹¹ puede ser fácilmente constatada en virtud de la incidencia de algunas de las siguientes características: a) por la falta de información¹² respecto al producto o servicio adquirido, ya que el negocio es celebrado de forma eventual por el consumidor, en la medida en que no ostenta una relación de continuidad; b) por la dificultad de volver a ejecutarse un servicio ya prestado, notoriamente cuando se trata de contratos turísticos; c) por la existencia de una barrera idiomática entre el proveedor y el consumidor; d) por las diferencias de protección legal existentes entre las normas del Estado del domicilio del consumidor y las del domicilio del proveedor;¹³ e) por la efectividad de la garantía del producto y servicios post venta, que pueden no estar disponibles en el Estado del domicilio del consumidor; f) por el desconocimiento respecto al derecho del Estado en donde se contrata; g) por las dificultades de llevar a cabo un proceso judicial en el extranjero.¹⁴

Ante estas nuevas características de la relación de consumo, cabe al DIPr buscar mecanismos y alternativas destinadas a proteger al

¹⁰ E.A. KLAUSNER, *Direito Internacional do Consumidor. A Proteção do Consumidor no Livre-comércio Internacional*, Curitiba, Juruá, 2012, p. 176. (Traducción propia)

¹¹ Desde otra mirada, el consumidor extranjero puede ser calificado como sub-consumidor o consumidor particularmente frágil, por no conocer la lengua ni las prácticas locales. (A. KEMELMAJER DE CARLUCCI, “Prácticas abusivas en los contratos de consumo”, en: R. S. Stiglitz (dir.), *Suplemento Especial. Código Civil y Comercial de la Nación. Contratos*, Buenos Aires, La Ley, Febr./2015, p. 249.)

¹² Aquí se podría añadir el uso exagerado del tecnicismo en la redacción del contrato, lo que impide una comprensión o una evaluación más minuciosa por parte del consumidor sobre las ventajas y desventajas del negocio. Esta dificultad desestimula la lectura previa del instrumento contractual, generalmente complejo y de una considerable extensión.

¹³ E.A. KLAUSNER (nota 10), p. 177.

¹⁴ Entre estas dificultades están el desconocimiento respecto al juez competente y a la ley aplicable, el alto costo de un proceso judicial en el extranjero, los gastos de traslado y traducción de documentos, el posterior reconocimiento y ejecución de la decisión judicial extranjera. (Sobre el tema ver: E.A. KLAUSNER, “Jurisdição internacional em matéria de relações de consumo no Mercosul – sugestões para a reedição do Protocolo de Santa Maria”, *Revista de Direito do Consumidor*, n° 54, Abr./Jun. 2005, p. 118.) En el mismo sentido, Perugini destaca que: “no es tarea fácil litigar en el extranjero. Cualquiera que haya tenido la experiencia de litigar fuera del país puede comprender el cúmulo de problemas con los que se enfrenta y que van desde la elección del abogado, el seguimiento del proceso, el desconocimiento del derecho y la inseguridad que produce depender de una autoridad extranjera, los costos del transporte y del alojamiento. Este temor a lo extranjero no tiene que ver con la xenofobia y sí con lo desconocido, costoso y en gran medida incontrolable.” (A. PERUGINI ZANETTI, “Derecho internacional privado del consumidor”, en: *XVIII Congreso Ordinario de la Asociación Argentina de Derecho Internacional. Sección Derecho Internacional Privado*, Rosario, 2005, p. 38.)

consumidor transfronterizo. En este sentido, debe incorporar, entre sus postulados, una regla que asegure la protección al consumidor internacional, que es mucho más débil¹⁵ que el consumidor que está habituado a realizar sus compras dentro de las fronteras estatales, para quien el sistema jurídico de los países mercosureños, bien o mal, ya se preocupó en ofrecerle tutela legal.¹⁶

2. El consumidor transfronterizo “especialmente hipervulnerable”: un nuevo *approach* al derecho internacional privado

Ya se ha mencionado que es indudable “la insuficiencia de los tipos jurídicos clásicos para satisfacer adecuadamente todas las nuevas y cambiantes exigencias de la compleja vida económica y social contemporánea.”¹⁷ Siendo así, ante la insuficiencia del tipo abstracto “consumidor transfronterizo” para la satisfacción de las exigencias prácticas y concretas de protección se justifica la creación de una nueva categoría de consumidor que actúa internacionalmente, pautada en valores como la dignidad de la persona humana y la igualdad material, generada a partir de criterios extraídos de la realidad en la cual está inserida la persona física.

Sin embargo, para configurar los elementos que dan sostén a esta nueva categoría, es necesario, en primer lugar, identificar quiénes son los consumidores que actúan en el contexto internacional, y que presentan una debilidad diferente de la del consumidor medio, abstracto. Para esto, partiré de los conceptos ya empleados por la doctrina y jurisprudencia, aunque referentes al ámbito interno, para llegar a la propuesta que hago, de construcción de la categoría denominada “consumidor transfronterizo especialmente hipervulnerable”, como nueva calificación a emplearse en el DIPr.

¹⁵ Conforme destaca la doctrina, el consumidor, parte vulnerable en un litigio nacional, será aún más vulnerable cuando se trate de un litigio transfronterizo. De hecho, la ignorancia de sus derechos y la complejidad del DIPr, ante un litigio de pequeño monto, son motivos que podrán llevarlo a renunciar a sus derechos. (B.E. FELLOUS, *Proteção do Consumidor no MERCOSUL e na União Européia*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 141.)

¹⁶ Exceptuado el caso de Venezuela, que recientemente derogó la ley que protegía al consumidor.

¹⁷ N. NICOLAU (nota 2), p. 878.

II. La identificación de la debilidad diferenciada en las operaciones de consumo realizadas en el ámbito interno, con especial referencia al derecho de los países que integran el MERCOSUR

1. El subconsumidor, consumidor especial o consumidor particularmente débil

En el ámbito nacional o interno de algunos países, la doctrina suele denominar a los consumidores que poseen características o condiciones personales¹⁸ particulares como “subconsumidores”,¹⁹ “consumidores especiales”,²⁰ o aún “consumidores particularmente débiles”,²¹ en un intento de reconocer que la debilidad general del consumidor, vinculada a una falla estructural del mercado, no es la única vulnerabilidad existente en el plano social.²² De hecho, el problema no radica en el reconocimiento aislado de la debilidad del consumidor, sino más bien en lograr que el derecho se haga cargo de las diferentes manifestaciones de la vulnerabilidad social.²³

De este modo, es cierto que la debilidad del consumidor se percibe de manera especialmente sensible en función de las particulares características del individuo. Así, se ha utilizado la expresión

¹⁸ Pese a ello, cabe destacar que “la sociedad de consumidores no reconoce diferencias de edad o género ni las tolera (por contrario a los hechos que parezca) ni reconoce distinciones de clase (por descabellado que parezca). Desde los centros geográficos de la red de la autopista informática hasta las periferias sumidas en la pobreza.” (Z. BAUMAN, *Vida de Consumo*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2011, p. 81.) Este hecho corrobora la necesidad de darle tratamiento diferenciado a cada subgrupo de consumidores, en razón de sus peculiaridades.

¹⁹ También se ha llamado subconsumidores a las personas que no tienen acceso al consumo, por cuestiones de pobreza. (C.A. GHERSI, “La historia socioeconómica y cultural del consumo”, en: C.A. Gherzi (dir.), *Manual de los Derechos de Usuarios y Consumidores*, 2ª ed., Buenos Aires, La Ley, 2015, p. 19.)

²⁰ J. MOSSET ITURRASPE / R.L. LORENZETTI, *Defensa del Consumidor, Ley 24.240*, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 1993, p. 82.

²¹ C.A. HERNÁNDEZ, “Reflexiones sobre el derecho del consumidor (a propósito de algunos aportes del Dr. Miguel Angel Ciuro Caldani)”, en: A.A. Alterini / N.L. Nicolau (dirs.), *El Derecho Privado ante la Internacionalidad, la Integración y la Globalización*, Buenos Aires, La Ley, 2005, p. 374.

²² C.A. HERNÁNDEZ (nota 21), p. 374.

²³ Es interesante referir, conforme advierte la doctrina, que el derecho privado de la posmodernidad debe encargarse de reconocer las vulnerabilidades sociales, en todas sus dimensiones, que abarcan tanto el ámbito patrimonial como extrapatrimonial. (C.A. HERNÁNDEZ (nota 21), p. 374.)

‘subconsumidor’, para referirse a un sector de los consumidores en situación de mayor fragilidad e inferioridad respecto a los productores de bienes y servicios. “Esta debilidad particular puede venir determinada por sus condiciones físicas (niños,²⁴ minusválidos²⁵ o ancianos²⁶), o por sus deficiencias intelectuales o culturales, o de falta de formación, o por desconocimiento del idioma del país en el que viven. En todos estos casos la regulación general en materia de consumo provoca, indefectiblemente, una ‘subprotección’ en la práctica (una señalización de obras en la vía pública puede ser la adecuada y percibida normalmente por un ciudadano medio, pero puede pasar desapercibida para un niño, un anciano o para un ciego,²⁷ con fatales consecuencias en todos los casos) que precisa de un *plus*

²⁴ Respecto a la clasificación de los niños como “hipoconsumidores”, por tener menor grado de reflexión, ver: N.L. NICOLAU (nota 1), p. 390.

²⁵ Ver: D.R. VÍTOLO, “Personas afectadas por una discapacidad y los derechos del consumidor de servicios financieros y bancarios. Una mirada transversal”, *Revista de los Contratos, los Consumidores y Derecho de la Competencia*, Tomo 2013-3, pp. 129-145.

²⁶ Respecto al consumidor anciano, la Recomendación n° 18, del Plan de Acción Internacional de Viena sobre Envejecimiento, aprobado por la Asamblea General de la ONU por medio de la Resolución n° 33/52, del 1978, revisada en 1982 (texto disponible en: <http://www.redadultosmayores.com.ar/buscador/files/ORGIN001.pdf>, consultado el 10/8/2016) destaca que debe ser limitada la publicidad intensiva y otras técnicas de venta destinadas fundamentalmente a explotar a los ancianos. En este sentido, el gobierno, juntamente con las organizaciones no gubernamentales, debe promocionar acciones destinadas a proteger a estos consumidores. En el año 2002 fue aprobado el Plan de Acción de Madrid, que pugna por la adopción de medidas restrictivas respecto al fraude cometido contra ancianos en el mercado de consumo. (Sobre el tema ver: C. HEINECK SCHMITT, *Consumidores Hipervulneráveis. A Proteção do Idoso no Mercado de Consumo*, São Paulo, Atlas, 2014, pp. 218-219.)

²⁷ Sobre el tema, ver el interesante dictamen del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, caso “*Szilvia Nyusti y Péter Takács c/ Hungría*”, juzgado el 16/4/2013, en el cual los autores, dos ciudadanos húngaros con grave discapacidad visual, tras haber agotado los recursos judiciales internos, en Hungría, para la obtención de la adaptación para no videntes de los cajeros automáticos de la entidad de crédito privada con la cual habían contratado, demandan al Estado por violación de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (disponible en: <http://www.un.org/esa/socdev/enable/documents/tccconvs.pdf>, consultado el 10/8/2016, en vigor desde el 3/5/2008). El Comité señaló que la demanda interpuesta por los autores iba más allá del agravio particular, en la medida en que planteaba una reclamación más amplia, pautada en la falta de accesibilidad de toda la red de cajeros automáticos de la entidad financiera para las personas con discapacidad visual. Finalmente, el dictamen determinó que el Estado Parte había incumplido las obligaciones de la Convención referida, teniendo el deber de poner remedio a la falta de accesibilidad de los actores a los servicios de tarjeta bancaria, además de indemnizarlos. Del mismo modo, el Estado debería establecer normas mínimas sobre accesibilidad a los servicios bancarios para personas con discapacidad visual, impartir formación adecuada y periódica a los jueces y otros funcionarios que resuelvan causas pautadas en la discapacidad y velar para que su legislación y el modo de aplicación de la misma sean acordes con la obligación del Estado de asegurar que la ley no tenga el propósito de obstaculizar o dejar sin efecto el reconocimiento, goce o ejercicio, en igualdad de condiciones, de todos los derechos de las personas con discapacidad. (COMITÉ DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD, “Dictamen del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad a tenor del artículo 5 del Protocolo facultativo de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad (noveno período de sesiones) respecto de la Comunicación

de protección legal.”²⁸

Siguiendo esta línea de razonamiento, Ricardo Lorenzetti destaca que los subconsumidores son los menores de edad,²⁹ los ancianos,³⁰ los enfermos graves y los analfabetos,³¹ además de aquellos que estén en situaciones de urgencia que dan lugar a un estado de necesidad. Ante estos grupos, según el autor, es necesaria la adopción de medidas de ayuda, para poder ubicarlos en pie de igualdad, lo que justifica la existencia de una discriminación legal positiva.³² En otras palabras, en estos casos, se justifica con más intensidad la necesidad de establecer, por medio de normas protectorias, un límite aún mayor a la libertad del proveedor, asegurando el

nº 1/2010”, *Revista de los Contratos, los Consumidores y Derecho de la Competencia*, Tomo 2013-3, pp. 107-127.)

²⁸ A. ACEDO PENCO, “La noción de consumidor y su tratamiento en el derecho comunitario, estatal y autonómico, breve referencia al concepto de consumidor en el derecho extremeño”, *Anuario de la Facultad de Derecho*, Universidad de Extremadura, nº 18, 2000, pp. 302-303.

²⁹ K. RICK DANILEVICZ BERTONCELLO, “Os efeitos da publicidade na ‘vulnerabilidade agravada’: como proteger as crianças consumidoras?”, *Revista de Direito do Consumidor*, nº 90, Nov./Dez. 2013, pp. 75-79. Es interesante recalcar que la especial hipervulnerabilidad de los niños y adolescentes viene en constante aumento, en virtud de la gran cantidad de productos y servicios que son ofrecidos por internet, teléfonos móviles, etc., y que se destinan especialmente a este público. Además, en palabras del sociólogo alemán Zygmunt Bauman, los niños están en una posición central en la sociedad de consumo, que es ocupada por ellos desde muy temprano, y que termina por encuadrarlos en los nuevos patrones excluyentes de conducta, impuestos por el mercado. Estas imposiciones fragilizan al público infante y lo transforma en un blanco fácilmente alcanzable. Para el autor, desde que aprenden a escribir, o quizá antes de esto, la “dependencia de los locales” ya se instala en los niños. Bombardeados desde todos lados por sugerencias de que necesitan este o aquel producto vendido en un determinado local para ser el tipo adecuado de persona, o alguien capaz de cumplir con su deber social y ser visto haciendo precisamente esto, se sienten inadecuados, deficientes y por debajo del estándar si no pudieren atender prontamente al llamado. (Z. BAUMAN, *Vida Líquida*, Rio de Janeiro, Jorge Zahar Ed., 2007, p. 146.)

³⁰ Respecto al consumidor anciano, se ha destacado que en el campo contractual es donde se nota su intensa vulnerabilidad ante el proveedor, de allí que se hable de “hipervulnerabilidad” como un paradigma a adoptarse para la protección del individuo más débil. (C. HEINECK SCHMITT, “A ‘hipervulnerabilidade’ do consumidor idoso”, *Revista de Direito do Consumidor*, nº 70, Abr./Jun. 2009, p. 151.) En el mismo sentido, se ha sostenido que el anciano es un consumidor que tiene más de 60 años y que posee una vulnerabilidad potencializada. (C. LIMA MARQUES, “Solidariedade na doença e na morte: sobre a necessidade de ‘ações afirmativas’ em contratos de planos de saúde e de planos funerários frente ao consumidor idoso”, en: I. Wolfgang Sarlet (org.), *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2003, p. 194.) Luego, este consumidor pertenece a una categoría jurídica en la cual se debe presumir la existencia de un sumatorio de vulnerabilidades. (B. GRAEFF, “Direito do consumidor idoso no Brasil”, *Revista de Direito do Consumidor*, nº 86, Mar./Abr. 2013, p. 68.)

³¹ Respecto a la necesidad de reconocimiento de la hipervulnerabilidad del consumidor analfabeto en el mercado de consumo, ver: C. LIMA MARQUES, “Estudo sobre a vulnerabilidade dos analfabetos na sociedade de consumo: o caso do crédito consignado a consumidores analfabetos”, *Revista de Direito do Consumidor*, nº 95, Set./Out. 2014, pp. 99-142. Es dable referir que la autora también apunta a la existencia de un nuevo tipo de excluido de la sociedad de consumo e información: el analfabeto digital. (C. LIMA MARQUES, *Confiança no Comércio Eletrônico e a Proteção do Consumidor: um estudo dos negócios jurídicos de consumo no comércio eletrônico*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 72.)

³² R.L. LORENZETTI, “La relación de consumo. Ámbito de aplicación del estatuto del consumidor”, en: R.L. Lorenzetti / G.J. Schötz (coords.), *Defensa del Consumidor*, Buenos Aires, Ábaco, 2003, p. 78.

tratamiento desigual a favor de estos consumidores (*favor debilis*), como forma de compensar la fragilidad o vulnerabilidad agravada, para que se reequilibre, hipotéticamente, la situación fáctica y jurídica.³³

2. El consumidor hipervulnerable o doblemente vulnerable

Otra parte de la doctrina, partiendo de los presupuestos *supra* referidos, clasifica, en el ámbito interno, a estos subconsumidores - ancianos, niños, analfabetos, discapacitados y enfermos - como hipervulnerables.³⁴ Esta hipervulnerabilidad estaría asociada a una situación social,³⁵ fáctica y objetiva, que agrava la vulnerabilidad de la persona física consumidora, por circunstancias personales aparentes o conocidas por el proveedor.³⁶ Además, sería especial esta situación de hipervulnerabilidad si condicionada a una situación personal del consumidor, sea permanente, como por ejemplo una incapacidad,³⁷ o temporaria, como una enfermedad,

³³ Sobre el tema ver: C. LIMA MARQUES, *Observaciones y Propuestas sobre las Reglas Generales y el Campo de Aplicación del Proyecto de Convención Interamericana de Derecho Internacional Privado sobre la Ley Aplicable a Algunos Contratos de Consumo de Brasil*. Disponible en: http://www.oas.org/dil/esp/art1consideracionesgenerales4-env_lima_marques.pdf., consultado el 20/4/2015.

³⁴ También la jurisprudencia viene adoptando el concepto de hipervulnerabilidad del consumidor. Véase este trecho de la decisión del STJ, de Brasil: “Los *hipervulnerables* (...) son aquellos que, exactamente por constituir una minoría y ser a menudo discriminados o ignorados, más sufren con la masificación del contrato y con la ‘pasteurización’ de las diferencias que caracterizan y enriquecen la sociedad moderna (...). Ser diferente o ser minoría, por enfermedad o por cualquier otra razón, no significa ser menos consumidor, ni menos ciudadano, tampoco ser merecedor de derechos de segunda clase o de protección solamente retórica del legislador.” (STJ. SEGUNDA TURMA. Recurso Especial nº 586.316/MG. “*Ministério Público do Estado de Minas Gerais c/ Associação Brasileira das Indústrias da Alimentação – ABIA*”. Min. Ponente Antonio Herman Benjamin. Juzgado el 17/4/2007. Publicado en: *DJe*, el 19/3/2009. Disponible en: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=683195&num_registro=200301612085&data=20090319&formato=PDF, consultado el 22/7/2016.) Traducción propia.

³⁵ Marques considera que los consumidores sobreendeudados también son hipervulnerables. (C. LIMA MARQUES (nota 33)) Para desarrollar una forma de protección a estos consumidores, en 2011, la *Consumers International* aprobó una ley modelo sobre insolvencia familiar. Su texto completo puede ser visto en: <http://www.consumersinternational.org/media/880967/texto%20ley%20modelo%20final%206%20de%20diciembre.pdf>, consultado el 3/2/2015.

³⁶ C. LIMA MARQUES / B. MIRAGEM, *O Novo Direito Privado e a Proteção dos Vulneráveis*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2012, pp. 188-189. R. DENSA / A. MAMORU NISHIYAMA, “A proteção dos consumidores hipervulneráveis. Os portadores de deficiência, os idosos, as crianças e os adolescentes”, en: C. Lima Marques / B. Miragem (orgs.), *Direito do Consumidor: vulnerabilidade do consumidor e modelos de proteção. Doutrinas Essenciais*, Vol. II, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2011, pp. 431-461.

³⁷ Para la doctrina, la hipervulnerabilidad del consumidor portador de deficiencia física se encuentra justamente en la dificultad que tiene en el acceso a los bienes de consumo. Su integración social depende de la facilitación de su desplazamiento a los locales de consumo, sin necesitar de la dependencia de terceros. (R. DENSA / A. MAMORU NISHIYAMA, (nota 36), p. 438.) Añado a la observación de los autores la dificultad del consumidor no vidente, que necesita, mucho más que los demás consumidores, confiar plenamente en el proveedor para adquirir el producto o servicio que

la edad, el embarazo o el analfabetismo.³⁸

Por último, existen aquellos que pugnan por el reconocimiento de la existencia de consumidores “doblemente vulnerables”³⁹ a las prácticas del mercado de consumo, encontrándose, en estas circunstancias, el consumidor-niño, el consumidor-anciano, el consumidor-analfabeto y el consumidor-enfermo, quienes presentan un nivel de fragilidad más acentuado ante la falta de discernimiento (niños),⁴⁰ percepción (ancianos), información (analfabetos) o ante el estado de necesidad en el que se encuentran (enfermos),⁴¹ tornándose, por lo tanto, más susceptibles a determinados llamados publicitarios.

En otras palabras, la doctrina coincide, bajo distintas designaciones, que los ancianos, niños, adolescentes, analfabetos y discapacitados, entre otros, forman parte de un mismo subgrupo de consumidores, que necesita un refuerzo en la tutela del Estado, en virtud de su especial fragilidad.

desea y/o necesita. En este sentido, ver reciente fallo del STJ, de Brasil, que condenó institución bancaria a redactar los contratos de adhesión en braille, para atender a las dificultades de acceso a la información de los consumidores no videntes, *in verbis*: STJ. TERCERA TURMA. Recurso Especial nº 1.315.822/RJ. “*Banco do Brasil S/A c/ Associação Fluminense de Amparo aos Cegos*”. Min. Ponente Marco Aurélio Bellizze. Juzgado el 24/3/2015. Publicado en: *DJe*, el 16/4/2015. Disponible en:

https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1394865&num_registro=201200593220&data=20150416&formato=PDF, consultado el 23/7/2016.

³⁸ C. LIMA MARQUES / B. MIRAGEM (nota 36), p. 189.

³⁹ B. MIRAGEM, *Direito do Consumidor: fundamentos do direito do consumidor; direito material e processual do consumidor; proteção administrativa do consumidor; direito penal do consumidor*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 64.

⁴⁰ Con relación a los infantes hay que tener en cuenta, para fines de regulación del mercado de consumo, la necesidad de efectivizar el principio del mejor interés del niño, previsto en instrumentos internacionales y en los textos constitucionales de los Estados mercosureños.

⁴¹ Respecto al tema de los enfermos, es interesante traer a colación la otra parte del fallo emitido por el STJ de Brasil, al cual ya hice alusión oportunamente, en donde, el Ministro Antonio Herman Benjamin, al analizar el caso de un consumidor celiaco, dejó sentado que: “17. En el campo de la salud y de la seguridad del consumidor (y con mayor razón con relación a los alimentos y medicamentos), en el cual las normas de protección deben ser interpretadas con mayor rigor, por causa de los bienes jurídicos involucrados, sería un despropósito hablar de deber de informar basado en el *homo medius* o en la generalidad de los consumidores, lo que llevaría a que la información no alcance a quien más de ella necesita, pues los que padecen de enfermedades o de necesidades especiales son frecuentemente la minoría en el amplio universo de los consumidores. (...) 20. El proveedor tiene el deber de informar que el producto o servicio puede causar maleficios a un grupo de personas, aunque no sea perjudicial a la generalidad de la población, pues lo que el ordenamiento pretende resguardar no es solamente la vida de muchos, sino también la vida de pocos.” (STJ. SEGUNDA TURMA. Recurso Especial nº 586.316/MG. “*Ministério Público do Estado de Minas Gerais c/ Associação Brasileira das Indústrias da Alimentação – ABIA*”. Min. Ponente Antonio Herman Benjamin. Juzgado el 17/4/2007. Publicado en: *DJe*, el 19/3/2009. Disponible en: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=683195&num_registro=200301612085&data=20090319&formato=PDF, consultado el 22/7/2016.) Traducción propia.

3. La subcategoría de consumidor en el derecho material de los países del MERCOSUR

Tras haber identificado como la doctrina clasifica a los consumidores que se encuentran en especial situación de debilidad, resta considerar si este reconocimiento también se hace presente en el derecho de fuente interna de los Estados que conforman el MERCOSUR.

En este sentido, Argentina, en el art. 60⁴² de la Ley de Defensa del Consumidor, habla de consumidores en situación desventajosa, para los cuales deben ser implementados programas especiales de educación para el consumo. Igualmente, respecto a éste país, la Ley de Servicios de Comunicación Audiovisual, Ley n° 26.522,⁴³ en su art. 17, se refiere a las funciones de control del Consejo Asesor de la Comunicación Audiovisual y la Infancia, respecto a la publicidad e información dirigida a niños y adolescentes y, en el art. 70, dispone que la programación de los servicios audiovisuales deberá evitar contenidos que inciten tratos discriminatorios y comportamientos perjudiciales para niños, adolescentes y discapacitados, entre otros vulnerables.⁴⁴ Asimismo, de forma muy superficial, el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, en su art. 1.097, al disponer sobre el trato digno determina que los proveedores deben garantizar condiciones de dignidad a los consumidores, con base en los criterios acogidos en los tratados de derechos humanos, debiendo, por lo tanto, abstenerse de adoptar

⁴² Según el artículo referido: “Planes educativos. Incumbe al Estado nacional, a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, a las provincias y a los Municipios, la formulación de planes generales de educación para el consumo y su difusión pública, arbitrando las medidas necesarias para incluir dentro de los planes oficiales de educación inicial, primaria, media, terciaria y universitaria los preceptos y alcances de esta ley, así como también fomentar la creación y el funcionamiento de las asociaciones de consumidores y usuarios y la participación de la comunidad en ellas, garantizando la implementación de programas *destinados a aquellos consumidores y usuarios que se encuentren en situación desventajosa*, tanto en zonas rurales como urbanas.” (Artículo sustituido por art. 30 de la [Ley N° 26.361](#).) El destacado me pertenece.

⁴³ Ley publicada en el *Boletín Oficial de la República Argentina*, n° 31.756, el 10/10/2009, p. 1 y ss. Entró en vigencia el 18/10/2009.

⁴⁴ Es interesante destacar que la Comunicación “A” n° 5.460 del Banco Central de la República Argentina, del 19/7/2013, sobre Protección de los Usuarios de Servicios Financieros, dispone en su art. 2, apartado 2, sobre los casos especiales de usuarios que necesitan de mayor protección, que serían las personas con movilidad reducida, deficiencias motrices o dificultades de acceso y/o permanencia en los puntos de atención al usuario y las personas con dificultades visuales. A ellos se les debe conceder prestaciones especiales y atención prioritaria en los bancos del país. (Ver el texto de la norma, que entró automáticamente en vigencia, en: <http://www.bcra.gov.ar/pdfs/comytexord/A5460.pdf>, consultado el 5/8/2015.)

conductas que coloquen a los consumidores en situaciones vergonzantes, vejatorias o intimidatorias. El art. 1.098 aborda el trato equitativo y no discriminatorio, haciendo mención a la prohibición del establecimiento de diferencias, por parte del proveedor, basadas en la nacionalidad de los consumidores.

Bolivia, a su vez, aunque no reconozca el criterio general de la vulnerabilidad del consumidor trata a una determinada categoría de consumidores como vulnerables, que serían las mujeres embarazadas, adultos mayores, personas con discapacidad, niños y adolescentes, en el art. 15⁴⁵ de la Ley General de los Derechos de las Usuarias y los Usuarios y de las Consumidoras y los Consumidores, determinando que a estas personas el proveedor está obligado a prestar informaciones especiales.

El Código de Defensa del Consumidor brasileño consolida la noción de vulnerabilidad agravada, para las relaciones de consumo internas, cuando se refiere a los niños (art. 37, párrafo 2º)⁴⁶ y a la fragilidad derivada de la edad, salud, conocimiento o condición social de algunos consumidores (art. 39, IV),⁴⁷ respecto a la prohibición de la práctica de la publicidad abusiva o engañosa.

Paraguay, de una forma muy genérica, en el art. 37⁴⁸ de la Ley de Defensa del Consumidor y del Usuario, reconoce al niño como la categoría de consumidor más expuesta a las relaciones de consumo, al prohibir la publicidad abusiva que se aproveche de su falta de madurez. Esta prohibición es resultado de lo dispuesto en el art. 27, último párrafo, de la

⁴⁵ Dicta el art. 15: “Información para personas vulnerables. El proveedor de productos o servicios alimenticios, está obligado a proporcionar información: a) de alimentos que causen daños o riesgos a la salud de las mujeres gestantes, al embrión, al feto o al recién nacido, adultos mayores y personas con discapacidad; b) sobre los beneficios de la leche materna; c) de los daños o riesgos a la salud de las niñas, niños y adolescentes, adultos mayores y personas con discapacidad.”

⁴⁶ Dicta el párrafo referido: “es abusiva, entre otras, la publicidad discriminatoria de cualquier naturaleza, la que incite la violencia, explote el miedo o la superstición, se aproveche de la falta de juicio y experiencia de los niños, desprecie valores ambientales, o que sea capaz de inducir al consumidor a comportarse de forma perjudicial o peligrosa para su salud o seguridad.” (Traducción propia)

⁴⁷ Determina el art. 39: “está prohibido al proveedor de productos o servicios, entre otras prácticas abusivas (...) IV - aprovecharse de la debilidad o ignorancia del consumidor, teniendo en cuenta su edad, salud, conocimiento o condición social, para imponerle sus productos o servicios.” (Traducción propia).

⁴⁸ Conforme el artículo referido: “queda prohibida la publicidad abusiva, entendida como aquella de carácter discriminatorio de cualquier naturaleza, o que incite a la violencia, explote el miedo, se aproveche de la falta de madurez de los niños, infrinja valores medioambientales o sea capaz de inducir al consumidor a comportarse en forma perjudicial o peligrosa para su salud o seguridad.”

Constitución Nacional del país, que determina que la ley regulará la publicidad a los efectos de la mejor protección de los derechos del niño, del joven, del analfabeto, del consumidor y de la mujer.

Por fin, Uruguay y Venezuela no presentan en sus legislaciones de fuente interna ninguna norma que haga referencia a la condición especial de debilidad de determinados grupos de consumidores.⁴⁹

Como se puede notar, aunque varios países del MERCOSUR reconozcan en su legislación, en diferentes contextos, la existencia de consumidores con debilidades acentuadas, que actúan en el mercado interno, este reconocimiento es muy incipiente y necesita ser ampliado para ofrecer un incremento efectivo en la protección legal.

III. El traslado de la debilidad acentuada al contexto internacional: el apareamiento de la figura del consumidor transfronterizo “especialmente hipervulnerable”

Como se ha verificado, pese a las distintas denominaciones, hay un cierto consenso en el sentido de reconocer que existen determinados consumidores con características especiales, y que por lo tanto merecen un estándar de protección más amplio.

A partir de esta perspectiva, en este artículo, al consumidor que se encuentra ante las circunstancias señaladas, que se amplían cuando actúa en el escenario internacional, lo denomino consumidor “especialmente hipervulnerable”, lo que autoriza que haya un tratamiento diferenciado⁵⁰

⁴⁹ Respecto al reconocimiento de la especial debilidad del consumidor, es interesante mencionar el caso de Perú, Estado Asociado al MERCOSUR. El país, en su Código de Protección y Defensa del Consumidor, determina, en el art. VI, numeral 4, que entre las políticas públicas establecidas, “el Estado reconoce la vulnerabilidad de los consumidores en el mercado y en las relaciones de consumo, orientando su labor de protección y defensa del consumidor con especial énfasis en quienes resulten más propensos a ser víctimas de prácticas contrarias a sus derechos por sus condiciones especiales, como es el caso de las gestantes, niñas, niños, adultos mayores y personas con discapacidad así como los consumidores de las zonas rurales o de extrema pobreza.”

⁵⁰ Con relación a lo expuesto, es dable señalar que para que se concrete el principio de igualdad entre los ciudadanos, en este caso, entre los consumidores, la ley debe garantizar una igualdad jurídico-material, donde debe tratarse de forma equivalente a aquel que es igual y garantizarle un tratamiento desigual a aquel que no lo es. (Ver: J.J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7ª ed., Coimbra, Almedina, 2003, pp. 426-428.) Esta máxima, bastante conocida y aplicada en la teoría constitucional, sirve de apoyo para justificar la necesidad de existencia de una previsión legal que permita un trato diferenciado al consumidor especialmente hipervulnerable, como medida de protección brindada por el Estado. De este modo, el Estado, sea por medio de reglas internas o convencionales, estaría compensando las desigualdades fácticas generadas por las condiciones que son peculiares a cada grupo de consumidores, buscando, así, alcanzar un resultado más cercano a una

para esta clase de sujetos.⁵¹ Esto porque lo que se quiere lograr es la protección del consumidor concreto, real y no la protección de un tipo ficticio, hipotético, abstracto. Luego, el consumidor transfronterizo especialmente hipervulnerable es el consumidor anciano, portador de necesidades especiales,⁵² analfabeto, niño y adolescente, que tiene su natural vulnerabilidad agravada fuertemente cuando participa de la relación internacional de consumo, por las dificultades que ésta conlleva.

Con base en lo expuesto, no se puede aplicar el mismo concepto legal de consumidor a todos los consumidores, pues basado en una igualdad formal, aparente, inexistente, que presupone que todos son iguales y presentan las mismas características, ya que poseen en común la expectativa de recibir productos y servicios de buena calidad. Debe hacerse una diferenciación, a partir de la propia noción de consumidor medio o estándar, teniendo en cuenta que, como bien advierte Alberto do Amaral Júnior, el término consumidor no designa a una única realidad, apunta, por otro lado, a una multiplicidad de situaciones.⁵³

Bajo esta perspectiva, por ejemplo, la Unión Europea abrió las discusiones sobre el tema en la década pasada, buscando una reglamentación especial para este “grupo particular de consumidores”

zona de equilibrio entre las partes involucradas en la relación internacional de consumo. De allí la necesidad del establecimiento de un *status* diferenciado para el individuo que presenta una vulnerabilidad agravada en el mercado de consumo.

⁵¹ En sentido contrario, incluso reconociendo la existencia de diferencias entre los diversos grupos de consumidores, Rubén Stiglitz destaca que es necesario que la ley ofrezca la misma protección a todos ellos, sin establecer un *plus* de tutela al consumidor especialmente hipervulnerable. En palabras del autor: “acontece que existe una gran diversidad de consumidores, desde los que son suficientemente agudos, perspicaces, conocedores, informados, astutos y avisados para defenderse eficazmente, hasta los que, contrariamente, son particularmente confiados, incautos, crédulos y vulnerables. La respuesta es, en principio, positiva, lo que significa que se debe suministrar a todos la misma protección. El derecho del consumo protege, indistintamente, a todos los consumidores. La presunción de debilidad es irrefragable. Tener en cuenta aptitudes particulares de cada consumidor suscitaría litigios sin fin y restaría eficacia al derecho de los consumidores.” (R.S. STIGLITZ, “La teoría del contrato en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación”, *La Ley*, Tomo 2012-C, p. 1303.) Como se puede verificar, el autor basa su negativa en la conducta del consumidor y no en sus condiciones o características especiales.

⁵² Respecto a las personas portadoras de necesidades especiales, a fin de calificar lo que debe entenderse por tales, es necesario recurrir al concepto amplio dispuesto en el art. 1º de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, antes referida, según el cual “las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás.”

⁵³ A. AMARAL JÚNIOR (nota 9), p. 103.

contra las prácticas comerciales abusivas,⁵⁴ considerándolo como distinto al consumidor medio.⁵⁵

Finalmente, ante este escenario, lo que se verifica es que al Estado Social deben interesarle no solamente los vulnerables, sino y principalmente los sujetos que son especialmente hipervulnerables. De esta forma, a estos consumidores especialmente hipervulnerables, es imperioso que se les ofrezca una protección superior y diferenciada, distinta de aquella que debe ser dispensada al consumidor transfronterizo común, quien, subráyese, también es un protagonista olvidado en la actualidad, en el derecho de fuente convencional autónoma del MERCOSUR⁵⁶ y, por lo tanto, igualmente debe ser objeto de tutela legal.

Bajo esta perspectiva, es necesario que el DIPr, por medio de sus

⁵⁴ Por ejemplo, la Directiva nº 2005/29/CE, en sus considerandos, para determinar diferentes conductas como prácticas engañosas, determina que: “es adecuado incluir en la lista de prácticas que se consideran desleales en cualquier circunstancia una disposición por la cual, sin prohibir totalmente la publicidad dirigida a los niños, los proteja frente a exhortaciones directas a comprar. (...) Cuando determinadas características como la edad, una dolencia física o trastorno mental o la credulidad hagan que los consumidores sean especialmente sensibles a una práctica comercial o al reducto correspondiente y, con toda probabilidad, únicamente el comportamiento económico de tales consumidores sea susceptible de distorsión merced a la práctica en cuestión en un sentido que el comerciante pueda prever razonablemente, debe garantizar que estén adecuadamente protegidos, para lo cual es necesario que la práctica se evalúe desde la perspectiva de un miembro medio de este grupo”.

⁵⁵ En el ítem nº 60 de las conclusiones del abogado general Dr. Melchior Wathelet, presentadas el 14/11/2013, se ve la importancia que aún hoy tiene el uso de la noción de consumidor medio en la UE: “[...] al consumidor medio, que está normalmente informado y es razonablemente atento y perspicaz, teniendo en cuenta factores sociales, culturales y lingüísticos. A la luz de dicha elección, puede no tratarse necesariamente del mismo consumidor medio para toda la Unión. Por ello, dado que ‘la prueba del consumidor medio no constituye una prueba estadística’, ‘los tribunales y las autoridades nacionales tendrán que ejercer su propia facultad de juicio, teniendo en cuenta la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, para determinar la reacción típica del consumidor medio en un caso determinado.’” (TJ/UE. Asunto C-609/12. “*Ehrmann AG c/ Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs eV*”. Juzgado el 10/4/2014. Publicado en: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=150787&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=621283>, consultado el 10/7/2016.) Es interesante destacar que la primera vez que fue utilizada la noción de consumidor medio en el Tribunal de Justicia de la UE fue en la sentencia Mars, del 11/11/1993. (Ver: J.C. VILLALBA CUELLAR, *Introducción al Derecho del Consumo*, Bogotá, Universidad Militar Nueva Granada, 2012, p. 70.) En el mismo sentido, el Reglamento (UE) nº 1.924/2006, sobre las declaraciones nutricionales y de propiedades saludables en los alimentos (publicado en: *Diario Oficial de la Unión Europea*, nº L404/9, el 30/12/2006. En vigor desde el 19/1/2007) acoge la orientación del TJ/UE, destacando en sus considerandos que “el presente reglamento con objeto de permitir la aplicación efectiva de las disposiciones de protección que contiene, toma como referencia al consumidor medio, que está normalmente informado y es razonablemente atento y perspicaz, teniendo en cuenta factores sociales, culturales y lingüísticos, según la interpretación que de este concepto ha hecho el Tribunal de Justicia.”

⁵⁶ En el bloque, hay un proyecto de Acuerdo sobre derecho aplicable en materia de contratos internacionales de consumo, que se ocupa del consumidor transfronterizo común, sea él activo o pasivo. Sobre las diferentes versiones del proyecto y su estancamiento, ver: L. KLEIN VIEIRA, “El Proyecto de Acuerdo del MERCOSUR sobre derecho aplicable en materia de contratos internacionales de consumo”, *Revista de Direito do Consumidor*, nº 99, Mai./Jun. 2015, pp. 159-181.

herramientas, cree esta categorización diferenciada, no concibiéndose la aplicación, sin mayores recaudos, del concepto de consumidor medio a los consumidores que presentan una especial debilidad. En otras palabras, la disciplina iusprivatista referida, al no reconocer, ni siquiera contemplar, esta nueva categoría jurídica, termina por desproteger a quienes más necesitan la protección estatal, no pudiendo, de la forma cómo está actualmente estructurada, impartir justicia. Confirmando lo expuesto, se ha dicho que “la construcción de un régimen justo⁵⁷ en materia de consumo exige – de manera imprescindible – superar una visión sesgada de consumidor o usuario, captando en profundidad sus concretas debilidades. No basta con mirar al consumidor medio, sino que es necesario reconocer sus particulares vulnerabilidades. Lo contrario importaría prescindir de un dato de la realidad valorado con frecuencia por los propios proveedores a la hora de diseñar sus estrategias de comercialización. Afortunadamente, cierto grado de apertura hacia estos nuevos horizontes es ya un fenómeno reconocible.”

58

A partir de lo expuesto, el *especialmente hipervulnerable* es aquel consumidor transfronterizo que, además de contratar con un proveedor situado en un Estado distinto al de su domicilio o residencia habitual, como destinatario final de bienes y servicios, posee características que lo diferencian del consumidor transfronterizo hipervulnerable, común o medio, tales como la edad avanzada (a partir de 60 años),⁵⁹ la poca edad (hasta 18 años),⁶⁰ la deficiencia física, el analfabetismo, etc., que deben garantizar la

⁵⁷ Conforme Ciuro Caldani, “como en todos los casos de protección para construir un régimen justo, hay que *fortalecer* a los propios individuos consumidores y *debilitar* al régimen y a los proveedores en tanto pueden agredirlos, aunque en el tiempo actual se debe tener en cuenta que el régimen puede ser incluso un instrumento del poder de los grandes proveedores”. (M.A. CIURO CALDANI, “La debilidad del consumidor en la sociedad de consumo”, *Investigación y Docencia*, n° 28, 1997, p. 36.) Resaltado en el original.

⁵⁸ C.A. HERNÁNDEZ (nota 21), p. 378.

⁵⁹ Tomé la referencia a este limitador temporal del “Estatuto del Anciano”, Ley n° 10.741, del 1/10/2003, publicada en el *Diario Oficial de la Unión (D.O.U)*, el 3/10/2003, p. 1 y ss, art. 1°, vigente en Brasil desde el 1°/1/2004. La ley mencionada justifica el límite señalado a partir de las orientaciones de Naciones Unidas que determinan ser anciano la persona mayor de 65 años, en países desarrollados y mayor de 60 años, en países en desarrollo. (Sobre el tema, ver: WORLD HEALTH ORGANIZATION, *Active Ageing. A Police Framework. A Contribution of the World Health Organization to the second United Nations World Assembly on Aging*, Madrid, Abr./2002. Disponible en: http://whqlibdoc.who.int/hq/2002/who_nmh_nph_02.8.pdf, consultado el 20/7/2016.)

⁶⁰ Elegí esta edad, en virtud de la calificación de niño o persona no adulta, contenida, respectivamente, en el art. 1° de la Convención sobre los Derechos del Niño, del 20/11/1989 (disponible en: <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CRC.aspx>, consultado el 10/8/2016. En vigor

incidencia de reglas especiales de protección, en materia de DIPr.

IV. Conclusión: las consecuencias prácticas del reconocimiento de la hipervulnerabilidad del consumidor que actúa con proyección transfronteriza

En el MERCOSUR, aunque esté fuertemente presente el fenómeno de la extraterritorialidad de las relaciones privadas, lo que se observa, en contrapartida, es un vacío normativo que no se coaduna con la nueva realidad y exigencias del mundo globalizado. Este déficit normativo lleva a una complejidad jurídica insostenible, fuente generadora de ambigüedad, incertidumbre e inseguridad, responsable por instaurar un verdadero caos en las relaciones de consumo con elementos de extranjería en perjuicio de la parte débil.

Ante este escenario, el DIPr posmoderno se revela como un instrumento apto a promover la protección de la persona humana⁶¹ en el espacio integrado, ya que sitúa al individuo en su núcleo teórico y lo eleva como finalidad última. Es decir, el consumidor pasa a ser el centro de la protección sustantiva que se requiere en las relaciones multiconectadas realizadas en el bloque.

Siendo así, el reconocimiento de una nueva categoría de consumidor transfronterizo permite contemplar un tratamiento diferenciado para el sujeto vulnerable,⁶² conforme se trate del consumidor común o del consumidor que presenta características o condiciones especiales, con base en el principio de la mayor protección al consumidor especialmente hipervulnerable, que puede efectivizarse por medio de la adopción de un sistema de conexión, en materia de ley aplicable al contrato internacional de consumo, que prime por la aplicación de la ley más favorable a éste consumidor. Con ello habrá un incremento en las transacciones comerciales internacionales llevadas a cabo, además de solucionar el problema jurídico derivado de la completa ausencia de normas en la materia.

desde el 2/9/1990 – art. 49) y 2º de la Convención sobre la Protección Internacional de los Adultos, del 13/1/2000 (disponible en: http://www.hcch.net/index_es.php?act=conventions.text&cid=71, consultado el 10/8/2016. En vigor desde el 1º/1/2009).

⁶¹ R. CARVALHO DE VASCONCELOS, “Soberanía, direitos humanos e a finalidade do direito internacional privado”, en: J.A. Moreno Rodríguez / C. Lima Marques (coords.), *Los Servicios en el Derecho Internacional Privado. Jornadas de la ASADIP 2014*, Porto Alegre / Asunción, Gráfica e Editora RJR, 2014, pp. 337-371.

⁶² Este sería un nuevo patrón axiológico a ser empleado por el sistema conflictual, pautado en la protección de la persona humana y en el reconocimiento de sus diferencias. (Sobre el tema, ver: J.D. GONZALEZ CAMPOS, “Diversification, spécialisation, flexibilisation et matérialisation des règles de droit international privé”, *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, Tomo 287, 2000, pp. 22-23.)

El MERCOSUR, como bloque económico, debe adoptar estándares superiores, comunes y diferenciados de protección al consumidor transfronterizo, que posibiliten generar un tratamiento más benéfico a aquellos consumidores especialmente hipervulnerables, que necesitan una mayor presencia del Estado en pro de su tutela y que al mismo tiempo brinden bases de protección sustantiva al consumidor común hipervulnerable, como forma de garantizar la seguridad jurídica y fomentar las negociaciones privadas que se desarrollan fuera del ámbito interno de cada Estado. Igualmente, estas reglas permitirán que el proveedor pueda adaptarse a las nuevas exigencias, lo que generará un mayor patrón de calidad en la oferta de los productos y servicios, previsión constante del Preámbulo del Tratado de Asunción, y un consecuente incremento en el consumo, cuestiones que llevarán, finalmente, a la codiciada profundización del proceso de integración.

En este escenario, el DIPr, a partir del reconocimiento de la categoría especial de consumidor transfronterizo, podrá ejercer con plenitud su rol de disciplina que se interesa por la protección de los débiles, en las transacciones con proyección transfronteriza. Con base en ello, se construye un “DIPr del consumidor” y no un “DIPr del consumo”, ya que el objeto específico de tutela es la persona humana y sus especiales necesidades y no el mercado o el comercio internacional.

Bibliografía:

A. ACEDO PENCO, “La noción de consumidor y su tratamiento en el derecho comunitario, estatal y autonómico, breve referencia al concepto de consumidor en el derecho extremeño”, *Anuario de la Facultad de Derecho*, Universidad de Extremadura, nº 18, 2000.

A. AMARAL JÚNIOR, *Proteção do Consumidor no Contrato de Compra e Venda*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1993.

A. KEMELMAJER DE CARLUCCI, “Prácticas abusivas en los contratos de consumo”, en: R. S. Stiglitz (dir.), *Suplemento Especial. Código Civil y Comercial de la Nación. Contratos*, Buenos Aires, La Ley, Febr./2015.

A. PERUGINI ZANETTI, “Derecho internacional privado del consumidor”, en: *XVIII Congreso Ordinario de la Asociación Argentina de Derecho Internacional. Sección Derecho Internacional Privado*, Rosario, 2005.

A.C. EFING, “El reconocimiento jurídico de la vulnerabilidad del consumidor como factor de cambio social”, *El Otro Derecho*, nº 39, Dic./2008.

A.H. BENJAMIN, “A proteção do consumidor nos países menos desenvolvidos”, en: C.L. Marques / B. Miragem (orgs.), *Direito do Consumidor: fundamentos do direito do consumidor. Doutrinas Essenciais*, Vol. I, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2011.

B. GRAEFF, “Direito do consumidor idoso no Brasil”, *Revista de Direito do Consumidor*, nº 86, Mar./Abr. 2013.

B. MIRAGEM, *Direito do Consumidor: fundamentos do direito do consumidor; direito material e processual do consumidor; proteção administrativa do consumidor; direito penal do consumidor*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2008.

B.E. FELLOUS, *Proteção do Consumidor no MERCOSUL e na União Européia*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2003.

C. HEINECK SCHMITT, “A ‘hipervulnerabilidade’ do consumidor idoso”, *Revista de Direito do Consumidor*, nº 70, Abr./Jun. 2009.

C. HEINECK SCHMITT, *Consumidores Hipervulneráveis. A Proteção do Idoso no Mercado de Consumo*, São Paulo, Atlas, 2014.

C. LIMA MARQUES / B. MIRAGEM, *O Novo Direito Privado e a Proteção dos Vulneráveis*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2012.

C. LIMA MARQUES, “Estudo sobre a vulnerabilidade dos analfabetos na sociedade de consumo: o caso do crédito consignado a consumidores analfabetos”, *Revista de Direito do Consumidor*, nº 95, Set./Out. 2014.

C. LIMA MARQUES, “Solidariedade na doença e na morte: sobre a necessidade de ‘ações afirmativas’ em contratos de planos de saúde e de planos funerários frente ao consumidor idoso”, en: I. Wolfgang Sarlet (org.), *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2003.

C. LIMA MARQUES, *Confiança no Comércio Eletrônico e a Proteção do Consumidor: um estudo dos negócios jurídicos de consumo no comércio eletrônico*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2004.

C. LIMA MARQUES, *Observaciones y Propuestas sobre las Reglas Generales y el Campo de Aplicación del Proyecto de Convención Interamericana de Derecho Internacional Privado sobre la Ley Aplicable a Algunos Contratos de Consumo de Brasil*. Disponible en: http://www.oas.org/dil/esp/art1consideracionesgenerales4-env_lima_marques.pdf., consultado el 20/4/2015.

C.A. GHERSI, “La historia socioeconómica y cultural del consumo”, en: C.A. Gherisi (dir.), *Manual de los Derechos de Usuarios y Consumidores*, 2ª ed., Buenos Aires, La Ley, 2015.

C.A. HERNÁNDEZ, “Reflexiones sobre el derecho del consumidor (a propósito de algunos aportes del Dr. Miguel Angel Ciuro Caldani)”, en: A.A. Alterini / N.L. Nicolau (dirs.), *El Derecho Privado ante la Internacionalidad, la Integración y la Globalización*, Buenos Aires, La Ley, 2005.

COMITÉ DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD, “Dictamen del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad a tenor del artículo 5 del Protocolo facultativo de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad (noveno período de sesiones) respecto de la Comunicación n° 1/2010”, *Revista de los Contratos, los Consumidores y Derecho de la Competencia*, Tomo 2013-3.

D.R. VÍTOLO, “Personas afectadas por una discapacidad y los derechos del consumidor de servicios financieros y bancarios. Una mirada transversal”, *Revista de los Contratos, los Consumidores y Derecho de la Competencia*, Tomo 2013-3.

E.A. KLAUSNER, “Jurisdição internacional em matéria de relações de consumo no Mercosul – sugestões para a reedição do Protocolo de Santa Maria”, *Revista de Direito do Consumidor*, n° 54, Abr./Jun. 2005.

E.A. KLAUSNER, “Reflexões sobre a proteção do consumidor brasileiro nas relações internacionais de consumo”, en: C. Tibúrcio / L.R. Barroso (orgs.), *O Direito Internacional Contemporâneo. Estudos em Homenagem ao Professor Jacob Dolinger*, Rio de Janeiro, Renovar, 2006.

E.A. KLAUSNER, *Direito Internacional do Consumidor. A Proteção do Consumidor no Livre-comércio Internacional*, Curitiba, Juruá, 2012.

J. MOSSET ITURRASPE / R.L. LORENZETTI, *Defensa del Consumidor, Ley 24.240*, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 1993.

J.C. VILLALBA CUELLAR, *Introducción al Derecho del Consumo*, Bogotá, Universidad Militar Nueva Granada, 2012.

J.D. GONZALEZ CAMPOS, “Diversification, spécialisation, flexibilisation et matérialisation des règles de droit international privé”, *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International*, Tomo 287, 2000.

J.J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7ª ed., Coimbra, Almedina, 2003.

K. RICK DANILEVICZ BERTONCELLO, “Os efeitos da publicidade na ‘vulnerabilidade agravada’: como proteger as crianças consumidoras?”, *Revista de Direito do Consumidor*, n° 90, Nov./Dez. 2013.

L. KLEIN VIEIRA, “El Proyecto de Acuerdo del MERCOSUR sobre derecho aplicable en materia de contratos internacionales de consumo”, *Revista de Direito do Consumidor*, n° 99, Mai./Jun. 2015.

M.A. CIURO CALDANI, “La debilidad del consumidor en la sociedad de consumo”, *Investigación y Docencia*, n° 28, 1997.

N.L. NICOLAU, “La autonomía de la voluntad como factor de resistencia a la tipicidad en el sistema de derecho privado argentino”, *El Derecho*, Tomo 163, 1995.

N.L. NICOLAU. “La protección del consumidor argentino en la economía de mercado frente a empresas transnacionales”, en: *Derecho Internacional Privado y Derecho de la Integración. Libro Homenaje a Roberto Ruíz Díaz Labrano*, Asunción, CEDEP, 2013.

R. CARVALHO DE VASCONCELOS, “Soberania, direitos humanos e a finalidade do direito internacional privado”, en: J.A. Moreno Rodríguez / C. Lima Marques (coords.), *Los Servicios en el Derecho Internacional Privado. Jornadas de la ASADIP 2014*, Porto Alegre / Asunción, Gráfica e Editora RJR, 2014.

R. DENSA / A. MAMORU NISHIYAMA, “A proteção dos consumidores hipervulneráveis. Os portadores de deficiência, os idosos, as crianças e os adolescentes”, en: C. Lima Marques / B. Miragem (orgs.), *Direito do Consumidor: vulnerabilidade do consumidor e modelos de proteção. Doutrinas Essenciais*, Vol. II, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2011.

R.L. LORENZETTI, “La relación de consumo. Ámbito de aplicación del estatuto del consumidor”, en: R.L. Lorenzetti / G.J. Schötz (coords.), *Defensa del Consumidor*, Buenos Aires, Ábaco, 2003.

R.S. STIGLITZ, “La teoría del contrato en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación”, *La Ley*, Tomo 2012-C.

WORLD HEALTH ORGANIZATION, *Active Ageing. A Policy Framework. A Contribution of the World Health Organization to the second United Nations World Assembly on Aging*, Madrid, Abr./2002. Disponible en: http://whqlibdoc.who.int/hq/2002/who_nmh_nph_02.8.pdf, consultado el 20/7/2016.

Z. BAUMAN, *Vida de Consumo*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2011.

Z. BAUMAN, *Vida Líquida*, Rio de Janeiro, Jorge Zahar Ed., 2007.