

EL DAÑO DIRECTO EN LA LEY DE DEFENSA DEL CONSUMIDOR*

JONATHAN M. BRODSKY** Y ALEJANDRO E. COTO***

Resumen: La Ley 26.361 ha producido una profunda reforma a la Ley de Defensa del Consumidor. Sus numerosas enmiendas fueron objeto de valoraciones de todo tipo y tenor, pero existe una que recibió un rechazo prácticamente unánime por parte de la doctrina: el daño directo. El presente ensayo constituye un comentario minucioso pero crítico de lo que fueron las buenas intenciones del legislador y su defectuosa técnica legislativa.

Palabras clave: Consumidores – Derecho del Consumo – Ley de Defensa del Consumidor – Daño directo

Abstract: Act 26.361 has instituted a major reform to the Consumer Defense statute. Among its many provisions, which have raised all kinds of opinions, there is one that has been almost unanimously rejected by jurists – the *direct damages*. This essay is a detailed yet critic commentary to the good intentions and poor results of the legislator.

Key words: Consumers – Consumer Law – Consumer Defense statute – *Direct damages*

* N. de los A.: El presente ensayo fue presentado para su publicación el 31 de octubre de 2011, es decir, con varios meses de anterioridad al Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación redactado por la Comisión de Reformas designada por el decreto 191/2011 (integrada por el Dr. Ricardo L. Lorenzetti –como presidente– y las Dras. Elena I. Highton de Nolasco y Aída R. Kemelmajer de Carlucci). Con motivo de la normativa proyectada, se ha incluido un *addendum* hacia el final del trabajo, en el que se refiere –en el breve espacio que nos es dado– la reformulación del art. 40 *bis* que es objeto de estudio de nuestro trabajo.

**Estudiante de Abogacía (UBA) y Ayudante Alumno de las asignaturas Obligaciones Civiles y Comerciales y Derecho Internacional Privado (Facultad de Derecho - UBA). Dedico este trabajo a la memoria de mis abuelos María Emilia Jankowicz, Hermindo Rafael Brodsky y Ana Frida Alperin.

***Estudiante de Abogacía (UBA). *In memoriam meorum aviorum, de quo non solum lucem vitae sed etiam ignem vivendi iste adventicius obtinuit.*

1. INTRODUCCIÓN

Consumers, by definition, include us all. They are the largest economic group in the economy, affecting and affected by almost every public and private economic decision... But they are the only important group in the economy who are not effectively organized, whose views are often not heard.

15 de marzo de 1962. John Fitzgerald Kennedy, Presidente de los Estados Unidos de América, dirige al Congreso un mensaje especial y por primera vez se concibe políticamente el interés económico-social que importa la protección de los consumidores.¹

1962. A la distancia, resulta difícil tomar conciencia de la magnitud de tal hecho. Los consumidores de entonces eran ciertamente muy diferentes de los de hoy en día. La televisión y el concepto de marca notoria eran todavía incipientes. La mayoría de los norteamericanos todavía no compraba en cadenas de tiendas ni supermercados,² sino en negocios minoristas como carnicerías, panaderías, verdulerías, ferreterías, etc. En otras palabras, las relaciones eran directas; y la responsabilidad también. Si la carne estaba en mal estado, se conocía al responsable y las consecuencias eran un desastre inmediato para su negocio. Nada de proveedores, distribuidores, intermediarios. Otros tiempos, otras costumbres. La idea de que el productor pudiera llevar a cabo prácticas desleales en el mercado resultaba sencillamente inconcebible. En este marco, solo cabe apreciar la decisión política de aquel Presidente, no como digna de un legislador que obra –en el mejor de los casos– *ex post facto*, sino propia de un estadista que delinea la realidad *ex ante*.

13 de octubre de 1993. Carlos Saúl Menem, Presidente de la Nación Argentina, emite el decreto 2089/93 –refrendado por Domingo Felipe Cavallo, Ministro de Economía– que promulga parcialmente y observa, en el nombre del mercado y la competitividad,³ diez de los sesenta y seis artículos de la Ley 24.240.

1. A partir de 1983, esta fecha es celebrada mundialmente como el Día Internacional del Consumidor.

2. WalMart y Kmart –la primera y tercera tienda de descuentos más grandes del mundo– se fundaron en ese mismo año.

3. Entre sus considerandos, se expresa que la redacción de la norma “*implicaría entorpecer el comercio de modo incompatible con la normal actividad económica*”, “*cercenaría la libertad del oferente de poner en el mercado productos con o sin garantía, y la del consumidor de elegir unos u otros, y significaría como tal limitar el acceso al mercado de ciertos productos, en general de bajo costo o de uso rápidamente descartable o de rezago*”, que el “*sistema es más amplio que los vigentes en países más avanzados en la producción de bienes y servicios e inclusive del sistema del principal socio de la Republica Argentina en el Mercosur; la Republica Federativa del Brasil, circunstancia esta que opera como una clara desventaja comparativa*”, que sus efectos son “*claramente reñidos con el programa*

Independientemente de las valoraciones que entonces mereciera su articulado, la Ley de Defensa del Consumidor (en adelante, “LDC”) significó el paso fundacional hacia la tutela de intereses que se encontraban desamparados ante la aplicación de la normativa genérica del Código Civil de la Nación.⁴ De ahí en más, la *cuestión del consumo* se conformaría como un universo jurídico en constante desarrollo cuyos límites resultan aún hoy inimaginables.⁵ Más de una década después, el 3 de abril de 2008, se promulga –también parcialmente– la ley 26.361, que significa una reforma parcial (pero profunda) de la LDC. Su propósito es, en efecto, acentuar el espíritu protectorio de la normativa respecto de los consumidores y usuarios de bienes y servicios.

Tanto por su noble finalidad como en razón de su técnica legislativa, la ley 26.361 ha despertado todo tipo de pasiones entre consumeristas, civilistas y comercialistas. Desde fervientes sostenedores de sus innovaciones, hasta acérrimos detractores de algunas de sus nuevas disposiciones o bien de cómo han sido redactadas.

Quizás el daño directo, receptado en el art. 40 *bis* de la LDC reformada, sea la única figura que recibió un rechazo casi conteste de la doctrina.⁶ Más aún cuando muchos apuntan, amén de su inutilidad, su inconstitucionalidad.

El daño directo es justamente la institución de referencia de este trabajo. En él nos proponemos dos objetivos: analizar la conveniencia del daño directo en el Derecho de los Consumidores, y estudiar su regulación por la ley 24.240 modificada por la Ley 26.361. Para ello recorreremos el camino en el orden inverso: comenzaremos examinando críticamente cómo ha regulado la institución el legislador, y si

económico del Gobierno Nacional”, “que ello también podría ocasionar un innecesario aumento de los costos judiciales, que claramente no ha sido la intención del legislador en esta cuestión”, etc.

4. En el mundo de nuestros días, capitalista y globalizado, el consumidor ya no está *mano a mano* con el proveedor. Es un sujeto más débil que las empresas, con quienes “*suscribe sistemáticamente una serie de contratos (simples y conexos, autoahorro, tarjeta de crédito, etc.) con un sinnúmero de cláusulas abusivas directas ... [e] indirectas, que se redactan en formas confusas (de ex profeso por las empresas) o prácticas abusivas (como modus operandi)*”. GHERSI, Carlos A. (dir.) y WEINGARTEN, Celia (coord.), *Tratado de daños reparables*, t. 1, p. 15.

5. En el actual estado del arte es indudable que, aunque el Derecho de los Consumidores se encuadre en el Derecho Civil, aquél constituye un ámbito particular, regido por sus propios principios. Precisamente, cuando se pretende gobernar un universo específico de acuerdo a normas genéricas, el resultado es problemático. De ahí la importancia de contar con legislación autónoma *ex ante*; las dificultades se multiplican cuando, en lugar de formar, se tiene que corregir, actuar *contra morem maiorum*, en pugna con intereses sectoriales consolidados.

6. A tal punto que alguna voz en la doctrina llegó a afirmar, no sin ironía, que “*todos los investigadores pensamos igual: el artículo 40 bis de la Ley 24.240, recientemente incorporado por la Ley 26.361, es de una redacción inusualmente defectuosa. No son pocos los que piensan que tal grado de amateurismo legislativo solo puede ser deliberado*” (SHINA, Fernando E., “Una interpretación piadosa del Daño Directo”, punto 1).

en esa concepción ha conculcado normas o principios de raigambre constitucional. A continuación, podremos generalizar y dar nuestra opinión acerca del daño directo en sí mismo o, en todo caso, sobre cómo debería estar normado para funcionar de manera favorable y eficiente.

2. EL CONCEPTO DE DAÑO DIRECTO EN LA LEY DE DEFENSA DEL CONSUMIDOR

2.1. El daño directo en el Código Civil

El daño directo podría entenderse *prima facie* en los términos del art. 1079, Código Civil:

Artículo 1079.- La obligación de reparar el daño causado por un delito existe, no solo respecto de aquel a quien el delito ha damnificado directamente, sino respecto de toda persona, que por él hubiese sufrido, aunque sea de una manera indirecta.

En su análisis, BUSTAMANTE ALSINA distingue entre el daño directo, en el cual la legitimación activa corresponde a la víctima, y el indirecto, donde aquélla alcanza a una persona distinta de la víctima que ha sufrido un perjuicio en un interés propio y legítimo.⁷ Cabe agregar que este autor ciñe dicha clasificación a la órbita de la responsabilidad extracontractual.

Ahora bien, conforme a una segunda acepción, que se desprende del art. 1068 del mentado cuerpo legal:

Artículo 1068.- Habrá daño siempre que se causare a otro algún perjuicio susceptible de apreciación pecuniaria, o directamente en las cosas de su dominio o posesión, o indirectamente por el mal hecho a su persona o a sus derechos o facultades.

De esta manera, el daño sería directo si la lesión recayera en las “*cosas de su dominio o posesión*”, esto es, en el patrimonio mismo de la víctima, e indirecto cuando se reflejara en aquél “*por el mal hecho a su persona, o a sus derechos o facultades*”.⁸

7. BUSTAMANTE ALSINA, Jorge H., *Teoría General de la Responsabilidad Civil*, p. 177.

8. PIZARRO, Ramón D. y VALLESPINOS, Carlos G., *Instituciones de Derecho Privado. Obligaciones*, t. 2, p. 662.

2.2. El daño directo en el Derecho de los Consumidores

Ahora bien, dado que el Derecho de los Consumidores tiene su propia lógica, este debe regirse –al menos en su mayor parte– por normas autónomas. Por tal razón, nos interesa más la calificación y regulación que hace de la figura la ley que regla este ámbito específico.

La institución del daño directo ha sido incorporada a la Ley de Defensa del Consumidor, a través de su reforma por la Ley 26.361, en el art. 40 *bis*. Este la define de la siguiente manera:

Artículo 40 bis: Daño directo.- Es todo perjuicio o menoscabo al derecho del usuario o consumidor, susceptible de apreciación pecuniaria, ocasionado de manera inmediata sobre sus bienes o sobre su persona, como consecuencia de la acción u omisión del proveedor de bienes o del prestador de servicios...

2.2.1. Perjuicio y menoscabo

Señala BUERES que yerra inicialmente el legislador equiparando perjuicio y menoscabo cuando, en realidad, el primero es el daño mismo, en tanto que el segundo es la modificación de la realidad material que genera un detrimento natural, no equiparable al genuino concepto de daño –sin perjuicio de que pueda causarlo si además lesiona un interés jurídicamente relevante–.⁹

Coincidimos con el destacado jurista en que, ciertamente, perjuicio y menoscabo no son conceptos equivalentes. Sin embargo, entendemos que la voluntad del legislador no ha sido equiparar ambos términos, sino introducir una disyunción inclusiva, donde el conector “o” funcione en un sentido lógico destinado a ampliar el universo conceptual comprendido por el instituto.¹⁰ Por un lado, esta interpretación evita presumir el equívoco del legislador; por otro, la amplitud de la noción de daño se corresponde con la esencia protectoria de la norma.

A su vez, la calificación autónoma, en un sentido diferente al del Derecho Civil, no presentaría ningún problema en sí misma, ya que resulta razonable que el legislador, en una esfera jurídica específica, delimite los conceptos de forma nueva e independiente. La responsabilidad civil en general exige –como presupuesto central– un daño, y no es coherente que este se defina sino de una manera determinada. En cambio, en el Derecho del Consumo, regido por el principio básico del *favor*

9. BUERES, Alberto J., comentario al art. 40 *bis* en PICASSO, Sebastián y VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto A. (dirs.), *Ley de Defensa del Consumidor comentada y anotada*, t. I, p. 538.

10. Así sucede a lo largo de toda la ley con los “usuarios o consumidores” y el “prestador o proveedor” sin que se pretenda equiparación alguna, pese a recibir genéricamente el mismo tratamiento.

consumptoris (art. 3, LDC), nada de reprochable hay en que se lo proteja a través de una expansión de su concepto.

2.2.2. *Derecho afectado*

Seguidamente, la norma refiere al “*derecho del usuario o consumidor*” como el objeto del perjuicio o menoscabo. Este criterio difiere esencialmente de los sostenidos por la doctrina moderna mayoritaria.

2.2.2.1. *Daño como lesión a un derecho subjetivo*

Una primera concepción, que podríamos denominar clásica –por su arraigo entre posglosadores, comentaristas del *Code* y civilistas de los siglos XIX y principios del XX– identifica el daño con la lesión a un derecho subjetivo. Este, a su vez, puede definirse como la facultad que corresponde a un individuo, y que este último puede ejercitar para hacer efectiva la potestad jurídica que las normas legales le reconocen.¹¹ Esta es la postura que ha sostenido en algún momento la Sala A de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil (*in rebus* “Perrota, Salvador R. c/ Palacio, Alfredo L., y otro”, 15/04/1980;¹² “Abad, Oscar c/ Federación Argentina de Tiro”, 13/05/1982,¹³ entre otros).

Sin embargo, esta noción ha recibido severas críticas. En primer lugar, porque es sumamente restrictiva, ya que exige para la configuración del daño la vulneración de un derecho subjetivo –es decir, expresamente consagrado en la norma– no bastando la de un interés legítimo o la de un simple interés no ilícito –aún de hecho–. Además, se protege en menor medida al damnificado, lo que atenta contra la evolución del Derecho de Daños que modernamente pone el foco en la reparación del daño causado. Y por último, conduce a identificar el daño patrimonial como consecuencia de la lesión de un derecho patrimonial, y el daño extrapatrimonial (o moral) como la de un derecho extrapatrimonial. Ello no siempre es así, según veremos enseguida.

11. CALVO COSTA, Carlos A., *Derecho de las Obligaciones*, t. 2, p. 159.

12. “...en cuanto a la indemnización del daño moral, corresponde tener presente que el daño moral se define atendiendo a la naturaleza del bien jurídico lesionado, concretamente a la lesión de derechos extrapatrimoniales, de naturaleza subjetiva...”, del voto del Dr. Igarzábal, en LL 1980-C-391.

13. “Es criterio de esta sala que el daño moral se define atendiendo a la naturaleza del bien jurídico lesionado, concretamente a la lesión de derechos extrapatrimoniales, de naturaleza subjetiva...”, en LL-1982-D-415.

2.2.2.2. Daño como lesión a un interés

La segunda postura en cuestión es aquella según la cual resulta suficiente, para la configuración del daño, que se vulnere un interés lícito serio –incluso de hecho– que sea presupuesto de un derecho. Como enseña SPOTA, la ley protege la lesión de un interés, cuya injusta vulneración importa el deber de reparar aunque no alcance la categoría de derecho subjetivo. Lo esencial es la existencia de un interés, que lesionado signifique un daño cierto, y que ese interés no comporte una situación de hecho por sí misma ilícita.¹⁴ En general, la comprensión del daño como mera lesión a un interés simple ha sido reiteradamente expuesta en jornadas y congresos realizados en el país en los últimos años,¹⁵ y esta misma línea siguen desde la cátedra doctrinarios modernos como BUERES, BORAGINA y MEZA.

También la jurisprudencia nacional adscribe con relativa frecuencia a esta concepción: pueden verse CCiv. y Com. de Santiago del Estero –1a Nom.– *in re* “Bulacio, Carlos A. c/ Nazar, Ramón E.”, 17/12/1997;¹⁶ CNCiv, Sala D, *in re* “Puppo de Cuccarese, Rosa M. c/ Pantoff y Fracchia S.A.”, 21/05/1997;¹⁷ CNCiv, Sala D, *in re* “Wirzt, Daniel O. c/ Leader Music S.A. y otros”, 25/03/1997;¹⁸ CCiv. y Com. de Rosario, sala II, *in re* “F. E. y otra c. S. M. F y otros”, 25/06/1998;¹⁹ entre otros.

Esta noción, que compartimos, permite que el damnificado (y tanto más el consumidor) pueda probar que ha sufrido un daño y demandar su resarcimiento

14. SPOTA, Alberto G., “Los titulares del derecho al resarcimiento en la responsabilidad aquiliana” publicado en *JA* 1947-II-305, nota a fallo; citado en MOSSET ITURRASPE, Jorge, *Responsabilidad por daños*, t. 1, p. 257.

15. MOSSET ITURRASPE, Jorge, *op. cit.*, t. 1, p. 258.

16. “El daño para ser resarcido debe ser cierto y no eventual, amén de subsistente en el momento en que se lo computó, pues si ha desaparecido o ha sido compensado...; personal; afectar un interés legítimo del damnificado; y por último estar en relación causal con el hecho imputado”, en LLNOA-1998-1332.

17. “Es decir, el concepto jurídico de daño, salvo restricciones queridas por el legislador, abarca la protección de todo interés no reprobado por la ley (cfr. causa 45.733, Navarrete, M. R. y Díaz, E. c. Estado nacional, en ED, 157-581...)”, en LL-1997-E-434.

18. “Una adecuada interpretación del art. 1068 del C. Civil –en concordancia con el art. 1079 del mismo ordenamiento– permite concluir que es la violación del deber de no dañar a otro lo que genera la obligación de reparar el daño causado, noción que comprende todo perjuicio susceptible de apreciación pecuniaria que afecte en forma cierta a otro, a su patrimonio, su persona, sus derechos o facultades. Por tanto, el concepto jurídico de daño, salvo restricciones queridas por el legislador, abarca la protección de todo interés no reprobado por la ley”, en LL-1997-D-752.

19. “El eje de la responsabilidad civil resarcitoria está constituido por la producción de un daño injusto, el cual debe lesionar un interés del actor y haber sido causado adecuadamente por un hecho jurídicamente atribuible al demandado por mediar un motivo que torne justa su responsabilidad”, en *LL Litoral* 1998-2, 783

acreditando la vulneración de un interés lícito del que es titular, sin necesidad de que cuente con reconocimiento normativo expreso –caso del derecho subjetivo–. Por otra parte, se discierne claramente el derecho conculcado del interés que lo sustenta y, en consecuencia, posibilita la separación del carácter patrimonial o extrapatrimonial de uno y otro, que pueden no coincidir. En otras palabras, se evita asociar daño patrimonial con lesión a un derecho patrimonial y daño moral con vulneración de un derecho extrapatrimonial, lo que en muchas oportunidades no corresponde. Por ejemplo, el daño por parte de la empresa a un derecho patrimonial como el que surge de un contrato oneroso de transporte, puede frustrar las vacaciones del damnificado, o la asistencia a la boda de su hija: en estos casos, nadie discutiría la procedencia del daño moral, y ello es porque el *interés* en que se funda es extrapatrimonial. A la inversa, el perjuicio al derecho a la imagen, típicamente insusceptible de apreciación pecuniaria, puede conllevar un daño patrimonial si a través del ilícito el difamado pierde clientela: lo que resulta relevante es, evidentemente, el carácter patrimonial del *interés* que subyace al derecho, más allá del carácter extrapatrimonial de este último.

En definitiva: si se entiende que el daño se conforma tras la lesión a un interés lícito que es presupuesto de un derecho, dado que un mismo derecho puede estar sustentado en varios intereses de distinta índole, ningún obstáculo hay para explicar, como en efecto ocurre, que la lesión a un interés patrimonial –aun siendo presupuesto de un derecho extrapatrimonial– dé lugar a daño patrimonial, así como también que la vulneración de un interés extrapatrimonial –incluso si es el fundamento de un derecho patrimonial– produzca un daño extrapatrimonial o moral.

2.2.2.3. *Daño como menoscabo que es consecuencia de la lesión a un interés*

La tercera postura es la que toma en cuenta el resultado o consecuencia de la acción que causa el detrimento para la definición del daño. En esta línea, sostienen ALTERINI, AMEAL y LÓPEZ CABANA, que el concepto de daño puede ser comprendido con dos significados de distinta extensión: en sentido amplio, cuando se lesiona cualquier derecho subjetivo; y en sentido estricto debe recaer sobre ciertos derechos subjetivos, patrimoniales o extrapatrimoniales, cuyo menoscabo genera –en determinadas circunstancias– una sanción patrimonial. Y este último significado es el relevante en materia de responsabilidad. Para estos autores, entonces, el daño en sentido estricto es la lesión, menoscabo, mengua, agravio, de un derecho subjetivo, que genera responsabilidad.²⁰

20. ALTERINI, Atilio A., AMEAL; Oscar J. y LÓPEZ CABANA, Roberto M., *Derecho de las Obligaciones*, p. 224.

En esta posición se enrolan también PIZARRO y VALLESPINOS, aunque con la ventaja de no ceñirse necesariamente a la afectación de un derecho subjetivo. Así pues, estos doctrinarios delinear un concepto de daño amplio, como lesión u ofensa a un derecho, o a un interés no ilegítimo de orden patrimonial o extrapatrimonial. Y, por otra parte, el significado que a la expresión “daño” le atribuye el Código Civil, al considerarlo como presupuesto de la responsabilidad civil: el *daño resarcible* (conf. arts. 1068, 1069 y concs.). En este caso, el daño no se identifica ya con la sola lesión a un derecho de índole patrimonial o extrapatrimonial, o a un interés que es presupuesto de aquél, sino que es la consecuencia perjudicial o menoscabo que se desprende de la aludida lesión. Entre la lesión y el menoscabo existe una relación de causa a efecto: el daño resarcible es esto último.²¹ Existe jurisprudencia que ha sostenido este criterio (CNCom, Sala C, *in re* “Mancuso Hnos. S.R.L. c/ Colasurdo, Humberto J.”, 30/08/1988;²² Cám. de Apel. en lo Civ. y Com. de Quilmes, Sala II, *in re* “M, J. A y otra c R, A A y otros”, 15/03/1999;²³ Cám. 4ta de Apel. en lo Civ., Com., Minas, de Paz y Tributario de Mendoza *in re* “Cid, Daniel c. Coop. de Vivienda, Urbanización, Servicios Públicos y Consumo Cotamend Ltda. y otra”, 13/08/2007).²⁴

2.2.2.4. Corolario

Definidas las tres nociones de daño, podemos cerrar la idea que expresamos en el punto 2.2.1: si el presupuesto básico es un “*perjuicio o menoscabo*”, quedan comprendidos (y queda autorizado el consumidor a exigir resarcimiento) tanto la lesión a un simple interés como el detrimento que deriva de aquél. Adviértase que, abandonada como está la identificación del daño con la conculcación de un derecho

21. PIZARRO, Ramón D., y VALLESPINOS, Carlos G., *op. cit.*, pp. 639-640.

22. “El daño puede ser definido como el menoscabo que sufre el acreedor en su patrimonio a causa del incumplimiento del deudor. Es decir, que daño es sinónimo de perjuicio y la existencia del mismo resulta trascendental para el buen éxito de la acción, ya que de lo contrario estaría expuesta al fracaso”, en *LL* 1989-B-621.

23. “El daño resarcible no está representado por la lesión en sí misma, sino por los efectos que ella produce, ya que no es resarcible cualquier daño en sentido amplio sino únicamente aquél que apareja un resultado disvalioso que la reparación procura compensar, de tal forma que cuando la lesión implica una modificación perjudicial del patrimonio se esta en presencia de un daño patrimonial (arts. 1068 y 1069 Cod. Civil); y cuando afecta el espíritu configura un daño de tipo moral (arts. 522 y 1078 Cód. Civil)”, en *LLBA* 1997-613.

24. “El daño resarcible no consiste en la lesión misma sino en sus efectos, dicha lesión entraña la afectación de determinada esfera de la persona, mientras que el daño versa sobre las concretas consecuencias o efectos disvaliosos”, en *LL Gran Cuyo* 2007-octubre-937.

subjetivo, el art. 40 *bis* engloba a las dos posturas mayoritarias; se adhiera a una o a otra, lo cierto es que el consumidor estará legitimado para denunciar al infractor.

2.2.3. Concepto de usuario o consumidor

La determinación del daño directo remite a la definición de consumidor o usuario lograda por el art. 1, que a partir de su reforma por la Ley 26.361 tiene un alcance ciertamente significativo a los efectos de la legitimación para requerir su indemnización. Conforme a la letra de aquel precepto: “...[se entiende por] *consumidor o usuario... a toda persona física o jurídica que adquiere o utiliza bienes o servicios en forma gratuita u onerosa como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social... Se considera asimismo consumidor o usuario a quien, sin ser parte de una relación de consumo, como consecuencia o en ocasión de ella adquiere o utiliza bienes o servicios como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social, y a quien de cualquier manera está expuesto a una relación de consumo*”.

De esta manera, a partir del reemplazo del “usuario o consumidor” del art. 40 *bis* por el del art. 1, segundo párrafo, se podría concluir que también será daño directo *todo perjuicio o menoscabo al derecho de quien sin ser parte de la relación de consumo, como consecuencia o en ocasión de ella adquiere o utiliza bienes o servicios como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social, y a quien de cualquier manera está expuesto a una relación de consumo, susceptible de apreciación pecuniaria, ocasionado de manera inmediata sobre sus bienes o sobre su persona, como consecuencia de la acción u omisión del proveedor de bienes o del prestador de servicios*.

Más allá de lo farragosa que pueda resultar la transcripción y la sustitución, nótese de qué manera queda extendida la comprensión del daño directo y la legitimación para reclamar su resarcimiento, independientemente de las otras limitaciones impuestas por el resto de la norma, que desarrollaremos a continuación.

2.2.4. Apreciación pecuniaria

El art. 40 *bis* prosigue con la exigencia de que el daño directo debe ser “*susceptible de apreciación pecuniaria*”. Y en este punto sí ha incurrido el legislador en un error insalvable, ya que lo único patrimonialmente valorable ha ser la indemnización que estará obligado a efectuar el proveedor responsable, y no el derecho subjetivo (*de lege ferenda*, el interés o menoscabo) del consumidor cuya conculcación genera el deber de reparar. El correlato directo de esta disposición sería la exclusión

del deber de resarcir el daño moral, pues este se da, precisamente, por la lesión de un interés extrapatrimonial.²⁵

No ya en el reciente campo del consumo, sino desde antaño y como institución del Derecho Civil, los juristas han debatido intensamente acerca del daño moral. Ello no resulta de extrañar, toda vez que es un tema fuertemente vinculado a las más profundas convicciones filosóficas, ético-morales y aun religiosas de los operadores jurídicos. Resulta imposible desarrollar el tema *in extenso*: baste decir que modernamente, a excepción de muy pocos autores,²⁶ la doctrina casi unánime acepta el daño moral. Y lo hace en virtud de un fundamento resarcitorio y no punitivo: si bien no se puede *compensar* un detrimento espiritual con prestaciones patrimoniales, admitir la viabilidad de la condena por daño moral se acerca más a la equidad que rechazarla, por cuanto al menos brinda al damnificado *algún* tipo de gratificación, por más imperfecta que sea.

La cuestión del daño moral es un tema recurrente entre los comentaristas del daño directo, donde priman quienes entienden que en el segundo concepto no se encuentra contenido el primero por el requisito de *susceptibilidad de apreciación pecuniaria*.²⁷ Sin perjuicio de ello, la interpretación contraria es la que resulta más rica, pues también sigue la letra de la ley (que exige que el daño recaiga *sobre la*

25. Participan de esta noción de daño moral BUERES, AGOLIA, BORAGINA, MEZA y VÁZQUEZ FERREYRA, conforme el despacho suscripto en el marco de las XIV Jornadas Nacionales de Derecho Civil, celebradas en San Miguel de Tucumán en septiembre de 1993. En cambio, PIZARRO y VALLESPINOS también consideran, en su definición, el menoscabo, detrimento o consecuencia sufrido por la víctima – consistente en la minoración de la subjetividad de la persona o en la modificación disvaliosa del espíritu – (PIZARRO, Ramón D. y VALLESPINOS, Carlos G., *op. cit.*, pp. 640-641 y 647).

26. Son elocuentes, aunque no las compartimos en absoluto, las palabras de LLAMBIAS: “[n]o es posible degradar los sentimientos humanos más excelsos mediante una suerte de subrogación real por la cual los sufrimientos padecidos quedarían cubiertos o enjugados mediante una equivalencia de goces. Repugna al sentido moral que los dolores físicos o espirituales pueda ser remediados por los sucedáneos placenteros que el dinero puede comprar: cuando se lo admite se cae en un grosero materialismo, que lamentablemente está presente, aún de modo inconciente, en tantas manifestaciones de la civilización de nuestro tiempo. Semejante tesis se apoya, tal vez inconscientemente, en una filosofía materialista de la vida y en una implícita negación del orden sobrenatural ... Viene a ser entonces, como se ha dicho, la *bonne souffrance* que arranca al hombre de las cosas de la tierra y la hace volver su mirada al Cielo. Si, ciertamente, Dios permite que el dolor golpee nuestra puerta, es para despertarnos del letargo en que solemos vivir; o para ahorrarnos, en su infinita misericordia, dolores absolutamente mayores, sin comparación posible, en la vida ultraterrena: son oportunidades que no hay que desaprovechar intentando convertir ese mismo dolor en título de enriquecimiento patrimonial. Pues hay en ese afán una suerte de prostitución del dolor”. LLAMBIAS, Jorge J. y RAFFO BENEGAS, Patricio (actualizador), *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones*, t. 1, pp. 294-295.

27. Conf. PICASSO, Sebastián, “Nuevas categorías de daños en la Ley de Defensa del Consumidor”, en ALEGRIA, Héctor y ANAYA, Jaime L. (dirs.) y SICOLI, Jorge S. y CHÓMER, Héctor O. (coords.), *Derecho Comercial. Doctrinas esenciales*, t. V, p. 829; Conf. PINESE, Graciela G. y CORBALÁN, Pablo S., *Ley de Defensa del Consumidor*, p. 263.

persona)²⁸ y porque, en especial, se compadece con el principio protectorio del consumidor del art. 3, LDC.

2.2.5. Consecuencias inmediatas sobre la persona o los bienes

Del concepto amplio de daño directo como “*todo perjuicio o menoscabo*” (y su expansión en virtud del art. 1, párr. 2, LDC) a la exigencia de que afecte un derecho subjetivo y que además sea susceptible de apreciación pecuniaria, el art. 40 *bis* también requiere que recaiga “*de manera inmediata sobre sus bienes o sobre su persona*”. De por sí, ello resulta inconveniente ya que nuestro régimen de responsabilidad civil prevé una extensión del resarcimiento significativamente más amplia.²⁹ ¿Por qué restringir el deber de responder solo por las lesiones que resulten del curso natural y ordinario de las cosas (consecuencias inmediatas)?³⁰ A su vez: ¿por qué excluir la responsabilidad por los daños experimentados por otra persona *par ricochet*, indirectas, a raíz del mismo hecho?

De lege lata, el art. 40 *bis* alcanza en su redacción exclusivamente a los daños patrimoniales que el consumidor o usuario sufre directamente sobre los bienes de su propiedad, con la doble limitación de la necesidad de que el daño represente una consecuencia inmediata (lo que excluye de por sí la pérdida de chance y buena parte de los supuestos de lucro cesante) y tenga carácter directo (lo que descarta los detrimentos económicos experimentados más allá del bien mismo sobre el que recae la lesión). Así, el concepto comprende exclusivamente a la destrucción o deterioro de la cosa misma sobre la que recae el perjuicio, pues solo en ese supuesto se trata de daños directos (art. 1068, Cód. Civ.) que son además consecuencia inmediata del hecho.³¹

28. Conf. FARINA, Juan M., *Defensa del consumidor y del usuario*, p. 491; SHINA, Fernando E., *loc. cit.*; MOLINA SANDOVAL, Carlos, *Derecho de Consumo*, p. 62; ÁLVAREZ LARRONDO, Federico M., “El impacto procesal y de fondo de la nueva Ley 26.361 en el Derecho del Consumo”, publicado en VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto (dir.), *La Ley - Suplemento especial reforma de la Ley de Defensa del Consumidor*, punto IV.

29. En la órbita contractual, cuando el dañador ha obrado con dolo, responde también por las consecuencias mediatas (art. 521, Cód. Civ), es decir, las que resultan de la conexión del hecho con un acontecimiento distinto (art. 901, Cód. Civ.). Y en materia de responsabilidad aquiliana, también frecuente en el ámbito del consumo, se responde por las consecuencias mediatas aún a título de culpa (arg. art. 904, Cód. Civ.), y de haber mediado dolo, también por las casuales que el autor haya tenido en mira (art. 905, Cód. Civ.).

30. BUSTAMANTE ALSINA, Jorge A., *op cit*, p. 177.

31. PICASSO, Sebastián, comentario al art. 40 *bis* en PICASSO, Sebastián y VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto A. (dirs.), *Ley de Defensa del Consumidor comentada y anotada*, t. I, p.534.

2.2.6. Determinación de la causa

En tanto, el daño directo procede “*como consecuencia de la acción u omisión del proveedor de bienes o del prestador de servicios*”, por lo que no están comprendidos los causados por el hecho de las cosas de las que este sea dueño o guardián (art. 40, LDC, y art. 1113, Cód. Civ). Si se considera el párrafo siguiente, el ámbito de aplicación de la figura queda aun más restringido, pues la conducta dañosa debe tratarse de una infracción *típica*.³² Ante la ausencia, en materia de consumo, de tipos expresos, estos habrán de inferirse a partir de “*las disposiciones de esta ley, sus normas reglamentarias y resoluciones que en consecuencia se dicten*” (art. 45, párr. 1, LDC).³³

No obstante lo expuesto, también podría interpretarse que opera un factor de imputación de tipo objetivo (riesgo creado, riesgo provecho o garantía, según el caso), pues el texto no alude a la culpa ni a reproche alguno a la conducta del proveedor y *ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus*. Resulta suficiente, entonces, la mera acción u omisión del proveedor, siendo este el definido en el art. 2, LDC.

3. LA REGULACIÓN DEL DAÑO DIRECTO EN LA LEY DE DEFENSA DEL CONSUMIDOR

Merece un punto aparte el examen del resto del art. 40 *bis*: esto es, no ya el concepto de daño directo, sino su regulación y funcionamiento en la práctica. Estudiaremos la autoridad de aplicación de la institución, el tope que se puede regular en virtud de esta, su apelabilidad y su relación con una eventual demanda judicial posterior; se sigue, con esta metodología, la redacción del final del artículo:

Artículo 40 *bis*.- ... La autoridad de aplicación podrá determinar la existencia de daño directo al usuario o consumidor resultante de la infracción del proveedor o del prestador de servicios y obligar a este a resarcirlo, hasta un valor máximo de CINCO (5) Canastas Básicas Total para el Hogar 3, que publica el Instituto Nacional de Estadística y Censos de la República Argentina (INDEC).

El acto administrativo de la autoridad de aplicación será apelable por el proveedor en los términos del artículo 45 de la presente ley...

32. Nótese que hay posibles infracciones de la LDC que no darían lugar más que a daño moral (p. ej., art. 8 *bis*, LDC), resultando esta vía cerrada para su célere resarcimiento.

33. PICASSO, Sebastián, *loc. cit* en la nota 31.

3.1. Autoridad de aplicación. *Quid* de los tribunales administrativos.

Comienza el segundo párrafo con la mención de la autoridad de aplicación, que se encuentra indicada en el artículo siguiente de la ley.

Artículo 41.- Aplicación nacional y local.- La Secretaría de Comercio Interior dependiente del Ministerio de Economía y Producción, será la autoridad nacional de aplicación de esta ley. La Ciudad Autónoma de Buenos Aires y las provincias actuarán como autoridades locales de aplicación ejerciendo el control, vigilancia y juzgamiento en el cumplimiento de esta ley y de sus normas reglamentarias respecto de las presuntas infracciones cometidas en sus respectivas jurisdicciones.

La disposición de la LDC tiene en este punto implicancias muy complejas y relevantes, que inclusive involucran cuestiones de orden constitucional.³⁴ Por ello, se torna necesario estudiarla a conciencia, analizando en detalle y por separado sus distintos aspectos: ensayaremos dicho examen a continuación.

3.1.1. Planteo del problema: la Constitución Nacional y la división de poderes.

Como ya enseñaba MONTES DE OCA,³⁵ la Constitución argentina organiza el gobierno federal bajo el triple aspecto de sus poderes legislativo, ejecutivo y judicial, a los que señala órbitas de acción diferentes, de acuerdo con las funciones peculiares que les asigna. La división del ejercicio de la potestad gubernamental es esencial en nuestro régimen. En este mismo sentido, la Corte Suprema de Justicia de la Nación (en adelante, “CSJN” o “Corte”) ha resuelto que siendo un principio fundamental de nuestro sistema político la división del gobierno en tres grandes departamentos, el legislativo, el ejecutivo y el judicial, independientes y soberanos en su esfera, se sigue forzosamente que las atribuciones de cada uno les son exclusivas; pues el uso concurrente o común de ellas haría desaparecer la línea de separación entre los tres altos poderes políticos, y destruiría la base de nuestra forma de gobierno.³⁶

Sin embargo, el mismo MONTES DE OCA ya reconocía que no cabe dudar de que la separación absoluta de los poderes es de realización imposible, que ellos se

34. En efecto, es una defensa muy común la de acusar la inconstitucionalidad de la delegación de facultades jurisdiccionales a la administración con fundamento en el art. 109 de la Constitución Nacional.

35. MONTES DE OCA, Manuel A., *Lecciones de Derecho Constitucional. Notas tomadas de las conferencias del Doctor M. A. Montes de Oca por Alcides Calandrelli*, t. 2, pp. 3-4.

36. CSJN *in re* “Ríos Ramón (alias Corro), Francisco Gómez y Saturnino Ríos”, 4/12/1863, en Fallos 1:32.

compenetran entre sí y tienen atribuciones muchas veces comunes; si los grandes departamentos del gobierno se encerraran en un aislamiento insalvable, se implantaría un régimen anárquico.³⁷

En fin, existen tres poderes (ejecutivo, legislativo y judicial) que *prima facie* ejercen de forma exclusiva las funciones materialmente diferenciadas de ejecutar, legislar y juzgar.³⁸ Aún así, esta regla no es absoluta, y bajo ciertas condiciones –de interpretación restrictiva– los poderes constituidos pueden ejercer las funciones que son naturalmente propias a los otros dos.³⁹

Tal cual reza el art. 41, LDC, la autoridad de aplicación en jurisdicción nacional es el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, ubicado bajo la órbita del Poder Ejecutivo Nacional (art. 100, Constitución Nacional, y art. 20, Ley 22.520 de Ministerios –texto según decreto P.E.N. 2082/2011–); mientras que en las jurisdicciones locales lo son el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires o el de la provincia respectiva.

De esta manera, estos órganos realizan la aplicación de la ley y la regulación del daño directo, así como también determinan derechos y obligaciones de las partes en los casos concretos de sus jurisdicciones, a través de decisorios vinculantes y ejecutables.

De tal suerte se sigue que la LDC delega en la Administración Pública facultades materialmente jurisdiccionales.

El punto a dilucidar es, en definitiva, el siguiente: ¿violenta esta excepción –tribunales administrativos como aplicadores del daño directo– al principio general –según el cual al Poder Ejecutivo le corresponde la función ejecutiva y la de juzgar cae sobre la órbita del Poder Judicial– el principio republicano de la división de poderes? ¿O es, en cambio, un supuesto adecuado al mandato de Constitución Nacional razonable y conveniente?

3.1.2. *La cuestión en la doctrina*

Los juristas han discutido arduamente este tema. Sustancialmente, han adscrito o bien a la inconstitucionalidad o bien a la constitucionalidad, abonando su teoría con diversos argumentos.

La primera de las tesis puede fundarse en diversos preceptos constitucionales: “[l]a propiedad es inviolable, y ningún habitante de la Nación puede ser

37. MONTES DE OCA, *op. cit.* p. 9.

38. BALBÍN, Carlos F., *Curso de Derecho Administrativo*, t. 1, p. 23.

39. En este sentido, CASSAGNE, Juan C., *Cuestiones de Derecho Administrativo*, Depalma, 1987, citado en BALBÍN, Carlos F., *Curso de Derecho Administrativo*, t. 1, p. 46; MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, t. 1, p. 94 y ss; BIELSA, Rafael, *Derecho Administrativo*, t. 5, p. 201.

privado de ella, sino en virtud de sentencia fundada en ley..." (art. 17, CN); "[n]ingún habitante de la Nación puede ser... juzgado por comisiones especiales, o sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa" (art. 18, CN); "[corresponde al Congreso] dictar los Códigos Civil, Comercial, Penal, de Minería, y del Trabajo y Seguridad Social, en cuerpos unificados o separados, sin que tales códigos alteren las jurisdicciones locales, correspondiendo su aplicación a los tribunales federales o provinciales" (art. 75, inc. 12, CN); "[e]n ningún caso el presidente de la Nación puede ejercer funciones judiciales..." (art. 109, CN); "[c]orresponde a la Corte Suprema y a los tribunales inferiores de la Nación, el conocimiento y decisión de todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución y por las leyes de la Nación..." (art. 116, CN).

En esta línea, afirma KRIEGER al respecto que la disposición de la LDC: a) violenta la división de poderes otorgando a los poderes ejecutivos municipales, provinciales o nacionales, la potestad de ejercer funciones propias del Poder Judicial; b) resulta un procedimiento ineficaz en la tutela de los derechos del consumidor, contrariando el art. 42 de la Constitución Nacional; c) se opone al principio de juez natural quitándole a los jueces civiles o comerciales la competencia que les corresponde sobre la aplicación de la norma y se la entrega al fuero contencioso administrativo federal; y d) el procedimiento establecido carece de un control judicial suficiente.⁴⁰

Por el contrario, los autores que advierten una mayor flexibilidad en el principio de división de poderes, entienden que está permitido que estos ejerzan materialmente funciones que son en principio propias de los otros dos, si bien con carácter restrictivo, y dentro del marco constitucional. En este sentido, ÁLVAREZ LARRONDO sostiene que la norma es derecho vigente y como tal debe aplicarse, así como que se ajusta perfectamente a las exigencias establecidas por la CSJN en su carácter de intérprete último de la Constitución Nacional, en el precedente "Ángel Estrada y Cía. S.A."⁴¹.

3.1.3. La cuestión en la jurisprudencia

Independientemente de cuál sea la postura que se asuma respecto de la constitucionalidad de la norma bajo análisis, lo cierto es que atina ÁLVAREZ LARRONDO al mencionar la jurisprudencia de la Corte y las exigencias establecidas para salvar la constitucionalidad de los tribunales administrativos. Sin desmerecer el enriquecedor debate doctrinario, la realidad de los hechos indica que es la jurisprudencia,

40. KRIEGER, Walter F., *Sobre la inconstitucionalidad del artículo 40 bis de la Ley de Defensa del Consumidor*, punto II.

41. ÁLVAREZ LARRONDO, Federico M., *loc. cit.*

iluminada por los principios sentados por la CSJN en sus precedentes, la encargada de resolver este tipo de cuestiones y cuya palabra resulta definitiva. Máxime si se considera que el conflicto planteado es netamente constitucional y el Alto Tribunal es el último intérprete de la Carta Magna; y, aunque “*solo decide en los procesos concretos que le son sometidos, y su fallo no resulta obligatorio para casos análogos, los jueces inferiores tienen el deber de conformar sus decisiones a aquéllas Carecen de fundamento las sentencias de los tribunales inferiores que se apartan de los precedentes de la Corte sin aportar nuevos argumentos que justifiquen modificar la posición sentada por el tribunal, en su carácter de intérprete supremo de la Constitución Nacional y de las leyes dictadas en su consecuencia*”.⁴²

3.1.3.1. El caso “Fernández Arias”

El primer *leading case* a mencionar es “Fernández Arias, Elena y otros c/ Poggio, José s/ sucesión”.⁴³ Destacó entonces la Corte que el ejercicio de función jurisdiccional por órganos administrativos es una modalidad del derecho público moderno que permite responder con eficiencia a una realidad más vasta, premiosa y compleja que la que pudo concebir el constituyente de 1853.⁴⁴ Ahora bien, ello no ha de implicar un otorgamiento incondicional de atribuciones jurisdiccionales; existen serias limitaciones como el control judicial suficiente —a fin de impedir la discrecionalidad absoluta sin revisión ulterior posible— y que ese control sea extenso y profundo de acuerdo a cada situación jurídica.⁴⁵ De esta manera la CSJN arriba a un concepto amplio de control judicial suficiente que requiere: a) reconocimiento a los litigantes del derecho a interponer recurso ante los jueces ordinarios; b) negación a los tribunales administrativos de la potestad de dictar resoluciones finales en

42. Fallos 25:364, 212:51, 212:160, 307:1094, entre otros.

43. Este precedente (en Fallos 247:646) fue seguido por la CSJN en numerosos pronunciamientos posteriores, como por ejemplo *in rebus* “Villalba, Andrés G.”, 01/11/1988, (LL-1989-B, 109); y “Altamirano, Juan Carlos c/ Poder Ejecutivo Nacional (Ministerio de Defensa)”, 19/09/1989, consids. 3 y 4 del voto del ministro Bacqué, (en Fallos 312:1682); y, más recientemente, “E.D.E.R.S.A. c/ Turbine Power Co. S.A.”, 09/11/2004, punto IV del dictamen del Procurador Fiscal Subrogante, que la Corte hace suyo (en Fallos 327:4869).

44. En palabras del Alto Tribunal, “...responder, pragmáticamente, al premioso reclamo de los hechos que componen la realidad de este tiempo, mucho más vasta y compleja que la que pudieron imaginar los constituyentes del siglo pasado”, y que “se asienta en la idea de que una administración ágil, eficaz y dotada de competencia amplia es instrumento apto para resguardar, en determinados aspectos, fundamentales intereses colectivos de contenido económico y social” (consid. 5).

45. Por ejemplo, con arreglo a la naturaleza del derecho individual invocado, la magnitud de los intereses públicos comprometidos, la complejidad de la organización administrativa creada para garantizarlos, la mayor o menor descentralización del tribunal administrativo, etc.

cuanto a los hechos y al derecho controvertidos, siendo insuficiente la mera facultad de deducir recurso extraordinario basado en inconstitucionalidad o arbitrariedad para satisfacer las exigencias que en la especie han de tenerse por imperativas. Se exceptúan los supuestos en que, existiendo opción legal, los interesados hubiesen elegido la vía administrativa, privándose voluntariamente de la judicial.

3.1.3.2. *El caso “Ángel Estrada y Cía.”*

El segundo *leading case*, mucho más reciente, es “Ángel Estrada y Cía. S.A. s/ Resolución 71/96 - Secretaría de Energía y Puertos (Expediente N° 750-002119/96)”,⁴⁶ resuelto el 5 de abril de 2005. En esta sentencia, la Corte afirmó que, como principio general, el otorgamiento de facultades jurisdiccionales al Poder Ejecutivo es inconstitucional.⁴⁷ Sin perjuicio de ello, quedaría excepcionalmente a salvo su constitucionalidad si tales organismos jurisdiccionales: a) hubieran sido creados por ley; b) su independencia e imparcialidad estuvieran aseguradas; c) el objetivo económico y político tenido en cuenta por el legislador para crearlos (y restringir así la jurisdicción que la Constitución Nacional atribuye a la justicia ordinaria) haya sido razonable; d) sus decisiones estuvieran sujetas a control judicial amplio y suficiente; y e) que constituyan un cuerpo de expertos, especialistas en la materia a tratar.⁴⁸

3.1.4. *Aplicación de la doctrina de la Corte al art. 40 bis de la LDC*

Expuesta la construcción teórica realizada por la CSJN en los mentados precedentes, así como su relevancia determinante en tanto criterio del máximo intérprete de la Carta Magna, corresponde apreciar la constitucionalidad de la disposición de la LDC que pone en cabeza de la Administración la facultad materialmente jurisdiccional de decidir en reclamos por daño directo. Como es coherente, el examen consistirá en verificar si se cumplen todos los requisitos *supra* mencionados; caso contrario, no podrá sino inferirse la inconstitucionalidad.

46. En Fallos 328:651.

47. “[E]l otorgamiento de facultades jurisdiccionales a órganos de la administración desconoce lo dispuesto en los arts. 18, que garantiza la defensa en juicio de la persona y sus derechos, y 109 de la Constitución Nacional que... prohíbe en todos los casos al Poder Ejecutivo ejercer funciones judiciales” (consid. 12 del voto de la mayoría).

48. *Ibidem*, ver consids. 12 y 13 del voto de la mayoría.

3.1.4.1. Creación por ley

El análisis de la legalidad, es decir, de la fuente legal de la atribución de potestades jurisdiccionales a la Administración, no requiere demasiado desarrollo. Estas facultades están consagradas por el texto del art. 16 de la Ley 26.361, que incorpora al art. 40 *bis* en la Ley 24.240, y el art. 41 de esta última, que determina la autoridad de aplicación. Ambas leyes fueron sancionadas por el Congreso de la Nación⁴⁹ y promulgadas por el Poder Ejecutivo Nacional.⁵⁰ En fin, se trata de una ley en sentido formal y material, y se cumple la exigencia de la Corte a la luz de los precedentes reseñados.

3.1.4.2. Independencia e imparcialidad

Es harto conocida –incluso fuera de los ámbitos jurídicos– la imprescindible independencia de quienes están llamados a ejercer la función jurisdiccional, custodiando, interpretando y aplicando el derecho –especialmente, entre los países que siguen la tradición continental, la Constitución– y sirviendo de contrapeso y control a los poderes que tienen a su cargo las funciones ejecutiva y legislativa.

En efecto, la independencia del Poder Judicial resulta absolutamente esencial para el sistema republicano y la división de poderes. Ya en el Siglo XVIII, Alexander Hamilton –uno de los *Founding Fathers* de los Estados Unidos de América– advertía, con notable prosa, el fundamento político de aquel principio: “*la necesidad de que un poder independiente sirva de protección permanente de la Constitución y de los derechos individuales, contra los efectos que determinados malos humores o la influencia de coyunturas especiales esparcen a veces entre el pueblo y que, aunque pronto ceden el campo a mejor información y a reflexiones más circunspectas, tienen tendencia –entretanto– a ocasionar peligrosas innovaciones en el gobierno y graves opresiones del partido minoritario de la comunidad*”.⁵¹ Entre nosotros, la Carta Magna se ocupa de procurar la imparcialidad del Poder Judicial a través de garantías especiales acordadas a los magistrados: inamovilidad en el cargo mientras dure su buena conducta⁵² e intangibilidad de sus remuneraciones mientras permanezcan en sus funciones (art. 110, Constitución Nacional).

49. La Ley 24.240 fue sancionada en fecha 22/09/1993, mientras que la Ley 26.361 en 12/03/2008.

50. La Ley 24.240 fue promulgada parcialmente en fecha 13/10/1993, mientras que la Ley 26.361, también parcialmente, en 03/04/2008.

51. HAMILTON, Alexander, MADISON, James y JAY, John, *El Federalista*, p. 333.

52. Y aún en caso de mal desempeño o delito en el ejercicio de sus funciones, tal que ameriten su remoción del cargo, dicha destitución no emana del Poder Ejecutivo ni de un “superior” sino del Congreso de la Nación o de un jurado de enjuiciamiento integrado por legisladores, magistrados y abogados de la

Ahora bien, esta independencia es también necesaria por parte de quien tiene a su cargo resolver, con fuerza obligatoria, conflictos entre sujetos con pretensiones opuestas. Ello es así porque la independencia determina, en este aspecto concreto, la imparcialidad que resulta fundamental en todo juzgador (vale decir, que no haya tomado partido previo por ninguna de las partes). “*La imparcialidad de un magistrado, puede decirse, es la manifestación empírica de su independencia: si la independencia se refiere a lo que debe ser la posición jurídica del juez, la imparcialidad es el modo que tiene de ser independiente*”.⁵³

En definitiva, y esto resulta esencial para el objeto de estudio de nuestro trabajo, la aplicación del Derecho en conflictos particulares por personas susceptibles de presiones o directivas, o que pudieran sufrir un detrimento en tanto juzgadores como consecuencia de sus resoluciones, mal puede conducir a la realización del ideal de justicia; y es que la falta de independencia podría comprometer la imparcialidad del juzgador, perjudicando a una de las partes involucradas y obstando al regular funcionamiento de la actividad jurisdiccional tal como está llamada a cumplirse. Por el contrario, el juez solo debe estar condicionado por los hechos del caso y el derecho —aprehendido en sentido amplio— que resulte aplicable.

¿Cómo se articula lo precedentemente expuesto con la disposición en la materia de los arts. 40 *bis* y 41 de la LDC? Es muy sencillo: dado que las autoridades de aplicación del daño directo no son órganos (ni sus titulares, integrantes) del Poder Judicial sino del Ejecutivo, no se verifica la independencia de quienes deciden las pretensiones de daño directo, y con ello se compromete también el aseguramiento de su imparcialidad. Y permítasenos precisar a continuación, y para concluir este acápite, la afirmación que sostenemos.

Por un lado, es por todos sabido que la Administración Pública está organizada de manera vertical, y sus agentes ubicados en distintos escalafones de una línea jerárquica. Así, quienes ocupan los puestos superiores tienen la potestad de dar órdenes —en el marco de su competencia— a sus subordinados, y estos tienen el deber de acatarlas.⁵⁴ Es decir que no solo se trata de que el juzgador carezca de garantías especiales que protejan su independencia —como los jueces—, sino que forma parte de una estructura caracterizada, precisamente, por la dependencia (de un superior jerárquico).

matrícula federal, según se trate de Ministros de la CSJN o de jueces de tribunales inferiores (arts. 53, 59 y 115, Constitución Nacional).

53. GRAÑA, Eduardo R., “Las garantías de la independencia de los jueces. Los fallos ‘Bonorino Perú’ y ‘Masi’”, p. 219.

54. No está de más tener presente que, aunque la mayoría de estos últimos suelen ser agentes “de carrera”, los funcionarios de mayor rango y desde los cuales se “baja línea” (Presidente de la Nación, Jefe de Gabinete, Ministros, Secretarios, etc.) son nombrados y removidos por razones políticas.

Y por otra parte, lo anteriormente explicado compromete la garantía de imparcialidad. Ello no supone afirmar, desde luego, que las autoridades de aplicación *busquen* ser imparciales en sus resoluciones, ni que *efectivamente lo sean* en determinado número de supuestos: pero el estándar exigido no es una *intención* de imparcialidad sino su *garantía*. La libertad de juicio de la que debe gozar todo juzgador imparcial jamás puede hallarse *asegurada* cuando se está obligado a respetar una política delineada por un superior jerárquico al que se debe obedecer.

3.1.4.3. Razonabilidad del objetivo político y económico del legislador

La necesidad de proteger al consumidor no solo fue tomada en cuenta por el legislador en 1993, sino también por el constituyente de 1994. Así, desde la última reforma de la Carta Magna, su art. 42 consagra el derecho de consumidores y usuarios de bienes y servicios en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección, y a condiciones de trato equitativo y digno. A su vez, dispone que la legislación deberá establecer procedimientos eficaces⁵⁵ para la prevención y solución de los conflictos.⁵⁶

En este marco, se concibe al daño directo como una solución contra la frustración colectiva que arrastran muchos argentinos que a veces dejan fracasar su reclamo en un conflicto que se produce en la relación de consumo, en virtud de que les pesa acudir a la vía judicial para resolver problemas que pueden ser de menor cuantía.⁵⁷ Ante el implícito reconocimiento de la vía judicial como ineficiente, se concibe

55. “En la doctrina y en los congresos específicos en los que se han presentado trabajos especiales, se planteó la necesidad de que las vías de prevención y solución de conflictos tengan no solo eficacia sino también velocidad y se los realice en tiempo y forma, de modo que el consumidor burlado en su buena fe pública encuentre satisfacción”, de la intervención del convencional por la Provincia de Buenos Aires, Roberto O. Irigoyen, en la 32ª reunión y 3ª sesión ordinaria de la Convención Nacional Constituyente de fecha 17/08/1994.

56. “El último párrafo del despacho que estamos considerando es una norma de carácter programático que determina un curso de acción al Congreso que tendrá que dictar la legislación adecuada para contemplar los requerimientos que la norma establece. Evidentemente, esta es una norma federal, nacional y, en consecuencia, el mandato va dirigido al Congreso de la Nación, lo cual, por su ubicación en la Primera Parte del texto constitucional no significa –como lo destacara en mi exposición de ayer– que no se la interprete también como una directiva hacia las legislaturas provinciales”, de la intervención del convencional por la Provincia de Santa Fe, Iván J. M. Cullen, en la 32ª reunión y 3ª sesión ordinaria de la Convención Nacional Constituyente de fecha 17/08/1994.

57. De la intervención de la Diputada por la Provincia de Tucumán, Stella Maris Córdoba, en ocasión de la 25ª Reunión del Período 124º de la Honorable Cámara de Diputados, con motivo del tratamiento del proyecto de modificación de la Ley 24.240 de Defensa del Consumidor, en fecha 09/08/2006. La Diputada en cuestión fue quien presentó el proyecto de reforma e introdujo el daño directo.

la creación de esta figura como efectiva “*para que un consumidor pueda conseguir satisfacción de su derecho y un resarcimiento justo en la vía administrativa*”.⁵⁸

En la Cámara de Senadores, si bien se objetó la redacción de la norma propuesta por la Cámara Baja⁵⁹ (por lo que hoy no rige ese texto original), también se sostuvo que en casos de escasa cuantía, sin la regulación del daño directo, los perjuicios se generan en forma escalonada y repetida y nunca hay reparación para ellos. En estos casos, los consumidores son objeto de abuso de algunos proveedores inescrupulosos, pero no recurren a la vía judicial: el daño directo se legisla para combatir esta realidad, relevándose al particular de estipendios y de toda necesidad de recurrir a un profesional.⁶⁰

De esta manera, más allá de las objeciones que nos importe la delegación cuando se podría haber creado una vía judicial especial, expedita e idónea para tales extremos, reconocemos que se verifica el requisito de razonabilidad en el objetivo político y económico en haber dotado de facultades jurisdiccionales a la Administración para aplicar y regular el daño directo. Es loable el propósito de garantizar la satisfacción de los consumidores damnificados (en ocasiones, una vasta masa de ellos en virtud de un único acto del proveedor), en vez de que sus “pequeñas demandas” quedaran en el camino.

3.1.4.4. *Control judicial amplio y suficiente*

El art. 40 *bis* expresa la posibilidad de apelar lo decidido por la autoridad administrativa directamente ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal (por vía de remisión al art. 45). Desde luego, no se trata del recurso extraordinario federal que, como vimos, resulta una garantía insuficiente dado su carácter excepcional y por requerir la lesión de un derecho constitucional, sino del remedio judicial que se denomina *recurso directo*.

Ahora bien, la letra del artículo solo reconoce expresamente que el acto administrativo sea apelable por el proveedor (sancionado), sin hacer referencia al remedio procesal que corresponde al consumidor. Este último, de no ver satisfecha su pretensión, no tendrá más opción que acudir a la vía judicial. Ello es una consecuencia lógica del hecho de que el interesado no es parte en este proceso y, por lo tanto, carece de legitimidad para atacar el acto administrativo recursivamente.

58. *Idem*.

59. “La Cámara de Diputados definía el daño directo y nosotros entendíamos que tenía buenas intenciones. Sin embargo, la no tipificación del daño directo, la no conceptualización de lo que definíamos como daño directo iba a arrojar, indudablemente, la lógica declaración de inconstitucionalidad”, de la intervención del miembro informante de la Comisión, Senador Matías Fernández, en ocasión de la 21ª Reunión de la 17ª Sesión Ordinaria de fecha 17/12/2007.

60. *Idem*.

No se debe perder de vista que el procedimiento en cuestión tiene un carácter estrictamente optativo para la pretensa víctima de daño directo, sin que se le cierre en absoluto la vía judicial en momento alguno. Ello se desprende tanto de lo dispuesto en el art. 40 *bis*, *in fine*, como del art. 52:

Artículo 52.- Sin perjuicio de lo dispuesto en esta ley, el consumidor y usuario podrán iniciar acciones judiciales cuando sus intereses resulten afectados o amenazados.

En estos términos, el procedimiento *sub examine* cumple con el requisito de control judicial amplio y suficiente respecto del consumidor o usuario. No obsta a la constitucionalidad del procedimiento que aquél no sea parte en el proceso del art. 45,⁶¹ cuando esta vía es enteramente opcional y voluntaria, y en cualquier caso cuenta con la posibilidad de accionar en sede judicial. Ahora bien, interesa asimismo el análisis desde la perspectiva del proveedor o prestador, por cuanto que él es la única *parte* propiamente dicha (art. 45), y el proceso administrativo de consumo en cuestión le resulta naturalmente contrario (art. 3).

El art. 45, LDC, distingue dos modos de concesión del recurso directo. Por regla general, este se concede en relación y efecto suspensivo, mientras que, por excepción, cuando se hubieran denegado medidas de prueba, su concesión es libre. Esto importa la posibilidad de alegar hechos nuevos, acompañar documentos de fecha posterior a la providencia de autos o inclusive de fecha anterior pero desconocidos en oportunidad de dictarse la resolución.⁶² Si bien se ha señalado que el proveedor o prestador apenas puede aspirar a una revisión del acto administrativo en sí –fundamentalmente de la indemnización impuesta– mas no de la valoración de los hechos, ni su ponderación, ni introducir nuevos argumentos, ni elementos probatorios,⁶³ nosotros entendemos que la revisión judicial del caso se ajusta a lo que MAIRAL ha dado en denominar “*revisión media*”.

Comprende la revisión plena de las cuestiones de derecho y de hecho, pero no admite la producción de prueba en sede judicial excepto aquella ofrecida en sede administrativa y cuya producción fue denegada por la Administración, siempre que se vuelva a ofrecer en la instancia judicial y el tribunal la considere pertinente.⁶⁴

En estos términos, es claro que el “control judicial amplio” propuesto por la ley se ve razonablemente cumplido para el proveedor o prestador cumpliendo el recurso con el estándar de constitucionalidad definido por la doctrina de la Corte.

61. No se debe olvidar que el art. 45 fue concebido en un principio (texto original de la Ley 24.240) a efectos de la imposición de multas por parte de la autoridad de aplicación a los prestadores o proveedores.

62. PALACIO, Lino E, *Derecho procesal civil.*, t. V, p. 98.

63. KRIEGER, Walter F., *op. cit.*, punto VI.

64. MAIRAL, Héctor A., *Control judicial de la Administración Pública*, Vol. 2, p. 664.

3.1.4.5. Expertise del tribunal administrativo

El último punto de análisis es el *expertise* de los tribunales administrativos. Desde luego que resulta de compleja apreciación cuál es el nivel de especialización que alcanzan las distintas autoridades de aplicación de la LDC, ya sea la Secretaría de Comercio Interior a nivel nacional, o los designados por la Ciudad de Buenos Aires y las provincias en los ámbitos locales. Ello, inclusive, sin considerar el riesgo a que se expone quien emprendiera tal análisis de incurrir en la generalización.

Obviamente que aquí no se hará un estudio pormenorizado. Atinamos a asegurar que seguramente haya jueces más “expertos” que agentes de la Administración que hoy en día aplican el daño directo, y también a la inversa. En todo caso, nos parece cuestionable que sea el fuero contencioso administrativo el más idóneo para conocer en estas causas cuando deberían hacerlo, en razón de la naturaleza de las cuestiones ventiladas, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil o en lo Comercial (o su equivalente en las respectivas jurisdicciones).

3.1.4.6. Corolario

La constitucionalidad de la aplicación del daño directo por los órganos indicados en los arts. 40 *bis* y 41 de la LDC, evaluada a la luz de los requisitos establecidos por la CSJN en el fallo “Ángel Estrada”, debe verificarse a partir del cumplimiento de *la totalidad* de dichas exigencias, *conjuntamente*, y no algunas o la mayoría de ellas.

Así entonces, sin perjuicio de la creación por ley de los tribunales administrativos en la materia, de la razonabilidad del objetivo económico y político tenido en cuenta por el legislador para crearlos, del control judicial amplio y suficiente de que son susceptibles sus decisiones, y la posibilidad –pues sobre este punto nos permitimos, al menos, dudar– de que los integren expertos especialistas en la materia a tratar; lo cierto es que la independencia de los juzgadores no se halla asegurada en modo alguno, y con ello se compromete también la garantía de imparcialidad.

Como colofón, se infiere la *inconstitucionalidad* de la regulación del daño directo, en punto a su autoridad de aplicación, de acuerdo a la redacción de la normativa vigente.

3.2. Tope de la indemnización por daño directo

El instituto del daño directo está llamado a resolver eficazmente reclamos de menor cuantía. El procedimiento ante la Administración, que también hará las veces de juzgador, tiene lugar por la demanda de un monto limitado; cuando el consumidor pretende una indemnización mayor, o por rubros no comprendidos en el (*de lege*

lata, estrecho concepto de) daño directo, debe pues accionar en sede judicial. Así lo autoriza el mismo dispositivo legal, como veremos a continuación.

En el proyecto original, el resarcimiento por daño directo alcanzaba un máximo de tres mil pesos, monto que la Secretaría de Comercio Interior actualizaría anualmente según el Índice de Precios al Consumidor (IPC) publicado por el Instituto Nacional de Estadística y Censos (INDEC). Este sistema fue ulteriormente modificado por la Cámara de Senadores hacia su versión final, porque la actualización referida resultaba repugnante al art. 10, Ley 23.928 de Convertibilidad, que prohíbe la indexación.⁶⁵

Concretamente, el párrafo tercero del art. 40 *bis* (texto según Ley 26.361) establece:

Artículo 40 *bis*.- ... La autoridad de aplicación podrá determinar la existencia de daño directo... y obligar... a resarcirlo, hasta un valor máximo de CINCO (5) Canastas Básicas Total para el Hogar 3, que publica el Instituto Nacional de Estadística y Censos de la República Argentina (INDEC)...

A través del importe máximo y ajustable, se supera la posibilidad de la contradicción normativa, manteniendo empero una actualización permanente para este tipo de perjuicios. Más allá de las consideraciones que pudieran vertirse respecto del índice seleccionado y la relación histórica que el mismo mantiene con la inflación de precios y la depreciación de la moneda nacional, el legislador ha encontrado una manera de sortear *prima facie* la restricción impuesta por la Ley de Convertibilidad en favor del consumidor.

3.3. Resolución firme con carácter de título ejecutivo. Carácter deducible de los montos abonados.

Los últimos dos párrafos del art. 40 *bis* rezan lo siguiente:

Artículo 40 *bis*.- ... El acto administrativo de la autoridad de aplicación será apable por el proveedor en los términos del artículo 45 de la presente ley, y, una vez

65. Art. 10 (texto según Ley 25.561 de Emergencia Pública y Reforma del Régimen Cambiario).- Mantiénense derogadas, con efecto a partir del 1º de abril de 1991, todas las normas legales o reglamentarias que establecen o autorizan la indexación por precios, actualización monetaria, variación de costos o cualquier otra forma de repotenciación de las deudas, impuestos, precios o tarifas de los bienes, obras o servicios. Esta derogación se aplicará aun a los efectos de las relaciones y situaciones jurídicas existentes, no pudiendo aplicarse ni esgrimirse ninguna cláusula legal, reglamentaria, contractual o convencional –inclusive convenios colectivos de trabajo– de fecha anterior, como causa de ajuste en las sumas de pesos que corresponda pagar.

firme, respecto del daño directo que determine constituirá título ejecutivo a favor del consumidor

Las sumas que el proveedor pague al consumidor en concepto de daño directo determinado en sede administrativa serán deducibles de otras indemnizaciones que por el mismo concepto pudieren corresponderle a este por acciones eventualmente incoadas en sede judicial.

En primer lugar, se inviste con la calidad de título ejecutivo, una vez que haya devenido firme, al acto administrativo que determine la configuración de daño directo y obligue al proveedor o prestador a resarcir.

De esta manera, el legislador no hace otra cosa que cerrar el remedio procesal para el usuario o consumidor víctima de daño directo, al brindarle también una acción expedita por la cual asegurar su resarcimiento. Y en consecuencia, una vez consentida o ejecutoriada⁶⁶ la resolución y vencido el plazo para su cumplimiento, se podrá interponer acción ejecutiva a instancia de parte, de conformidad con el procedimiento previsto en el Código Procesal correspondiente.

Finalmente, en el cuarto párrafo del art. 40 *bis*, se establece la deductibilidad de los montos pagados al consumidor en concepto de daño directo determinado en sede administrativa. Al respecto, cabe señalar que de esta manera se reconoce que la vía administrativa no agota procesalmente el reclamo resarcitorio del legitimado (conf. art. 52, LDC); asimismo, la obvia aplicación del principio de indemnización integral al caso en cuestión —que igualmente impide el enriquecimiento sin causa—.

4. EL DAÑO DIRECTO CONSIDERADO EN SÍ MISMO

Uno de los más serios problemas del derecho argentino vigente es el de los elevados costos de la administración de justicia (tasas de justicia, honorarios de profesionales intervinientes, costos de tramitación de los juicios y sus incidentes, seguimiento de los juicios y ejecución de sentencias). En un considerable número de conflictos carece de sentido promover demandas ante los jueces del Estado pues el costo de la actuación judicial excede el valor de la prestación cuyo cumplimiento se pretende.

No hay sitio para las demandas de escaso monto. El público carece de remedios eficaces para hacer efectivos sus derechos. Gozar de lo suyo puede exigirle

66. La resolución administrativa devendrá firme tanto por no interponer el recurso de apelación ante la misma autoridad que dictó la resolución dentro de los diez días hábiles de notificada, como por sentencias confirmatorias del fondo o denegatorias de la vía recursiva, desde que venza el plazo para recurrirlas.

la promoción de una acción cuyo costo puede exceder el valor de lo debido.⁶⁷ Más allá de las imperfecciones en la técnica legislativa, los procesos de menor cuantía son de un gran valor práctico, máxime en materia de consumo, donde muchas veces –y como ya dijimos– los daños se causan en pequeña medida pero masivamente. La idea de brindar a los consumidores una vía ágil y simplificada por la que obtener la reparación por estas lesiones es, sin duda, muy buena.

Este mismo espíritu se repite, por ejemplo, en los ordenamientos jurídicos internos de los restantes países del MERCOSUR. La República Federativa de Brasil, en su Ley 9099/95, prevé un proceso especial (más breve y sencillo) cuando el monto reclamado no exceda de 40 salarios mínimos (art. 3 inc. I). Análogamente, la República de Paraguay, en su Código Procesal (Ley 1337), lo limita a una pretensión de 60 a 300 jornales mínimos –monto actualizable por su Corte Suprema de Justicia– (arts. 684 a 690).

Un párrafo aparte merece la República Oriental del Uruguay que con su Ley 18.507 configura un procedimiento simplificado *específico* para consumidores víctimas de “pequeños daños” –hasta 100 unidades reajustables– (arts. 1 y 2). Acierta también en dar competencia al Poder Judicial para conocer en ellos, y en no exigir asistencia letrada obligatoria (arts. 1 y 3). Yerra, empero, al omitir la gratuidad del procedimiento, puesto que el actor debe tributar un 1% del monto reclamado como “tasa de justicia”,⁶⁸ y también al prever un breve plazo de caducidad de la acción: un año desde cometido el hecho dañoso –si bien solo para el proceso especial, quedando abierto el ordinario, por los plazos corrientes en materia de prescripción– (arts. 4 y 5).

Lejos del MERCOSUR, en el ámbito de la Unión Europea (“UE”) se reguló el “proceso europeo de escasa cuantía”, a través del Reglamento (CE) 861/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo de la Unión Europea. El ámbito de aplicación está constituido por los litigios civiles y comerciales⁶⁹ transfronterizos que no supe-

67. CUETO RÚA, Julio C., “La mediación y los juicios por resarcimiento de daños”, en BUERES, Alberto J. y KEMELMAJER de CARLUCCI, Aida (dirs.), *Responsabilidad por daños en el tercer milenio. Homenaje al Profesor Doctor Atilio Aníbal Alterini*, p. 1009.

68. Entre nosotros, “[l]as actuaciones judiciales que se inicien de conformidad con la presente ley en razón de un derecho o interés individual gozarán del beneficio de justicia gratuita. La parte demandada podrá acreditar la solvencia del consumidor mediante incidente, en cuyo caso cesará el beneficio.” (art. 53, LDC). Es decir que se establece, a modo de presunción *iuris tantum*, la gratuidad del proceso judicial para el consumidor. Asimismo, debería consagrarse la del procedimiento administrativo en que se ventila la pretensión por daño directo, pero la Ley 26.361 nada dijo al respecto. Desde luego, la gratuidad debería extenderse también a dicho proceso, por ser la interpretación más favorable al consumidor (art. 3, LDC).

69. Dentro de los cuales se incluye el consumo. Si bien la materia no se trató de forma específica en el ámbito de aplicación, sí fue tenida en cuenta entre los considerandos del Reglamento: “*El Consejo Europeo reunido en Tampere los días 15 y 16 de octubre de 1999 invitó al Consejo y a la Comisión a*

ren los dos mil euros, mejorando así el acceso a la justicia y reduciendo los costos. El procedimiento es opcional y se aplica en todos los Estados miembros –salvo Dinamarca– desde el 1 de enero de 2009.

El siguiente es un punto crucial: todos los procedimientos anteriores mencionados prevén como único límite para la procedencia de la acción el monto máximo de la demanda. ¿Por qué en la Argentina, si la intención del legislador era crear un procedimiento simplificado y célere que permitiera al consumidor obtener un rápido resarcimiento en causas de menor envergadura, fue necesario exigir tantos otros requisitos? Se debe lesionar un derecho subjetivo, este debe ser susceptible de apreciación pecuniaria, el daño debe haber recaído directamente sobre la persona o los bienes del consumidor... *Pero el único elemento verdaderamente relevante es el tope dinerario*, única cuestión objetiva que justifica –por la menor cuantía de lo pretendido– un proceso más ágil. Solo atendiendo a la genuina finalidad del proceso y excluyendo requisitos adicionales, se ampara plenamente al consumidor a la hora de reclamar.

Y esto lleva a la segunda cuestión esencial: ¿reclamar ante quién? En la UE la competencia para entender en el proceso de escasa cuantía está en cabeza del Poder Judicial (arts. 2 a 9, 12, 14, 16, 18, 20 y 22 a 25 del Reglamento). En Brasil, también (art. 3, Ley 9099/95). En Paraguay, también (art. 684, Ley 1337). Y en Uruguay, también (art. 1, Ley 18.507). Vale decir, en todos los casos, quien decide sobre la indemnización del consumidor es *el juez*. En Argentina, lo hace la Administración, con los inconvenientes que ello implica cuando la imparcialidad e independencia no están en los hechos plenamente garantizadas.

5. CONCLUSIONES

El consumidor es la parte débil en la relación con el proveedor, quien frecuentemente causa *pequeños daños* a una gran masa de aquéllos. Los consumidores deben tener a su disposición un proceso especial, ágil y simplificado, para concretizar la reparación del perjuicio que han sufrido. El reconocimiento sustantivo de un derecho no sirve de nada cuando no se prevé, también, una vía adecuada a través de la que hacerlo efectivo.

La Ley 26.361, que reformó la Ley 24.240 de Defensa del Consumidor, incorporó el daño directo con esta noble finalidad, pero con una pésima redacción; y,

establecer unas normas de procedimiento comunes para la tramitación simplificada y acelerada de litigios transfronterizos relativos a demandas de escasa cuantía en materia de consumo o de índole mercantil” (consid. 4 –el destacado nos pertenece–).

como se suele decir, *el infierno está lleno de buenas intenciones y el cielo de buenas obras*.

Ya en el primer párrafo, que da la noción de la figura receptada, encontramos tres importantes defectos: se identifica el daño con la lesión a un derecho subjetivo, se exige su patrimonialidad y se limita la extensión de la responsabilidad. El único límite relevante a los efectos de la simplicidad del proceso debería ser el *quantum* máximo (lo que, como vimos, ocurre en otros ordenamientos jurídicos) y, sin embargo, el legislador previó también aquellas otras fútiles exigencias. El corolario no es sino la restricción de la protección al consumidor, al negarle legitimación para iniciar el proceso especial cuando sufriera una lesión en un interés lícito no reconocido expresamente en la norma, cuando este fuera extrapatrimonial, o cuando el daño fuese indirecto o mediato.

A su vez, la regulación de la figura es inconstitucional en cuanto confiere a la Administración la potestad jurisdiccional de determinar la existencia del daño directo y condenar a su resarcimiento. Ello conculca el principio de división de poderes en que reposa la forma republicana de gobierno así como también la garantía de defensa en juicio y del juez natural, pues aún desde la tesis que flexibiliza estos principios, no se cumple con la totalidad de los requisitos que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha establecido para estos casos excepcionales –en particular, los de imparcialidad e independencia del juzgador–.

Sin perjuicio de ello, cabe rescatar el valor del “daño directo” en tanto proceso especial, ágil y simplificado para litigios de menor envergadura. No nos cabe duda de que, bien regulada, se trata de una institución útil en el marco del consumo. Sería deseable que, en una futura reforma legislativa, estas importantes deficiencias fueran modificadas en el sentido de las interpretaciones que *de lege ferenda* hemos efectuado.

Hasta tanto, no habrá más remedio que asentir en coincidencia con quien dijera: “*consumers are increasingly feeling that they are being taken for a ride*”.⁷⁰

6. ADDENDUM A PROPÓSITO DEL ANTEPROYECTO DE REFORMA DEL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN⁷¹

El mismo anteproyecto de ley que propone la aprobación –como Anexo I– del Código Civil y Comercial de la Nación referido en la nota al título de este trabajo, también prevé –en su Anexo II– la sustitución de determinados artículos de leyes

70. Senador Larry Edwin Craig, por el Estado de Idaho, que ha estado en el Congreso de los Estados Unidos de manera ininterrumpida desde 1991.

71. Agregado el 31 de julio de 2012.

específicas.⁷² En el tema que nos ocupa, este último Anexo reformula el art. 40 bis de la Ley 24.240 modificada por La ley 26.361 de la siguiente manera:

Los organismos de aplicación pueden fijar las indemnizaciones para reparar los daños materiales sufridos por el consumidor en los bienes objeto de la relación de consumo. Esta facultad solo puede ser ejercida por organismos de la administración que reúnan los siguientes requisitos: a) la ley de creación les ha concedido facultades para resolver conflictos entre particulares y la razonabilidad del objetivo económico tenido en cuenta por el legislador para otorgarles esa facultad es manifiesta; b) están dotados de especialización técnica, independencia e imparcialidad indubitadas; c) conforme con la ley de creación, sus decisiones gozan de autoridad de cosa juzgada y son susceptibles de cumplimiento forzoso según las reglas relativas a la ejecución de sentencias; d) sus decisiones están sujetas a control judicial amplio y suficiente.

Este artículo no se aplica a las consecuencias de la violación de los derechos personalísimos del consumidor, su integridad personal, su salud psicofísica, sus afecciones espirituales legítimas, las que resultan de la interferencia en su proyecto de vida ni, en general, a las consecuencias no patrimoniales.

La redacción proyectada presenta, a nuestro juicio, una virtud esencial, contenida —como podrá deducir el lector a esta altura del trabajo— en el segundo párrafo del precepto reformulado. Es evidente que se ha tomado como parámetro el estándar de constitucionalidad de la CSJN establecido en el fallo “Ángel Estrada” en punto al ejercicio de facultades materialmente jurisdiccionales por órganos de la Administración, toda vez que en los incisos “a”, “b”, y “d” se recoge la totalidad de los requisitos enumerados en el mentado decisorio y analizadas en el tercer acápite de nuestro ensayo.⁷³ Más aún: aplaudimos la profundización en el grado de algunas de las exigencias (el carácter *manifiesto* de la razonabilidad del objetivo económico tenido en cuenta por el legislador para otorgar facultades jurisdiccionales a los organismos administrativos, y la especialización, independencia e imparcialidad *indubitadas*).

72. Cabe recalcar que el art. 45 de la “legislación complementaria” al Anteproyecto elevado al Poder Ejecutivo Nacional por la Comisión de Reformas preveía la derogación del art. 40 bis de la Ley 24.240 incorporado por la Ley 26.361. La reformulación del precepto —en lugar de su eliminación— constituye uno de los cambios introducidos por el Ejecutivo, el cual aplaudimos por entender la conveniencia del daño directo (en rigor, de los procesos de menor cuantía) en el Derecho del Consumo, como institución en sí misma considerada.

73. Lo dispuesto en el inciso “c” puede no tener implicancias constitucionales, pero no resulta inconveniente pues contribuye a que lo resuelto no se torne ilusorio sino que su cumplimiento sea efectivamente exigible.

Empero, esta mejora fundamental en lo atinente a la constitucionalidad del funcionamiento se desdibuja a poco que se examine la conceptualización del daño que funda la institución bajo análisis: aquí se presentan aciertos y defectos parciales. Así, la nueva redacción elimina la necesidad de que se afecte un *derecho* del usuario o consumidor, y también que se ocasione el perjuicio de manera *inmediata* (en efecto, la figura dejaría de llamarse “daño directo”). Mas esta ampliación del ámbito de procedencia encuentra una reducción como contrapartida: solo se contempla el menoscabo respecto de *bienes* objeto de la relación de consumo (excluyéndose aquellos que se causan sobre su persona), y se mantiene —con mayor intensidad, atento al último párrafo del artículo proyectado— el estricto carácter patrimonial del perjuicio.

Con todo, la más radical de las reformas resulta la eliminación del tope por el cual se puede reclamar ante la Administración; este cambio ressignifica el sentido y la esencia de la figura en sí misma concebida. Ciertamente es que nada habría que objetar, desde el punto de vista de la legitimidad, a un juzgamiento administrativo —por cuantioso que fuese lo pretendido— en los que se verifiquen los requisitos enumerados en “Ángel Estrada” y ahora en la nueva redacción. Sin embargo, tal como hemos sostenido y es tendencia en el Derecho Comparado, el prever un proceso diferenciado, gratuito y simplificado en materia de consumo debe apuntar a la célere reparación de daños menores —no por eso irrelevantes—, reservándose para el proceso ordinario ante la Justicia las demandas más importantes (y en las que podrían ventilarse las derivadas de lesiones a intereses insusceptibles de apreciación pecuniaria). Así pues, la “reinención” del “daño directo” no atentaría en este punto contra preceptos o principios consagrados por la Norma Fundamental, pero sí contra la función propia y práctica de la figura.

Estas ideas, como tantas otras, son aún pasibles de ser expuestas y oídas en la instancia de tratamiento legislativo del Proyecto y su legislación complementaria. Es nuestro deseo que en el debate parlamentario se aborden en profundidad las importantes cuestiones que analizamos, y que de la pluralidad de puntos de vista surjan las disposiciones más justas y depuradas posibles. De ello dependerá, al menos en un aspecto, la vida cotidiana de millones de personas.

BIBLIOGRAFÍA

- ALTERINI, Atilio A., AMEAL, Oscar J. y LÓPEZ CABANA, Roberto M., *Derecho de las Obligaciones*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2001.
- ÁLVAREZ LARRONDO, Federico M., “El impacto procesal y de fondo de la nueva Ley 26.361 en el Derecho del Consumo”, en VÁZQUEZ FERREYRA, ROBERTO (dir.), *La Ley – Suplemento especial reforma de la Ley de Defensa del Consumidor*, consultado en La Ley online el 18/10/2011 (<http://www.laleyonline.com.ar>)
- BALBÍN, Carlos F., *Curso de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, La Ley, 2007.
- BIELSA, Rafael, *Derecho Administrativo*, Buenos Aires, La Ley, 1966.
- BUERES, Alberto J., comentario al art. 40 bis en PICASSO, Sebastián y VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto A. (dirs.), *Ley de Defensa del Consumidor comentada y anotada*, Buenos Aires, La Ley, 2009, t. I, pp. 538-546.
- BUSTAMANTE ALSINA, Jorge H., *Teoría general de la responsabilidad civil*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1997.
- CALVO COSTA, Carlos A., *Derecho de las obligaciones*, Buenos Aires, Hammurabi, 2010.
- CUETO RÚA, Julio C., “La mediación y los juicios por resarcimiento de daños”, en BUERES, Alberto J. y KEMELMAJER de CARLUCCI, Aída (dirs.), *Responsabilidad por daños en el tercer milenio. Homenaje al Profesor Doctor Atilio Aníbal Alterini*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1997, pp. 1009-1013.
- FARINA, Juan M., *Derecho del consumidor y del usuario*, Buenos Aires, Astrea, 2008.
- GHERSI, Carlos A. (dir.) y WEINGARTEN, Celia (coord.), *Tratado de daños reparables*, Buenos Aires, La Ley, 2008.
- GRAÑA, Eduardo R., “Las garantías de la independencia de los jueces. Los fallos ‘Bonorino Perú’ y ‘Masi’”, en DALLA VIA, Alberto R. (dir.), *Derecho Constitucional. Colección de Análisis Jurisprudencial*, Buenos Aires, La Ley, 2002.
- HAMILTON, Alexander; MADISON, James y JAY, John, *El Federalista*, México D. F., Fondo de Cultura Económica, 1993.
- KRIEGER, Walter F., *Sobre la inconstitucionalidad del artículo 40 bis de la Ley de Defensa del Consumidor*, consultado en La Ley online el 16/10/2011 (<http://www.laleyonline.com.ar>).
- LAMBÍAS, Jorge J. y RAFFO BENEGAS, Patricio (actualizador), *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2005.
- MAIRAL, Héctor A., *Control judicial de la Administración Pública*, Buenos Aires, Depalma, 1984.
- MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1995.
- MOLINA SANDOVAL, Carlos, *Derecho de Consumo*, Córdoba, Advocatus, 2008.

- MONTES DE OCA, Manuel A., *Lecciones de Derecho Constitucional. Notas tomadas de las conferencias del Doctor M. A. Montes de Oca por Alcides Calandrelli*, Buenos Aires, Imprenta y Litografía “La Buenos Aires”, 1910.
- MOSSET ITURRASPE, Jorge, *Responsabilidad por daños*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1998.
- PALACIO, Lino E, *Derecho procesal civil*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1976.
- PINESE, Graciela G. y CORBALÁN, Pablo S., *Ley de Defensa del Consumidor*, Buenos Aires, Cathedra Jurídica, 2009.
- PICASSO, Sebastián, comentario al art. 40 *bis* en PICASSO, Sebastián y VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto A. (dirs.), *Ley de Defensa del Consumidor comentada y anotada*, Buenos Aires, La Ley, 2009, t. I, pp. 525-537.
- PICASSO, Sebastián, “Nuevas categorías de daños en la Ley de Defensa del Consumidor”, en ALEGRÍA, Héctor y ANAYA, Jaime L. (dirs.) y SICOLI, Jorge S. y CHÓMER, Héctor O. (coords), *Derecho Comercial. Doctrinas esenciales*, Buenos Aires, La Ley, 2009, t. V, pp. 823-842.
- PIZARRO, Ramón D. y VALLESPINOS, Carlos G., *Instituciones de Derecho Privado. Obligaciones*, Buenos Aires, Hammurabi, 1999.
- PREVOT, Juan M., *Manual de jurisprudencia: daños y perjuicios: Parte General*. Buenos Aires, La Ley, 2008.
- SHINA, Fernando E., “Una interpretación piadosa del daño directo”, publicado en *elDial.com* - DC14A8.

CONCURSO “DR. IGNACIO WINIZKY” SOBRE DERECHO CIVIL

En la presente sección se publican los trabajos ganadores de los dos primeros premios del IX Concurso de Ensayos “Dr. Ignacio Winizky” sobre Derecho Civil, organizado por Lecciones y Ensayos en el año 2011. El jurado estuvo conformado por las Dras. Elena I. Highton de Nolasco, Aída Kemelmajer de Carlucci y el Dr. Alberto J. Bueres.