

El rol del daño en la Defensa del Consumidor

Por MERCEDES I. AVELDAÑO y DANIELA ALETTI

1. El papel del daño: límites del campo de juego

El daño en el marco de la Protección al Consumidor juega dos roles bien diferenciados.

Uno de ellos se relaciona con la aplicación de la sanción una vez que la infracción se comprueba cometida, qué sucede cuando en realidad no existió daño al consumidor, el interrogante es si la multa procede pese a ello.

El otro aspecto tratará de dar respuesta a los casos en los cuales la infracción también se cometió y si bien el daño al consumidor sí existió, a diferencia del supuesto anterior, éste es tan pequeño que el sentido común no permitiría sostener la posibilidad cierta de iniciar una acción de daños y perjuicios para su resarcimiento.

2. El daño y la multa

La cuestión se plantea en torno a si una vez probada la infracción cometida, la inexistencia del daño al consumidor puede o no funcionar de *defensa o causa exculpatoria* para evitar la aplicación de la sanción.

La respuesta es la innecesariedad de la injerencia del daño como causa de la multa. Su fundamento radica en que el objeto del procedimiento sancionatorio es procurar el efectivo cumplimiento de la ley de Defensa al Consumidor. De este modo, el bien tutelado mediante aquel procedimiento es el *interés público*¹ que se halla en el

¹ El interés público al que nos referimos no es un concepto que justifique cualquier avasallamiento a los derechos de los particulares con una simple frase abstracta y vacía de contenido, sino al *interés público* tal como lo explica AGUSTÍN GORDILLO, *Tratado de derecho administrativo*, t. 2, *La defensa del*

respeto a la ley, por ello no se requiere ningún otro requisito para la imposición de una multa que la configuración de una infracción.

Es lógico que así sea así debido a que en el mecanismo sancionatorio previsto legalmente, el consumidor pone en marcha la actividad estatal, pero su intervención se limita a la denuncia inicial — de no encontrar solución a través de la conciliación—. Vale decir que luego de la imputación de la infracción ya no es parte el denunciante a quien se lo ha afectado con la infracción. En consecuencia, el resto del procedimiento continuará a cargo de la autoridad de aplicación, quien de hallar responsable al denunciado impondrá la sanción que corresponda siempre, claro está, con el resguardo al debido proceso en todas las etapas.

Así, el producido de la multa tiene por destino exclusivamente las arcas del Estado y nunca la retribución por el daño que se haya ocasionado. De allí que el daño sea totalmente independiente de la multa y que no se necesite la configuración del primero para la imposición de la segunda.

En este sentido la jurisprudencia federal sostuvo que “lo que sanciona la ley de defensa del consumidor es la omisión o incumplimiento de los deberes u obligaciones a cargo de los prestadores de bienes y servicios que fueron impuestos como forma de equilibrar la relación prestatario-consumidor. Se trata de infracciones formales donde la verificación de tales hechos hace nacer por sí la responsabilidad del infractor. No se requiere daño concreto sino simplemente el incumplimiento de lo prescripto por la ley, sin que pueda ser causa exculpatoria el hecho que haya mediado error.”²

Los tribunales de la Ciudad también adhirieron a la misma orientación: “la ley de defensa del consumidor sanciona las infracciones a las obligaciones por ella impuestas, con prescindencia del daño sufrido por el consumidor, es decir, no se

usuario y del administrado, Buenos Aires, FDA, 2003, 6ª ed., cap. VI, § 5.1 a § 5.4, pp. 28-32. Ver también D' ARGENIO, INÉS, *La Justicia Administrativa en Argentina*, Buenos Aires, FDA, 2003, cap. V, secc. A, § 84 a § 87, pp. 143-9; “La cuestión del interés público vinculado a la emergencia”, en MILJIKER, MARÍA EVA (Coord.), *El derecho administrativo de la emergencia, I*, Buenos Aires, FDA, 2003, pp. 31-40; “Un juez contra el eje autoritario del derecho administrativo”, *LL, SJDA*, noviembre 2004, p. 7; ARIAS, LUIS FEDERICO, “Derecho Administrativo: ¿ciencia jurídica o ciencia ficción?”, en SCHEIBLER, GUILLERMO (Coord.), *El derecho administrativo de la emergencia, IV*, Buenos Aires, FDA, 2005, pp. 101-9.

² CNFed. CA, Sala II, *Capesa SAICFIM c/ Sec. De Com. e Inv. – Disp. DNCI N° 137/97*, sentencia de fecha 18/12/1997.

requiere la prueba ni existencia del daño alguno, basta que se configure un formal incumplimiento como el de autos para merecer reproche y sanción legal.”³

3. *El daño y su reparación*

El problema de la ausencia de mecanismos de tutela a los derechos del consumidor se presenta en la franja de daños de *menor cuantía que a su vez tienen un efecto o proyección exclusivamente individual*.

Dicho de otro modo, frente a supuestos de prácticas en violación a los derechos del consumidor que afectan *a un colectivo por idéntica razón*,⁴ tenemos a nuestro alcance las acciones colectivas⁵ (sin perjuicio de todas las dificultades que revisten este tipo de acciones que no cuenta con una debida regulación legal).

Por otro lado frente a un perjuicio que se generó solo a un particular que tenga una dimensión económica que justifique la iniciación de una demanda en sede civil, se planteará la tradicional acción de daños y perjuicios.

Así la incógnita se encuentra en el campo de los *pequeños daños al consumidor*, por ejemplo será el caso de quien recibió una mala facturación por un servicio privado debiendo abonar sumas de 20 o 30 pesos demás. Qué sentido tendría realizar una acción por sumas tan pequeñas, conociendo los *gastos* y el *tiempo* que lleva un proceso judicial tradicional.

Son diversas las respuestas que podríamos dar a este planteo: ¿Tribunales judiciales de menor cuantía, con un procedimiento especial? ¿Tribunales arbitrales ad

³ CCAyT CABA, Sala II, *Bank Boston N.A. c/ GCBA*, expte. RDC 732/0, 05/07/2005, cons. 9°. En igual sentido, CCAyT CABA, Sala II, *Swiss Medical S.A. c/ GCBA*, expte. RDC 154/0, 26/07/2005, cons. 15; *Telecom Personal S.A. c/ GCBA*, expte. RDC 738/0, 18/08/2005, cons. 16.

⁴ Ver Juzg. Com. N° 18, *Dirección General de Defensa del Consumidor c. Banca Nazionale del Lavoro*, 31/08/2004 con nota de GORDILLO, “La Dirección General de Defensa y Protección del Consumidor de la Ciudad de Buenos Aires, acciones de clase, tribunales judiciales y tribunales administrativos; un futuro proyecto de tribunales administraciones para los servicios público”, *LL*, 2005-A, 818; el autor no sólo comenta el fallo que admite la acción de clase en defensa de los derechos de incidencia colectiva de los usuarios y consumidores, sino que además comenta su propia experiencia en relación al funcionamiento de la Dirección.

⁵ GORDILLO, *Tratado...*, t. 2, *op. cit.*, cap. II, “Derechos de incidencia colectiva” y cap. III, “El derecho subjetivo en el derecho de incidencia colectiva”; JEANNERET DE PÉREZ CORTÉS, MARÍA, “La legitimación del afectado, del Defensor del Pueblo y de las asociaciones. La reforma constitucional de 1994 y la jurisprudencia”, *LL*, 2003-B, 1333; DANIELE, NÉLIDA MABEL, en BALBÍN, CARLOS F. (dir.), *Código Contencioso y Tributario de la Ciudad de Buenos Aires. Comentado y Concordado*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2003, comentario al art. 6°, pp. 90-115, esp. § 4, pp. 95-9.

hoc? ¿Ampliación de las facultades de la autoridad de aplicación? ¿Es factible otorgar la facultad de fijar daños y perjuicios a una autoridad administrativa, tras lo sostenido por la Corte en el fallo *Angel Estrada*⁶?

El problema es tanto nacional como local, pues no existe solución ni en la Ley 24.240 ni en la Ley 757 de la Ciudad.

Actualmente existe un proyecto de reforma de la Ley Nacional de Defensa del Consumidor, que tramita bajo el n° de expediente 7171-D-04 que propone, entre otras modificaciones, realizar el siguiente agregado:

“Artículo 47 bis.- Multa a favor del consumidor. Verificada la infracción, además de las sanciones establecidas en el artículo anterior, y teniendo en cuenta los criterios y parámetros enumerados en el párrafo primero del artículo 49 de la presente ley, la Autoridad de aplicación podrá imponer al proveedor una multa a favor del consumidor de hasta un máximo de PESOS TRES MIL (\$ 3.000), monto que será actualizado anualmente en los términos del artículo 47, inciso b). En lo que a esta multa refiera, el acto administrativo por el que sea impuesta será apelable por el proveedor en los términos del artículo 45 de la presente ley, y una vez firme, constituirá título ejecutivo a favor del consumidor. Las sumas que el proveedor pague al consumidor en cumplimiento de esta multa serán deducibles de las indemnizaciones que pudieren corresponderle a éste por acciones eventualmente incoadas en sede judicial con base en la misma relación de consumo”

En punto a los fundamentos de esta reforma legislativa se ha propuesto que frente a la ausencia de respuesta de aquellos casos ventilados en sede administrativa por denuncias de consumidores, cuando no se ha podido alcanzar una conciliación de intereses en la etapa correspondiente, el consumidor no accede a reclamar por vía judicial, en razón de la falta de relación entre el monto de la demanda y los costos e inconvenientes que le acarrearía promoverla. “Ve así frustradas sus expectativas justas cuando el proveedor en efecto infringió la ley 24.240 de Defensa del Consumidor y únicamente es sancionado, sin que nadie en lo personal lo indemnice finalmente de ninguna manera. De entre las varias alternativas que habría para resarcir al consumidor en forma más o menos rápida y sencilla, se ha optado por la de dotar a la Autoridad

⁶ CSJN, *Angel Estrada*, 05/04/2005, LL, SJDA, julio 2005, p. 35, comentado entre otros por GORDILLO, AGUSTÍN, “Angel Estrada”, JA, *Suplemento Especial, en prensa*; GARCÍA SANZ, AGUSTÍN, “Limitación de responsabilidad y servicios públicos: Cuando el sol es más grande que la mano (Notas al margen del fallo «Estrada»”, LL, SJDA, julio 2005, p. 20; MORA, ROBERTO D., “Una de cal y otra de

Administrativa de Aplicación de la ley N° 24.240 de Defensa del Consumidor de potestad para fijar una multa civil a su favor y a cargo del proveedor sancionado, por una cantidad límite, discrecionalmente fijada en orden a los PESOS TRES MIL (\$ 3.000), suma pequeña pero que se corresponde con importes por los que los consumidores, la experiencia lo indica, no ocurren a la sede judicial por los inconvenientes que habitualmente encuentran para hacerlo.”⁷

La solución que adopta el proyecto es una de las posibles, aunque, presenta aristas complejas o bien que nos suscitan cierta incertidumbre. Es que por un lado resulta apropiado al sentido común la posibilidad de una instancia administrativa: gratuita, informal, relativamente simple y rápida (en comparación con los términos que maneja la justicia) pero por otra nos proporciona toda suerte de incógnitas.

La primera de ellas surge a la vista: un procedimiento sancionatorio tiene por finalidad el resguardo de la legalidad prioritariamente. De este modo, si de corroborarse la infracción y el daño producido al particular, éste obtendrá un resarcimiento, así se establece un objetivo diverso al que prioritariamente atiende el procedimiento. Ello no significa que necesariamente sean incompatibles, un procedimiento sancionatorio y uno que tienda a reparar el perjuicio producido, siempre que se respete el debido proceso adjetivo y los principios de verdad material, de razonabilidad sustancial y formal, informalismo a favor del administrado, etc.

En consecuencia, es susceptible de reverse la intervención del particular en este marco: ¿es posible negar toda participación a quien puede beneficiarse con la multa? ¿Tendría el carácter de parte en ese procedimiento y no de mero denunciante, como lo es actualmente?

Creemos que la respuesta, de acuerdo a los principios arriba señalados, no puede ser sino más que la primera, deberá ser tenido como parte con las proyecciones y garantías consecuentes en las distintas etapas del procedimiento.

arena (a propósito del fallo «Angel Estrada y Cía S.A.»), *LL, SJDA*, mayo 2005, p. 20; FALLETI, N. ATILIO, “Un caso con potencial aprovechado en parte”, *LL, SJDA*, julio 2005, p. 35.

⁷ Tal como surge de la fundamentación del proyecto, obrante bajo n° de expte. 7171-D-04. Una solución similar se estableció para los supuestos de deficiente prestación del servicio electroenergético. En torno a ello, sin embargo, se han producido diversos debates, tras el pronunciamiento de la Corte en el caso *Angel Estrada, op. cit.*

A juicio de los que promovieron la iniciativa, los requisitos que debería cumplir la autoridad de aplicación de la norma, son: que los organismos hayan sido creados por ley, dirigidos por funcionarios que gocen de independencia e imparcialidad y sus decisiones estarán sujetas a control judicial. Asimismo, coadyuvarían al logro de una mayor uniformidad en la interpretación de la ley de defensa al consumidor.

Por otro lado, no podemos dejar de pensar en el otorgamiento de facultades jurisdiccionales a la administración. La fijación de un resarcimiento de daños y perjuicios, en principio, es una potestad que constitucionalmente se ha otorgado al Poder Judicial. La cuestión ha sido tratada por la Corte *in re* “Angel Estrada y Cía. S. A.”⁸

Sin embargo creemos que la existencia de tribunales administrativas independientes e imparciales darían una respuesta al conflicto, tal como ya lo ha señala GORDILLO⁹.

Es que no es posible otorgar garantías suficientes para la tutela de los derechos en juego si no hay un organismo que posea: idoneidad técnica en la materia, cuyas autoridades hayan sido elegidas a través de concursos públicos (en un procedimiento en el que medie audiencia pública y participación ciudadana¹⁰), con garantías de inamovilidad en sus cargos (mientras dure su buen desempeño) e independencia funcional de los poderes políticos.

Necesariamente las decisiones que tomen deberán estar sujetas *siempre e indefectiblemente* al más amplio control judicial. Es indispensable que las partes intervinientes tengan garantizada la posibilidad de discutir las resoluciones de la autoridad administrativa en la instancia judicial, pues de lo contrario no podrían ser menos que inconstitucionales sus actos.

Vale decir, el *acceso a la justicia* —previsto constitucionalmente y por los tratados supranacionales—, es ni más ni menos que *acceder a la tutela judicial efectiva*, la cual de ninguna manera puede ser sustituida, remplazada, limitada por la

⁸ Ver *supra*, nota 6.

⁹ GORDILLO, “Tribunales administrativos o tribunales judiciales en materia fiscal o administrativa en América Latina”, en AA.VV., *Memorias del Primer Congreso Internacional de Justicia Fiscal y Administrativa*, t. V, México, Tribunal Fiscal de la Federación, 1982, p. 179 y ss. ; también como cap. II, de *Problemas del control de la administración pública en América Latina*, Madrid, Civitas, 1981; “Los tribunales administrativos como alternativa a la organización administrativa”, en UNIVERSIDAD AUSTRAL, *Organización administrativa, función pública y dominio público*, Buenos Aires, RAP, 2005, pp. 955-62; “La Dirección General de Defensa y Protección del Consumidor de la Ciudad de Buenos Aires...”, *op. cit.*

¹⁰ Sobre la importancia y necesidad de la participación ciudadana ver: CAPLÁN, ARIEL R. / SCHEIBLER, GUILLERMO M. (coord.), *Manual de la Ciudadanía Activa*, Buenos Aires, Asociación Civil Carlos Sánchez Viamonte, 2005, esp. cap. 5, “La importancia de la participación”, pp. 61-6; CAPLÁN, ARIEL, “La participación de los usuarios en materia de servicios públicos”, en MILJIKER (Coord.), *El derecho administrativo de la emergencia, I, op. cit.*, pp. 171-5; del mismo autor “Hacia una nueva relación entre los usuarios y los organismos multilaterales”, en SCHEIBLER (Coord.), *El derecho administrativo de la emergencia, IV, op. cit.*, pp. 35-43; ALANÍS, SEBASTIÁN D., “El acceso a la información pública como elemento de transformación de la emergencia”, en AHE, DAFNE SOLEDAD (Coord.), *El derecho administrativo de la emergencia, II*, Buenos Aires, FDA, 2002, pp. 69-82. Ver también ROMERO, RICARDO (Comp.), *Democracia Participativa, una utopía en marcha*, Buenos Aires, Ediciones Cooperativas, 2005.

etapa administrativa. De allí que no pueda concebirse, siquiera, un tribunal administrativa ajeno al control judicial posterior y suficiente.

Con el proyecto transformado en ley más las previsiones reseñadas, miles y miles de consumidores y usuarios podrán encontrar la solución y reparación a sus daños a través de la actuación de tribunales administrativos independientes e imparciales. Sin embargo, nada puede obstar a que las partes luego discutan la resolución administrativa en la sede judicial por estar en desacuerdo con aquella, en pleno uso de su garantía de defensa en juicio, existencia de juez natural y acceso a la tutela judicial efectiva.

Con estos recaudos, entendemos que el proyecto de ley analizado vendrá a solucionar un sin número de casos en los cuales los usuarios y consumidores hasta ahora no ven resarcidos sus perjuicios, cuando el monto de ellos no justifica activar el costoso aparato judicial.