

CASSAGNE
ABOGADOS
BIBLIOTECA

Derechos, garantías y potestades en los contratos públicos

Jornadas organizadas
por la Universidad Austral
Facultad de Derecho

Derechos, garantías y potestades en los contratos
públicos / Homero M. Bibiloni ...

[et.al.]. -

1a ed. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires : Rap, 2014.
544 p. ; 24x17 cm.

ISBN 978-987-694-011-5

1. Derecho Administrativo. I. Bibiloni, Homero M.
CDD 342.06

© Ediciones *Rap* S. A.

Talcahuano 758 PB "B" (C1013AAP)

Ciudad de Buenos Aires - República Argentina

4374-0661 líneas rotativas

consulta@revistarap.com.ar

www.revistarap.com.ar

Queda hecho el depósito
que establece la Ley 11.723

ISBN: 978-987-694-011-5

IMPRESO EN LA ARGENTINA

Prohibida la reproducción total o parcial, por medios electrónicos
o mecánicos, incluidos fotocopia, grabación magnetofónica
y cualquier sistema de almacenamiento de información
sin autorización escrita del Editor.

Este libro se terminó de imprimir en abril del año 2014 en los
talleres de Artes Gráficas Del Sur sitos en la calle Alte. Solier N° 2450,
Sarandí, Pcia. de Buenos Aires (CP 1872),
Tel.: 4204-2986.

EXPOSITORES

Homero M. Bibiloni
Carlos A. Botassi
Alfonso Buteler
Fabián O. Canda
Armando N. Canosa
M. Claudia Caputi
Julio P. Comadira
Pedro J. J. Coviello
Oscar A. Cuadros
Isaac A. Damsky
María Agustina Fanelli Evans
Pablo O. Gallegos Fedriani
Fernando García Pullés
Alfredo S. Gusman
Blanca A. Herrera de Villavicencio
Miriam M. Ivanega
Marcelo A. Jones

Leonardo Massimino
Ismael Mata
Eduardo Mertehikian
Laura Monti
Ricardo A. Muñoz (h)
Jorge I. Muratorio
Alejandro Pérez Hualde
Pablo E. Perrino
Mario Rejtman Farah
María José Rodríguez
Estela B. Sacristán
Alberto M. Sánchez
José R. Sappa
Domingo J. Sesin
Gabriela A. Stortoni
María Susana Villarruel

MODERADORES

María Inés Ferrero
Matías Posdeley
Jorge Falciola
Paula Ceriani
Gabriela Padrón
María Cecilia Mazzini

ÍNDICE

JORNADAS SOBRE DERECHOS, GARANTÍAS Y POTESTADES EN LOS CONTRATOS PÚBLICOS

El Estado y la legalidad convencional <i>Oscar A. Cuadros</i>	13
El <i>ius variandi</i> y sus límites <i>Miriam M. Ivanega</i>	43
La Ley de Defensa del Consumidor y su incidencia en los contratos públicos <i>Leonardo Massimino</i>	57
Algunos comentarios acerca del régimen jurídico de protección de los usuarios de servicios públicos <i>Pablo E. Perrino</i>	75
Modalidades de contratación (Según el Reglamento del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional, aprobado por el Decreto N° 893/2012) <i>Ismael Mata</i>	97
Rescisión del contrato de obra pública. Consecuencias <i>Alfredo S. Gusman</i>	111
La crisis de la licitación pública. Sobre la forma de los contratos administrativos y cuestiones subyacentes <i>Isaac A. Damsky</i>	125
La concesión de explotación de hidrocarburos como contrato administrativo <i>Marcelo A. Jones</i>	153

El silencio de la Administración frente a las ofertas apartadas del pliego	
<i>M. Claudia Caputi</i>	173
El empréstito público como contrato administrativo	
<i>Alberto M. Sánchez</i>	191
Penalidades y sanciones en el nuevo reglamento de contrataciones	
<i>Fernando García Pullés</i>	201
El enriquecimiento sin causa en la contratación pública	
<i>Pedro J. J. Coviello</i>	213
¿Contratos públicos de las sociedades del Estado?	
<i>Gabriela A. Stortoni</i>	239
La situación jurídica subjetiva de los oferentes, autoexcluidos y terceros en los procedimientos de selección contractual y durante la ejecución y extinción de los contratos	
<i>Julio P. Comadira</i>	271
Los contratos administrativos frente al régimen constitucional de la moneda	
<i>Estela B. Sacristán</i>	295
Avances, retrocesos y algunas ambigüedades en la nueva reglamentación del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional	
<i>Mario Rejtman Farah</i>	313
Hecho del Príncipe y Teoría de la Imprevisión	
<i>Blanca A. Herrera de Villavicencio</i>	327
Los contratos de la Administración pública en la jurisprudencia de la CSJN	
<i>Laura Monti</i>	339
El <i>pacta sunt servanda</i> y los contratos públicos	
<i>Pablo O. Gallegos Fedriani</i>	347
Las medidas cautelares en los contratos administrativos	
<i>Fabián O. Canda</i>	361
La revocación por interés público de los contratos administrativos	
<i>María Susana Villarruel</i>	377

Mitos y verdades sobre el principio de razonabilidad <i>María Agustina Fanelli Evans</i>	383
La revocación por ilegitimidad en los contratos administrativos <i>Alfonso Buteler</i>	393
El Pliego Único de Bases y Condiciones Generales para los contratos regulados por el Reglamento de Contrataciones de la Administración Nacional (aprobado por Decreto N° 893/2012). Su aptitud como herramienta de armonización de la reglamentación con el marco legal <i>María José Rodríguez</i>	405
Contratos Interadministrativos. En la Unión Europea y en la Argentina <i>Ricardo A. Muñoz (h)</i>	413
Contratos administrativos de los entes públicos no estatales <i>José R. Sappa</i>	433
Los Acuerdos Marco del Decreto N° 893/2012 <i>Jorge I. Muratorio</i>	449
Los contratos públicos como regla de derecho en el neoconstitucionalismo <i>Alejandro Pérez Hualde</i>	465
Contratos municipales <i>Carlos A. Botassi</i>	479
La jurisprudencia de Córdoba y los contratos administrativos <i>Domingo J. Sesin</i>	491
Cuestiones ambientales en las contrataciones públicas. Antes, durante y después <i>Homero M. Bibiloni</i>	513
La obra pública en la concesión de servicios públicos <i>Armando N. Canosa</i>	525
Arbitraje y contratos públicos en el derecho argentino. Breves notas sobre una larga tradición <i>Eduardo Mertehikian</i>	533

ALGUNOS COMENTARIOS ACERCA DEL RÉGIMEN JURÍDICO DE PROTECCIÓN DE LOS USUARIOS DE SERVICIOS PÚBLICOS

PABLO E. PERRINO

I. INTRODUCCIÓN

El objeto de esta exposición es abordar algunos aspectos del régimen de protección de los usuarios de los servicios públicos.

Para poder comprender cómo está organizado y funciona en nuestro país dicho régimen es preciso tener en consideración los siguientes dos datos fundamentales: 1) el primero es que, como consecuencia de nuestra forma federal de Estado¹, la Nación, las provincias, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y también los municipios son competentes para intervenir en las tareas de regulación y control de los servicios públicos y para resolver los reclamos de los usuarios frente a los prestadores; y 2) el segundo es la pluralidad de fuentes normativas². El régimen de protección de los usuarios se conforma por un universo de normas de diversa jerarquía y naturaleza, tales como la Constitución Nacional (Arts. 42 y 43); ciertos tratados internacionales de protección de derechos humanos³; de jerarquía constitucional⁴; las constituciones provinciales y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires; los marcos regulatorios sectoria-

¹ Artículos 1º, 121, 122, 123 y 129 de la CN.

² Frustagli, Sandra A., "Pluralismo jurídico. Su incidencia sobre los usuarios de servicios públicos domiciliarios", *JA* 2007-II-1236.

³ Ver Pérez Hualde, Alejandro, "Sistema de protección constitucional del usuario de los servicios públicos: fundamentos y dificultades", Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2006, <http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/artisistemadeproteccionconstitucionalusuario>.

⁴ Artículo 75, inc. 22 de la CN.

les nacionales, provinciales y municipales; la Ley de Defensa de la Competencia, N° 25.156⁵; la Ley de Defensa del Consumidor, N° 24.240⁶ y las normas provinciales y municipales de implementación de esta última.

El objetivo final que se persigue a través de todo este vasto complejo normativo, cuya clave de bóveda y piedra angular radica en el Artículo 42 de la Constitución Nacional, es la protección de la salud, la integridad física y el patrimonio de los usuarios y el aseguramiento de un servicio público en condiciones de calidad y eficiencia.

II. LA APLICACIÓN DE LA LEY DE DEFENSA DEL CONSUMIDOR A LOS SERVICIOS PÚBLICOS

Si bien en la generalidad de los marcos regulatorios sectoriales se establecen previsiones sobre protección de los usuarios, tales como la regulación de derechos y deberes de los usuarios y los prestadores, la constitución de entes reguladores, etc., tales regulaciones se ven complementadas, fundamentalmente, por diversas disposiciones de la Ley N° 24.240, de Defensa del Consumidor, dictada por el Congreso Nacional con arreglo a la facultad que le confiere la Constitución Nacional para dictar la legislación de fondo o de derecho común que rige en forma uniforme en todo el país (Art. 75, inc. 12 CN)⁷.

Esta ley en el año 2008 fue objeto de una muy importante reforma legislativa⁸, en virtud del dictado de la Ley N° 26.361⁹, la cual produjo en lo que concierne a la protección de los usuarios de los servicios públicos dos modificaciones sumamente relevantes: 1) la primera de ellas atinente a la aplicación directa de las normas de la legislación tuitiva de los consumidores a los usuarios de servicios públicos; y 2) la segunda a la habilitación de las autoridades administrativas de aplicación de la legislación de defensa del consumo para intervenir en la resolución de los conflictos entre usuarios y prestadores, sumándose de este modo a la tarea propia de los entes reguladores.

⁵ BO del 20-8-1999.

⁶ BO del 15-10-1993, modificada por las Leyes Nros. 24.787 (BO 2-4-1997), 24.999 (BO 30-7-1999) y 26.361 (BO 7-4-2008).

⁷ La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha expresado que la Ley N° 24.240 integra el derecho común, toda vez que resulta complementaria de los preceptos contenidos en los Códigos Civil y de Comercio (Fallos: 330:133 y 324:4349).

⁸ Ver Alterini, Atilio Aníbal, "Las reformas a la Ley de Defensa del Consumidor. Primera lectura, 20 años después", LL, 2008-B, 1239 y Vázquez Ferreyra, Roberto A. y Avalor, Damián, "Reformas a la Ley de Defensa de los Consumidores y Usuarios", LL 2008-D, 1063.

⁹ BO del 7-4-2008.

Las razones que se invocaron para efectuar las mencionadas reformas legislativas, acaecidas en el marco de un clima político no favorable a los servicios públicos privatizados durante la década de los noventa y a la labor de los entes reguladores, fue la existencia de fallas en el diseño de algunos marcos regulatorios y de malas prácticas de muchos organismos reguladores, que resintió la tutela de los usuarios de los servicios públicos¹⁰.

Veamos rápidamente algunos de los cambios efectuados.

1) La aplicación de la LDC a los servicios públicos

En el texto original de la mencionada normativa se establecía su aplicación supletoria respecto de los servicios públicos domiciliarios, esto es, aquellos que llegan al domicilio de los usuarios por medio de conexiones que requieren instalaciones o artefactos específicos, y que se prestan en la órbita de órganos de control y marcos regulatorios específicos (Art. 25, 2º párrafo). Ello generó dudas y discusiones acerca de su aplicación a los restantes servicios públicos¹¹ y, particularmente, a las concesiones viales¹².

Muchas de las dificultades que suscitaba la redacción originaria del segundo párrafo del Artículo 25 citado quedaron superadas con la reforma efectuada por la Ley N° 26.361 sancionada en 2008. Ello es así por cuanto, con dicha modificación legislativa, la Ley de Defensa del Consumidor dejó de tener carácter supletorio en materia de servicios públicos y quedó en pie de igualdad respecto de las normativas sectoriales de los servicios públicos. Asimismo, se dispuso que, en caso de duda sobre la normativa que rige el caso, será de aplicación la que resulte más favorable para el consumidor. Así, en el párrafo tercero del Artículo 25 se establece: "Los servicios públicos domiciliarios con legislación específica y cuya actuación sea contro-

¹⁰ Cicero, Nidia K., "La reforma de la Ley de Defensa del Consumidor y su impacto en el régimen de los servicios públicos", *JA* 2009-I-1198.

¹¹ Ver Muratorio, Jorge I., "Las reformas a la Ley de Defensa del Consumidor y su impacto sobre los servicios públicos de competencia nacional", *JA* 2008-II-1272.

¹² En favor de la aplicación de Ley de Defensa del Consumidor se pronunciaron, entre otros, Lorenzetti, Ricardo, "Concesiones viales. ¿En qué caso hay responsabilidad?", *Rev. de Derecho de Daños* N° 3, p. 157; Galdós, José M., "Sobre peaje, animales sueltos y relación de consumo. El fallo 'Bianchi'. La clausura definitiva del debate", *LL* 2007-B, 282; Boragina, Juan C. y Meza, Jorge A., "La responsabilidad de los concesionarios de rutas: un fallo ejemplar", *JA* 2000-IV-203; votos de los jueces Lorenzetti y Zaffaroni emitidos en la causa "Ferreira, Víctor D. y otro c/ VICOV S.A.", sent. del 21-3-2006, *LL* supl. del 30-3-2006, con nota de Pizarro, Ramón Daniel, "Responsabilidad de las empresas concesionarias de peaje en un reciente fallo de la Corte Suprema".

lada por los organismos que ella contempla serán regidos por esas normas y por la presente ley. En caso de duda sobre la normativa aplicable, resultará la más favorable para el consumidor”.

Pero además, las laxas nociones de “consumidor” y “proveedor” que contienen los Artículos 1° y 2° reformados y la igualmente amplia conceptualización de la “relación de consumo” que aparece en el Artículo 3°, parecen alcanzar a todos los servicios públicos¹³ (no solo a los domiciliarios¹⁴), e incluso a los concesionarios viales¹⁵.

En tal sentido, de acuerdo con el primer párrafo del Artículo 1°, 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”, y en el párrafo siguiente, incorporado por la Ley N° 26.361, se extiende dicha noción respecto de aquellas personas que (a) sin haber celebrado un contrato con el proveedor, sufren un perjuicio por la utilización o consumo del bien o servicios de que se trate y (b) “a quien de cualquier manera está expuesto a una relación de consumo”.

A su vez, según el Artículo 2°, se considera proveedor a la “persona física o jurídica de naturaleza pública o privada, que desarrolla de manera profesional, aun ocasionalmente, actividades de producción, montaje, creación, construcción, transformación, importación, concesión de marca, distribución y comercialización de bienes y servicios, destinados a consumidores o usuarios”.

Finalmente, en el Artículo 3°, primer párrafo, de la Ley N° 24.240, modificado por la Ley N° 26.361, se define a la relación de consumo como “el vínculo jurídico entre el proveedor y el consumidor o usuario” y en su tercer párrafo se establece que las relaciones de consumo se rigen por lo previsto en dicho cuerpo legal y sus reglamentaciones, sin perjuicio de otras disposiciones legales que resulten de aplicación atendiendo a la actividad que el proveedor desarrolle (v. gr., los marcos regulatorios de los servicios públicos).

¹³ Así, con sustento en la reforma efectuada por la Ley N° 26.361, afirma Cicero: “No hay duda entonces que para la LDC el nexo establecido entre el usuario y el prestador de un servicio público califica como una relación de consumo” (Cicero, Nidia K., “La reforma de la Ley de Defensa del Consumidor y su impacto en el régimen de los servicios públicos”, JA 2009-I-1198).

¹⁴ En rigor, la Ley de Defensa del Consumidor reformada solo menciona a los servicios públicos domiciliarios a los cuales les dedica el Capítulo VI titulado “Usuarios de servicios públicos domiciliarios”. De ahí que dos son las posibles interpretaciones que pueden efectuarse: a) al no haber sido mencionados expresamente los servicios públicos no domiciliarios están excluidos de este régimen normativo o b) que no hayan sido específicamente mencionados por el legislador no conlleva que no estén sujetos a esta normativa, pues ellos están alcanzados por las previsiones de los Artículos 1° a 3° antes citados.

¹⁵ En tal sentido, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha expresado: “Que el vínculo que se establece entre el concesionario de las rutas y los usuarios de las mismas es calificado como una relación de consumo en el derecho vigente” (Fallos: 329:4944).

2) Las autoridades competentes en la protección de los usuarios

Otra modificación de importancia efectuada por la Ley N° 26.361 apuntó a conferirle competencia para intervenir en la tramitación y resolución de los reclamos de los usuarios de servicios públicos a las autoridades administrativas de aplicación de la Ley de Defensa del Consumidor.

Después de la modificación producida en el último párrafo del Artículo 25 de la Ley N° 24.240, los usuarios pueden optar por presentar sus reclamos ante los entes reguladores o ante las autoridades de aplicación de la Ley Defensa del Consumidor, las cuales si bien se han mostrado más proactivas que muchos entes reguladores en la protección de los usuarios, y son mucho más numerosas que los entes reguladores y están distribuidas a lo largo y a lo ancho del país, carecen de la idoneidad técnica propia de los entes reguladores¹⁶.

Al respecto debe tenerse presente que, en virtud de nuestro régimen federal, tienen facultades para intervenir, en forma concurrente, como organismos de aplicación de la normativa protectora de los consumidores, autoridades nacionales, provinciales, de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y también municipales. En tal sentido, el Artículo 41 de la Ley N° 24.240 dispone: "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". A su vez, es usual que mediante las diversas normas de defensa del consumidor dictadas por las provincias, por las cuales se tiende a implementar lo previsto en la legislación nacional, se faculte también a los municipios para intervenir como autoridades de aplicación de la Ley N° 24.240 dentro de los límites de sus respectivos territorios¹⁷.

3) Consecuencias de las reformas comentadas

La reforma legislativa del año 2008 asimiló y equiparó en el trato al usuario del servicio público con el consumidor, a pesar de tratarse de figuras que se mueven en ámbitos muy distintos: los consumidores dentro del mercado, el cual está expresa-

¹⁶ Cicero, Nidia K., "La reforma de la Ley de Defensa del Consumidor y su impacto en el régimen de los servicios públicos", JA 2009-I-1198.

¹⁷ V. gr. Artículos 79 a 82 de la Ley N° 13.133 (Código provincial de implementación de los derechos de los consumidores y usuarios de la Provincia de Buenos Aires).

mente reconocido y protegido por el mismo Artículo 42 de la Constitución Nacional, y el de los usuarios de los servicios públicos, fuera del mercado, pues, como es sabido, los servicios públicos constituyen una actividad que ha sido sustraída de un modo total o parcial, de las reglas del mercado a través de una decisión del legislador, generalmente denominada *publicatio*¹⁸, que implica su sujeción a un régimen especial de derecho público cuya finalidad última es la satisfacción de aquellas necesidades esenciales que llevaron a declarar servicio público esa actividad.

Esta tendencia no es novedosa en el derecho argentino pues en el ya citado Artículo 42 de la Constitución Nacional se confiere un tratamiento conjunto a la situación de los consumidores y a la de los usuarios, si bien estableciéndose algunas diferencias, no menores, en su régimen jurídico, como ser el deber estatal de velar por “la calidad y eficiencia de los servicios públicos”, dictar “los marcos regulatorios de los servicios públicos de competencia nacional” y constituir organismos de control en los que se debe prever “la necesaria participación de las asociaciones de consumidores y usuarios y de las provincias interesadas”.

Pues bien, como consecuencia de la aplicación directa de las disposiciones de la legislación protectora de los consumidores al ámbito de los servicios públicos, esta actividad está directamente sujeta a dos regímenes jurídicos: por un lado, el propio del servicio plasmado en el contrato y el marco regulatorio respectivo y, además, por el general de la legislación de defensa de los consumidores a través del cual se le impone a los prestadores nuevas obligaciones, no previstas en los contratos y en los marcos regulatorios, un nuevo y amplio régimen resarcitorio, como así también un nuevo esquema sancionatorio (que reiteramos se adiciona al reglado en los marcos regulatorios).

Como es fácil advertir, después de la reforma, un prestador corre el riesgo de ser sancionado dos veces por el mismo hecho: por el ente regulador, por haber violado el marco regulatorio mediante la aplicación del régimen sancionatorio allí reglado y también por las autoridades de defensa del consumo con arreglo al esquema punitivo de la legislación de defensa de los consumidores.

¹⁸ Ver: Cassagne, Juan Carlos, *Curso de Derecho Administrativo*, T. II, Buenos Aires, AbeledoPerrot, 2011, 10ª ed., p. 186 y sigs. y Sacristán, Estela B., “Tutela de los usuarios de los servicios públicos: ¿Es la relación de consumo compatible con el servicio público?”, *REDA* N° 78, p. 925 y sigs.

III. LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LOS PRESTADORES DE SERVICIOS PÚBLICOS POR DAÑOS SUFRIDOS POR LOS USUARIOS

Otro aspecto sobre el cual la Ley N° 26.361 produjo modificaciones es el relativo a la responsabilidad patrimonial de los prestadores frente a los usuarios.

III.1. La responsabilidad de los prestadores de servicios públicos en los marcos regulatorios

La mayoría de los marcos regulatorios sectoriales de los servicios públicos contiene mínimas previsiones (algunos ninguna) sobre el deber de reparación de los perjuicios que pueden sufrir los usuarios. En rigor, en ellos solo se establecen pautas sumamente amplias, mediante cláusulas que consagran el deber genérico de los prestadores de reparar las consecuencias disvaliosas de su accionar¹⁹, como también las obligaciones cuyo incumplimiento es susceptible de comprometer la responsabilidad de aquéllos (v. gr., prestar el servicio en forma continua, regular y eficiente, en determinados niveles de calidad, respetando normas de seguridad, etc.). De tal modo, la regulación es fraccionada e inorgánica²⁰. Además, en algunos casos, está localizada en disposiciones infralegales (v. gr., en normas reglamentarias o en los contratos que vinculan al prestador con el Estado²¹).

En el orden nacional, los marcos regulatorios del servicio de distribución de energía eléctrica y de la telefonía son aquellos que más previsiones contienen en materia de responsabilidad del prestador del servicio frente a los usuarios. En el primero de ellos se prevé un régimen de responsabilidad específico para las distribuidoras de jurisdicción federal, denominado “régimen de calidad del servicio público”, esencialmente contenido en el Subanexo 4 de los contratos de concesión, que —justamente— lleva por título: “Régimen de calidad del servicio público y sanciones”. Bási-

¹⁹ En la cláusula 4.2.4. de las licencias de distribución de gas, aprobadas por el Decreto del Poder Ejecutivo Nacional N° 22.55/1992, se dispone que la licenciataria deberá: “Operar y mantener la Red de Distribución en condiciones tales que no constituyan peligro para la seguridad de las personas y bienes de sus empleados, usuarios y del público en general”.

²⁰ Perrino, Pablo E., “La responsabilidad del Estado y de los concesionarios derivada de la prestación de servicios públicos privatizados”, AA VV, *Contratos administrativos*, Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho, Buenos Aires, Ciencias de la Administración, 2000, p. 163.

²¹ Así, en el Artículo 24 de los contratos de concesión de las distribuidoras de energía eléctrica de jurisdicción federal se establece: “La distribuidora será responsable de todos los daños y perjuicios causados a terceros y/o bienes de propiedad de estos como consecuencia de la ejecución del contrato y/o el incumplimiento de las obligaciones asumidas conforme al mismo y/o a la prestación del servicio público”.

camente, allí se dispone que, como consecuencia de ciertas interrupciones (no de todas), el Ente Nacional Regulador de la Electricidad (ENRE) podrá aplicar “sanciones”, “multas”, “penalizaciones” o “penalidades” (como indistintamente se las identifica²²), que cobran virtualidad ante los incumplimientos en los niveles de calidad en que pueda incurrir la empresa distribuidora, y que tienen una doble finalidad: sancionatoria, por un lado, y, por otro, indemnizatoria de los daños que se puedan haber ocasionado.

Si bien se ha discutido intensamente si la responsabilidad de las distribuidoras por las interrupciones “penalizadas” se agota con las “sanciones” previstas en el “régimen de calidad del servicio público” aplicadas en sede administrativa, o si la empresa está obligada a reparar los eventuales perjuicios en forma integral, lo cierto es que la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el fallo emitido el 5 de abril de 2005 en el conocido caso “Ángel Estrada y Cía. S.A.”²³, ha resuelto que la imposición de las referidas sanciones económicas por parte del ente regulador no excluye el pago al usuario de una indemnización por la totalidad de los daños y perjuicios padecidos²⁴.

Dicho régimen se complementa con las previsiones del Artículo 3º, inc. 3, del Reglamento de Suministro de Energía Eléctrica²⁵ por el cual se dispone que las distribuidoras deberán “hacerse cargo de la reparación y/o reposición correspondiente, salvo caso de fuerza mayor”, de los daños a las instalaciones y/o artefactos de propiedad de los usuarios, provocados por deficiencias en la calidad técnica del suministro

²² Así lo ha expresado el ENRE en la Resolución N° 471/1999.

²³ Fallos: 328:651 y en LL Supl. Adm. 2005 (julio), p. 35, con nota de Agustín A. M. García Sanz; N. Atilio Falleti; LL 2005-C-740, con nota de Juan Carlos Cassagne - DJ 27-4-2005, 1117 - LL 2005-C-77, con nota de Guillermo E. Fanelli Evans - Supl. Adm 2005 (mayo), p. 20 - LL 2005-C-465. Ver: Budassi, Iván, “Responsabilidad de los concesionarios. ¿Derecho común?”, SJA “El caso Ángel Estrada”; JA 2005-III-1094. En esa causa, la firma Ángel Estrada y Cía. S.A. había reclamado la reparación del daño —consistente en las sumas que debió abonar para alquilar un grupo electrógeno y sueldos del personal— que le causó el suministro de energía en niveles de tensión insuficientes para poner en funcionamiento diversas máquinas. En el caso se discutieron dos cuestiones: a) si la aplicación de las multas previstas en el punto 5 y subsiguientes de su anexo 4 del contrato de concesión excluía la posibilidad de que el usuario reclamara adicionalmente los daños y perjuicios derivados del incumplimiento del contrato por parte de la distribuidora y b) si el ente regulador era competente para resolver la procedencia del resarcimiento solicitado.

²⁴ Para así decidir el tribunal valoró, particularmente, que la limitación de la responsabilidad de las distribuidoras no tenía fuente legal, ya que surgía de un subanexo del contrato de distribución, por lo que consideró que el asunto planteado debía resolverse con arreglo a los principios del derecho común, cuya aplicación —a su juicio— no había sido desplazada por ninguna norma contenida en el régimen legal de la energía eléctrica.

²⁵ Resolución ENRE N° 82/2002 (BO del 21-2-2002).

imputables a las distribuidoras, y que no puedan ser evitados mediante la instalación en los mismos de las protecciones de norma. En el mencionado precepto, se aclara que dicha reparación no eximirá a la distribuidora de la aplicación de las sanciones regladas en el punto 5 del Subanexo: "Normas de Calidad del Servicio Público y Sanciones", del contrato de concesión.

La compensación mencionada es impuesta por el Ente Nacional Regulador de la Electricidad (ENRE), con sustento en el Artículo 72 de la Ley N° 24.065²⁶ y previa denegación o falta de resolución del reclamo por parte de las distribuidoras²⁷.

A su vez, en el Reglamento General de Clientes del Servicio Básico Telefónico²⁸ se contemplan las siguientes compensaciones económicas a cargo de las prestadoras del servicio para cuya imposición está facultada la Comisión Nacional de Comunicaciones (CNC)²⁹: a) Interrupción del servicio superior a tres días hábiles: compensación equivalente al doble del valor del abono a los días sin servicio correspondiente³⁰; b) Incorrecto registro de datos, o la omisión de algunos de ellos en la guía telefónica: indemnización equivalente a la mitad del abono mientras dure la omisión o el error³¹; c) Figuración en la guía telefónica cuando el usuario solicitó no figurar: indemnización equivalente a la mitad del abono por el tiempo que subsista el error, salvo que el usuario optare por el cambio de número, en cuyo caso la indemnización solo correrá hasta la fecha en que se concrete la modificación³²; d) Devolución de dinero debido a la facturación incorrecta dispuesta por la CNC: la suma a reintegrar se incrementará con una indemnización equivalente al veinticinco por ciento del importe cobrado en más³³.

²⁶ En el Artículo 72 se dispone: "Toda controversia que se suscite entre generadores, transportistas, distribuidores, grandes usuarios, con motivo del suministro o del servicio público de transporte y distribución de electricidad, deberá ser sometida en forma previa y obligatoria a la jurisdicción del ente. Es facultativo para los usuarios, así como para todo tipo de terceros interesados, ya sean personas físicas o jurídicas, por iguales motivos que los enunciados en este artículo, el someterse a la jurisdicción previa y obligatoria del ente".

²⁷ Artículo 3°, inc. c), del Reglamento de suministro.

²⁸ Aprobado como Anexo I de la Resolución de la Secretaría de Comunicaciones N° 10.059/1999.

²⁹ Artículo 3° del Reglamento General de Clientes del Servicio Básico Telefónico.

³⁰ Artículo 33 del Reglamento General de Clientes del Servicio Básico Telefónico.

³¹ Artículo 10, 3° párrafo del Reglamento General de Clientes del Servicio Básico Telefónico.

³² Artículo 10, 3° párrafo del Reglamento General de Clientes del Servicio Básico Telefónico.

³³ Artículo 29, 3° párrafo del Reglamento General de Clientes del Servicio Básico Telefónico.

III.2. El sistema resarcitorio de la Ley de Defensa del Consumidor

La mencionada falta o escasa previsión de los marcos regulatorios sobre la responsabilidad de los prestadores de servicios por los daños sufridos por los usuarios fue inicialmente cubierta mediante la aplicación de las normas del Código Civil y, con posterioridad, después de su dictado, por la Ley Defensa del Consumidor³⁴, en la cual se establece un régimen de responsabilidad objetivo tuitiva de los usuarios y consumidores, que sufrió relevantes modificaciones con la reforma del año 2008.

En efecto, en el texto reformado de la Ley de Defensa del Consumidor se contempla un doble sistema de reparación de los daños que sufran los usuarios y consumidores (judicial y administrativo) al incorporarse la reparación de los daños directos en sede administrativa.

De tal modo, en el régimen actualmente vigente, los usuarios y consumidores pueden solicitar su reclamo resarcitorio en la órbita judicial y, también, ante las autoridades administrativas de aplicación de la Ley de Defensa del Consumidor a fin de que se les indemnice el mencionado daño directo, cuyo monto ha sido limitado por el legislador.

III.2.1. La reparación integral del daño en sede judicial

En la legislación en análisis se establece un sistema de responsabilidad patrimonial de base objetiva e integral que se sustenta en lo dispuesto en los Artículos 5º, 10 bis y 40 y, respecto de los servicios públicos domiciliarios, en los Artículos 6º y 30.

En la primera de dichas normas se determina: "Las cosas y los servicios deben ser suministrados o prestados en forma tal que, utilizados en condiciones previsibles o normales de uso, no presenten peligro alguno para la salud o integridad física de los consumidores o usuarios".

³⁴ Cám. Nac. Fed. Apel. Cont. Adm., Sala I, causa "Ángel Estrada y Cía. S.A. c/ Secretaría de Energía y Puertos", LL 2000-E, p. 527, ED 187, 982 y JA 2001-IV-271, con nota de Cicero, Nidia K., "El caso Ángel Estrada: La procedencia de la indemnización por privación de suministro del servicio eléctrico y el rol del ente regulador"; Cam. Nac. Civ. y Com. Fed., sala 1ª, causa Nº 18210/96, "Antelo Álvarez, Juan José y otros c/ Telefónica de Argentina S.A. s/ incumplimiento del servicio de telecomunicac."; sent. del 4-11-1997, en AbeledoPerrot online; ver: Cicero, Nidia Karina, "Los sistemas de protección de los usuarios de los servicios públicos", LL 1996-C-420; "Ciancio, José M. c/ Enargas", sent. del 5-11-1998, LL 1999-B- 526 - RCyS 1999, 668 - DJ 1999-2, 1124 - LL 1999-D- 349, con nota de Alejandro Pérez Hualde y en JA 1999-II-132, con nota de Vázquez Ferreyra, Roberto A., "Enargas, la defensa de los consumidores y usuarios, las veredas rotas y otras interesantes cuestiones".

Este precepto se complementa con lo dispuesto en el Artículo 6º, en el cual se prevén supuestos de cosas o servicios riesgosos *per se*, por lo que se imponen mayores exigencias a su proveedor³⁵. Además, a diferencia del Artículo 5º, se mencionan expresamente los servicios públicos domiciliarios. En el Artículo 6º se prescribe: “Las cosas y servicios, incluidos los servicios públicos domiciliarios, cuya utilización pueda suponer un riesgo para la salud o la integridad física de los consumidores o usuarios, deben comercializarse observando los mecanismos, instrucciones y normas establecidas o razonables para garantizar la seguridad de los mismos”.

De las dos normas mencionadas se deriva la existencia de una obligación de seguridad en cabeza de los proveedores o prestadores mediante la cual se garantiza a los usuarios que durante la prestación del servicio no se les producirán daños en su persona o bienes. Se trata de un claro supuesto de responsabilidad objetiva cuyo factor de atribución es la garantía, garantía que equivale a la seguridad de que si se produce un daño en determinadas circunstancias el concesionario afrontará su resarcimiento³⁶.

Al respecto, es interesante destacar que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha expresado que la seguridad debe ser entendida como “un valor que debe guiar la conducta del Estado así como a los organizadores de actividades que, directa o indirectamente, se vinculen con la vida o la salud de las personas. La incorporación de este vocablo en el Artículo 42 de la Constitución Nacional es una decisión valorativa que obliga a los prestadores de servicios públicos a desempeñar conductas encaminadas al cuidado de lo más valioso que existe en ella: la vida y la salud de sus habitantes, ricos o pobres, poderosos o débiles, ancianos o adolescentes, expertos o profanos”³⁷. El mismo tribunal ha señalado que “la noción de seguridad trata de impedir que el poder de dominación de una parte en dicha relación afecte los derechos de quienes se encuentran en situación de debilidad; es decir, el consumidor y el usuario”³⁸.

Por su parte, en el Artículo 10 bis³⁹ se contemplan los efectos del incumplimiento obligacional por parte de un proveedor de bienes o servicios. Allí se dispone que, ante la situación de incumplimiento y salvo caso fortuito o fuerza mayor, el consumidor está facultado –a su libre elección– a (a) exigir el cumplimiento forzado de la

³⁵ Farina, Juan M., *Defensa del consumidor y del usuario. Comentario exegético de la Ley N° 24.240 y del Decreto Reglamentario N° 1.798/1994*, Buenos Aires, Astrea, 2004, p. 185.

³⁶ Amaya, Jorge Alejandro, “Comentario a las Leyes Nros. 24.240 (Defensa del Consumidor), 22.802 (Lealtad Comercial) y 25.156 (Defensa de la Competencia) reglamentarias del Artículo 42 de la Constitución Nacional”, en AA VV *La Constitución reformada y sus normas reglamentarias. Nuevos derechos y garantías*, dirigida por Alberto Ricardo Dalla Vía y Alberto Manuel García Lema, Tomo II, p. 167.

³⁷ Fallos: 331:819, en igual sentido ver: Fallos: 333:203.

³⁸ Fallos: 333:203.

³⁹ Incorporado mediante el Artículo 2º de la Ley N° 24.787.

obligación, si ello fuera posible; (b) aceptar otro producto o prestación de servicio equivalente; o (c) rescindir el contrato con derecho a la restitución de lo pagado. Todo ello sin perjuicio de las acciones de daños y perjuicios que correspondan.

La disposición pone en evidencia la existencia de una obligación de resultado, por lo que se garantiza el goce de la cosa o del servicio en las condiciones pactadas, y cuya transgresión genera responsabilidad objetiva. Prueba de ello es que, como surge del precepto, solo la existencia del caso fortuito es causal eximente del deber de reparar.

En materia de servicios públicos domiciliarios cobra suma importancia el Artículo 30, en el cual se determina que la interrupción o alteración de la prestación del servicio se presumirá por causa imputable a la prestadora.

Se trata de una presunción de responsabilidad, o más bien de causalidad del daño, que puede configurarse tanto por ausencia de prestación como por prestación defectuosa. La ley brinda un parámetro bastante amplio.

Por último, en el Artículo 40 se contemplan los supuestos de daños producidos por el riesgo o vicio de la cosa o de la prestación de los servicios, los cuales constituyen casos distintos a los contemplados en el Artículo 10 bis concernientes a incumplimientos o cumplimientos defectuosos⁴⁰. Allí se dispone: "Si el daño al consumidor resulta del vicio o riesgo de la cosa o de la prestación del servicio, responderán el productor, el fabricante, el importador, el distribuidor, el proveedor, el vendedor y quien haya puesto su marca en la cosa o servicio. El transportista responderá por los daños ocasionados a la cosa con motivo o en ocasión del servicio. La responsabilidad es solidaria, sin perjuicio de las acciones de repetición que correspondan. Solo se liberará total o parcialmente quien demuestre que la causa del daño le ha sido ajena".

Como se deriva de la última parte del artículo, en el que se prevé como causal de exención del deber de responder la acreditación de una "causa ajena", la responsabilidad que allí se regula también es de naturaleza objetiva⁴¹.

En definitiva, con base en las diversas disposiciones citadas de la Ley N° 24.240, se postula que la responsabilidad de los prestadores de servicios públicos es siempre de base objetiva, razón por la cual solo se admite como eximente del deber de reparar la demostración de la ruptura del nexo causal a través del caso fortuito, el hecho de la propia víctima o de un tercero por quien no se debe responder⁴².

⁴⁰ Farina, Juan M., *op. cit.*, p. 436.

⁴¹ Picasso, Sebastián y Wajtraub, Javier H., "Las Leyes Nros. 24.787 y 24.999: consolidando la protección al consumidor", *JA*, 1998-IV-766; López Herrera, Edgardo, *Teoría general de la responsabilidad civil*, Buenos Aires, LexisNexis, 2006, p. 517.

⁴² En tal sentido, en las conclusiones de las VII Jornadas de Derecho Civil, Comercial y Procesal, llevadas a cabo en Junín los días 5, 6 y 7 de septiembre de 1996, publicadas en *JA* 1996-IV-1027, se expresó: "En general, las obligaciones asumidas por las empresas prestadoras frente al usuario son de resultado y la responsabilidad es de carácter objetivo. La empresa prestadora del servicio, además de la obligación, es pacífica, asume una obligación de seguridad. Este deber de indemnidad está presente en todo contrato de servicio y es invariablemente de resultado".

En tal sentido, la Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, en el caso “Ciancio, José M. c/ Ente Nacional Regulador del Gas (Enargas)”, después de sostener que la legislación específica de los servicios públicos domiciliarios debe armonizarse con la Ley N° 24.240 y el Artículo 42 de la Constitución Nacional, afirmó que el concesionario de un servicio público asume ante el usuario una obligación de resultado, por lo que su responsabilidad es objetiva y solo puede exonerarse de responder interrumpiendo el nexo causal. Además, agregó que la Ley de Defensa del Consumidor le impone al prestador del servicio la obligación de garantizar a los usuarios que no sufrirán ningún daño a raíz de la prestación de servicio (Art. 5°, Ley N° 24.240)⁴³.

III.2.1.1. Los daños punitivos

La modificación efectuada mediante la Ley N° 26.361 a la normativa de defensa del consumidor introdujo en el derecho argentino la figura de los daños punitivos, los cuales pueden ser fijados en sede judicial, independientemente de otras indemnizaciones que puedan otorgarse a favor del consumidor.

Así, en el Artículo 52 bis se dispone: “Al proveedor que no cumpla sus obligaciones legales o contractuales con el consumidor, a instancia del damnificado, el juez podrá aplicar una multa civil a favor del consumidor, la que se graduará en función de la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso, independientemente de otras indemnizaciones que correspondan. Cuando más de un proveedor sea responsable del incumplimiento responderán todos solidariamente ante el consumidor, sin perjuicio de las acciones de regreso que les correspondan. La multa civil que se imponga no podrá superar el máximo de la sanción de multa prevista en el Artículo 47, inciso b), de esta ley”.

Los daños punitivos funcionan como una pena civil, cuyo importe debe destinarse a la víctima, en tanto “no tienden a resarcir un daño sino a causar un mal al responsable del ilícito con fines de castigo y de prevención general”⁴⁴.

⁴³ Sent. del 5-11-1998, LL 1999-B, 526 - RCyS 1999, 668 - DJ 1999-2, 1124 - LL 1999-D, 349, con nota de Alejandro Pérez Hualde; cfr. Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, causa B. 67.419, “Usina Popular y Municipal de Tandil SEM c/ Provincia de Buenos Aires - Organismo de Control de la Energía Eléctrica - OCEBA”, sent. del 6-10-2010, AbeledoPerrot online N°: 70066373.

⁴⁴ Picasso, Sebastián, “Nuevas categorías de daños en la Ley de Defensa del Consumidor”, Sup. Esp. Reforma de la Ley de Defensa del Consumidor 2008 (abril), 1-1-2008, 123 - Derecho Comercial Doctrinas Esenciales, Tomo V, 1-1-2009, 823; Lafuente, Jesús A., “‘El daño directo’ en la Ley de Defensa del Consumidor”, LL 2008-E, 810.

La lectura de la norma pone de resalto que, contrariamente a la opinión dominante en la doctrina –que postula que los daños punitivos solo proceden en supuestos de particular gravedad, calificados por el dolo o la culpa grave del sancionado, por la obtención de enriquecimientos indebidos derivados del ilícito o, en casos excepcionales, por un abuso de posición de poder, particularmente cuando ella evidencia menoscabo grave por derechos individuales o de incidencia colectiva–, el Artículo 52 bis solo exige el mero incumplimiento de las obligaciones legales o contractuales⁴⁵. Con poco tino, no se exige para la procedencia de los daños punitivos la culpa o dolo del proveedor, ni que se haya causado un daño al consumidor.

La mención que se efectúa en el Artículo 52 bis de “la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso” es al solo efecto de cuantificar el monto de la indemnización, pero no se la menciona como un presupuesto de la condena.

También ha sido motivo de críticas el límite impuesto al monto de la condena por daño punitivo, consistente en “el máximo de la sanción de multa prevista en el Artículo 47, inciso b)”. Ello, porque en casos de particular gravedad y magnitud el tope legal puede dar lugar a una indemnización punitiva ínfima, con lo que se enerva en tales supuestos la finalidad preventiva y retributiva de la institución⁴⁶.

En suma, en atención a los déficits indicados que presenta la regulación de los daños punitivos se ha sostenido, con razón, que resulta “poco serio y atenta contra la esencia misma de la figura y contra la eficacia de su regulación, abrirle las puertas frente a cualquier incumplimiento o ilícito extracontractual”⁴⁷.

III.2.2. La reparación del denominado “daño directo en sede administrativa”

Como lo adelantamos, mediante la modificación al Artículo 40 de la Ley de Defensa del Consumidor acaecida en el año 2008 se facultó a las autoridades administrativas de aplicación de dicha normativa a condenar, en el marco de un procedimiento administrativo, a resarcir el denominado daño directo derivado del comportamiento de proveedores de bienes o prestadores de servicios.

⁴⁵ Trigo Represas, Félix A., “La responsabilidad civil en la nueva ley de defensa del consumidor”, diario *LL*, del 3-5-2010.

⁴⁶ Pizarro, Ramón D.; Stiglitz, Rubén S., “Reformas a la Ley de Defensa del Consumidor”, *LL*, 2009-B, 949.

⁴⁷ Pizarro, Ramón D.; Stiglitz, Rubén S., “Reformas a la Ley de Defensa del Consumidor”, *LL*, 2009-B, 949; cfr. Trigo Represas, Félix A., “La responsabilidad civil en la nueva Ley de Defensa del Consumidor”, *LL*, del 3-5-2010 y Picasso, Sebastián, “Nuevas categorías de daños en la Ley de Defensa del Consumidor”, *Sup. Esp. Reforma de la Ley de Defensa del Consumidor*, 2008 (abril), 1-1-2008, 123 - Derecho Comercial Doctrinas Esenciales, Tomo V, 1-1-2009, 823.

Así, en el Artículo 40 bis se prescribe: “*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.

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 éste a resarcirlo, hasta un valor máximo de 5 (cinco) Canastas Básicas Total para el Hogar 3, que publica el Instituto Nacional de Estadísticas 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, y, una vez 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 éste por acciones eventualmente incoadas en sede judicial”.

Varios son los comentarios que corresponde efectuar sobre la modificación legislativa de cita.

a) El concepto de daño directo

La primera cuestión a dilucidar es el concepto de daño directo que se emplea en la norma. Las imperfecciones técnicas del texto del Artículo 40 bis han dado lugar a diferentes interpretaciones acerca del mismo. Compartimos la interpretación que postula que los daños directos son aquellos perjuicios de naturaleza patrimonial⁴⁸ que son consecuencia inmediata y necesaria del proceder del proveedor o del prestador de servicios; son los que están en una conexión de primer grado con el comportamiento del proveedor o del prestador –como consecuencia inmediata en los términos del Artículo 901 del Código Civil⁴⁹.

⁴⁸ Cfr. Picasso, Sebastián, “Nuevas categorías de daños en la Ley de Defensa del Consumidor”, Sup. Esp. Reforma de la Ley de Defensa del Consumidor 2008 (abril), 1-1-2008, 123 - Derecho Comercial Doctrinas Esenciales, Tomo V, 1-1-2009, 823; Lafuente, Jesús A., “‘El daño directo’ en la Ley de Defensa del Consumidor”, LL 2008-E, 810; Cám. de Apel en lo Civ. y Com. de Trelew, sala A, causa “A., I. M. c/ B. C. S.A. s/ contencioso administrativo” (Expte. N° 310 - 2010), sent. del 30-7-2010, voto del Dr. Marcelo López Mesa (blog.juschubut.gov.ar/sijblog/Cam-Apel-Sala%20-A.doc).

⁴⁹ Trigo Represas, Félix A., “La responsabilidad civil en la nueva Ley de Defensa del Consumidor”, LL, del 3-5-2010; Pizarro, Ramón D. y Stiglitz, Rubén S., “Reformas a la Ley de Defensa del Consumidor”, LL 2009-B, 949; en contra: Alterini, Atilio Aníbal, “Las reformas a la Ley de Defensa del Consumidor. Primera lectura, 20 años después”, LL 2008-B, 1239 - Sup. Esp. Reforma de la Ley de Defensa del Consumidor 2008 (abril), 1-1-2008, 3 - Derecho Comercial Doctrinas Esenciales, Tomo V, 1-1-2009, 775.

De tal modo, como señalan Bueres y Picasso, están excluidos del concepto de daño directo los siguientes perjuicios: "1) el daño moral: es indudable que este tipo de perjuicio no es susceptible de apreciación pecuniaria aunque se repare en dinero por medio de una compensación satisfactiva; 2) el daño que experimenta otra persona (distinta del consumidor) de rebote (Art. 1079); 3) el daño producido por el menoscabo a una persona, en su integridad física, estética, psique (gastos de asistencia médica, incapacidad sobreviniente que importa pérdida de utilidades, etcétera, que constituyen daños indirectos conforme al Art. 1068). En realidad, daño directo a la persona solo podría ser el daño moral, que en este caso no es reparable, y 4) los daños que son consecuencias mediatas (conexión entre el hecho originario y un acontecimiento distinto no ligado invariablemente a aquél -v. gr., las ganancias ocasionales pérdidas-)"⁵⁰.

b) Tope indemnizatorio

Por las razones que se explicaron al delinear la noción de daño directo que consagra el Artículo 40 bis de la legislación de defensa de los consumidores, es evidente que la indemnización que en tal concepto es susceptible de fijarse en sede administrativa puede no ser plena para el usuario o consumidor. Además, la ley limita el monto de la indemnización "hasta un valor máximo de cinco Canastas Básicas Total para el Hogar 3 que publica el INDEC".

Por tal motivo, si el usuario pretende un resarcimiento por daños no comprendidos en la reparación del daño directo o que superan el tope legal indemnizatorio, deberá accionar judicialmente. Y si obtiene decisiones favorables de condena tanto en sede judicial como en sede administrativa, las sumas que el proveedor pague al consumidor en concepto de daño directo en la órbita administrativa serán deducibles de la indemnización que por el mismo concepto pudiera corresponderle en sede judicial (Art. 40 bis).

c) Inconstitucionalidad de la facultad para condenar a indemnizar el daño directo en sede administrativa

La segunda cuestión respecto de la cual es preciso detenerse concierne a la autoridad a la cual se le atribuye la facultad de fijar la indemnización por daño directo. Por el Artículo 40 bis se adjudica dicha potestad a las autoridades administrativas de aplicación de la legislación de defensa de los consumidores. De este modo, se amplía

⁵⁰ Bueres, Alberto y Picasso, Sebastián, "La responsabilidad por daños y la protección al consumidor", *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, t. 2009-1, p. 61.

la competencia de las mencionadas autoridades administrativas, las cuales estaban acotadas, con anterioridad a la reforma del año 2008, a la facultad de resolución de conflictos a través de la conciliación y la aplicación de sanciones.

Probablemente, la finalidad del legislador fue establecer un instrumento ágil y sencillo para permitir el resarcimiento de los consumidores en los casos de daños de escasa cuantía, que difícilmente justifiquen acudir a la justicia ordinaria⁵¹. Sin embargo, más allá del loable objetivo perseguido, la facultad conferida a órganos que ejercen funciones administrativas de condenar al pago de indemnizaciones sujetas al derecho común ha sido motivo de fundados cuestionamientos constitucionales⁵². Ello, porque determinar la existencia de un sujeto responsable y condenarlo a reparar los daños que se consideren de su autoría es una tarea propia de los órganos jurisdiccionales, por lo que la norma en comentario es susceptible de ser cuestionada por estar en pugna con la interpretación que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha efectuado de los principios básicos de la división de los Poderes y del sistema judicialista para juzgar a la Administración que consagra la Constitución Nacional y las garantías constitucionales atinentes al derecho de defensa⁵³.

Cabe recordar que, si bien la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha admitido que, en ciertas oportunidades y en estrictas condiciones, el Poder Ejecutivo u organismos de la Administración realicen funciones de naturaleza jurisdiccional, ello ha sido con la condición de que tal ejercicio no implique un total desposeimiento de atribuciones en perjuicio del Poder Judicial, pues lo contrario –sostuvo el alto tribunal– implicaría autorizar la supresión o, cuanto menos, la omisión del principio de

⁵¹ Al respecto señalan Pizarro y Stiglitz: “Es evidente que el legislador ha querido generar un mecanismo –equivocado y arbitrario, por cierto, en nuestra opinión– que permita al consumidor no irse ‘con las manos vacías’ a la hora de efectuar reclamos indemnizatorios en sede administrativa. Una solución facilista, reñida con los más elementales principios constitucionales, que no alcanza a disimular la gran falencia de esta reforma y de todo el sistema argentino de defensa del consumidor: la ausencia de un marco adecuado que posibilite el funcionamiento de tribunales jurisdiccionales de consumo, que en un marco de celeridad, inmediatez y economía brinde soluciones eficaces a los consumidores y usuarios, sin desmedro de los derechos del proveedor profesional. Otra vez se ha cambiado [...] para que nada cambie” (Pizarro, Ramón D.; Stiglitz, Rubén S., “Reformas a la Ley de Defensa del Consumidor”, *LL*, 2009-B, 949).

⁵² Cfr. Trigo Represas, Félix A., “La responsabilidad civil en la nueva Ley de Defensa del Consumidor”, *LL*, del 3-5-2010; Picasso, Sebastián, “Nuevas categorías de daños en la Ley de Defensa del Consumidor”, *Sup. Esp. Reforma de la Ley de Defensa del Consumidor*, 2008 (abril), 1-1-2008, 123 - Derecho Comercial Doctrinas Esenciales, Tomo V, 1-1-2009, 823. En contra, a favor de la constitucionalidad de la reforma se ha expedido Horacio L. Bersten, quien afirma: “[...] la resolución de conflictos de consumo en sede administrativa permite obtener soluciones justas y razonables en plazos muy breves. A su juicio, median razones de eficacia que tienen sustento en el Artículo 42 de la Constitución Nacional, que justifican la modificación legislativa”, en “Resolución de conflictos de consumo en sede administrativa”, *LL Patagonia* 2001 (febrero), 17.

⁵³ Artículos 1º, 18, 109, 116 y concordantes de la CN.

división de Poderes, sin cuya vigencia la forma republicana de gobierno queda sin base que la sustente y, en consecuencia, las funciones estatales resultan potencialmente desquiciadas con el consiguiente desamparo de las libertades humanas⁵⁴.

Así en el famoso caso "Ángel Estrada", en el cual se examinó la constitucionalidad de las facultades del Ente Nacional Regulador de la Electricidad (ENRE) para dirimir controversias de contenido patrimonial suscitadas entre usuarios y prestadores del servicio público, la Corte Suprema de Justicia de la Nación estableció que, el principio constitucional de defensa en juicio previsto en el Artículo 18 de la Constitución Nacional y la prohibición al Poder Ejecutivo de ejercer funciones judiciales (Art. 109), quedan a salvo siempre y cuando: (i) "los organismos de la Administración dotados de jurisdicción para resolver conflictos entre particulares hayan sido creados por ley", (ii) "su independencia e imparcialidad esté asegurada", (iii) "el objetivo económico y político considerado por el legislador para crearlos (y restringir así la jurisdicción que la Constitución Nacional atribuye a la justicia ordinaria) haya sido razonable" y (iv) "sus decisiones estén sujetas a control judicial amplio y suficiente"⁵⁵.

En el caso que examinamos, se verificarían el primero y el último de los recaudos exigidos por el máximo tribunal en la causa "Ángel Estrada", pero no los restantes.

El primer requisito concurriría porque la norma que confiere la competencia jurisdiccional es de jerarquía legal y, como explica Cassagne, "[...] la atribución de funciones jurisdiccionales a órganos administrativos debe provenir de ley formal a fin de no alterar a favor del Poder Ejecutivo el equilibrio en que reposa el sistema constitucional"⁵⁶.

A su vez, la última exigencia también se cumpliría puesto que se prevé que lo decidido por la autoridad de aplicación será apelable⁵⁷ por el proveedor, ante la Cá-

⁵⁴ Cfr. *Fallos*: 247:646.

⁵⁵ *Fallos*: 328:651. Cassagne al examinar el fallo recaído en el caso "Estrada" escribe: "[...] mientras se mantenga esta jurisprudencia, se ha cerrado bastante el camino que algunos pretenden abrir para crear tribunales administrativos que entiendan, con competencia establecida como cláusula general, en los litigios administrativos (así como parece haberse cerrado totalmente la posibilidad de habilitar a estos tribunales de controversias entre particulares, reguladas por el derecho común)" (Cassagne, Juan Carlos, *Derecho Administrativo*, T. I, Buenos Aires, La Ley, 10ª ed., p. 45).

⁵⁶ Cassagne, *Derecho Administrativo*, op. cit., Tomo I, p. 43.

⁵⁷ En el famoso pronunciamiento dictado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa "Fernández Arias c/ Poggio", en el considerando 19 del voto de la mayoría, se expresó: "[...] control judicial suficiente quiere decir: 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 cuanto a los hechos y al derecho controvertidos, con excepción de los supuestos en que, existiendo opción legal, los interesados hubiesen elegido la vía administrativa, privándose voluntariamente de la judicial (doctrina de *Fallos*: 205:17; 245:351). La mera facultad de deducir recurso extraordinario basado en inconstitucionalidad o arbitrariedad, no satisface las exigencias que en la especie han de tenerse por imperativas" (*Fallos*: 247:646).

mara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal o ante las Cámaras Federales con asiento en las provincias; según corresponda, en el plazo de 10 días hábiles de notificada la resolución⁵⁸.

En cambio, no resulta posible aceptar que las autoridades de aplicación de la Ley de Defensa del Consumidor satisfagan la exigencia de independencia e imparcialidad, que constituye el tercer requisito exigido por la Corte. Al respecto cabe recordar que en el caso "Litoral Gas S.A."⁵⁹, en el cual se examinó el estatus jurídico de una autoridad administrativa reguladora, como es el Ente Nacional Regulador del Gas (ENARGAS), la Corte consideró: "[...] las garantías formales de independencia y neutralidad previstas para su actuación en la Ley N° 24.076 —cfr. Arts. 53, 54 y 55 de ese cuerpo legal sobre designación y remoción de directores del ente— no alcanzan para categorizarlo como tribunal administrativo".

A pesar de que no existe una modalidad organizativa homogénea o común a todas las autoridades administrativas competentes para intervenir en la aplicación de la normativa tuitiva de los usuarios y consumidores, la mayoría de ellas presenta menos garantías de independencia e imparcialidad que un ente regulador, como el ENARGAS. Es que, a diferencia de lo que ocurre con las normas que regulan la constitución del órgano directivo del ENARGAS⁶⁰, en la generalidad de los casos, no se prevén procedimientos de selección ni remoción que aseguren la independencia de juicio, como tampoco la idoneidad de los integrantes de las autoridades administrativas de aplicación de la ley de defensa de los consumidores, las cuales, además y salvo excepciones, están sujetas a la potestad jerárquica de los Poderes Ejecutivos pertinentes (Presidente de la nación, gobernadores provinciales, Jefe de Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires e intendentes municipales).

Pero más allá de ello, otro escollo que parece insalvable para dar cumplimiento a las exigencias jurisprudenciales de la Corte Nacional sentada en el caso "Ángel Estrada" es que en el caso de las autoridades administrativas de aplicación de la Ley de Defensa de los Consumidores no existe una causa razonable, fundada en la natura-

⁵⁸ Extrañamente no se ha previsto la posibilidad de que el consumidor recurra la decisión administrativa adoptada. Claro está que ello no significa que no sea posible su impugnación judicial.

⁵⁹ Fallos: 321:776.

⁶⁰ Por el Artículo 53 de la Ley N° 24.076, marco regulatorio del servicio público del transporte y distribución del gas natural, se exige que los miembros del directorio del ENARGAS sean nombrados por el Poder Ejecutivo, por un plazo de cinco años, con intervención del Congreso, en base a un procedimiento de selección abierto. A su vez, para su remoción se requiere la emisión de un acto fundado del Poder Ejecutivo, previa comunicación de los fundamentos de la decisión a una Comisión del Congreso de la Nación, la cual debe expedirse dentro del plazo de treinta días corridos (Arts. 55, segundo párrafo, Ley N° 24.076; y 59, segundo párrafo, Ley N° 24.065).

leza de la actividad o materia, que sustente la atribución de competencias a favor de las autoridades administrativas de defensa del consumidor y justifique el desplazamiento de la justicia ordinaria para decidir sobre cuestiones que, lejos de vincularse con aspectos técnicos o científicos, importan el juzgamiento de cuestiones regidas por el derecho común⁶¹ (responsabilidad civil) y que, por ende, están comprendidas dentro del cúmulo de competencias propio y natural de los jueces por imperativo constitucional.

Sobre el particular, en el ya citado caso “Ángel Estrada”, el alto tribunal en forma prístina y enfática señaló: “[...] no cualquier controversia puede ser válidamente deferida al conocimiento de órganos administrativos con la mera condición de que sus decisiones queden sujetas a un ulterior control judicial suficiente. Los motivos tenidos en cuenta por el legislador para sustraer la materia de que se trate de la jurisdicción de los jueces ordinarios deben estar razonablemente justificados pues, de lo contrario, la jurisdicción administrativa así creada carecería de sustento constitucional, e importaría un avance indebido sobre las atribuciones que el Artículo 116 de la Constitución Nacional define como propias y exclusivas del Poder Judicial de la Nación. Admitir que el Congreso pudiera delegar en los órganos de la Administración facultades judiciales sin limitación material de ninguna especie sería tan impenable como permitir que el legislador delegara la sustancia de sus propias funciones legislativas, lo cual está expresamente vedado en el Artículo 76 de la Constitución Nacional, con salvedades expresas [...]”⁶².

A mayor abundamiento, en el pronunciamiento de cita, la Corte también precisó que para atribuir facultades jurisdiccionales a un organismo administrativo debe tenerse presente el denominado *principio de especialidad* según el cual dicha delegación solo puede tener lugar “en materias que guarden relación con los motivos tenidos en mira por el legislador al crear el ente en cuestión” y que supongan la aplicación de un régimen estatutario o regulatorio específico⁶³.

Solo en tales supuestos, que no parecen verificarse en el caso que abordamos, puede ser sustraída “válidamente por el Congreso a la competencia de los jueces ordinarios”.

No obstante lo señalado, la facultad de las autoridades administrativas de aplicación de la legislación de defensa de los consumidores de indemnizar los daños directos podría encontrar sustento constitucional en el mandato que el Artículo 42 de la

⁶¹ La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha expresado que la Ley N° 24.240 integra el derecho común (Art. 75, inc. 12 CN), toda vez que resulta complementaria de los preceptos contenidos en los Códigos Civil y de Comercio (*Fallos*: 324:4349 y 330:133).

⁶² Considerando 14.

⁶³ Considerandos 15 y 16 *in fine*.

Constitución Nacional le confiere al Congreso para que establezca “procedimientos eficaces para la prevención y solución de los conflictos”⁶⁴. Sin embargo, dicho argumento no fue siquiera valorado por la Corte Suprema de Justicia nacional en el relevante pronunciamiento dictado en el ya citado caso “Ángel Estrada”. En cambio, fue mencionado expresamente en el fallo plenario dictado por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal en la causa EDESUR fallada el 13 de julio del año pasado⁶⁵, en la cual se debatió una cuestión que, en lo pertinente, guarda analogía con la que aquí se examina, como es la validez constitucional de las facultades del Ente Nacional Regulador de la Electricidad (ENRE) para condenar a las distribuidoras de energía eléctrica a indemnizar a los usuarios el valor de reposición de objetos dañados por deficiencias en la calidad técnica del suministro energético (Art. 72 de la Ley N° 24.065).

La mayoría de los jueces de la Cámara sostuvieron que en dicho pleito, a diferencia del caso “Ángel Estrada”, en el que se había reclamado una indemnización por lucro cesante, solo se demandó el pago del daño emergente (reparación del objeto dañado) con fundamento en el Artículo 3°, inc. e), del Reglamento de Suministro de Energía Eléctrica⁶⁶, el cual configura un tipo de reclamo que el ente regulador viene resolviendo desde su constitución en 1993 en defensa de los derechos de los usuarios del servicio público de electricidad y sin ningún tipo de apelación judicial por parte de la empresa distribuidora.

Seguidamente se destacó que la competencia del ENRE para fijar la indemnización prevista en la disposición citada constituye un aspecto que a la Corte no le resultó necesario analizar en concreto, a la luz del contexto fáctico que le fue planteado en “Ángel Estrada”⁶⁷.

⁶⁴ Cfr. Dalla Vía, Alberto Ricardo y García Lema, Alberto Manuel, “Comentario al Artículo 42 de la Constitución Nacional”, en AA VV *La Constitución reformada y sus normas reglamentarias. Nuevos derechos y garantías*, dirigida por Alberto Ricardo Dalla Vía y Alberto Manuel García Lema, Tomo II, pp. 142/143.

⁶⁵ Causa “Edesur S.A. c/ Resolución N° 361/05 ENRE- RS 568/08 SE”, sent. del 13-7-2011, LL 011-E, 360 - DJ 23-11-2011, 74.

⁶⁶ Resolución ENRE N° 82/2002.

⁶⁷ En el fallo también se argumentó: “[...] una vez establecido el incumplimiento contractual de la distribuidora por parte del ENRE, la determinación del valor del daño consistente en un objeto determinado no hace invadir al ENRE la función del Poder Judicial, dado que se trata de obtener un dato de conocimiento simple: cuánto vale en el mercado el artefacto de acuerdo a su calidad y marca. El ciclo del ejercicio de esa competencia y jurisdicción se completa con la facilitación al usuario de un título que reconoce su derecho y que lo libera de un proceso de conocimiento para su convalidación judicial, en caso que la Distribuidora no se avenga a su pago en sede administrativa” y que “las distribuidoras de electricidad habían prestado oportunamente su acuerdo para que “el ENRE tuviese la facultad jurisdiccional, toda vez que el Reglamento de Suministro forma parte del Pliego de Bases y Condiciones del Contrato de Concesión”.

Más adelante se expresó: “Si no se interpretara el fallo aplicando un criterio de razonabilidad, se estaría considerando que ese pronunciamiento es adecuado para que cada persona a que se le afecte una aparato eléctrico, a causa del suministro deficiente por parte de la empresa prestadora de energía —en principio no protegido de la responsabilidad por el caso fortuito o fuerza mayor—, deba promover un pleito para obtener el resarcimiento por el valor de reposición de aquél objeto dañado. La falta de razonabilidad de ese efecto sería tan evidente que hace innecesario explayarse en detalle para demostrarlo (cfr. en igual sentido PTN, *Dictámenes*: 256:358)”.

Con base en lo expuesto e invocando que “los particulares tienen derecho a la protección de sus intereses económicos y a que se establezcan procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos (Art. 42 CN) y que el deber “atribuido” al Estado de proveer a esta protección incluye a las funciones legislativas, administrativas y jurisdiccionales”, la Cámara concluyó que el Ente Nacional Regulador de la Electricidad (ENRE) resultaba competente para reparar el daño emergente —valor de reparación o sustitución del objeto dañado—, cuando los usuarios voluntariamente así lo requieran (cfr. Art. 72 de la Ley N° 24.065)⁶⁸.

⁶⁸ En el voto disidente de los jueces Jorge Eduardo Morán y Pablo Gallegos Fedriani se sostuvo: “[...] no solo el ENRE es incompetente para fijar cualquier indemnización derivada de los daños y perjuicios, sino que no le incumbe tratar y someter a su jurisdicción la responsabilidad de la distribuidora por estos casos”. Seguidamente se expresó: “De atribuirse una facultad que es propia del Poder Judicial, el ENRE incurre en un avasallamiento que deriva en la resolución de casos que no son de su competencia, afectando, entre otros, el principio de división de Poderes”. Más adelante se adujo: “En el caso ‘Ángel Estrada’ ha quedado claro que en el criterio de nuestro más Alto Tribunal no corresponde la intervención del Ente Regulador de la Electricidad (ENRE) —criterio extensible a otros de igual finalidad— en cuestiones que excedan la competencia estrictamente regulatoria que le ha sido atribuida por la ley de su creación y que en ese orden no tiene facultades para decidir acerca de una indemnización de daños y perjuicios por un usuario que se consideró damnificado por la interrupción del servicio eléctrico”.