

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

Sede Regional Rosario

‘‘*Responsabilidad por Daños Causados por Productos Elaborados Defectuosos y su Relación con el Riesgo en el Desarrollo*’’

Tutor: Monge, Gabriel Manuel

Alumno: Marraccini, Gastón

Carrera: Abogacía

Año: 2024

1. Agradecimientos

En estas escuetas líneas dedicadas a los agradecimientos me gustaría expresar mi más profunda y leal gratitud a Dios, a Nuestra Señora de Lujan, a mi familia, amigos y a todas aquellas personas que a lo largo de estos casi ocho años me acompañaron en esta ardua y placentera empresa que fue mi educación universitaria, la cual está llegando a su fin. Esta gratitud es extensible a todas las personas que, sin miramientos ni exclusiones, están al mi lado en éste momento, las que no lo están, pero lo estuvieron en algún momento e incluso aquellas que nunca llegue a conocer fidedignamente pero que lo largo de este camino me prestaron, por si o por interpósita persona, un libro, un apunte o una siempre pero crucial palabra de aliento. A todas ellas gracias.

En un renglón importante realzo la figura de mi tutor, Dr. Monge, la de mi profesora de Derecho de Daños, Dra. Davico, los cuales fueron cruciales, respectivamente, en la corrección y elección de tema del presente Trabajo, y la de todo el Cuerpo Docente y no docente de la Universidad quienes lograron que, por primera vez en mi familia, un miembro de la misma consiga un título universitario.

Por ultimo quiero reconocer particularmente a mis amigos de cursada ya que sin ellos y sin la solidaridad, académica y humana, que tuvieron conmigo hubiera sido imposible que este objetivo se logre. Este premio es tan mío como de ustedes

Índice

1. Agradecimientos 1

2. Resumen 5

3. Introducción 6

4. Objetivos 7

4.1 Objetivos Específicos ……7

4.2 Justificación……...7

4.3 Descripción de la Situación Problemática……..……..9

4.4 Abordaje Metodológico ……..……11

5. Marco Teórico..... 14

5.1 Citas de Autores y Estudios Acaddemios Doctrianrios Referenciados .....…...18

7. Capítulo 1. Producto Elaborado en el Derecho Comparado..... 21

6.1. Protocolo de la Comunidad Económica Europea sobre Jurisdicción Internacional en Materia de Consumo 21

6.2. SUDAMERICA 22

6.2.1. Legislación Brasileña sobre Productos Elaborados 22

6.2.2. Legislación Uruguaya sobre Productos Elaborados 22

6.2.3. Legislación Paraguaya sobre Productos Elaborados..... 23

6.3. EUROPA..... 23

6.3.1. Legislación sobre Productos Elaborados en la Unión Europea. 23

6.3.2. Legislación Española sobre Productos Elaborados..... 25

6.3.3. Legislación Francesa sobre Productos Elaboraos 26

8. Capítulo 2. Producto Defectuoso en el Derecho Argentino..... 27

9. Capítulo 3. Definición de Defectos en los Productos, Tipos de Defectos y su Normativa 30

8.1. Defectos de Fabricación..... 30

8.2. Defectos de Diseño 31

8.3 Defectos de Información..... 31

8.4. Riesgo del Desarrollo de Productos Elaborados 32

10. Capítulo 4. Riesgo en el Desarrollo en el Derecho Comparado 35

9.1. Convenio de Estrasburgo (1977) 35

9.2. Directiva del Consejo de las Comunidades Europeas (85/374CEE) 35

9.3. Legislación Francesa en Relación al Riesgo en el Desarrollo 36

9.4. Legislación Española en Relación al Riesgo en el Desarrollo 39

11. Capítulo 5. Relación de Causalidad y Factores de Atribución 40

10.1. Teoría de la Causalidad Adecuada 40

10.2. Responsabilidad Colectiva Frente a un Hecho Dañoso 41

10.3. Factor de Atribución 42

10.4. Deber de Seguridad 43

12. Capítulo 6. Normativa dentro de la Ley de Defensa al Consumidor 44

11.1. Régimen de la Responsabilidad por Productos o Cosas 44

11.2 Artículo 40° de la Ley de Defensa al Consumidor y su Ámbito de Aplicación . 46

13. Capítulo 7. Derivación del daño 51

12.1 Tipos de Derivaciones del Daño 52

12.1.1. Derivación del Daño por Defecto de Fabricación 52

12.1.2. Derivación del Daño por Defecto de Construcción 53

12.1.3. Derivación del Daño por Defecto de Información 56

12.1.4. Tipificación de la Derivación del Daño 60

14. Capítulo 8. Características de la Responsabilidad del art 40° de la Ley de Defensa de Consumidor 61

15. Capítulo 9. Eximentes de la Responsabilidad 62

14.1. Hecho del damnificado 62

14.2. Hecho de un tercero 63

14.3. Caso fortuito y su Relación con el Riesgo en el Desarrollo 64

16. Capítulo 10. Aborde de la Responsabilidad por Productos en el Proyecto de Reforma de la Ley de Defensa del Consumidor 67

15.1. Responsabilidad por productos Elaborados 67

17. Capítulo 11. Descripción del Régimen Tuitivo y Protectorio Brindado a los Consumidores por la Ley de Defensa al Consumidor y la Constitucionalización del Derecho del Consumidor 76

18. Capítulo 12. Sujetos Intervinientes dentro de la Relación de Consumo y Frente a la Producción del Daño por Productos (Primer Término) 78

17.1 Sujeto Activo y Legitimación activa 78

17.2 Tercero Expuesto al Daño por el Producto Elaborado en la Relación de Consumo 81

17.3 Asociaciones de Consumidores en su Rol de Sujetos y Legitimados Activos. Importancia de las Asociaciones no gubernamentales derechos de incidencia colectiva que comprenden intereses individuales 83

19. Capítulo 13. Determinación de Cosas Defectuosas y Cosas Riesgosas 87

18.1 Defecto y vicio de la cosa 87

20. Capítulo 14. Determinación de Cosas Riesgosas 93

19.1 Relación de las Cosas Riesgosas con las Actividades Riesgosas 93

19.2 Aplicación de la Normativa de las Cosas Riesgosas y la Responsabilidad Objetiva en Actividades Riesgosas 101

21. Capítulo 15. Sujetos Intervinientes dentro de la Relación de Consumo y Frente a la Producción del Daño por Productos (Segundo Término) 103

20.1 Sujeto Pasivo, Legitimación Pasiva y la Figura del Intermediario en las Relación de Consumo 103

20.2 Irresponsabilidad del Sujeto Pasivo Frente al Daño Producido por un Producto Elaborado Provisto por su Mano 107

22. Conclusiones 110

23. Bibliografía 113

2. Resumen

La responsabilidad civil sobre productos elaborados defectuosos surgió en el ordenamiento mundial y en el de nuestro país de manera casi natural gracias a la práctica capitalista y mercantilista por la cual los hombres comerciamos con productos con el fin de sacar beneficios, ya sea por colocaros en el mercado y a consecuencia de ello recibir un fruto pecuniario, en el caso de los proveedores, o gozando del producto para uno mismo o para nuestro núcleo, en el caso de los consumidores.

Todos los que leemos estas escuetas líneas, en nuestro papel de proveedores o consumidores, somos parte de este sistema y por ende nos compete su funcionamiento y entendimiento ya que su ignorancia, al igual que la de todo el sistema jurídico, es luctuosa para quienes desean aprovecharse de los más vulnerables.

Evidentemente esta responsabilidad surge del comercio de productos que, al igual que toda actividad humana, no está exenta de conflictos y posibles aprovechamientos desde una parte, los proveedores, hacia la otra, los consumidores.

Lejos está este trabajo de criticar el sistema capitalista, fuente del fruto del progreso humano, que hace devenir en los daños por productos, los cuales deben ser combatidos no con la supresión o el castigo a todos aquellos que proveen productos sino con una legislación protectoria hacia los consumidores dotándolos de garantías suficientes para que, frente a la posible producción del daño por un producto elaborado que hayan adquirido, puedan ser justamente resarcidas como así también generar, en cabeza de los proveedores, la necesidad de evitar en lo posible la producción del daño y sus consecuencias debido a la afectación pecuniaria que le demandaría el hecho de tener que indemnizar al consumidor afectado tomando esto como una persuasión para tratar de evitar el comisión daños .

Palabras Clave: Producto Defectuoso, Riesgo en el Desarrollo, Consumidor, Relación de Consumo, Régimen Tuitivo.

3. Introducción

La responsabilidad por daños causados por productos elaborados defectuosos es síntoma del sistema capitalista en el cual vivimos y que comenzó con masificación de las relaciones del consumo a partir de la revolución industrial y el ingreso a la era moderna. El avance en la técnica de producción industrial trajo consigo el hecho de que esté mucho más marcada la diferencia entre consumidores y productores, dando como resultado que personas referenciadas como consumidoras se constituyeran prácticamente como un débil jurídico frente a los intereses de quienes elaboraban los productos manufacturados.

A su vez, desde el advenimiento de las relaciones de consumo modernas se comenzó a desmasificar, dentro del derecho civil, el derecho de daños, haciendo que su sistema protectorio sea más asequible a la víctima del hecho dañoso, como así también la enfatización en la prevención del daño. Esto último se diferenciaba de lo que ocurría en el pasado donde dichas medidas precautorias eran obviadas, existiendo una faz puramente restauradora y no preventiva. Es de resaltar que la elaboración de productos manufacturados siempre generará, casi de forma irremediable, algún tipo de riesgo de daño debido a que el hecho de la producción a gran escala siempre los hará, en mayor o menor medida, devenir.

El carácter potencialmente dañoso que mencionamos en los productos no significa que deba ser aceptado ya que es allí, en la potencialidad dañosa, donde el derecho debe hacer especial foco en su función resarcitoria y precautoria. Este foco no solo debe colocarse en los daños causados por productos defectuosos originados por la masificación de la producción, sino que también se deberá recaer en todos aquellos que sean elaborados con una gran falta de información al consumidor, los que tengan fallas en su diseño o los que sean potencialmente riesgosos para los consumidores.

A su vez, vale resaltar que, gracias al gran desarrollo tecnológico en la determinación del riesgo sobre los productos elaborados, muchos de ellos que antiguamente eran considerados seguros e inocuos hoy en día se determina que no lo son. Este precepto introduce dentro del marco de este trabajo uno de sus pilares que es el riesgo en el desarrollo.

4. Objetivos

Objetivos Generales: Este trabajo acarrea como objetivos la determinación; de lo que es un producto elaborado, los daños que estos pueden ocasionar y el riesgo ostenta el desarrollo de productos. A su vez analizara la identificación de responsabilidad civil de los productores frente al daño que puedan ocasionar sus productos en los casos de que ostenten defectos o riesgos y que tipo de responsabilidad es aplicada. Se enfacitara sobre la determinación del régimen tuitivo que aplica la Ley de Defensa al Consumidor y la correspondiente normativa internacional comparada sumado al estudio de un número determinado de casos jurisprudenciales, tanto nacionales como extranjeros, relacionados a daños por productos elaborados y por el riesgo en el desarrollo

4.1 Objetivos Específicos

a) Analizar la responsabilidad civil sobre productos elaborados y su relación con el riesgo en el desarrollo tanto en el derecho comparado como en el derecho argentino
b) Determinar la definición de producto, defecto, sistema protectorio, riesgo en el desarrollo y otros conceptos relacionados a la investigación en curso.
c) Examinar casos paradigmáticos sobre productos defectuosos y riesgo en el desarrollo que marcaron jurisprudencia tanto en nuestro país como en el extranjero.
d) Especificar la extensión del sistema tuitivo de protección a los consumidores estableciendo su definición, efectos, su determinación, su funcionamiento y sus objetivos.
e) Identificar a los sujetos intervinientes dentro de la relación de consumo y la legitimación para ser demandante y demandado.

4.2 Justificación

El presente trabajo de investigación se justifica por la creciente importancia y complejidad de la responsabilidad por daños causados por productos elaborados defectuosos en el contexto del sistema capitalista moderno. Esta temática ha cobrado relevancia debido a varios factores:

1. Evolución histórica: La masificación de las relaciones de consumo a partir de la revolución industrial ha generado una marcada diferencia entre consumidores y

productores, posicionando a los consumidores como la parte más vulnerable en estas relaciones.

2. Avances tecnológicos: El desarrollo tecnológico ha permitido identificar riesgos en productos que anteriormente se consideraban seguros, introduciendo el concepto de "riesgo en el desarrollo".

3. Globalización del comercio: La internacionalización de las relaciones comerciales hace necesario un estudio comparativo de las legislaciones de diferentes países y bloques económicos como el MERCOSUR y la Unión Europea.

4. Protección al consumidor: Existe una creciente necesidad de fortalecer los sistemas de protección al consumidor, tanto en su función resarcitoria como preventiva.

5. Vacíos legales: Es importante identificar y analizar los vacíos legales existentes en esta materia y cómo se abordan en la práctica jurídica.

6. Evolución legislativa: Las modificaciones proyectadas en la legislación hacen necesario un análisis actualizado de la situación jurídica en este campo.

7. Complejidad de las relaciones de consumo: La determinación de los sujetos intervinientes, la legitimación activa y pasiva, y el papel de las asociaciones de consumidores son aspectos que requieren un estudio detallado.

8. Responsabilidad objetiva: La aplicación de este principio en las relaciones de consumo y su posible extensión a actividades riesgosas merece un análisis profundo.

Este trabajo busca abordar estos aspectos de manera integral, contribuyendo así al entendimiento y desarrollo del derecho del consumidor en relación con los productos elaborados defectuosos, lo cual es fundamental para garantizar una protección efectiva de los derechos de los consumidores en el contexto económico actual.

4.3 Descripción de situación problemática

La situación problemática que se plantea en presente trabajo se centra en dos pilares fundamentales que son la relación de consumo entre consumidores y productores y la existencia de productos elaborados defectuosos. En lo referente a la relación de consumo se puede decir que desde que estas dos figuras, consumidor y productor, aparecieron que mayor relevancia principalmente desde la revolución industrial, aunque en el pasado podemos encontrar referencia a ellos, la falta de asimetría entre ambas se vio afectada ya que la posición domínate la ostento, y ostenta, el productor debido a que es quien manufactura el producto y lo pone en circulación. En segundo término, la aparición de productos elaborados defectuosos surgió como una consecuencia casi natural de la manufacturación de los mismos ya que, en los procesos de elaboración, siempre existe la posibilidad de que lo manufacturado se logre con algún defecto sea este de diseño, información o de fabricación. Frente a estos dos grandes descriptos en los cuales se centre este trabajo la normativa nacional y comparada trato y trata de solucionarlos creando herramientas jurídicas que le permiten al consumidor, el cual se encuentra en una situación vulnerable por el solo hecho de serlo, defender sus intereses y seguridad lo cual es logrado gracias a la sanción de normativas protectoria a tal fin que crean, tanto en nuestro país como en otros, un régimen tuitivo de protección.

Otra de las problemáticas que enfrenta el régimen protectorio es, claramente, el interés económico. Nadie puede negar que la finalidad del productor al poner un producto en el mercado es generar, por medio de una inversora poco onerosa, una ganancia pecuniaria mayor. Este fin no está mal ya que es el fundamento del sistema capitalista, pero puede ocurrir que frente al intento de lograr dicho objetivo los productores obvien las medidas necesarias para garantizar que el objeto que ponen el mercado es verdaderamente inocuo para los consumidores generando de dicha forma un cierto o potencial daño para ellos. Frente a estas prácticas es del donde el sistema tuitivo se debe hacer más fuerte garantizando la protección de los consumidores frente al posible aprovechamiento de los productores

A su vez podemos señalar, para no endemoniar a los productores, ya que puede suceder que los productos elaboraos por estos sean considerados verdaderamente inocuos, pero, por un caso de defecto en la producción, es decir un defecto aislado e irrepetible dentro una misma cadena de productos, se tornen potencialmente peligrosos para los

consumidores lo cual da como resultado otra situación problemática que los diferentes sistemas de defensa del consumidor, tanto nacionales como foráneos, intentan subsanar.

En síntesis, el propio sistema capitalista, cuyo pilar es la producción y el consumo de productos elaborados por medio de la masificación de la producción industrial ha generado un escenario complejo en las relaciones de consumo, donde la responsabilidad por daños causados por productos elaborados defectuosos se ha convertido en un tema de creciente relevancia jurídica y social. Este contexto plantea, entre los ya señalados, varios problemas interrelacionados:

1. Desequilibrio en las relaciones de consumo: La masificación de la producción en masa han acentuado la disparidad entre consumidores y productores, posicionando a los primeros como la parte más vulnerable en estas relaciones. ¿Cómo se logra que dicho desequilibro sea lo menos ofensivo para los consumidores?
2. Evolución del concepto de riesgo: Los avances tecnológicos han permitido identificar riesgos en productos que anteriormente se consideraban seguros, introduciendo la noción de "riesgo en el desarrollo". ¿Cómo se adapta el marco legal a estos nuevos desafíos?
3. Diversidad legislativa: En un mundo globalizado, las diferencias en las legislaciones nacionales e internacionales sobre responsabilidad por productos defectuosos pueden generar conflictos y vacíos legales. ¿Cómo se armonizan estas diferencias para proteger efectivamente al consumidor?
4. Alcance de la responsabilidad: Surge la necesidad de definir claramente quiénes son los sujetos responsables en la cadena de producción y comercialización, así como determinar los límites de esta responsabilidad. ¿Quiénes y por qué quantum responder por los defectos en los productos?
5. Eximentes de responsabilidad: ¿Cuáles son las circunstancias bajo las cuales un productor o proveedor puede eximirse de responsabilidad por daños causados por sus productos?
6. Responsabilidad objetiva vs. subjetiva: La tendencia hacia la responsabilidad objetiva en las relaciones de consumo plantea interrogantes sobre su alcance y aplicación, especialmente en actividades consideradas riesgosas. ¿Cuál es el fundamento de la responsabilidad objetiva en de derecho al consumidor?

7. Papel de las asociaciones de consumidores: ¿Cuál es el rol y la importancia de estas organizaciones en la protección efectiva de los derechos del consumidor?
8. Evolución del sistema tuitivo: ¿Cómo se adapta el sistema de protección al consumidor a las nuevas realidades del mercado y a los cambios tecnológicos?
9. Prevención vs. resarcimiento: ¿Cómo se equilibra la función preventiva del derecho de daños con su función resarcitoria en el contexto de los productos elaborados defectuosos?

   Estos problemas requieren un análisis profundo y multidimensional que abarque aspectos legales, económicos y sociales, con el fin de desarrollar un marco jurídico que proteja efectivamente a los consumidores sin obstaculizar el desarrollo económico y tecnológico. El presente trabajo busca abordar estas cuestiones desde una perspectiva integral, analizando la legislación nacional e internacional, la jurisprudencia relevante y las tendencias doctrinarias en la materia.

4.4 Abordaje Metodológico

i. **Enfoque Metodológico:** La investigación que realiza el presente trabajo adopta un enfoque cualitativo con elementos de análisis jurídico y doctrinal cuyo objetivo es comprender cómo se gestiona la responsabilidad civil por productos elaborados, los riesgos en el desarrollo y su relación con el derecho del consumidor. Se priorizará a lo largo de estas líneas un estricto análisis normativo y jurisprudencial el cual será efectiviao mediente el estudio de casos jurisprudenciales emblemáticos y normativas tanto nacional como foránea, por ejemplo, se analizará la normativa argentina, como la Ley 24.240 de Defensa del Consumidor, en comparación con regulaciones internacionales, como la Directiva 85/374/CEE de la Unión Europea sobre responsabilidad por productos defectuosos, entre otras.

ii. **Diseño de la Investigación:** La investigación toma un diseño de tipo exploratorio y descriptivo. Se busca identificar las principales problemáticas jurídicas y prácticas relacionadas a los productos elaborados y su relación con el riesgo en el desarrollo, abordando tanto las obligaciones de los productores como los derechos de los consumidores en el ámbito nacional e internacional.

iii. **Población y Muestra**

- **Población:** Normativa nacional e internacional aplicable, jurisprudencia relevante y bibliografía especializada en derecho del consumidor.
- **Muestra:**
  - Leyes y regulaciones específicas como la Ley de Defensa del Consumidor, el Código Civil y Comercial de la Nación, la Constitución Nacional, Normativas sobre derecho del consumidor y productos elaborados de la Comunidad Económica Europea, del Mercosur y de países Iberoamericanos
  - Fallos emblemáticos en materia de productos defectuosos y riesgos del desarrollo como, por ejemplo:
    - ‘‘Mosca, Hugo c/ Provincia de Buenos Aires y otros’’.
    - ‘‘Abdallah, Héctor Elías y otro/a c/ Eco Servicios Alciati S.A. s/ daños y perjuicios’’.
    - ‘‘Correa, Carlos Marcial c/ Cervecería y Maltería Quilmes S.A. s/ daños y perjuicios”.
    - ‘‘Rodríguez, Mario César c/ Club Atlético Newell´s Old Boys y otros s/ daños y perjuicios’’.
    - ‘‘Halabi, Ernesto c/ PEN’’.
    - ‘‘Biotrom S.A. y otros s/ daños y perjuicios’’.
    - ‘‘Claps, Enrique Martín c/ Mercado Libre S.A. s/ daños y perjuicios’’
    - Entre otros

iv. Técnicas de Recolección de Datos

- **Análisis Documental:**
  - Se efectuará una revisión de la normativa nacional e internacional, la jurisprudencia y de la doctrina.
  - Se hará un análisis comparativo de legislaciones de otros países para identificar su funcionamiento, diferencias y similitudes con la normativa nacional en relación a la regulación de la responsabilidad civil sobre productos elaborados y el riesgo en el desarrollo.

- **Estudios de Casos:** Se seleccionarán varios casos jurisprudenciales que revistan de relevancia tanto en nuestro país como en el extranjero con el fin de analizar y comprender las diferentes aristas de las probeticas abordadas por esta investigación y la forma en la cual se resuelven los conflictos entre consumidores y productores en diferentes partes del mundo**.**

v. Procedimiento

- **Etapa de Recolección:** Como primera fase se recopilaron normas nacionales e internacionales, y doctrina siendo las mas relevantes la de la Dra. Esther Ferrer de Fernández, Esther sobre daños por productos defectuosos en su trabajo denominado *''La responsabilidad por productos elaborados y el riesgo del desarrollo en el contexto del derecho del consumidor''* y la de los Dres. Luis Ricardo José Sáenz y Rodrigo Gastón Silva en su trabajo titulado *''La responsabilidad por productos en el derecho argentino. Aplicaciones jurisprudenciales y derecho comparado''*
- **Etapa de Análisis:** Se utilizará el método de análisis jurídico-documental, descriptivo y comparativo para interpretar las normas y fallos. En el análisis documental, se compararán la aplicabilidad de las normativas de la Argentina, de la Unión Europea y de demás países Iberoamericanos, como así también fallos y casos emblemáticos que surjan en las latitudes antes mencionadas. Por ejemplo, cómo se interpreta el concepto de "riesgo del desarrollo" en el art. 40 de la Ley 24.240 y en la Directiva 85/374/CEE.

vi. **Limitaciones** El presente trabajo investigativo se centra principalmente en la normativa aplicable en el derecho argentino haciendo énfasis, a su vez, en normativa de derecho europeo e iberoamericana dejando de lado la aplicable en países anglosajones lo cual limita, de forma considerable, el alcance investigativo. Esta limitación está dada por el hecho de que el derecho emanado del common law es verticalmente diferente a nuestro derecho de ráiganme románica por lo cual se consideró que su exclusión, aunque no es total ya que se tratara un fallo relevante del derecho estadounidense, no es desacertada. También se observará una limitación en razón a que solo tratamos con normativa y fallos comparados cuyo origen, legislativo y jurisprudencial, es netamente occidental abandonando

de pleno la normativa en materia de productos elaborados emanada del oriente del hemisferio por considerarla poco relevante a los fines de esta investigación. Otra de las limitaciones del presente trabajo es que, en miras de tratar a los productos defectuosos y al riesgo en el desarrollo, se obvio de forma parcial el tema referido a servicios riesgosos o defectuosos ya que, si bien se dedican varias páginas en detallarlos y en relacionarlos con los productos defectuosos y riesgosos, dicho detalle no resulta tan excautivo como el que se da al tema principal, aunque entiendo que es lo suficientemente explayado dado el hecho de que no es el tema principal de este trabajo

5. Marco Teórico

El presente trabajo se fundamenta en varias teorías y conceptos clave del derecho del consumidor y la responsabilidad civil, que proporcionan una base sólida para el análisis de la responsabilidad por daños causados por productos elaborados defectuosos y su relación con el riesgo en el desarrollo.

Consumidor: La definición de Consumidor es otorgada por la Ley Nº 24.240 en el Art 1° de la Ley de Defensa al Consumidor (en adelante, LDC) al establecer que ‘‘Se considera consumidor a la persona física o jurídica que adquiere o utiliza, en forma gratuita u onerosa, bienes o servicios como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social. Queda equiparado al consumidor quien, sin ser parte de una relación de consumo como consecuencia o en ocasión de ella, adquiere o utiliza bienes o servicios, en forma gratuita u onerosa, como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social.’’

Definición de Daño: El daño es uno de los presupuestos de la responsabilidad civil y puede ser definido, según Larenz, como *"el menoscabo que, a consecuencia de un acaecimiento o evento determinado, sufre una persona, en sus bienes vitales naturales, en su propiedad o en su patrimonio"*. En caso de existir daño el agente está obligado a resarcir al damnificado en proporción de la disminución en su patrimonio a causa del hecho dañoso, es decir que el presupuesto daño conlleva la obligación de resarcir. En ningún caso habrá responsabilidad sin daño y este deberá ser operativo en base a un acto antijurídico mediando relación de causalidad y siendo atribuible al autor en base de la culpa o el dolo o por la conexión entre la cosa y el daño dependiendo de si estamos rente factor subjetivo y objetivo. El daño no

debe, como se mencionó anteriormente, confundirse con lo antijurídico que, a pesar de ser factores concurrentes, son distintos entre sí ya que pueden existir conductas dañosas que no son antijurídicas como así también conductas antijurídicas que no generan daños.

Lo que se analiza en esta situación de los productos elaborados no es solo el daño en el mismo producto, sino los relativos a los restantes bienes del consumidor y a su inseguridad física y psíquica. La indemnización será comprendida como plena en base a lo mencionado en el art 1738° de Código Civil y Comercial (en adelante CCyC). Al ser una repartición plena el damnificado por productos elaborados defectuoso tiene derecho a percibir tanto una indemnización por las consecuencias patrimoniales como por las extramatrimoniales siempre que medie relación de causalidad.

En lo referente a daños punitivos, que según Pizarro son *''aquellas sumas de dinero que los tribunales ordenan pagar a la víctima de determinados ilícitos, que se suman a las indemnizaciones por daños realmente experimentados por el damnificado, que están destinados a punir graves inconductas del demandado y a prevenir hechos similares en el futuro''*, estos no serían aplicables, según una parte de la doctrina, en lo referente al daño por productos elaborados dentro de nuestro ordenamiento porque no están contemplado dentro de la órbita del CCyC y solo podría ser de aplicación restrictiva en las relaciones de consumo aunque también la doctrina es reacia en su aplicación en este caso por el hecho de que el acto de poner un producto en el comercio no es ilícito de antemano sino que la transformación en ilícito es fruto del daño que genera el defecto del producto una vez que llega a manos del consumidor debiendo hacer, el magistrado, un análisis ex post facto de los hechos dando por tierra la posibilidad de aplicar una punición disuasiva.

Eximentes de la responsabilidad objetiva: El proveedor, para liberase de responsabilidad, solo puede alegar la causa ajena. La causa ajena se configurará por el hecho del damnificado (culpable o no, aunque esta posición es discutida doctrinariamente), el hecho de un tercero o el caso fortuito.

Función Resarcitoria y Precautoria de la Responsabilidad por Productos Decusos: El derecho del consumidor desempeña una función dual en el sistema jurídico, particularmente en lo que respecta a la responsabilidad por productos defectuosos. En primer lugar, cumple una función resarcitoria, buscando compensar justamente al consumidor afectado por los daños sufridos debido a productos defectuosos, prácticas comerciales inadecuadas o incumplimientos contractuales. En segundo lugar, y con igual relevancia, ejerce una función

preventiva o disuasoria, actuando como un mecanismo de ejemplificación para los proveedores. Al imponer consecuencias legales y económicas significativas, como indemnizaciones sustanciales y posibles sanciones pecuniarias, se motiva a los actores del mercado a implementar medidas preventivas más estrictas, mejorar sus prácticas comerciales y elevar la calidad de sus productos. Este enfoque dual no solo repara el daño individual, sino que también genera un efecto multiplicador, elevando los estándares de protección al consumidor en el mercado y promoviendo relaciones comerciales más equitativas y seguras.

Ley de Defensa al Consumidor: La Ley 24.240, conocida como Ley de Defensa del Consumidor, tiene como objetivo principal proteger los derechos de los consumidores frente a prácticas comerciales abusivas por parte de los proveedores. Esta normativa busca garantizar que los bienes y servicios ofrecidos en el mercado cumplan con estándares adecuados de calidad y seguridad. Además, la ley asegura que los consumidores puedan ejercer efectivamente sus derechos, entre los que se destacan: 1) El acceso a información clara y veraz sobre productos y servicios; 2) El establecimiento de condiciones equitativas en las relaciones comerciales entre consumidores y proveedores y 3) La posibilidad de presentar reclamos y obtener compensaciones por daños sufridos o incumplimientos contractuales. Esta legislación constituye un marco regulatorio fundamental para promover relaciones de consumo más justas y transparentes, equilibrando el poder entre las partes y fomentando un mercado más responsable y orientado al bienestar del consumidor.

Producto Elaborado: Un producto elaborado es aquel bien que ha pasado por un proceso de transformación o manufacturación, convirtiéndolo en un artículo listo para su comercialización o consumo final. Este proceso implica varias etapas, que pueden incluir el diseño, la fabricación, el envasado y el etiquetado. El proveedor es responsable tanto de la elaboración como de la comercialización del producto, mientras que el consumidor es quien lo adquiere para su uso o consumo. Por ejemplo, un Smartphone es un producto elaborado que resulta de la transformación de diversos componentes electrónicos y materiales en un dispositivo funcional.

Producto Defectuoso: Es todo aquel producto que no brinda la seguridad que cabría legítimamente esperar de él teniendo en cuenta todas las circunstancias del mismo como así también su presentación, su uso razonablemente previsible y el momento de su puesta en circulación.

Proveedor: La definición de Proveedor también es brindada por la literalidad de la LDC ya que en su artículo 2° establece que lo será toda *''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''*

Relación de Consumo: Esta es la relación que existe entre el consumidor y su proveedor. La configuración de esta relación hace operativa la Ley de Defensa al Consumidor y la misma tiene por característica el intercambio comercial y la desproporcionalidad entre la figura del proveedor y del consumidor el cual se lo considera como vulnerable debiendo ser protegido por el régimen tuitivo.

Responsabilidad objetiva de los productores: La aplicación de esta responsabilidad a los proveedores está estrechamente relacionada con el régimen tuitivo ya que, en la responsabilidad objetiva, no es necesario que el consumidor damnificado demuestre la culpa o dolo del proveedor para probar la responsabilidad por el daño que el producto, proporcionado por él, generó al consumidor. El consumidor damnificado solo debe probar, para acreditar la responsabilidad del proveedor, el nexo causal entre el daño y el producto proveído por el demandado.

Responsabilidad Solidaria: La LDC en su Artículo 40° impone, frente al daño por productos elaborados, la responsabilidad solidaria a todos los miembros de la cadena de producción del producto al decir que *''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. Sólo se liberará total o parcialmente quien demuestre que la causa del daño le ha sido ajena''.* La responsabilidad solidaria de toda la cadena de producción o elaboración también es una característica del sistema tuitivo porque en las relaciones de consumo suele ser dificultosa la identificación de quien produjo el daño, por lo cual, el legislador entendió que sería más factible que todos los miembros de la cadena estén en capacidad de responder por el daño ante el consumidor a los fines de garantizar una correcta defensa e indemnización al consumidor.

Riesgo en el Desarrollo: Estos riesgos son generados a consecuencia del desarrollo mismo de productos ya que, la realización de dicha tarea, acarrea riesgos propios de la misma por el hecho de que se podría presentar un defecto en el origen mismo del producto el cual no puede ser advertido por el productor debido a los medios técnicos insuficientes que posee al momento de su producción no pudiendo probar el riesgo que acarrea el producto. Al no poder demostrar el potencial dañoso se entiende que lo producido es inocuo por lo cual es colocado en el mercado

Sistema Tuitivo de Protección a los Consumidores: Es la herramienta que brinda la LDC en beneficio de los consumidores al establecer un régimen que los protege, frente a la posibilidad o el riesgo de sufrir un daño frente a la posición dominante que ostenta el proveedor debido al desequilibrio entre ambas partes involucradas

Tipos de Defecto en los Productos Elaborados: los defectos que podemos encontrar son los de producción, información y diseño. La mención de estos tres no es taxativa ya que la legislación nacional nada dice sobre tipos de defectos, por ende, la enumeración resaltada aquí es meramente enunciativa pudiendo existir otros tipos de defectos. La descripción de los defectos en nuestro ordenamiento es de origen doctrinal y jurisprudencial.

Asociaciones de Consumidores: Las asociaciones de consumidores son organizaciones de carácter no gubernamental y sin fines de lucro que representan y defienden los derechos e intereses de los consumidores. Su objetivo principal es garantizar que los proveedores cumplan con las obligaciones asumidas hacia los consumidores, evitar prácticas abusivas y proteger a los consumidores en su condición de vulnerabilidad.

5.1 Citas de Autores y Estudios Académicos Doctrinarios Referenciados

Estudios Académicos Doctrinarios: El presente trabajo sigue en su fundamentación y elaboración los estudios académicos enumerados en la bibliografía entre los que encontramos, como principales, los nombrado como *''La responsabilidad por productos elaborados y el riesgo del desarrollo en el contexto del derecho del consumidor''* de Esther Ferrer de Fernández Sáenz y *''La responsabilidad por productos en el derecho argentino. Aplicaciones jurisprudenciales y derecho comparado''* de autores Luis Ricardo José Sáenz

y Rodrigo Gastón Silva. Además de los trabajos de investigación señalados se siguió, en la conformación de esta investigación, citas y saberes de diferentes doctrinarios del derecho como lo son Lorenzetti, Pizarro, Vallepinos, Cordobera, entre otros.

Citas Doctrinarias: (algunas de las citas que posteriormente se enuncian se encuentran introducidas en diferentes secciones y capítulos del presente trabajo). Entre los diferentes autores que este trabajo tomo como referencia podemos resaltar varias citas de ellos que hacen a los temas tratados. La Dra. **Lidia Garrido Cordobera** en su libro La Responsabilidad por Riesgo de Desarrollo define al riesgo de desarrollo como *"aquellas consecuencias dañosas de un producto elaborado que son desconocidas con la utilización de las técnicas científicas idóneas al momento de su producción en masa, autorización para el consumo y comercialización, pero que luego, con el avance de las técnicas, se descubre que ciertos daños son la consecuencia directa de la utilización de dicho producto"*; la Dra. **Aída Kemelmajer de Carlucci** afirmó, en su Código Civil Comentado del año 2008, que "*la responsabilidad por productos defectuosos implica un deber de seguridad que se traduce en la obligación del fabricante de garantizar que los bienes puestos en circulación sean adecuados para el uso previsto, sin riesgos indebidos para el usuario o terceros.";* el Dr. **Jorge Mosset Iturraspe**, en su libro titulado Responsabilidad por Daños de 1996, estableció que *"el productor debe responder por los daños derivados de sus productos defectuosos no solo como un principio ético, sino como una herramienta para incentivar estándares más altos de seguridad y protección para los consumidores."*; el Dr. **Rafael Bielsa**, en su título conocido como Responsabilidad Industrial y del Consumidor de 1974, describió que *"la seguridad de los productos es una obligación inherente al proceso industrial, y cualquier omisión en este sentido que cause daños debe ser resarcida sin necesidad de demostrar culpa."*; el Ministro de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Dr. **Ricardo Lorenzetti** definió que "*la obligación de seguridad puede dar origen a un factor de atribución objetivo o subjetivo y para determinar la extensión de esta obligación cabe tener en cuenta la previsibilidad de los riesgos''* y en su Tratado de Responsabilidad Extracontractual estableció que *"la responsabilidad por daños causados por productos defectuosos está basada en la existencia de un riesgo inherente a la actividad productiva, y es este riesgo el que justifica que el productor responda, incluso sin culpa, por los perjuicios derivados del uso de sus productos."*; y por último, la Dra. **Sandra Frustagli**, en su comentario sobre el artículo 40° de la Ley de Defensa al Consumidor, afirma que "*la mencionada obligación de*

seguridad, que impone esencialmente la transmisión de un producto apto para el uso o consumo a que está destinado, es de carácter objetivo y de resultado, de manera que la sola existencia de un daño sufrido en el ámbito de ejecución de la relación de consumo alcanza para tener por configurado un incumplimiento de esa obligación, sin que sea necesario que el demandante acredite a ciencia cierta cuál fue la cosa generadora de ese perjuicio y qué características tenía''

6. Capítulo 1. Producto Elaborado en el Derecho Comparado

6.1. Protocolo de la Comunidad Económica Europea sobre Jurisdicción Internacional en Materia de Consumo

Este tratado internacional brinda protección de los consumidores por daños causados por productos defectuosos en el ámbito del Consejo de Europeo, buscando complementar y modificar la Convención del Consejo de Europa sobre la Responsabilidad por el Hecho de los Productos en Caso de Lesiones Corporales o Muerte, adoptada en 1977. Su objetivo principal se centró en ampliar y aclarar las disposiciones sobre la responsabilidad de los productores por daños causados por productos defectuosos.

En el protocolo se reafirma el principio de responsabilidad objetiva para los productores lo cual significa que un productor puede ser considerado responsable por daños causados por sus productos defectuosos sin necesidad de que el consumidor pruebe la negligencia o culpa de este último.

Con la sanción del protocolo en cuestión también se hizo una extensión de la responsabilidad para incluir a los distribuidores y otros intermediarios dentro de la cadena de comercialización además de los fabricantes. Esto facilita que los consumidores puedan obtener compensación en casos donde el fabricante no pueda ser identificado.

El Protocolo da una definición de producto defectuoso estableciéndolo como aquel que no proporciona el nivel de seguridad que se podría legítimamente esperar considerando su presentación y el uso previsto.

En lo referente a la irresponsabilidad del productor se establecen varias excepciones a la responsabilidad objetiva. Entre ellas se incluye la posibilidad de eximir al productor si este demuestra que el producto defectuoso estaba en conformidad con normativa de seguridad obligatoria o si el defecto no existía al momento de la puesta en circulación del producto. El Protocolo es de aplicación obligatoria en los estados miembros del Consejo de Europa que lo han ratificado. Cada país firmante se comprometió al hacerlo a efectuar la adaptación de su legislación nacional para alinearse con los principios del protocolo, es decir que hay una transposición al derecho interno de los estados miembros.

El objetivo final es armonizar las normas sobre responsabilidad por productos defectuosos en los estados miembros promoviendo una mayor protección para los consumidores y productores y una mayor coherencia en la aplicación de las leyes.

El espíritu de los países miembros de la Comunidad Europea al firmar este protocolo representa un esfuerzo no solo por mejorar la protección de los consumidores en Europa, sino que también se buscó la clarificación de las normas de responsabilidad por productos defectuosos promoviendo así una mayor simplicidad normativa.

6.2. SUDAMERICA

6.2.1. Legislación Brasileña sobre Productos Elaborados

La legislación brasileña en materia de consumo es pionera en Latinoamérica ya que su ley de defensa al consumidor, denominada Código de Defensa del Consumidor, data del año 1990. En dicha normativa se define de forma clara y precisa que es un producto y qué es un servicio estableciendo que este esté primero será *''cualquier bien mueble o inmueble, material o inmaterial''*, mientras que para los servicios establece que son *''cualquier actividad prestada en el mercado de consumo mediante una remuneración, inclusive las de naturaleza financiera, de crédito y seguros excepto las transcurridas como relaciones laborales"*.

Al igual que la legislación nacional, la brasileña tiene por fin la protección de la vida, la salud y la seguridad de los consumidores contra los riesgos provocados por la provisión de productos o servicios que sean considerados peligrosos o nocivos.

Se establece que, frente a la existencia de productos potencialmente nocivos o peligrosos, quien los produce tiene el deber de informar tales circunstancias de manera adecuada a los consumidores. Esto último se materializa en disposiciones obligatorias como lo es la inclusión de instrucciones de uso del producto las cuales deben ser lo suficientemente exhaustivas dependiendo de la peligrosidad del producto.

6.2.2. Legislación Uruguaya sobre Productos Elaborados

El Uruguay también posee su propia Ley de Defensa del Consumidor. En ella se expresa la definición de producto siguiendo los lineamientos de su par brasileña, pero, a pesar de tenerlo definido, no sigue la tendencia jurídica sobre cómo se debe responder por daños ya que no se toma como fuente el deber de responder sobre el producto defectuoso, sino que se responderá sobre el vicio o riesgo de la cosa.

En lo referente a los servicios esta legislación también los define, aunque les aplica la misma escala de responsabilidad aplicada a los productos.

Al igual que otras leyes de sobre consumo, en Uruguay también se establecen como derechos básicos de los consumidores la protección de la vida y la salud de quienes acceden a los productos o servicios.

6.2.3. Legislación Paraguaya sobre Productos Elaborados

Esta legislación, la más moderna de las anteriormente comentadas, sigue los parámetros normativos del continente. Se establece una definición de productos, pero se excluye de los mismos a los bienes inmuebles, estableciendo que únicamente serán productos aquellas cosas muebles consumibles o no consumibles.

Cabe señalar que esta legislación, si bien define el concepto de productos, a la hora de establecer el régimen de responsabilidad por daños hace una derivación hacia el derecho civil ordinario.

6.3. EUROPA

6.3.1. Legislación sobre Productos Elaborados en la Unión Europea.

Directiva 85/374/CEE del Consejo, de 25 de julio de 1985, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados Miembros en materia de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos.

Esta directiva de la Comunidad Económica Europea tratar sobre las disposiciones legales y administrativas que deben seguir los estados miembros en relación con la responsabilidad de daños acaecida por productos defectuosos.

En su primer artículo se establece que el productor le será imputable la responsabilidad por los daños que pudiera generar el producto defectuoso producido por él. La directiva, a diferencia de la legislación nacional, si establece una definición concreta de lo que es entendido como producto al establecer que lo será *‘‘cualquier bien mueble, excepto las materias primas agrícolas y los productos de la caza, aun cuando está incorporado a otro bien mueble o a uno inmueble. Se entiende por materias primas agrícolas los productos de la tierra, la ganadería y la pesca, exceptuando aquellos productos que hayan sufrido una transformación inicial. Por producto se entiende también a la electricidad’’.*

También se describe que es lo que convierte a un producto en defectuoso estableciendo que *‘‘Un producto es defectuoso cuando no ofrece la seguridad a la que una*

persona tiene legítimamente derecho, teniendo en cuenta todas las circunstancias, incluso: a) la presentación del producto; b) el uso que razonablemente pudiera esperarse del producto; c) el momento en que el producto se puso en circulación'', es decir que no se limita a una sola variante sino que, el defecto, puede ser encontrado en todas las partes y circunstancias que rodean al producto.

A la hora de evaluar el defecto del producto y la protección que se le debe brindar a la integridad física y de los bienes del consumidor, dicha acción debe hacerse, según lo resaltado en la directiva, en relación al defecto en el cual el consumidor podría legitimarse como afectado y no solo en la ineptitud del producto. Se debe excluir de esta evaluación todo lo relacionado al uso abusivo y no razonable ya que, en dichos casos, estaríamos saliendo de los parámetros ordinarios.

La definición de producto en la directiva de la Convención del Consejo de Europa (en adelante CEE) tiene su antecedente en la Convención de Estrasburgo cuyo nombre completo es *''Convención del Consejo de Europa de 1977 relativa a la Responsabilidad por el hecho de los productos en caso de lesiones corporales o muerte''* en la cual se estableció que se entendía por productos defectuosos al producto que no ofrezca la seguridad esperada teniendo en cuenta las circunstancias que competen al mismo, su entorno como y su uso ordinario.

Debido al contenido de la Directiva, y del antecedente de la Convención realizada en Estrasburgo, podemos decir que, para la normativa europea el defecto en el producto se da cuando el mismo no otorga la seguridad necesaria a los consumidores.

El concepto de defecto es tomado como generador del deber de reparar. Los europeos siguieron, como fuente de dicho precepto generador, el derecho estadounidense ya que no se encontraba plasmada en ninguna normativa del continente europeo de forma previa a la directiva y a la convención antes mencionada. Debido a esto será el productor quien solo deberá responder por el daño causado por su producto defectuoso. Este concepto, netamente norteamericano y mercantilista, surge por la necesidad de ponerle un límite en la responsabilidad para que la puesta en mercado de cualquier producto no genere la posibilidad del deber de reparar a toda la cadena.

A su vez, la directiva de la CEE les otorga una interesante autonomía a los magistrados ya que la noción de defecto, la cual surge de la propia normativa, debería interpretarse según el caso en concreto y determinado, siendo dicha función competencia del

juez. Debido a esto el juez deberá atender a todas las circunstancias presentadas en relación con el producto ya que esta será la única forma de determinar si carece de seguridad y, en dicho caso, clasificarlo como defectuoso. En la evaluación que realizará el juez para determinar el defecto deberá valorarse toda la presentación del producto, es decir, tanto el producto en sí, como también su envase, empaquetado, etiquetado, etc. Esto quiere decir que deberá atender a todo aquello que haga al producto en sí y al exterior del mismo, incluso las instrucciones de uso o el empaquetado.

La valoración que se efectúe siempre debe tener en cuenta el uso razonablemente esperado del producto, lo cual quiere decir que el consumidor debió efectuar la manipulación del mismo según los usos ordinarios del mismo. El fin de esto es ponerle un límite al deber de reparar ya que el productor no responderá al daño frente a cualquier uso, sino que solo lo hará frente a un uso adecuado de su producto, caso contrario recaerá la eximición de la responsabilidad. Únicamente se podría probar la calidad del defecto si el producto fue utilizado de forma correcta.

La ultima valoración que debería realizar el juez es la del momento de la puesta en circulación del producto. El momento la puesta en circulación siempre va a ser, necesariamente, el instante en el cual el producto revistera de una mayor seguridad por el siempre hecho de ser nuevo y será el instante sobre el cual el productor mayor responsabilidad tendrá, la cual ira disminuyendo de forma razonable con el paso del tiempo.

El momento de la puesta en circulación del producto es fundamental ya que sirve a los efectos de determinar si el mismo es o no es defectuoso y por ende determinar si existe o no el deber de reparar el daño causado.

Para la Convención de Estrasburgo un producto entra en circulación cuando el productor lo remite a otra persona. La directiva de la CEE establece un eximente a la responsabilidad por el producto cuando se ponga en el mercado el cual será operativo si el productor impide una circulación el producto defectuoso.

6.3.2. Legislación Española sobre Productos Elaborados

España, al ser miembro de la CEE, hace una trasposición de las directivas de esta última hacia su derecho interno, por ende, se establece dentro de su legislación la responsabilidad civil por daños causados por productos defectuosos. Se impone la responsabilidad objetiva de los productores al afirmar que estos últimos serán responsables

de los daños que causen los productos defectuosos que fueran producidos o importados por ellos.

Se define de forma concisa que es un producto elaborado estableciendo que lo será cualquier bien mueble, aun cuando se encuentre unido o incorporado a otro bien mueble o inmueble, como así también el gas y a electricidad.

En lo referente a la responsabilidad civil del productor, la ley española hace una incorporación del régimen europeo adoptado las directivas de la CEE. Esta trasposición del derecho significa que las normas protectorias al consumidor español quedan cuadradas a las europeas ya que, por ejemplo, observamos que tampoco se incorporó en la definición de producto a los bienes inmuebles al igual que en toda Europa, pero se hizo una salvedad en la introducción del gas, cosa que la comunidad europea no considera como un producto.

Esta norma tiene como punto interesante la definición precisa de producto defectuoso estableciendo que lo será todo producto *"que no ofrezca la seguridad que cabría legítimamente esperar, teniendo en cuenta todas las circunstancias y, especialmente, su presentación, el uso razonablemente previsible del mismo y el momento de su puesta en circulación"*. Estos conceptos son interpretados de forma restrictiva por los tribunales españoles siendo es muy similar a lo que ocurre en toda Europa.

6.3.3. Legislación Francesa sobre Productos Elaboraos

En la normativa francesa también se toma la aplicación de las disposiciones relativas a la responsabilidad en productos defectuosos emanada de las disposiciones de la CEE. La legislación sobre esta materia se encuentra inserta dentro del propio Código Civil Francés el cual establece que un producto será *"todo bien mueble, aun cuando esté incorporado a un inmueble, comprendiendo asimismo los productos del suelo, de la ganadería, de la caza y de la pesca. La electricidad es considerada como un producto". Se puede* observar que esta definición, al igual que lo sucedido en la española, incorpora lo establecido en la Directiva ya que prácticamente da la misma definición de producto que establece esta última no haciendo grandes incorporaciones a la definición y excluyendo a los bienes inmuebles lo cual, a criterio de varios autores, no es muy acertado ya que siempre es favorable permitir su inclusión como si lo hace, por ejemplo, la normativa brasileña en su definición de productos.

Cabe resaltar que resulta interesante la incorporación como producto a los elementos que provienen del suelo, la ganadería o la pesca ya que, al hacer más extensiva la definición,

se amplían los derechos que tiene los consumidores de dichos productos. Estas inclusiones son sumamente importantes ya que se incorporan productos que son ampliamente utilizados y consumidos por los consumidores en su vida ordinaria siendo a su vez los que mayormente se encuentran en el mercado.

Al igual que la normativa española, y siendo una regla en a la comunidad europea, se establece la definición de producto defectuoso, el cual será todo aquel que no ofrezca la seguridad que legítimamente se debe esperar.

En lo referente a la responsabilidad civil se establece que el productor será el responsable por el daño causado por el defecto en el producto que pone en circulación. Esto quiere decir que la legislación francesa impone, en la cabeza del productor, una obligación de seguridad la cual tiene por objeto, frente a la puesta en mercado del producto defectuoso, la reparación de los daños causados por estas unidades debido a la insuficiente seguridad que presentan imponiendo a su vez que la responsabilidad del productor que, al ser objetiva, no supone culpa o dolo.

7. Capítulo 2. Producto Defectuoso en el Derecho Argentino

Previo a la sanción de la Ley de Defensa al Consumidor el concepto de producto que brindaba la doctrina se limitaba exclusivamente a todas aquellas cosas que eran generadas por un proceso de elaboración o industrialización. A su vez la jurisprudencia nacional se pronunciaba en igual medida en lo referente a esta definición tomando dicho concepto.

Cabe señalar, en lo referente al concepto de producto, que tanto la ley original de defensa al consumidor como su posterior reforma, no introducen una definición expresa del concepto de productos elaborados, sino que más bien se centra en la responsabilidad civil del proveedor de cosas (omitiendo la palabra producto) que provee resaltando la figura del consumidor y del usuario dándole a estos un marco protectorio frente a la relación de consumo. Esta omisión legislativa sobre el concepto de producto elaborado defectuoso no es aplicada en la legislación comparada donde sí podemos encontrar una determinación clara y un marco protectorio concreto en relación a los productos.

En lo referente a la responsabilidad civil por daños y la forma de responder frente a los mismos la LDC nos dice; *‘‘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. Sólo se liberará total o parcialmente quien demuestre que la causa del daño le ha sido ajena''.

Se puede observar que en todo el plexo del artículo 40° no se encuentra ninguna referencia al concepto de producto elaborados defectuosos como hecho revelador del deber de responder, sino que dicho deber requiere del vicio o el riesgo de la cosa o de la prestación del servicio.

El concepto que emana del artículo 40° de la LDC no tuvo su origen de forma espontánea ya que sigue los preceptos del antiguo artículo 1113° del Código Civil en el cual, desde la reforma de Borda, se establecía que; *''La obligación del que ha causado un daño se extiende a los daños que causaren los que están bajo su dependencia, o por las cosas de que se sirve, o que tiene a su cuidado. En los supuestos de daños causados con las cosas, el dueño o guardián, para eximirse de responsabilidad, deberá demostrar que de su parte no hubo culpa; pero si el daño hubiere sido causado por el riesgo o vicio de la cosa, sólo se eximirá total o parcialmente de responsabilidad acreditando la culpa de la víctima o de un tercero por quien no debe responder. Si la cosa hubiese sido usada contra la voluntad expresa o presunta del dueño o guardián, no será responsable.''*

A pesar de estas omisiones el legislador, en la sanción primigenia de la Ley Nº 24.240, incorporo en su artículo 5° la consagración expresa del derecho del consumidor y la protección integra en materia de su salud y seguridad *''Protección al Consumidor. Las cosas y 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. ´´*

El artículo 5° de la LDC, la cual fue dictada en el año 1993, vino a consagrar lo que resulto constitucionalmente concordante un año después debido a que la sanción de la reforma constitucional de 1994 en la cual se incorporó, en su artículo 40°, de forma expresa y clara la protección al consumidor como así también la obligación del Estado a proveer la protección de dichos derechos. De esta forma se logró que se les otorgue un estatus constitucional a estos derechos.

La introducción del Derecho al Consumidor en la Constitución Nacional viene de la mano con la continua incorporación de dicho derecho en otras constituciones de países

occidentales. Claros ejemplos los podemos observar en las constituciones de Portugal de 1976, la de España de 1978 o la de Brasil de 1988. Esta constitucionalización de los derechos del consumidor construyó, y constituye, un gran avance por el hecho de que ya no solo nos quedamos con la legislación ordinaria emanada de los Códigos y las Leyes, sino que, al incorporarlos en las cartas magnas, se crea un presupuesto mínimo de derechos el cual no puede ser perforado por el legislador por medio de la sanción de una normativa ordinaria.

Continuando con la LDC su artículo 6° hace referencia a lo siguiente; *''Cosas y Servicios Riesgosos. 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. En tales casos debe entregarse un manual en idioma nacional sobre el uso, la instalación y mantenimiento de la cosa o servicio de que se trate y brindarle adecuado asesoramiento. Igual obligación regirá en todos los casos en que se trate de artículos importados, siendo los sujetos anunciados en el artículo 4 responsables del contenido de la traducción''.*

Esta disposición mantiene el principio establecido en la norma precedente, consagrando el deber de comercializar productos bajo estrictos mecanismos de seguridad que preserven la salud e integridad del consumidor. La normativa incorpora además un elemento preventivo, estableciendo obligaciones de protección previas a la ocurrencia de cualquier daño. Este carácter preventivo que establece la Ley de Defensa del Consumidor se evidencia al anticiparse tanto a la existencia del defecto como a sus potenciales consecuencias perjudiciales.

Con todo lo antes expresado se puede decir que, si bien no se menciona en la ley una referencia expresa del concepto de producto, las disposiciones que surgen de la misma otorgan los elementos necesarios para su correcta individualización, delineamiento y el establecimiento del marco protectorio.

Esto mismo sucede en el CCyC ya que, a pesar de no mencionar de forma expresa el concepto de producto, mantiene vigente las disposiciones de la LDC por lo cual se entiende su existencia dentro del ordenamiento.

8. Capítulo 3. Definición de Defectos en los Productos, Tipos de Defectos y su Normativa

Como se mencionó anteriormente, en el derecho argentino no se da una definición de defectos, pero la jurisprudencia y la doctrina establecieron una serie de tipos de defectos en los productos manufacturados. Esto es de gran ayuda a la hora de que los magistrados realicen el análisis jurídico al momento de su juzgamiento en relación a los defectos.

8.1. Defectos de Fabricación

Estos son aquellos defectos que se manifiestan de forma aislada en una serie determinada de producción. El origen del defecto puede ser un desperfecto en la maquinaria que lo produjo, en un descuido del obrero que la produce u otros casos similares con la característica de que dicho defecto no debe extenderse a más allá de algunos productos de una serie en particular. Se entiende a una serie como un conjunto de productos elaborados que se suceden unos a otros y que están relacionadas entre sí.

Un caso muy resonante sobre estos tipos defectos son los envases de bebidas que explotan por un defecto aislado en su producción. Lo que ocurre en esto casos es que el defecto suele ser muy pequeño y asilado dentro de una universalidad de productos elaborados lo que dificulta su análisis y deducción. En la jurisprudencia tenemos al caso *"César, Inés M. E. C. Supermercado Cordiez y otro", la C. 5ª Civ. y Com. Córdoba''* de 1996 donde el hecho dañoso fue la explosión de un sifón de soda que la causo daños a la damnificada interviniente.

En este caso, y por la dificultad probatoria antes mencionada, se aplicó la carga dinámica de prueba ya que la damnificada se encontraba frente a una posición disvaliosa para poder suministrarla debido a la complejidad de la fabricación del producto y que este tenía un defecto de fabricación unánime que afectaba, muy probablemente, a ese solo producto en cuestión. Los magistrados intervinientes resaltaron que sería imposible la aplicación de una indemnización por los daños del producto elaborado si la carga de a prueba correspondía únicamente a la parte damnificada. Esta postura sigue vigente en nuestro país cuando los daños acaecidos fueran resultado de defectos de la fabricación.

Otro caso similar es el fallo "*Ryan Tuccillo, Alan M. c/Cencosud S.A. y otros"* de 1997, donde se interpuso la acción en virtud de sufrir lesiones en su dedo índice como consecuencia de estallarle una botella de gaseosa de vidrio al sacarla de la góndola para

colocarla en el changuito y por lo cual el tribunal, aplicando la carga dinámica de la prueba, hizo lugar a la demanda contra el titular del hipermercado y contra la empresa.

Cabe señalar que este defecto en la fabricación no tiene una definición taxativa en la normativa argentina cosa que, si ocurre, por ejemplo, en la Comunidad Europea donde se establece que un producto será defectuoso en su fabricación cuando no garantice la misma seguridad que dan los demás productos de la misma serie. Esto, lo de no establecer taxativamente la definición y la regla de invertir la carga de la prueba, es sumamente beneficioso para los damnificados por el hecho de que la producción de la prueba es siempre dificultosa para el consumidor.

8.2. Defectos de Diseño

Estos tipos de defectos afectan, a diferencia de los de fabricación, a la totalidad de una serie de producción. El defecto nace de un posible vicio en el diseño del producto elaborado ya sea en su construcción o en su distribución. Será un defecto toda la producción afectando a toda la serie y no sea un elemento aislado.

La prueba en este caso es más sencilla para el consumidor por el hecho de que si el producto defectuoso se destruye o su probanza es dificultosa, se podrá probar el mediante la comparación con otros ejemplares de la misma serie de producción que también tendrán defectos ya que esa es la característica distintiva de los defectos del diseño.

En materia probatoria resulta aplicable el *res ipsa loquitur,* cuyo significado es que la cosa habla por sí misma, siendo aplicable en aquellos casos en los que no se puede demostrar qué fue lo que provocó el daño, pero, mediante el estudio de las circunstancias que lo rodearon, se puede llegar a deducir que ha sido por una acción negligente.

8.3 Defectos de Información

El deber de información es de carácter accesorio lo cual no implica que se pueda incumplir ya que, en dicho caso, se recaerá en un defecto de información por no suministrar, ya sean, las características del producto, su correcto uso, su modo de conservación o su peligrosidad al consumidor.

El derecho a la información en materia de consumo es sumamente importante ya que incluso está incorporado en el art 42° de la Constitución. También el deber de información se encuentra taxativamente mencionado en la LDC en su artículo 4° donde se establece que

‘‘El proveedor está obligado a suministrar al consumidor en forma cierta, clara y detallada todo lo relacionado con las características esenciales de los bienes y servicios que provee, y las condiciones de su comercialización’’. Este deber de información, y los defectos que ocasiona su no otorgamiento van a causar, inherentemente, daños en el consumidor, pero la jurisprudencia nacional hace una distinción entre aquellos productos en los que el riesgo es evidente, aun cuando no se cumpla correctamente el deber de informar al consumidor, de aquellos que no son evidentes.

El deber de información debe tener una mayor rigurosidad cuando la presunción del riesgo sea mayor. Asimismo, la información debe ser más elevada en aquellos productos peligrosos y que no puedan llegar a ser inocuos por su propia elaboración o por el fin del mismo, por ejemplo, un arma de fuego. Un fallo paradigmático en esta materia es el de ‘*‘Carrefour Argentina SA c/. Secretaría de Comercio e Inversiones’*’ en donde inspectores de la Dirección de Comercio Interior encontraron en los locales de ventas de Carrefour cajas de juegos de dardos con punta metálica sin la debida información (el producto contaba con el manual de procedimientos e instrucciones sin traducción al idioma español) sobre dicho producto violando el deber de información consagrado en la Constitución de la Nación Argentina (en adelante CNA) y la LDC.

El tribunal fallo afirmando que la violación recaía en *"no suministrar a los consumidores o usuarios en forma cierta y objetiva información veraz, detallada y eficaz sobre las características esenciales de los mismos (productos), de forma tal que, utilizados en condiciones previsibles y normales de uso, no presenten peligro para la salud o integridad física de los consumidores o usuarios, siendo los sujetos enunciados en el art. 4º, responsables del contenido de la traducción".*

8.4. Riesgo del Desarrollo de Productos Elaborados

Estos tipos de productos elaborados tienen la característica de que al momento de ser manufacturados y puestos en manos del consumidor eran considerados inocuos e inofensivos para ellos porque la información y el conocimiento científico sobre su falta de peligrosidad así lo determinaban en dicho momento pero que, con el avance técnico y tecnológico, se descubre que eran potencialmente dañoso.

Debido a esto se deben excluir a todos aquellos productos que los riesgos sean objetivamente comprobables al momento de su elaboración. La Dra. Lidia Garrido

Cordobera en su libro La Responsabilidad por Riesgo de Desarrollo define al riesgo de desarrollo como *"aquellas consecuencias dañosas de un producto elaborado que son desconocidas con la utilización de las técnicas científicas idóneas al momento de su producción en masa, autorización para el consumo y comercialización, pero que luego, con el avance de las técnicas, se descubre que ciertos daños son la consecuencia directa de la utilización de dicho producto".* Este tipo de riegos reviste de una suma relevancia en todos los productos elaborados resaltando los de medicamentos y derivados de estos.

En lo referente a la determinación de responsabilidad al actor por daños que deriven de riesgo del desarrollo tenemos a tres posiciones doctrinarias que fundamentan a favor y en contra de la aplicación de este tipo de responsabilidad civil por riesgo de desarrollo de los productos elaborados.

La tesis afirmativa establece que el fabricante debe reparar plenamente a la víctima del daño derivado del riesgo en el desarrollo. Este planteo se funda en la garantía de inocuidad, por la cual el productor debe garantizar que el producto elaborado sea plenamente inocuo en todo momento bajo el parámetro de defensa plena del consumidor que padece el daño.

También esta tesis se basa en un parámetro de justicia ya que el productor debe asumir los riesgos de poner en el mercado un producto cuyo fin es la contraposición de obtener un lucro por lo cual debería cargar con los daños causados por el desarrollo, como así también por tener una mayor capacidad de respaldarlos económicamente.

Otro fundamento es que si el fabricante responderá por los daños causados por el riesgo del desarrollo dicho productor tomaría una mayor diligencia a la hora de lanzar un producto al mercado como así también una adecuada investigación previa sobre los posibles efectos dañosos.

Se puede afirmar que esta postura sigue de forma fehaciente a la función preventiva, que se consagra en nuestro derecho de daños, como así también el plexo normativo que comprende tanto a la Ley Nacional de Medicamentos la cual es la que, en mayor medida, prevé explícitamente esta cuestión al afirmar que debe existir una continua adecuación farmacológica.

También se involucra el atr. 40° de la LDC y se extiende en el artículo 1757° del CCyC, que versa sobre la responsabilidad por el hecho de las cosas y actividades riesgosa.

La tesis intermedia establece que la aplicación del riesgo del desarrollo no debe alcanzar a todos los productos elaborados ya que la amplitud del posible campo indemnizatorio futuro seria extremadamente amplio y afectaría al comercio. Lo que esta postura hace es tomar únicamente a ciertos productos como lo son, por ejemplo, los medicamentos o los productos derivados del cuerpo humano. Esta es la postura adoptada por la Comunidad Europea.

En la tesis negativa se establece que el productor no responderá por los daños futuros que le sean ocasionados al consumidor si al momento del lanzamiento del mismo dicho producto cumplió con todos los recaudos técnicos, científicos y administrativos. Esta postura se funda, principalmente, en que quien elabora un producto no puede asumir los riegos del progreso científico.

Se afirma, en esta última teoría, que la existencia el riesgo en el desarrollo es absolutamente atípica e imprevisible rosando incluso con el caso fortuito lo cual hace imposible aplicar una función preventiva del daño validada con la afirmación de que no existen defectos propios de las cosas al momento de su salida al mercado. Además de todo esto la mayor critica que se le hace al riesgo en el desarrollo es que, si los productores ya asumen de antemano que muy probablemente van a tener que indemnizar a sus consumidores por el daño casado por sus productos debido al desarrollo, estos simplemente contratarían seguros de caución desestimando de esa forma las investigaciones de los productores que tenían como fin el estudio de la inocuidad de sus productos.

En la normativa civil argentina ya se planteó en el proyecto de reforma del CCyC de 1993 la exclusión del riesgo del desarrollo por tratarse de un sistema que alteraba el comercio. En dicho proyecto se afirmaba que *‘‘el elaborador responde por los daños causados por el defecto del producto por él fabricado, pero podrá liberarse probando las siguientes circunstancias 4º) Los conocimientos científicos y técnicos no permitían suponer la existencia del defecto al momento de la puesta en circulación del producto’’.*

El actual Código no menciona nada en específico sobre este asunto, pero tampoco excluye de totalmente como venía hacer el anteproyecto. En el ordenamiento actual sigue vigente el artículo 40° de la LDC, sobre daño por vicio de las cosas, pero como bien marca el nombre de la ley, solo es aplicable para aquellos casos que medien relaciones de consumo. Para los demás casos se debería recurrir, si se quiere alegar el daño del desarrollo, al art 1757° que apara el deber de reparar las consecuencias del actor por actividades riesgosas.

9. Capítulo 4. Riesgo en el Desarrollo en el Derecho Comparado

9.1. Convenio de Estrasburgo (1977)

En el derecho comparado podremos observar que también se han generado disyuntivas en el modo y forma de aplicar la responsabilidad civil frente al riesgo en el desarrollo.

En lo referente a la legislación europea, en la ya mencionada convención de Estrasburgo de 1977 se estableció en su artículo primero, primera parte, que el *''fabricante de una cosa mueble es responsable del perjuicio causado por un defecto de éste, que él lo haya conocido, o haya podido conocer ese defecto"* mientras que en su segunda parte se afirma que: "*El fabricante es igualmente responsable aun si la cosa, en función del desarrollo científico o tecnológico prevaleciente en el momento que él ha puesto en circulación, no ha podido ser considerada como defectuosa".*

Este primer artículo de la convención establece de forma concisa que los productores de productos elaborados responden por ellos en los casos de los daños generados por estos cuando dichos elementos se reconocieren como dañoso gracias al avance de la ciencia y tecnología de forma posterior a la puesta en comercialización.

Podemos afirmar que la responsabilidad de pleno derecho del productor, como lo plantea la legislación comparada, no tiene como único fin proteger al consumidor, sino que busca indemnizar de todo posible daño que le puede llegar a causar a este, aun cuando el mismo pueda evaluarse con la experimentación, no pudiendo ser detectado de forma previa.

9.2. Directiva del Consejo de las Comunidades Europeas (85/374CEE)

En este convenio se altera lo dispuesto en Estrasburgo ya que en esta primera se estableció que el productor no sería responsable cuando el estado de los conocimientos técnicos y científicos con los que contaba a la hora de poner en circulación el producto no le permitieran descubrir la existencia del defecto.

Debido a esto la Directiva es totalmente opuesta a la Convención ya que, mientras en que en esta ultima el productor responde, en la Directiva no lo hace e incluso se configura como una causal de exoneración de la responsabilidad por el hecho de que le fue imposible la determinación del riesgo en su producto por no existir un conocimiento técnico que pudiera demostrar lo contrario al momento de colocarlo en el mercado.

A pesar del enunciado de la Directiva, que contraria a la convención, se establece que los países firmantes de esta primera se reservan el derecho soberano de prever en su legislación interna que el productor sea responsable objetivo por los daños aun cuando pruebe que el estado de los conocimientos científico técnicos le impidieron revelar lo potencialmente defectuoso de su producto.

Esta libertad que le otorgo la convención a los Estados partes es tal, pero se busca que no sea la regla dentro de la Comunidad debido a que si alguna legislación interna hace responsable al productor mientras que otras lo eximen podría generar una afectación a la libre competencia y terminar vulnerando los derechos de los consumidores siendo, de dicha forma, peor el remedio que la enfermedad.

Lo que busca la directiva, a fin de cuentas, es tratar de superponerse a las regulaciones de los estados miembros de la Unión estandarizando sus normativas para lograr un nivel de protección igualitario en el tratamiento hacia los consumidores y productores dentro los distintos países miembros.

Debido a lo expuesto podemos entender que la directiva tiene claramente un sistema de responsabilidad cerrado dejando poco margen a los Estados para legislar por sobre o bajo ella. Esto quiere decir que no marca un piso mínimo sino una orden normativa a seguir. Por todo esto cada Estado miembro tiene su correspondiente derecho de reserva a la hora de signarla mediante la sanción de normas internas.

Claramente hay un cambio rotundo en la percepción de la responsabilidad civil por defecto en el desarrollo y la forma que tienen los productores de responder o de no responder. Si bien se busca que haya una unidad de criterios dentó de la Unión, diferentes países han optado por disimiles teorías que van desde que se debe responder, otras por las que no se debe responder e incluso los hay que las adoptaron a medias.

9.3. Legislación Francesa en Relación al Riesgo en el Desarrollo

Al estudiar el derecho francés y la forma en la cual se aplica la responsabilidad civil en lo referente a los daños por el riesgo en el desarrollo encontramos una disyuntiva ya que Francia es signataria de la directiva de la CEE, pero su derecho interno difiere totalmente de esta.

Si bien la directiva establece la responsabilidad objetiva del productor en los casos que el riesgo en el desarrollo que pudieran generar algún daño en el consumidor, el Código

Civil francés consagra el principio de irresponsabilidad del productor frente a esto casos ya que se establece textualmente que *"el productor es responsable de pleno derecho a menos que pruebe que el estado de los conocimientos científicos y técnicos, en el momento en que puso el producto en circulación, no permitía detectar la existencia del defecto"*.

Claramente, y siguiendo las disposiciones de su propio derecho, al derecho francés lo constituye la irresponsabilidad del productor en caso de riesgo en el desarrollo con una única excepción para aquellos productos provenientes del cuerpo humano que causen un daño. Un ejemplo claro de esta excepción es la sangre la cual es un producto que proviene de un cuerpo humano y es insertada en otro. Es interesante citar jurisprudencia en torno a esta única excepción a la irresponsabilidad ya que, incluso antes de ser introducida en la legislación del Código Civil galo, hubo fallos que establecieron la responsabilidad en los casos de transfusiones de sangre contaminada basándose sus fundamentos en el deber de seguridad y en las obligaciones de resultado.

Anteriormente se mencionó que en el derecho francés únicamente existía una excepción a la irresponsabilidad del productor lo cual es parcialmente cierto. Encontramos una especie de excepción, aunque no llega a ser tal ya que el Código Civil Francés dispone que si el producto en circulación se torna peligroso por el riesgo en el desarrollo dentro de un periodo de diez años y el productor no toma disposiciones adecuadas para prevenir las consecuencias, teniendo en cuenta los adelantos tecnológicos, será responsable por el daño ocasionado.

Se dice que es una excepción a medias por el hecho de que el fundamento para la aplicación de la responsabilidad es netamente la culpa, por no subsanar el defecto, y no es responsabilidad objetiva. Dicha culpa se da por el hecho que el productor, gracias a los avances ciencia y tecnología, conoció o debió conocer los posibles daños que su producto podría ocasionar y no obro prudentemente para evitar que eso ocurriera poniendo en peligro la vida y seguridad del consumidor. Se establece un límite de diez años en el cual el productor sería responsable.

Debido a lo antes expuesto, la legislación francesa les impone a los productores un requisito doble para asegurar su irresponsabilidad frente al riesgo en el desarrollo. Primero debe confirmar que, al momento de su colocación en el mercado, no pudo observar, con los medios técnicos de ese momento, un riesgo suficiente en la seguridad y salud de los consumidores y segundo, dicha conducta, la de no conocer técnicamente los riesgos, se debió

mantener durante el periodo en el cual el producto estuvo en manos del consumidor y hasta los diez años posteriores.

Cabe señalar que se dejó muy claro en la jurisprudencia francesa la diferencia sustancial entre un producto defectuoso y un producto perfeccionado que es colocado posteriormente en el mercado. El Código Civil lo establece claramente al afirmar que *"un producto no puede ser considerado defectuoso por el solo hecho de que otro más perfeccionado haya sido puesto en circulación posteriormente"*. Se deja visible que el defecto nada tiene que ver con el perfeccionamiento ya que, un producto que es perfeccionado no debió poseer un defecto en su pasado, sino que simplemente nos encontramos frente a un avance en relación al anterior.

Se puede concluir que la postura que toma el derecho francés en relación a la irresponsabilidad del productor no significa que el producto causante del daño no sea en su fin defectuoso ya que en realidad si lo es e incluso si dicho producto es colocado dentro de una jurisdicción en el cual no se acepta la irresponsabilidad del productor, como por ejemplo en nuestro país, se tendrá como factor de atribución y se deberá responder por el mismo frente al daño.

Claramente la responsabilidad de reparar los daños causados por productos defectuoso debería ser de pleno derecho, es decir que no se podría disponer normativamente en su contra por el hecho de que nos encontraríamos vulnerando a la parte más débil que viene a ser el consumidor. Está claro que el derecho francés trata, al platear la irresponsabilidad, es que se logre un beneficio económico al impedir la carga de reparar al productor y se observa que es una cuestión netamente de imputabilidad y no de causalidad ya que, si seguiríamos a esa última postura, el productor debería responder.

Este argumento, en contra de la irresponsabilidad, incluso lo encontramos dentro de misma excepción, explicada anteriormente, que plantea la ley francesa cuando afirma que sí se responderá aun cuando la ciencia o la técnica le impidiera al productor la posibilidad de observar el riesgo en el desarrollo. Dicha excepción se daba cuando el *"daño fue causado por un elemento del cuerpo humano o por los productos procedentes de éste*", e incluso se ha refrendado en casos jurisprudenciales anteriores a la propia sanción de la excepción en los casos de transfusiones de sangre contaminadas cuando dicho contamínate, llámese HIV o Hepatitis C, no pudo ser detectado la ciencia o la técnica. En éstas circunstancias se hizo, razonablemente responsables, a los productores lo cual deja planteadas ciertas suspicacias

sobre el principio de irresponsabilidad ya que, en los casos citados se plantea y planteo la responsabilidad del productor basándose en la obligación de resultado y seguridad por lo cual no hay otra razón, más allá de la económica, al razonamiento plateado por los legisladores franceses en los casos que plantean la irresponsabilidad.

En síntesis, todos los supuestos de defectos son aplicables al riesgo al desarrollo, por lo cual carece de sentido práctico que la legislación francesa le confiera en ciertos casos la responsabilidad objetiva al productor frente al daño y a otros se lo exima. Lo que hace la ley francesa es aprovecharse de la trasposición de la directiva de la CEE tomando casi totalmente la irresponsabilidad del productor infravalorando la seguridad y salud de los ciudadanos franceses poniendo por encima de ellos la valoración económica que obtienen los productores al libarse de reparar los daños ocasionados por sus productos defectuosos.

9.4. Legislación Española en Relación al Riesgo en el Desarrollo

La legislación española realiza, al igual que la francesa, una trasposición de la directiva de la CEE. Se acepta y recepta la teoría europea de la irresponsabilidad del productor en los casos de daños por productos elaborados, pero se admiten ciertas excepciones que son, a diferencia de lo estipulado en Francia, más rigurosas.

Se estipula la excepción a la irresponsabilidad del productor en aquellos casos que se trate de medicamentos, alimentos y productos alimenticios. En éstos casos descriptos se prevé que el productor responda por el daño cuando por el riesgo en el desarrollo aun cuando le fuera imposible determinar dicho riesgo.

En referencia a las causales de exoneración de la responsabilidad se estable una trasposición a la norma europea ya que la ley de defensa al consumidor española afirma que el productor se librara de responder cuando *"el estado de los conocimientos científicos y técnicos existentes en el momento de la puesta en circulación no permitía apreciar la existencia del defecto*", pero se establecieron textualmente excepciones a la irresponsabilidad al afirmar, seguidamente, que *"en el caso de medicamentos, alimentos y productos alimentarios destinados al consumo humano, los sujetos responsables, de acuerdo con este capítulo, no podrán invocar la causa de exoneración de la responsabilidad"*.

Como regla el productor español no responde por los daños causados por sus productos elaborados, pero si lo hace como excepción. La introducción de esta excepción es netamente protectoria a los consumidores e incluso podemos sostener que se convierte en la

regla ya que los productos que en ella se engloban son los que mayoritariamente se encuentra en el mercado.

Queda claro que los legisladores españoles trataron de seguir las disposiciones europeas sobre el principio de irresponsabilidad del productor, pero, con el fin de proteger a sus consumidores, introdujeron en las excepciones a la irresponsabilidad una cierta cantidad de productos que son los más usuales en el mercado generando así, en la práctica, una regla de responsabilidad objetiva casi plena sobre los hombros de los productores de productos defectuosos.

Posteriormente a la sanción de la ley española de defensa al consumidor, esta misma sufrió una modificación en su artículo donde se menciona la irresponsabilidad del productor. No se modificó en si el régimen anterior, pero si agrego, en su última parte, que, si bien se mantenía la irresponsabilidad, el productor no quedaba exento de responder a las prestaciones asistenciales y económicas que otras leyes especiales establecieran. El texto dice textualmente lo siguiente *"no serán indemnizables los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producción de aquéllos, todo ello sin perjuicio de las prestaciones asistenciales o económicas que las leyes puedan establecer".*

10. Capítulo 5. Relación de Causalidad y Factores de Atribución

10.1. Teoría de la Causalidad Adecuada

La relación causal tiene por finalidad probar la existencia de una causalidad jurídica y no física entre el obrar y el daño causado. Esta relación permite determinar las consecuencias que se le atribuyen al hecho omisivo o activo como así también la extensión del resarcimiento. En lo referente al daño por productos elaborados defectuoso y al daño por riesgo del desarrollo, la responsabilidad civil y el daño se ubican generalmente alejados cronológicamente, es decir, que la producción de daño no se genera con la elaboración del producto, sino que ocurrirá a posteriori de la misma por el hecho de que es necesaria la comercialización para que el producto llegue a manos del consumidor quien será el afectado.

El CCyC adopta la teoría de la causalidad adecuada la cual será aplicable cuando exista adecuadas consecuencias para la producción del daño. Para determinar la adecuación de la causa es necesario adoptar la teoría de la prognosis póstuma, es decir un análisis ex post

facto de la probabilidad de que ocurra el resultado. Este análisis debe realizarse en abstracto y no en particular. Observamos claramente que la causa adecuada no necesariamente será, en lo referente a los productos elaborados, una causal inmediata sino más bien mediata.

Para que se pueda establecer la causalidad es necesario que todos los eslabones de la causalidad sean adecuados y no solamente idóneos para producir un resultado dañoso. Particularmente, en lo referido al tema tratado en el presente trabajo, el vínculo casual del hecho es la introducción a mercado de un producto potencialmente dañoso para el consumidor que decantara en una reparación por parte de la actora hacia el demando cuando se produzca el daño.

Cabe señalar que esto muta cuando se introduce el factor riesgo ya que, en los casos de responsabilidad objetiva, fundada en el factor riesgo, tendremos una doble relación de causalidad: la primera es la que se establece entre la cosa y el daño y la segunda entre el hecho del actor y el daño.

10.2. Responsabilidad Colectiva Frente a un Hecho Dañoso

En este tipo de daños, la individualización del responsable por el mismo suele tornarse imposible de determinar por lo cual se toma como responsable a un grupo determinado de personas. Este tipo de responsabilidad está marcada por los daños accionados por productos elaborados defectuosos como así también en el daño por el riego en el desarrollo.

Generalmente en estos casos el daño que le es producido al damnificado se extiende en el tiempo y no es inmediato a la producción y adquisición del producto, por lo cual, la individualización de una sola parte actora carece de efectividad por el hecho mismo de la comercialización y elaboración en cadena del bien. La responsabilidad en el caso de riesgo del desarrollo también puede recaer en toda la cadena de producción y comercialización siendo indispensable que el obrar dañoso haya sido actuado dentro de la misma.

Cabe señalar que existen posturas doctrinaras minoritarias en las cuales se establece el principio de la irresponsabilidad colectiva ante la imposibilidad de individualización. La postura que toma nuestro CCyC en su artículo 1761 es clara afirmando que *‘‘el daño proviene de un miembro no identificado de un grupo determinado responden solidariamente todos sus integrantes’’* pudiendo excluirse de responsabilidad quien no obro dañosamente

demostrando que *no ha contribuido a su producción.* Mismas circunstancias establece el código para aquellas actividades riesgosas hacia un tercero (Art. 1762°).

En síntesis, se puede afirmar que en la responsabilidad colectiva la misma no será culposa ya que los responsables podrían llegar a no ser culpables o incluso ni siquiera autores del daño, pero responderán solidariamente por el riesgo creado debido a que la acción grupal que en el tema de los productos elaborados defectuosos es en principio lícita, pero degenera un resultado dañoso siendo así, todos los miembros del grupo, contribuyentes del mismo por lo sola causa de ser miembros.

Muchos autores definen a la responsabilidad colectiva como la socialización del riesgo ya que todos los integrantes del grupo del agente que ocasiona el daño responden solidariamente. Lo que la parte afectada por el producto elaborado debe demostrar, tanto en la responsabilidad colectiva como individual, es que exista relación causal entre el producto y el daño como así también entre el hecho humano y el producto.

10.3. Factor de Atribución

El factor de atribución es otro de los elementos para configurar la responsabilidad civil y será determinante a la hora de establecer la responsabilidad del fabricante del producto. El factor deberá ser probado luego de determinar la relación causal y si no es posible su determinación no existirá responsabilidad. El CCyC establece que la responsabilidad por actividades riesgosas será receptada por todo aquel que cause un daño por el riesgo o vicio de la cosa.

También se menciona que dicho factor será objetivo estableciendo que *no son eximentes la autorización administrativa para el uso de la cosa o la realización de la actividad, ni el cumplimiento de las técnicas de prevención.* Esto último autoriza a los magistrados a no aceptar como eximentes la autorización dada por los órganos del Estado.

En lo referente a las actividades riesgosas Brebbia afirma que *‘‘son aquella que potencia la probabilidad de daño a terceros, acrecentando el nivel normal de peligro que conlleva toda conducta humana lícita en la vida de relación, aun cuando se actúe con diligencia’’.* Una parte doctrina establece que a la hora de analizar el riesgo de la actividad dicho análisis debe ser efectuado en abstracto y de forma objetiva teniendo siempre en cuenta la previsibilidad del riesgo.

También existe otra corriente que establece un criterio más amplio y abarcativo a la hora de determinar el riesgo de la cosa. Para que pueda aplicarse esta normativa la cosa o actividad riesgosa debe ser licita, tener determinación de la peligrosidad potencial y una relevancia en el daño. Así también esta cosa riesgosa debe serlo por su misma naturaleza o por los medios empleados en su producción y generar, a su vez, una ilicitud objetiva vulnerando un derecho subjetivo o un interés legítimo del afectado que degenere en una indemnización la cual debe tener una relación causal adecuada. Estos caracteres deber ser probados por el damnificado o en su defecto por el autor si se invierte la carga de la prueba dando así nacimiento a la obligación de resarcir.

10.4. Deber de Seguridad

Para definir al deber de seguridad se lo puede citar a Lorenzetti cuando este afirmó que es "*la obligación de seguridad puede dar origen a un factor de atribución objetivo o subjetivo para determinar la extensión de esta obligación debiendo tener en cuenta la previsibilidad de los riesgos''.* El deber de seguridad está legislado en el art. 1710° (Deber de prevención del daño) teniendo como regla de aplicación el factor subjetivo siendo la excepción los supuestos facticos regulados en los arts. 1757° (Hecho de las cosas y actividades riesgosas) y 1758° (Sujetos responsables por el hecho de las cosas y las actividades riesgosas), donde el factor de atribución será, excepcionalmente, subjetivo. Debido esta excepción que da el Código, el factor de atribución en lo relacionado al daño por productos elaborados y el riesgo en el desarrollo siempre será objetivo.

Dentro de las relaciones contractuales donde se ofrezcan productos elaborados, la doctrina estableció el principio de la obligación del deber contractual de seguridad el cual es una obligación accesoria que se introduce en los contratos que consiste en la preservación de la integridad o las prevenciones hacia la contraparte que pueda ser afectadas por un riesgo o vicio de la cosa en cuestión. Esta obligación se puede ser expresa, como mencionamos anteriormente, pero siempre estará implícita de forma tasita en todas las relaciones jurídicas ya que el CCyC tomo como faro el deber de no dañar y de prevención del daño.

En lo referente a la LDC se establece explícitamente el deber de seguridad de los productores o comercializadores de productos elaborados. Este tipo de obligación de seguridad es de carácter objetivo ya que es una obligación de resultados.

11. Capítulo 6. Normativa dentro de la Ley de Defensa al Consumidor

11.1. Régimen de la Responsabilidad por Productos o Cosas

El régimen de responsabilidad por productos que sigue la legislación nacional se enmarca en la figura tuitiva de la ley, es decir, que el sistema resguarda, ampara y defiende al consumidor. Debido a ello este sistema solo será de aplicación cuando entre el responsable de la generación de un daño y la víctima haya una relación de consumo.

La relación de consumo se compone de dos figuras que necesariamente deben estar presentes las cuales son el consumidor y el productor. La LDC realiza, en sus primeros dos artículos, una definición clara de lo que se entiende por uno y por el otro al establecer que: será consumidor; *''la persona física o jurídica que adquiere o utiliza, en forma gratuita u onerosa, bienes o servicios como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social''*, mientras que será productor; *''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. Todo proveedor está obligado al cumplimiento de la presente ley. No están comprendidos en esta ley los servicios de profesionales liberales que requieran para su ejercicio título universitario y matrícula otorgada por colegios profesionales reconocidos oficialmente o autoridad facultada para ello, pero sí la publicidad que se haga de su ofrecimiento. Ante la presentación de denuncias, que no se vincularen con la publicidad de los servicios, presentadas por los usuarios y consumidores, la autoridad de aplicación de esta ley informará al denunciante sobre el ente que controle la respectiva matrícula a los efectos de su tramitación.''*

El sistema tuitivo de protección y la activación del mismo frente a una relación de consumo es un carácter particular de la legislación argentina la cual no se presenta, como detallamos en este trabajo, en el régimen europeo de responsabilidad el cual, a pesar de que consagra la responsabilidad del productor por defectos en sus productos de forma general, no la subordina a un régimen protectorio del consumidor en particular.

Se puede observar que, en nuestro sistema, para que funcione la protección al consumidor, es necesario que se configure, en principio, la existencia del consumidor y del proveedor respetando lo enunciado en los artículos 1° y 2° de la LDC antes señalada.

A pesar de las reformas que ostenta la LDC la definición de consumidor se mantiene relativamente idéntica desde su sanción allá por 1993. Se entiende por consumidor, dándole a la definición una forma interpretativa tanto restrictiva como amplia, a todo aquel que adquiere un bien como consumidor final ya sea para provecho propio o de su núcleo social. También se deja claro, subsidiariamente, la figura del usuario siendo el mismo toda aquella persona que usa el bien o el servicio adquirido de mano de otro.

Cabe señalar que las reformas a esta ley limito, en cierta parte, a lo que se entendía por consumidor. En el texto ya perecido se incorporaba la figura de aquella persona ‘‘expuesta’’ a una relación de consumo, es decir, las que formalmente no estaban dentro de la relación de consumo, pero se veía involucrada a afectada a la misma. Esta apreciación fue eliminada ya que ocasionaba más problemas que soluciones porque, en muchos casos, ingresaban como consumidores personas que en realidad no lo eran las cuales tampoco necesitaban la protección que brindaba la LDC.

Un claro ejemplo era el caso de la víctima de un accidente de tránsito que pasaba a tener una relación de consumo con la compañía aseguradora de automóvil que lo siniestró por el solo hecho de estar ‘‘expuesto’’ a la verdadera relación de consumo que afectaba al automóvil culpable del siniestro y su aseguradora.

Lo antes detallado generaba un exceso en el régimen tuitivo del derecho al consumidor por lo cual el legislador, en su sabio entender, retorno la cuestión a un cause más natural ya que se estableció una limitación a la protección de las personas expuestas a una relación de consumo imponiendo que solo ingresarían dentro de su ala protectoria cuando la exposición sea resultado de una práctica abusiva desarrollada por el proveedor.

Esta protección excepcional a las personas expuestas es fundamental ya que, en muchos casos, los potenciales consumidores y los productores no tienen una relación de consumo directa o la misma es difusa, por lo cual, es necearía esta protección que da la ley.

Lo relevante de esto, en síntesis, es la determinación concreta de quien es consumidor y quien no lo es. Si bien es cierto que la omisión del ‘‘expuesto’’ a la relación de consumo se podría entender como un retroceso en el régimen protectorio, dicha valoración, según apreciación de la doctrina, no es así ya que podemos definir de forma clara quien se configura como consumidor y quién no.

En primer lugar, será consumidor todo aquel que tenga una relación directa con el proveedor ya que esta es definición estricta de consumidor. También lo serán los usuarios

del núcleo familiar social de consumidor y como último también entrara dentro de la relación de consumo y de su régimen protectorio, todos los terceros afectados por el vicio o defecto de la cosa que el proveedor le otorgo al consumidor, es decir que no será el expuesto, como se establecía en la legislación derogada, sino el afectado por el daño ocasionado por el producto o servicio que se le proporciono al consumidor o usuario.

Esta apreciación tiene su fundamento en el fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (en adelante, CSJN) en los autos caratulados *"Mosca, Hugo c/ Provincia de Buenos Aires y otros''* en el cual el máximo tribunal dictamino que *'', el deber de indemnidad a cargo del proveedor alcanza no sólo a quienes son consumidores o usuarios del bien o servicio, sino también a quienes sufran daños en las situaciones de riesgo creadas por los comportamientos unilaterales, respecto de sujetos no contratantes"*.

Todo esto significa que en las relaciones de consumo en las cuales se genere un riesgo, y como consecuencia del mismo un daño a terceros, la responsabilidad del proveedor también recaerá en el resarcimiento a dicho tercero debido a que se encontrara bajo la protección de la LDC.

Claramente existió un gran avance al quitar la figura del tercero expuesto a una relación de consumo ya que, en cierta forma, degeneraba las buenas virtudes de la LDC y fue acertado el incluir dentro del marco protectorio del consumidor a los terceros afectador por daños de una relación de consumo.

11.2 Artículo 40° de la Ley de Defensa al Consumidor y su Ámbito de Aplicación

La LDC tiene una estructura doble en lo que a protección al consumidor se refiere. Por un lado, tenemos al artículo 10° bis *''El incumplimiento de la oferta o del contrato por el proveedor, salvo caso fortuito o fuerza mayor, faculta al consumidor, a su libre elección a: a) Exigir el cumplimiento forzado de la obligación, siempre que ello fuera posible; b) Aceptar otro producto o prestación de servicio equivalente; c) Rescindir el contrato con derecho a la restitución de lo pagado, sin perjuicio de los efectos producidos, considerando la integridad del contrato. Todo ello sin perjuicio de las acciones de daños y perjuicios que correspondan.''* Y por otro lado tenemos a los artículos 5° y 6° *''**Protección al Consumidor***.

*Las cosas y 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**. Cosas y Servicios Riesgosos***.

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. En tales casos debe entregarse un manual en idioma nacional sobre el uso, la instalación y mantenimiento de la cosa o servicio de que se trate y brindarle adecuado asesoramiento. Igual obligación regirá en todos los casos en que se trate de artículos importados, siendo los sujetos anunciados en el artículo 4 responsables del contenido de la traducción.

En primer punto el artículo 10° bis establece los remedios que se podrán suministra frente a la enfermedad del incumplimiento de la prestación comprometida por el proveedor. En segundo lugar, los artículos 5° y 6° establecen el régimen de seguridad e indemnidad que recae sobre el proveedor.

Todo esto da como resultado final que el proveedor de bienes o servicios responderá en dos circunstancias. La primera por los daños derivados del incumplimiento de la prestación comprometida y la segunda por las lesiones que se generen sobre otros bienes del consumidor. Esto le facultaría al consumidor la posibilidad de atacar a toda la cadena de producción ya que nos encontraríamos frente a la generación de un daño por el vicio o defecto de la cosa.

El significado de esto es que la normativa nos instruye a que, frente a un defecto o vicio de la cosa comercializada, el accionar del mismo debe tener un nexo causal material con el daño sufrido por la víctima recayendo el mismo sobre bienes distintos a la prestación original ya que el deber de indemnidad, señalado en el artículo 5° de la LDC y la responsabilidad por productos o servicios defectuoso señalado en el art 40° de la mencionada ley, requieren que el daño haya sido causado en la persona del consumidor o en otros bienes distintos de aquellos constituidos en el contrato que dio origen a la relación de consumo.

Debido a esto, cuando el daño ocasionado sea en consecuencia al incumplimiento de las obligaciones del proveedor sobre la entrega del producto no será aplicable el régimen de responsabilidad del artículo 40° ya que el daño no se produjo en la figura del consumidor sino en el producto obtenido. Esto no obsta de la aplicación de las herramientas protectorias enmarcadas en la LDC como es el caso del artículo 10 bis.

Esta apreciación resulta lógica si tenemos en cuenta el espíritu del legislador al sancionar esta ley ya que, su fin u objeto no fue conferir a todos los miembros de la cadena

de producción y comercialización el carácter de garantes del excito en el cumplimiento de las obligaciones del proveedor final, la cual es el otorgamiento del producto al consumidor. Esto es así porque, en el caso contrario, haría cargar a toda la cadena riesgos extraordinarios haciendo que los costos se eleven.

Como ejemplo de la omisión en la aplicación del artículo 40° podemos dar dos casos paradigmáticos en los cuales la jurisprudencia y la doctrina establecieron la inoperatividad de tan relevante artículo. El primer caso es el precepto doctrinario y legal de la inaplicabilidad de régimen de responsabilidad por daños de la LDC frente a los defectos en los bienes inmuebles que adquiera el consumidor. El segundo caso está relacionado con el fallo de la Cámara de Apelaciones de ciudad de Junín en caratulas *"Abdallah, Héctor Elías y otro c/ Eco Servicios Alciati S.A. s/ daños y perjuicios.''* En la cual el demandante sufrió una avería en su automóvil por olvidarse de cerrar a tapa del depósito refrigerante demandando al fabricante por daños sufridos basándose en la relación de consumo y el régimen protectorio del art 40° pero la cámara rechazo su pretensión afirmando que *"El fabricante no es responsable solidariamente por los daños padecidos en la camioneta del actor debido al olvido de la colocación de la tapa del depósito del líquido refrigerante, porque la solidaridad entre el fabricante o productor y el vendedor, que establece el art. 40 de la ley 24.240, tiene como presupuesto que el daño al consumidor resulte del riesgo o vicio de la cosa comercializada, supuesto no configurado, ya que el daño ocasionado no tuvo su causa en la potencialidad dañosa o en algún defecto del líquido refrigerante, sino en el hecho del dependiente".*

A contrario sensu, si resultaría aplicable el régimen de la responsabilidad por daños del artículo 40° si existiere un defecto o vicio en la cosa y de ello devine el daño o lesión al consumidor o en un bien distinto a la prestación principal. Dentro de esta configuración podemos observar dos fallos judiciales que, a diferencia de los anteriores donde el tribunal rechazo aplicar lo establecido en la responsabilidad por daños, impuso el régimen de artículo 40° ya que su aplicación no dejaba lugar a dudas. Lo antes dicho lo podemos observar la decisión tomada en caratulas "*Correa, Carlos Marcial c/ Cervecería y Maltería Quilmes S.A. s/ daños y perjuicios"* y en el fallo caratulado *"Rodríguez, Mario César c/ Club Atlético Newell´s Old Boys y otros s/ daños y perjuicios".*

En el primero la Cámara ordeno que la Carecería y Maltería Quilmes S.A. responda en los términos del art. 40 de la LDC *''por los daños padecidos por una persona por la*

explosión de una botella de cerveza elaborada por aquélla, que ocurrió en un local comercial, más allá de no haberse podido determinar la causa que produjo el estallido", mientras que en el segundo caso se condenó a resarcir el daño a los organizadores de un evento deportivo por las lesiones sufridas sobre un espectador cuando las fuerzas de seguridad, contratadas por la organización, dispararon perdigones de goma contra el público afectando dañosamente al damnificado demandante.

Por ello, en este último antecedente, el tribunal estableció que *"El club deportivo donde se llevó a cabo un partido de fútbol es responsable por los daños que sufrió en la vista un espectador al recibir el impacto de perdigones disparados por la policía al producirse disturbios finalizado el encuentro, pues no se probó que la víctima formara parte del grupo de barras bravas a las que se les atribuyeron tales disturbios, y por el contrario es frecuente, ante estos desmanes, que el público quede atrapado en medio del tumulto, sin poder salir, de modo que no existe prueba que permita desplazar la responsabilidad objetiva, basada en el deber de seguridad, que el art. 40 de la ley 24.240 y las leyes 23.184 y 24.192 imponen a los organizadores de un espectáculo deportivo"*.

En estos dos precedentes queda de forma clara y precisa el ámbito de aplicación del instituto protectorio de la LDC en mención, pero, para ser consecuentes con la realidad, también hay casos donde la aplicabilidad o inaplicabilidad es más difusa e incluso podría generar, para cierta parte de la biblioteca, un rechazo.

Este el caso en el cual se decidió aplicar esta normativa frente a la falta de entrega de un automóvil haciendo responsable al fabricante por dicho incumpliendo aunque, desde mi perspectiva, no debería aplicarse la disposición del artículo 40° en este caso ya que no se trataría de un reclamo por daños sufridos debido a un producto defectuoso sino que más bien la situación se asemejaría a una ejecución de un contrato por incumplimiento la cual es una discusión entre partes ajeno a las disposiciones del artículo 40°.

Otro caso similar donde es dificultoso determinar la aplicabilidad de la responsabilidad por productos pero que al final es aplicada por el Tribunal, erróneamente a mi entender, se caratula como *''M., F. S (agencia de turismo). y otro c/ Iberia Líneas Aéreas S.A. y otros s/ ordinario"* en el cual, frente a la imposibilidad de abordar un vuelo ofrecido por Iberia, se responsabilizó a la agencia de viajes frente a su negativa de reintegrar el valor del viaje estableciendo que *"La responsabilidad de las agencias de viajes abarca no solo las hipótesis en que los servicios comprometidos son directamente brindados por ellas, sino*

inclusive en el caso de supeditación a la actividad de otras empresas prestatarias, ya que el art. 40 de la ley 24.240 establece la responsabilidad solidaria de todos los integrantes de la cadena de fabricación y comercialización de un bien o servicio, y esa inclusión permite que quedan como sujetos responsables tanto el organizador como el intermediario".

Esta distinción, en el ámbito tutelar y de aplicación de la norma, que hacemos entre los daños ocasionados por el incumplimiento de las obligaciones principales y aquellos que corresponderían a la lesión que se le ocasiona al consumidor o a otros bienes de este último por el uso de un producto defectuoso no es solo una cuestión del derecho argentino, sino que también lo encontramos en la normativa del derecho comparado.

Como se expresa en este trabajo, la normativa europea también sigue esta teoría ya que en la Directiva 85/374 en su artículo 9° expresa que se tutelaran los daños causados por productos elaborados defectuosos que causen muerte o lesiones corporales y *"los daños causados a una cosa o la destrucción de una cosa, que no sea el propio producto defectuoso".*

Esta prerrogativa europea discurre en las legislaciones internas de los países miembros de la Unión ya que por ejemplo en España se establece, por el Real Decreto 1/2007 art 142, que los *"los daños materiales en el propio producto no serán indemnizables conforme a lo dispuesto en este capítulo, tales daños darán derecho al perjudicado a ser indemnizado conforme a la legislación civil y mercantil".*

Teniendo en consideración la legislación europea se puede deducir que lo que se buscó fue que los daños que sean sufridos sobre el mismo producto debían quedar solamente sujetos a la responsabilidad contractual del vendedor debido a que, en el ámbito de los daños por productos defectuosos, el interés protegido, el fundamento de la responsabilidad civil y el sujeto al que se imputa deben ser ajenos al producto mismo.

A su vez, doctrinariamente se afirma que frente al carácter defectuoso de un producto hace que el mismo no cumpla los parámetros contractuales aceptados por el consumidor teniendo éste último múltiples remedios contractuales para solicitar la subsanación por alguna vía prevista en la normativa.

Queda así claro, siguiendo la normativa y doctrina nacional, como así también la del derecho comparado, que la finalidad del artículo 40° no es aplicable en los casos en los cuales la pretensión sea la reparación de los daños que sufrió el damnificado como consecuencia del incumplimiento de la obligación principal del proveedor. Estos casos, claramente excluidos

de la normativa del artículo 40°, se agruparían bajo la órbita del art 10° bis sobre cómo puede actuar el consumidor y eventualmente en el art 18° sobre vicios redhibitorios *''Vicios Redhibitorios. La aplicación de las disposiciones precedentes, no obsta a la subsistencia de la garantía legal por vicios redhibitorios. En caso de vicio redhibitorio: a) A instancia del consumidor se aplicará de pleno derecho el artículo 2176 del Código Civil; b) El artículo 2170 del Código Civil no podrá ser opuesto al consumidor.''*

12. Capítulo 7. Derivación del daño

El daño sufrido por el consumidor deberá derivar de un producto defectuoso. El consumidor será quien pretenda la aplicación de la normativa protectoria demostrando que el producto que originó el daño ostenta algún defeco como así también la relación de causalidad entre el producto y el daño sufrido. Estos defectos pueden recaer, como ya mencionamos, en defectos de fabricación, de construcción o de información.

Los defectos de fabricación eran aquellos que se presentaban en una unidad determinada salida de una cadena de montaje pero que no afectaba a toda la producción de dicha cadena. Esto quiere decir que el defecto se originó por el uso ordinario de la cadena de montaje la cual produjo un defecto aislado en un producto determinado debido a una falla en su montaje o en la fuerza mecanizada de la producción, sin afectar a los demás productos que son originarios de dicha cadena.

A diferencia de los defectos de fabricación los vicios de construcción se centran en el diseño defectuoso del producto debido a que afecta a su diseño en si por lo cual todos los artículos producidos bajo la misma directiva se consideraran defectuosos.

Por último, los defectos de información no tienen relación con una falla en si en el producto, sino que el defecto está en la omisión del proveedor de otorgarle al consumidor la información necesaria para el correcto uso del producto que le entrega a este primero y que por falta de ella se produce un hecho dañoso.

Otra parte de la doctrina agrega un defecto más que el cuál es la falta de conservación del producto.

12.1 Tipos de Derivaciones del Daño

12.1.1. Derivación del Daño por Defecto de Fabricación

A la hora de hablar de los defectos en particular se puede decir que los de fabricación se encuentran presentes en aquellos productos que tienen un alejamiento del estándar del pretendido el cual da como resultado un defecto en una unidad en particular la cual nacerá siendo diferente de las demás ya que estas últimas surgirán sin defectos, siendo este el estándar, mientras que las primeras presentarán los defectos.

En estos casos el vico en la cosa se origina por una falla mecánica o humana dentro del proceso de elaboración del producto que no pudo ser detectada al efectuar los controles de calidad antes de su salida al mercado. En definitiva, para que se produzca este defecto será necesario que productor no haya querido que exista dicho producto defectuoso y haya tomado todas las medidas para que esto no suceda, pero por las características propias de la producción sucedió y el producto ingreso defectuoso.

Relacionado con los defectos en la fabricación el fallo *Cortés, Rodolfo Luis c/ Fiat Auto S.A.* es un precedente relevante en la jurisprudencia de nuestro país sobre la responsabilidad por defectos en la fabricación de automóviles. El demandante, un señor llamado Rodolfo Luis Cortés, demando a Fiat Auto Argentina S.A. debido a que sufrió un accidente automovilístico que tenía como consecuencia probamente atribuible un defecto de fabricación en su vehículo de marca Fiat. El defecto, que estaba relacionado con el sistema de suspensión del automóvil, provocó una pérdida de control del vehículo resultando en graves lesiones para el demandado.

Cortés demandó a la Fiat fundando su demanda en que el defecto en la fabricación del vehículo había causado el accidente y los daños consecuentes del mismo. En la demanda se argumentó que el fabricante era responsable por el defecto que comprometió la seguridad del automóvil.

El tribunal falló a favor de Cortés motivando su decisión en que Fiat era responsable por el defecto en la fabricación que había llevado al accidente. La decisión se basó en el principio de que los fabricantes tienen el deber de garantizar que sus productos sean seguros para su uso ordinario previsto por la naturaleza de bien. El tribunal consideró que la prueba presentada por el demandante era suficiente para demostrar que el defecto en el sistema de suspensión del vehículo había sido una causa directa del accidente. Se destacó que Fiat, como fabricante, tenía la responsabilidad de realizar controles de calidad adecuados y de asegurar

que el vehículo estuviera libre de defectos que pudieran poner en peligro la seguridad de los usuarios. El caso reafirmó la responsabilidad de los fabricantes en casos de defectos de fabricación al determinar que el origen del daño, es decir el defecto en el sistema de suspensión, no era una falla reiterada en las demás unidades que la empresa automotriz había colocado en el mercado.

Se aplicó lo dispuesto en la Ley de Defensa del Consumidor estableciendo la responsabilidad de los proveedores por productos defectuosos siendo relevante para la fundamentación del fallo. Lo determinado por los jueces del tribunal sirve de precedente para casos similares al destaca la obligación de los fabricantes de garantizar la seguridad y la calidad de sus productos.

Podemos observar, en el fallo que estamos comentando, un claro alineamiento con la doctrina de responsabilidad objetiva en casos de defectos de fabricación, donde el fabricante puede ser responsabilizado por daños causados por productos defectuosos independientemente de la existencia o no de negligencia ya que, aunque haya tomado todas las medidas de seguridad, estos defectos pueden aparecer en unidades aisladas dentro de una serie de producción.

La prueba presentada, que consistía en que las demás unidades de vehículos suministrados por no demandada no poseían estos defectos, demostró que la afición que tenía el vehículo fue la causa fuente del daño.

12.1.2. Derivación del Daño por Defecto de Construcción

En los defectos de construcción la afección del producto no es individual o asilada, como ocurre en los de fabricación, sino que afectan a todo el colectivo siendo, generalmente, fallas en los procesos de diseño los cuales se generan por errores en la constitución misma del diseño, malos planeamientos, falta de impertís en quien lo construye, negligencia, etc.

Un caso emblemático de defecto en la construcción y diseño es automóvil Ford Pinto el cual fue un automóvil la que empresa Ford produjo entre 1971 y 1980. Este modelo fue icónico en el mercado norteamericano tanto por su diseño como por los problemas de seguridad asociados con él. El Pinto era un automóvil pequeño y económico, diseñado para competir en el mercado de autos familiares ya que ofrecía una opción accesible para los consumidores teniendo un diseño sencillo y simple de usar.

A pesar de ser una unidad aparentemente funcional, a lo largo del periodo en el cual estuvo en el mercado genero varias controversias ya que hizo su fama gracias a sus problemas de diseño, particularmente en relación con su diseño de tanque de combustible. Los estudios de diseño revelaron que el tanque estaba mal ubicado y podía ser propenso a incendios en caso de que el automóvil sea víctima de un siniestro en la parte trasera ya que los soportes que sostenía el paragolpes trasero estaban directamente atornillados sobre el tanque de combustible lo cual generaba que, frente a un golpe en el paragolpes, los tornillos que lo sostenían perforasen el taque de combustible generando, en reiterados casos, el incendio y la explosión posterior de la unidad.

La controversia sobre la falta de medidas de seguridad adecuadas llevó a una serie de demandas y una gran atención mediática que perjudicaron a la compañía. La Ford, que era consiente de este defecto en el diseño al lanzar la unidad, había realizado un estudio de costos vs seguridad en el cual se calcularon los costos de arreglar el problema de seguridad en comparación con los costos de compensación por posibles accidentes, decidiendo que era más económico no realizar las modificaciones necesarias a todas las unidades del Pinto y simplemente indemnizar a los demandantes.

Este enfoque fue ampliamente criticado y afectó la reputación de la marca y además que cambio la forma en la cual las compañías se enfrentaban a la responsabilidad civil en los Estados Unidos ya que, frente a una demanda en un producto de distribución masiva, los tribunales norteamericanos no solo continuaron estableciendo la indemnización correspondiente de forma individual sino que iniciaron la aplicación de seberas multas (daño punitivo) por el riesgo creado en los consumidor debido a la colocación de un producto defectuoso en el mercado.

Fue un caso paradigmático y que marco precedente porque a las compañías de cualquier tipo, no solo las automotrices, les dejo de ser conveniente indemnizar por daños debido a defectos de construcción pasando a ser más eficaz efectuar las modificaciones necesarias en todas las unidades defectuosas con el fin de que directamente no se produzca el daño.

La controversia en torno al Pinto desnudó cómo las decisiones empresariales pueden afectar la seguridad pública y sobre la responsabilidad empresarial frente a la presentación de multiplicidad de demandas por daños sufridos por las víctimas de los accidentes del Pinto contra Ford, responsable de su producción y distribución del producto. En los litigios los

demandantes argumentaban que la empresa sabía de los defectos de diseño y no tomó las medidas adecuadas para corregirlos.

Uno de los casos más destacados fue el de *Grimshaw v. Ford Motor Company* (1981), donde un jurado condenó a la Ford a pagar una gran cantidad en daños punitivos, por haber conocido el problema y no evitarlo, además de fijar una indemnización compensatoria a la víctima.

El asunto del Pinto condujo a un cambio en la legislación en materia de responsabilidad civil generando una mayor regulación y supervisión en la industria automotriz, enfocándose en la seguridad de los vehículos y en la transparencia de las prácticas empresariales principalmente.

Los hechos ocurridos en el caso antes señalado (Grimshaw v. Ford Motor Company) surgieron a raíz de un accidente ocurrido en 1978 en California. Richard Grimshaw, quien conducía un Ford Pinto 1972, sufrió un siniestro vial cuando su vehículo fue impactado por detrás por oro coche. Debido al impacto y fallas en el diseño, el tanque de combustible del Pinto se rompió y el auto se incendió, resultando en quemaduras severas para Grimshaw y la muerte de un niño de 13 años que viajaba en el mismo vehículo.

Richard Grimshaw demandó a la Ford Motor Company alegando que el diseño defectuoso del tanque de combustible había contribuido a las graves lesiones sufridas. También se incluyó en la demanda a los familiares del niño fallecido.

La demandante argumentaba que Ford había sido consciente del defecto en el diseño del tanque de combustible, que estaba mal ubicado y era propenso a explotar frente a colisiones traseras y que, a pesar de conocer estos problemas, la empresa había optado por no realizar las modificaciones necesarias para mejorar la seguridad.

La evidencia reveló que Ford había hecho un estudio de costos, antes señalado, el cual mostró que el costo de arreglar el defecto era mayor que el costo de compensar a las víctimas de accidentes. La decisión de no corregir el defecto se basó puramente en una evaluación económica sin tener en cuenta la salud de los consumidores.

En 1981, el jurado encontró a Ford responsable de negligencia. La decisión del jurado popular del Estado de California fue influenciada por la revelación de que Ford había priorizado el beneficio económico sobre la seguridad de los consumidores.

El jurado otorgó a Grimshaw una cantidad significativa en daños compensatorios por sus lesiones y también impuso gravosos daños punitivos a la Ford. Los daños punitivos

fueron destinados a castigar a la compañía por su conducta y para desalentar a otras empresas de adoptar prácticas similares.

El caso tuvo un impacto significativo en la reputación de Ford. La empresa fue criticada por su falta de responsabilidad y por poner en riesgo la vida de los consumidores para reducir costos.

En los fundamentos del fallo se subrayó la importancia de la responsabilidad corporativa, la ética en la toma de decisiones empresariales y que las empresas deben considerar no solo el impacto financiero de sus decisiones, sino también las implicaciones para la seguridad y el bienestar de sus clientes destacando la necesidad de transparencia en la industria y de adopción medidas proactivas, como por ejemplo realizar el reemplazo de los parachoques del Pinto, para garantizar la seguridad del consumidor.

12.1.3. Derivación del Daño por Defecto de Información

En lo referente a los defectos de información hay que recordar que quien provee el producto debe poner, a disposición del consumidor, toda la información cierta y necesaria sobre la caracterización y función de los bienes que provee. En lo referente la necesaria y suficiente este quantum se logra cuando se llega a informar sobre aquellos riesgos que pueda contener el producto.

Se puede decir que el deber de informar y advertir al consumidor es una de las obligaciones más importantes en cabeza del proveedor en el ámbito de responsabilidad por productos elaborados ya que estrictamente se relaciona con uno de los fundamentos esenciales de la materia que estamos tratando el cual no es otro que la reducción de riesgos en el consumo de estos tipos de productos.

Mediante dicha reducción se busca proteger la salud y la integridad física del consumidor como así también, y no menos importante, la posibilidad que tenga una libre voluntad de elección a la hora de seleccionar los productos a consumir ya que, en el caso de la ausencia o imprecisión de la información, las posibilidades de una elección libre e informada sobre que producto consumir se reducen significativamente.

Debido al defecto en la información podemos decir que no solo serán defectuosos aquellos productos que contengan algún vicio en su concepción o fabricación, sino que también lo serán aquellos que, a pesar de estar elaborados correctamente, devienen en

viciosos o peligrosos al consumidor debido a que hay una ausencia relevante de información sobre el mismo.

En la jurisprudencia internacional sobre defectos en la información podemos observar que la justicia francesa ha sentado grandes presentes principalmente en relación a la falta de información en los medicamentos y sus efectos secundarios. La jurisprudencia del país galo ha afirmado, en múltiples fallos, que el defecto de información específicamente en medicamentos es un tema muy importante por el hecho de que se involucra la responsabilidad directa de las farmacéuticas sobre la proporción de información adecuada y precisa sobre sus productos para proteger la salud de los consumidores.

Los fabricantes de medicamentos tienen la obligación legal de proporcionar información completa sobre sus productos, incluyendo todos los efectos secundarios conocidos, riesgos, contraindicaciones y advertencias conocidas, necesarias para un uso seguro del medicamento.

Esta obligación está regulada por el Código de Salud Pública de Francia y las Directivas europeas de la Unión Europea, que exigen que el envase del medicamento contenga toda la información relevante.

Las farmacéuticas pueden ser consideradas responsables si la falta de información adecuada en el prospecto o etiquetado causa daños a los consumidores. La responsabilidad puede derivarse de la información incompleta, errónea o engañosa con la única posibilidad de excluir, parcialmente su responsabilidad, si desconocían el vicio, pero este ‘‘eximente’’ no es total ya que en determinados casos si responden aun cuando no pudieran conocer los efectos dañosos. Esto último, lo de la eximente, fue explicado cuando detallamos lo dispuesto en la Directiva de la CEE.

La jurisprudencia francesa ha establecido que los fabricantes deben asegurar que la información sobre los riesgos y efectos adversos sea lo suficientemente clara y detallada para que los consumidores puedan tomar decisiones informadas sobre el uso del medicamento. Un caso emblemático de la justicia gala, fue el caratulado *‘‘Société AstraZeneca c/ R. (2007)"*. En este caso el demandante, identificado como R., sufrió efectos adversos graves tras el uso de un medicamento fabricado por AstraZeneca.

El medicamento en cuestión tenía un prospecto *(el prospecto es el texto que acompaña al medicamento en el envase y que contiene la información para el paciente sobre las características del fármaco que está tomando. Todos los prospectos están estructurados*

de la misma forma para facilitar la búsqueda de la información por parte del usuario estableciendo lo qué es y para qué se utiliza, qué se tiene que saber antes de empezar a tomarlo, los posibles efectos adversos, composición y contenidos del envase e información adicional) que, efectivamente, contenía información sobre efectos secundarios pero el demandante alegó que la información proporcionada no era suficientemente clara y completa. La pretensión de la demanda se basó en que la empresa no había cumplido con su deber de proporcionar información adecuada sobre los riesgos y efectos secundarios del medicamento.

Se alegó que el prospecto del medicamento no advertía adecuadamente sobre ciertos efectos adversos graves que podía producir el medicamento, los cuales el demandante experimento con posterioridad a su ingesta. La Corte de Apelación de París falló a favor del demandante determinando que AstraZeneca era responsable por la falta de información adecuada en el prospecto del medicamento bajo los fundamentos de que los fabricantes de estos productos tienen la obligación de proporcionar información completa y precisa sobre todos los posibles efectos secundarios y riesgos asociados con el uso de sus productos.

La culpabilidad de AstraZeneca se debió a que no había cumplido adecuadamente con esta obligación ya que, aunque la empresa había incluido información sobre efectos secundarios en el prospecto, la falta de detalles específicos y advertencias claras sobre ciertos riesgos previamente conocidos fue considerada, por la justicia, como un defecto del producto. Se estableció que el defecto en la información fue una causa directa de los daños sufridos por el demandante.

Se observó que la falta de advertencias adecuadas contribuyó a los efectos adversos experimentados por R subrayando la responsabilidad de los fabricantes de medicamentos a la hora proporcionar información exhaustiva y precisa sobre sus productos. Se observa que, los defectos en la información pueden resultar en responsabilidad por los daños causados a los consumidores y la decisión del tribunal refuerza la importancia de proteger a los consumidores asegurando que reciban toda la información necesaria para tomar decisiones informadas sobre el uso de medicamentos.

El fallo establece un precedente en la jurisprudencia francesa sobre cómo se debe interpretar la obligación de información en el contexto de la responsabilidad del fabricante. Resalta la necesidad de que la información sobre riesgos y efectos secundarios sea suficientemente detallada para proteger al consumidor.

Podemos agregar, parafraseando a Pizarro, cuando define el defecto en la información que el mismo suele presentarse en aquellos productos que se encuentran en perfectas condiciones para ser puestos en manos de los consumidores pero que, debido a su naturaleza potencialmente dañosa, deben ir acompañados de las indicaciones correspondientes para su correcto uso y prevención del daño. El carácter de potencialmente dañoso evidentemente no está en el diseño o construcción del producto sino en su propia naturaleza y dicho potencial se subsana entregando la información necesaria al consumidor.

Si esta información, que obligatoriamente se debe entregar es omitida o parcializada, el proveedor podrá verse implicado en una responsabilidad por daños acaecidos por dicho accionar. Cabe señalar que una cosa no quita a la otra ya que, el cumplimiento del deber de información no omite la responsabilidad del productor por vicios en la producción o el diseño ya que, si el producto acarrea alguno de estos dos vicios el productor no puede librase de su responsabilidad con el solo hecho de advertir la posibilidad que existan esto.

En síntesis, la falta de advertencias sobre el riesgo en el producto genera la responsabilidad, en cabeza del productor, por los daños que hayan sido causados siempre que se pruebe el nexo entra la falta de información y la provocación del daño.

Por último, resulta interesante citar un fallo caratulado *''Sánchez c/ Banco de Galicia''* el cual trata sobre la responsabilidad en casos de defectos en la información proporcionada por instituciones financieras. Aunque no se trata específicamente de defectos en la información sobre medicamentos o producto similares, donde es más sencilla su interpretación o descripción, este caso ilustra los principios de responsabilidad y la obligación de proporcionar información clara y precisa en el contexto de los contratos de carácter financiero.

Lo que aconteció en este caso fue que la demandante alegó, en su pretensión, que había sufrido daños debido a la falta de información adecuada que debía proporcionar el Banco de Galicia en relación a un producto financiero, adquirido por el demándate y ofrecido por esta entidad. El demandante argumentó que el banco no había proporcionado toda la información relevante sobre las condiciones, costos, intereses, punitorios y riesgos asociados al producto contratado. En la demanda se afirmó que la falta de información clara y precisa sobre el producto ofrecido por el banco afectó negativamente la situación económica del demandante al sostener que, si hubiera recibido toda la información necesaria, no habría tomado la decisión de contratar el producto en las condiciones ofrecidas.

La Cámara Nacional en lo Civil, Sala D, falló a favor del demandante estableciendo que el Banco de Galicia había incumplido su deber de proporcionar información adecuada sobre el producto financiero ofrecido a su cliente. En el fallo se resaltó que las instituciones financieras tienen la obligación de proporcionar información completa y clara sobre los productos que ofrecen. Esto incluye detalles sobre costos, condiciones, riesgos y cualquier otra información relevante que permita al consumidor tomar una decisión informada.

El tribunal encontró culpable al Banco de Galicia ya que había omitido el cumplir con la obligación de informar. La falta de información adecuada contribuyó a que Sánchez tomara decisiones basadas en información incompleta y engañosa. Se determinó que la falta de información clara y completa afectó negativamente al demandante. El banco fue considerado responsable por los daños sufridos por Sánchez debido a la deficiencia en la información proporcionada.

12.1.4. Tipificación de la Derivación del Daño

Además de todo lo expuesto en relación a los tres tipos de defectos descriptos estos no pueden considerarse como numerus clausus. La presencia de defectos, disimiles a los descritos en este trabajo, no hace inaplicable el instituto protectorio del artículo 40° de la LDC ya que esta norma, en su carácter tuitivo, se acerca más a la concepción del derecho común en relación a la responsabilidad civil por el riesgo o vicio de la cosa no estando necesariamente ceñido a una cierta cantidad taxativa de defectos.

Esto último es muy relevante y pone la legislación nacional a la vanguardia de otras normativas del derecho comparado en las cuales, si existe una descripción taxativa de defectos lo cual encorseta solo a los defectos mencionados la posibilidad de reclamar el daño por parte de los consumidores por lo cual en caso de presentarse otros que no fueran los enunciados se debería recurrir, en los casos que sea autorizada, al engorroso uso de la analogía jurídica.

13. Capítulo 8. Características de la Responsabilidad del art 40° de la Ley de Defensa de Consumidor

Una vez que se demuestra la existencia de una relación de consumo y que el daño sufrido por el consumidor, quien es el sujeto más débil de la relación y el protegido por la normativa, se debe al riesgo o vicio de la cosa, surgirá el deber de resarcir que consagra la responsabilidad objetiva del proveedor enunciada en el artículo 40 de la Ley de Defensa del Consumidor. La particularidad de este régimen de responsabilidad es que la obligación de indemnizar el daño ocasionado recae sobre todos los integrantes de la cadena de producción, a diferencia de los casos donde el proveedor responde por incumplimiento de la prestación principal (art. 10 bis de la LDC) o de la obligación de seguridad (arts. 5 y 6 de dicha ley).

La responsabilidad que caiga sobre el proveedor será objetiva, es decir que no es necesario probar la culpa o negligencia del responsable para que este sea considerado legalmente responsable por los daños causados, a diferencia de lo que ocurre responsabilidad subjetiva donde se requiere demostrar que el daño fue causado por una conducta negligente o dolosa por parte del actor para que le sea imputada la responsabilidad. La responsabilidad objetiva se basa en la existencia de un daño y la relación directa entre el daño y una actividad específica.

Debido a que la responsabilidad es objetiva el único eximente que podrá invocar el proveedor, para ser exonerado del deber de resarcir el daño, es la causa ajena detallada en el artículo 1722 del CCyC *''El factor de atribución es objetivo cuando la culpa del agente es irrelevante a los efectos de atribuir responsabilidad. En tales casos, el responsable se libera demostrando la causa ajena, excepto disposición legal en contrario''*.

Por ello resulta importante analizar en qué caso se rompe el nexo causal de responsabilidad al demostrar, por parte del proveedor, la causa ajena. Previo a dicho análisis vale la pena destacar que, pese a la tipificación que se da en el CCyC sobre la eximición, la ruptura del nexo causal exonera a quien fuera sindicado como responsable tanto en la responsabilidad objetiva como la subjetiva, es decir es de aplicación para ambas, pero lo que sucede en la subjetiva, que no sucede en la objetiva, es que también podrá eximirse al demostrar o acreditar correcta su diligencia cosa que en la objetiva está vetada.

14. Capítulo 9. Eximentes de la Responsabilidad

14.1. Hecho del damnificado

Este eximente es regulado por el artículo 1729 del CCyC al establecer que *‘‘la responsabilidad puede ser excluida o limitada por la incidencia del hecho del damnificado en la producción del daño, excepto que la ley o el contrato dispongan que debe tratarse de su culpa, de su dolo, o de cualquier otra circunstancia especial’’.* La reforma y unificación del CCyC trajo a luz el anterior artículo citado el cual es de gran importancia para cerrar una vieja discrepancia doctrinaria que planteaba si era necesario o no el accionar culpable del damnificado para que se produzca el eximente.

Esta discusión se daba debido a que una parte de la biblioteca sostenía que para que se configure el eximente el hecho debía ser imputable al damnificado y si no lo era no excusaría la responsabilidad del demandado proveedor. Según lo dispuesto por el nuevo Código esta discusión quedo cerrada ya que, claramente en el art 1729°, estable la innecesaridad de la valoración subjetiva de la conducta del damnificado por lo cual, no es necesario determinar si hay culpabilidad o no debido a que su existencia es irrelevante para que operare el eximente.

Esto fue planteado de esta manera debido a que lo relevante a la hora de determinar la interrupción del nexo causal no es la gravedad del accionar del damnificado sino la operatividad causal de su conducta que excluye o limita el deber indemnizatorio del proveedor.

La disposición que establece el CCyC en materia de eximir al proveedor por hecho del damnificado no tiene en cuenta la necesidad de accionar doloso de este último, es decir que aplica a cualquier hecho sin importar su valoración siendo claramente muy laxa. En materia de derecho al consumidor el hecho del damnificado que obro sin culpa no configura un eximente a la responsabilidad del proveedor.

Esto último se debe al marco protectorio que tiene la LDC cuando nos encontramos frente a una relación de consumo donde el consumidor es la parte más débil de la relación y se le debe otorgar un marco protectorio mayor e incluso el propio CCyC estable la posibilidad de esto ya que plantea la posibilidad de incluir excepciones a su art 1729° debido a que, en la última parte del mismo, se establece que leyes especiales pueden imponer que el eximente de la responsabilidad del productor solo opere cuando haya un hecho culposo del demandado

.

El hecho del damnificado de carácter culposo dentro en una relación de consumo y el correspondiente eximente de la responsabilidad lo podemos observar en el fallo *''Rivas c/ Banco Provincia''* de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala A, de fecha 22 de abril de 2010 en el cual el Sr. Rivas demandó al Banco Provincia alegando que había sufrido perjuicios económicos debido a un error en la gestión de su cuenta bancaria.

El demandante afirmaba que el banco había actuado con negligencia en el manejo de su cuenta hecho por el cual había sufrido pérdidas financieras significativas. En la demanda se pretendió la reparación de los daños y perjuicios aparentemente sufridos, argumentando que la gestión inadecuada de su cuenta por parte del banco había sido la causa directa de sus percances económicas.

En su fallo, el tribunal sentenció de manera favorable al Banco Provincia, eximiéndolo de responsabilidad. En los considerandos se concluyó que el banco había cumplido con las normativas y procedimientos aplicables y que la conducta del demandante había sido un factor significativo en la pérdida económica sufrida. Se remarcó que el Banco Provincia había actuado conforme a las normativas y procedimientos vigentes para la gestión de cuentas bancarias de los clientes, no encontrándose evidencia de negligencia por parte del banco.

A su vez, se llegó a la conclusión de que la conducta imprudente del demándate a la hora de administrar su cuenta bancaria, como lo fue la falta de supervisión adecuada de su cuenta y la negligencia en la verificación de transacciones, había contribuido significativamente a los daños sufridos. Esta conducta fue un factor determinante para la eximir de responsabilidad al banco.

El fallo no deja de lado de ninguna forma el principio de que las entidades financieras deben cumplir con las normativas y procedimientos establecidos por las leyes ordinarias estableciendo que la exención de responsabilidad, en este caso, se basó en la demostración de que el banco había actuado de manera correcta y conforme a los estándares requeridos.

14.2. Hecho de un tercero

Aquí se está hablando de un tercero ajeno a la cadena de producción del producto que el proveedor introduce en el mercado. Esto es así porque el espíritu del artículo 40° de la Ley de Defensa del Consumidor es que toda la cadena responda por el daño o vicio derivado de lo que manufacturen, por lo cual este tercero no puede ser ninguno de los sujetos pasivos

enumerados en dicho artículo, es decir, el productor, el fabricante, el importador, el distribuidor, el proveedor, el vendedor o quien haya puesto su marca en la cosa o servicio.

También se deben se deben seguir los presupuestos del CCyC que en su artículo 1731 dice que *''para eximir de responsabilidad, total o parcialmente, el hecho de un tercero por quien no se debe responder debe reunir los caracteres del caso fortuito'',* por lo cual se deben reunir las características del caso fortuito siendo el mismo una situación imprevisible o inevitable.

14.3. Caso fortuito y su Relación con el Riesgo en el Desarrollo

Como último eximente el proveedor podrá librarse de su responsabilidad demostrando que el hecho dañoso fue imprevisible e inevitable. Dentro de este eximente entra un tema ya tratado en el presente trabajo que es el riesgo en el desarrollo como eximente del deber de resarcir por parte del proveedor.

Como ya se dijo anteriormente, la noción de riesgo en el desarrollo se refiere particularmente al supuesto en el cual se presenta un defecto en el origen del producto el cual no puede ser advertido por el productor por los medios técnicos que se poseen en ese momento. Debido a ello se cree que el producto es seguro por no poder comprobar su inseguridad y es puesto en el mercado creyendo que el mismo es inocuo.

Reiterando lo dicho, en el derecho comparado el riesgo en el desarrollo constituye un eximente más de la responsabilidad del proveedor, pero esto no es así en nuestro ordenamiento. A las claras nuestro ordenamiento repudia este tipo de eximente por lo cual, el riesgo en el desarrollo no podrá ser una solución excusadora frente al daño. Esta teoría se reforzó desde el dictado del nuevo CCyC ya que se establece que, frente a la posibilidad de riesgos relacionados con el desarrollo, los mismos constituyen una contingencia propia de la actividad por la cual el productor debe asumir la responsabilidad por daños que se puedan llegar a causar.

El código dispone textualmente en su artículo 1733° que el productor responderá por caso fortuito, y en su defecto por riesgo en el desarrollo, *si el caso fortuito y, en su caso, la imposibilidad de cumplimiento que de él resulta, constituyen una contingencia propia del riesgo de la cosa o la actividad.*

Un caso relevante en esa cuestión lo encontramos en los autos *''R., F. E. c. Bayer S.A. y otros s/ daños y perjuicios''*. La sentencia a la cual hacemos referencia fue dictada por

la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil. Lo que se analizó en su fallo fue la responsabilidad del laboratorio Bayer por la fabricación de un producto farmacéutico defectuoso. El laboratorio tenía como practica comercializar un mismo medicamento con nombres y prospectos distintos en la Argentina y en los Estados Unidos con la gravedad que, en el prospecto norteamericano, se establecían ciertos efectos adversos no mencionados en el prospecto argentino.

Claramente esta discrepancia entre las filiales de la farmacéutica alemana constituía un defecto del producto que daba por resultado un vicio de información, ya que Bayer S.A tenía conocimiento de ciertos efectos secundarios que podía producir la ingesta del medicamento ya que los efectivamente sí los incluía en prospecto de Estados Unidos. Bayer, pese a conocer estos efectos secundarios, decidió no mencionarlos a los consumidores argentinos omitiéndolos del prospecto.

El demandante inició su demanda bajo la pretensión por los daños sufridos por la ingesta de un medicamento llamado Lipobay (medicamento que utilizaba para disminuir los niveles de colesterol en sangre y prevenir la aparición de enfermedades cardiovasculares como el infarto de miocardio) fabricado por Bayer ya que, al tiempo de comenzar el tratamiento con esta droga, ingerida bajo prescripción médica, empezó a sufrir astenia progresiva, cefaleas intensas con cansancio muscular y disminución de la libido. Con el paso del tiempo este cuadro progresó a punto tal que el actor no podía levantarse de la cama ya que comenzó a padecer una pérdida total de la fuerza muscular y de disminución de la visión del ojo izquierdo.

En primera instancia se hizo lugar a la demanda promovida por el Sr. R. y se condenó a Bayer SA. En los fundamentos del fallo se sostuvo, en primer lugar, que la relación entre el actor consumidor y el laboratorio fabricante se encuadraba dentro de la ley de Defensa del Consumidor por lo cual resultan aplicables los arts. 40° de la ley 24.240, como así también el art. 42° de la CN. En lo referente art. 40° de la LDC se sostuvo, como venimos señalando en este trabajo, la regulación particular de la obligación seguridad en relación a los daños resultantes del vicio o riesgo de la cosa. La peculiaridad consiste en que la legitimación pasiva se amplía a todos los sujetos intervinientes en la cadena de producción y comercialización del producto farmacológico en cuestión quienes responderían solidariamente, según lo indica la ley.

Cuando nos referimos a los vicios de la cosa, hacemos referencia a que la misma puede poseer defectos de fabricación, de diseño y de información. En lo relativo al caso que tratamos los defectos que se encontraron fueron los de elaboración e información. Con el fin de determinar si Bayer incumplió con el deber de información y recayó en un daño por riesgo en el desarrollo, ya que se alegaba que el medicamento era nuevo en el mercado argentino, se procedió a realizar un cotejo entre los prospectos de los medicamentos en cuestión que comercializaba el laboratorio en sus filiales de Argentina y de los Estados Unidos y se tuvo por probado el vicio, es decir los posibles efectos secundarios, ya que en el prospecto norteamericano se especifica que la combinación del medicamento señalado con determinadas drogas estaba contraindicada debido a que generaba efectos secundarios los cuales encuadraban con varios de los síntomas sufridos por el demandante al cual no se le había informado de dichas consecuencias en el prospecto argentino.

Por su parte Bayer alegaba que los medicamentos distribuidos por sus filiales eran distintos por o lo cual sus prospectos mutaban. En primera instancia se consideró procedente el argumento de la demandada en el sentido de que se trataría de distintos medicamentos, aunque su principio activo y finalidad, fuera la misma. Esta decisión fue revocada en segunda instancia al comprobar la identidad entre ambos. A su vez hay que tener en cuenta que el Laboratorio, en el año 2001, dispuso de forma voluntaria el retiro del mercado del producto Lipobay, sumado a que la Administración Nacional de Medicamentos, Alimentos y Tecnología Médica (ANMAT) suspendió la comercialización y el uso de todas las especialidades medicinales que contengan la misma droga como principio activo.

El hecho de que la demandada decida retirar el producto del mercado permitió inferir que el medicamento presentaba defectos intrínsecos que lo tornaban peligroso. Sobre las consecuencias de la ingesta del medicamento en cuestión se determinó que el Lipobay actuó como desencadenante de una enfermedad que, según la demandada, era preexistente en el demandante pero que, al no encontrar constancia de que dicha enfermedad ya se había manifestado antes de comenzar el tratamiento con el medicamento, se adjudicó la misma a la totalidad de la eficacia causal del daño en la producción de la incapacidad.

Por último, la demandada sostuvo en la alzada que hubo mala praxis médica y que el medicamento fue recetado en una dosis elevada. Cabe recordar que para eximirse de responsabilidad el laboratorio debía probar que la causa exclusiva del daño provenía del médico, pero no resulto así ya que habiéndose demostrado el carácter defectuoso del producto

ambos deberían responder ante el paciente. Por otro lado, las pericias realizadas descartan la negligencia del médico por lo cual el laboratorio no pudo demostrar la fractura del nexo causal por el hecho de un tercero por quien no debe responder. Finalmente, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, falló a favor del demandante. El tribunal concluyó que Bayer S.A. y los otros demandados (su filial en nuestro país) eran responsables por los daños sufridos por el demandante debido a defectos en el medicamento y a la falta de información adecuada sobre los riesgos asociados con su uso. Vale la pena señalar que el Tribunal de Alzada excluyo de la cadena de comercialización al médico que receto el medicamento.

Por último, en relación a este fallo, resulta interesante interpretación que hace el tribunal sobre porque el riego en el desarrollo no exime de responsabilidad al productor al afirmar que: *"El denominado riesgo de desarrollo no exime de responsabilidad al elaborador de un producto por los daños que éste cause, pues no reúne los caracteres del casus en la medida en que la posibilidad de que se presenten defectos no detectables a la luz del estado de los conocimientos técnicos y científicos en el momento en que el producto se lanzó al mercado constituye una contingencia propia del riesgo de la actividad desarrollada por aquél, y carece, por lo tanto, de la exterioridad característica del caso fortuito"*.

15. Capítulo 10. Aborde de la Responsabilidad por Productos en el Proyecto de Reforma de la Ley de Defensa del Consumidor

15.1. Responsabilidad por productos Elaborados

La reforma efectuada al artículo 40° de la LDC vino a solucionar en gran parte viejos problemas que causaba la vetusta normativa en lo relativo a; el deber de resarcir, quien debe resarcir y frente a qué circunstancias se debe hacer. Sin embargo, dicha normativa puede ser mejorada incorporando experiencias del derecho comparado y la propia jurisprudencia argentina.

Ante la necesidad de reforma, surgió el anteproyecto para modificar la LDC el cual devino en proyecto de ley y se encuentra en proceso parlamentario desde el año 2020. Su objetivo principal fue el de reemplazar y modernizar la actual Ley que data de 1993. El proyecto tiene como fin la creación de un Código de Defensa del Consumidor el cual se adapte a las necesidades actuales, considerando los cambios en la tecnología y en el mercado ocurridos desde la promulgación de la ley original hace más de treinta años.

El proyecto fue desarrollado por una Comisión Reformadora creada a tal fin en la Cámara de Diputados con el aporte del Ministerio de Justicia, del Ministerio de Producción y Trabajo, de expertos en derecho del consumidor y la sociedad civil como así también organizaciones no gubernamentales encargadas de la defensa al consumidor. La reforma se centra fortalecer y ampliar los derechos de los consumidores, garantizando la protección de su salud y tanto física como económica siguiendo la prerrogativa constitucional del artículo 42° de la Constitución Nacional en base la constitucionalización del derecho al consumidor consagrado en la reforma de 1994.

El anteproyecto de reforma de la LDC presentado ante la Cámara de Diputados de la Nación, en su capítulo sobre daños causados por productos o servicios defectuosos, introduce un tratamiento más exhaustivo y detallado para determinar de forma clara que se entiende por productos elaborados, quienes responden por los mismos, que eximentes existen y la extensión de la responsabilidad. Claramente este proyecto vine a subsanar o a evolucionar la actual normativa ya que, por ejemplo, le dedica un capítulo en específico a la responsabilidad por daños por productos elaborados.

En el artículo 108° del anteproyecto se establece que *''Esta sección rige a la responsabilidad por los daños causados por un producto o servicio defectuoso como consecuencia de la lesión de las personas humanas, o de daños a bienes distintos del producto o servicio en sí mismo. Sin perjuicio de ello, las normas sobre legitimación pasiva y eximentes de este Título serán aplicables a los daños derivados de la responsabilidad por riesgo. Quedan excluidos de este Capítulo los daños derivados del incumplimiento de las obligaciones principales comprometidas por el proveedor en el marco del contrato de consumo''.*

Este artículo establece el ámbito de aplicación de la norma solucionando uno de los viejos problemas que se presentaban en la práctica en relación al marco de aplicación ya que de forma expresa excluye de su faz de aplicación a las acciones destinadas a obtener el resarcimiento de los daños ocasionados por el mero incumplimiento contractual o la ejecución forzada del contrato por parte del consumidor. De esta forma queda claro que este régimen protectorio únicamente puede recurrirse cuando el daño recae sobre un bien distinto de la cosa o servicio comprometido en el contrato o cuando dicho daño recaiga sobre las personas.

Los artículos 109° y 110° establecen una novedad que no ocurre en la ley vigente. Cabe señalar que gran parte de las normativas de nuestro país, y principalmente en el área civil, se carecía o se continúa careciendo, de esta característica crucial. El anteproyecto tiene como fin incorporar esta característica que no es otra cosa que la de los conceptos y en particular la de los productos y productos defectuosos.

Lo que se introducen son los conceptos de producto y de producto defectuoso. Afirmo que esta incorporación es netamente de carácter normativo ya que en la practica la doctrina estableció dichos conceptos hace mucho tiempo, aunque lo más correcto es colocarlos en una norma. Se establece que producto será *''toda cosa mueble, aunque se encuentre unida o incorporada a un inmueble. Quedan comprendidos el agua, el gas, la electricidad, los derivados del cuerpo humano, los bienes inmateriales y los generados por el conocimiento humano. Se considera servicio a cualquier actividad suministrada por un proveedor, cualquiera sea su objeto.''* A su vez, se estable la definición de producto defectuoso *''Producto defectuoso. Un producto puede presentar defectos de diseño, fabricación, información o conservación. Un producto es defectuoso:1. Si no ofrece la seguridad que cabría legítimamente esperar, teniendo en cuenta todas las circunstancias, y especialmente su presentación, la información que se proporcionó a su respecto, su uso razonablemente previsible y el momento de su puesta en circulación; 2. Si no ofrece la seguridad que normalmente presentan los demás ejemplares de la misma serie. El producto no puede ser considerado defectuoso por el solo hecho de que posteriormente a su puesta en circulación haya sido colocado en el mercado otro de mejor calidad.''*

La definición de producto en gran parte sigue el paradigma que la Unión Europea y las normas complementarias de sus miembros tomaron para definirlo. Así también se cuadra en la definición a lo que se establece en otros países Iberoamericanos como es el caso de Uruguay o Brasil. En la definición se excluyen a los bienes inmuebles estableciendo que producto será únicamente una cosa mueble aclarando que podrían estar unidos a otra cosa que si fuera inmueble. La razón por la cual los bienes inmuebles no se consideran productos elaborados, y por ende no quedan insertos en la definición propuesta en el anteproyecto, tiene que ver con las diferencias fundamentales entre dichos bienes inmuebles y los productos elaborados ya sea en su naturaleza como en su tratamiento jurídico.

En lo referente a su naturaleza del bien inmueble, este se caracteriza por ser fijo y permanente debido a que, por su propia definición, estos bienes no tienen capacidad de

movimiento estando permanentemente fijados a una ubicación geográfica. Su producción tampoco es en serie ya que no son elaborados mediante un proceso de producción industrial estandarizado siendo cada uno de ellos único teniendo características específicas que dependen de su ubicación, materiales de construcción, diseño, entre otras.

También se diferencia en la forma en la cual se conciben y nacen, ya que los inmuebles se construyen y los productos se producen. La creación de un bien inmueble generalmente implica un proceso de construcción que es un trabajo de obra civil. Dicho proceso no se equipará a la fabricación de un producto en una fábrica, donde se producen artículos en masa mediante un proceso estandarizado.

Esta estandarización también es otra distinción debido a que, a diferencia de los productos elaborados, que son manufacturados con la intención de ser vendidos y distribuidos en el mercado, los bienes inmuebles se construyen sobre la base de proyectos específicos y generalmente personalizados. Además de las diferencias naturales encontramos que hay una distinción en tratamiento jurídico que se le dan a los bienes inmuebles y los productos elaborados estando sujetos a regímenes totalmente distintos dado que, las normas y regulaciones que instituyen la compraventa de inmuebles, la propiedad, y los derechos sobre ellos, como lo es el Código Civil y Comercial, son distintas de aquellas que regulan los productos elaborados bajo la Ley de Defensa del Consumidor.

Esta diferencia en la regulación normativa se debe a que existen una protección específica ya que, si bien los consumidores tienen ciertos derechos cuando compran bienes inmuebles, como la protección contra vicios ocultos, las normas específicas sobre productos elaborados, como lo son las garantías de fabricación y las responsabilidades del proveedor, no se aplican de la misma manera.

Cabe señalar que, aunque los bienes inmuebles no son considerados productos elaborados, los consumidores que adquieren inmuebles siguen estando protegidos bajo la normativa civil, pero a través de mecanismos y normativas específicas que se aplican a la construcción y compraventa de propiedades inmuebles.

Como detalle particular de la definición que quiere incorporar la reforma también se incluyen, dentro de la categoría productos, a el agua, el gas, la electricidad, los derivados del cuerpo humano, los bienes inmateriales y los generados por el conocimiento humano. Esta incorporación tampoco es exclusiva del ingenio legislativo de nuestros representantes, sino que también sigue el paradigma internacional sobre derecho al consumidor.

Estos bienes se consideran productos elaborados por varias razones que tienen relación con su proceso de producción, su disposición en el mercado y su naturaleza como bienes o servicios que se ofrecen a los consumidores. En lo referente al agua, el gas y la electricidad se los entiende por productos elaborados debido a su proceso de producción y distribución ya que, aunque el agua, el gas, y la electricidad son recursos naturales, para ser consumidos necesitan pasar por procesos de tratamiento, refinación, generación, o transformación, dependiendo de cuál sea lo que los convierte en productos elaborados. Por ejemplo, el agua potable es tratada en plantas de purificación antes de ser distribuida, el gas natural es extraído procesado y distribuido a través de una infraestructura compleja y por último la electricidad es generada en plantas generadoras y luego distribuida a la población.

A su vez estos servicios son comercializados y distribuidos hacia los consumidores bajo contratos de consumo debido a lo cual los hace parte del comercio y, por ende, sujetos a la protección del derecho del consumidor. Sobre los productos derivados del cuerpo humano como lo son la sangre, órganos, o células pueden considerarse productos elaborados cuando han sido procesados, conservados y distribuidos para su uso médico o científico, es decir que hay un procesamiento y comercialización los cuales, al tratarse de productos tan delicados, están sujetos a estrictas regulaciones además de la propia defensa al consumidor lo que los coloca dentro del ámbito de los productos elaborados.

Por último, los bienes inmateriales y generados por el conocimiento humano son aquellos bienes como los softwares, las patentes, los derechos de autor, o las obras de arte que surgen del intelecto y la creatividad humana. Estos productos tienen como característica que su propiedad es intelectual y surgen de la creatividad de su productor. No son bienes tangibles, pero son considerados productos dado a que son creados, desarrollados y luego comercializados teniendo un valor económico y siendo objeto de transacciones comerciales.

La doctrina y las normativas de derecho al consumidor, en el ámbito internacional y nacional, ha evolucionado para incluir estos bienes y servicios en la categoría de producto por el hecho de que son resultado de un proceso de elaboración o creación y se comercializan con el fin de ser consumidos o utilizados por los consumidores.

El régimen tuitivo de la defensa al consumidor se extiende a estos bienes porque, a pesar de sus diferencias con los bienes tradicionales, los consumidores interactúan con ellos en el mercado de manera similar a la tradicional. Al considerar a estos productos como

elaborados permite que los consumidores tengan derechos y protecciones cuando interactúan con ellos, tal como lo harían con bienes tangibles.

En síntesis, estos bienes y servicios se consideran productos elaborados porque, aunque puedan ser inmateriales o naturales en origen, pasan por procesos de producción, tratamiento, o creación que los convierten en bienes comercializables. Estos bienes, una vez ofrecidos en el mercado, entran en el ámbito del derecho del consumidor para garantizar la protección de los derechos de los consumidores en sus interacciones comerciales.

En lo referido a producto defectuoso también se introduce su definición siguiendo el camino de la normativa internacional. Se establecen los diferentes tipos de defectos que pueden llegar a existir, aunque su enumeración es meramente enunciativa. Se establece que el producto será defectuoso cuando el mismo no proporcione la suficiente seguridad al consumidor. La seguridad del producto debe entenderse en relación a la naturaleza del mismo, las condiciones de seguridad que razonablemente se espera que tenga, la información proveída al consumidor y su uso racional siendo a su vez seguro todo aquel producto que haya sido fabricado y verificado bajo estándares que garantizan su seguridad para el uso.

Se establece que este estándar de seguridad debe alcanzar a todos los productos que surjan de una serie de producción y que, en caso de que alguno de ellos este por debajo de la media de seguridad alcanzada por esa serie, se lo considerara inseguro y por ende defectuoso. También, y siguiendo el paradigma internacional, no se consideran defectuosos aquellos productos por el hecho de que en el mercado surja uno más avanzado tecnológicamente o de mejor calidad, esto quiere decir que la puesta en circulación de un producto mejor al anterior no lo vuelve defectuoso a este último ya que simplemente refleja el avance tecnólogo.

Se puede observar que la innovación y el progreso en el diseño de productos son parte natural del desarrollo tecnológico y comercial de los mismos ya que la tecnología y el diseño de estos evolucionan con el tiempo pudiendo traer, cada nueva versión, mejoras en diferentes áreas haciéndolo más eficaz para el consumidor a diferencia de lo que ocurría en las versiones anteriores sin implicar que los modelos de antaño fueran defectuosos siendo, únicamente, menos avanzados.

Cabe señalar aquí la diferencia entre defecto y mejora ya que este primero se refiere a un problema que impide que el producto funcione como se espera o que no cumpla con los estándares de calidad y seguridad, mientras que la segunda, es una evolución en el producto con el fin de ofrecer un mayor mejoramiento en la calidad del mismo, pero sin que ello

significique que el producto anterior tuviera un defecto. En lo referente al régimen tuitivo del derecho del consumidor este mismo no será de aplicación en este caso debido a que los consumidores, a la hora de adquirir un producto sin defectos, deben ser conscientes que estos pueden evolucionar y mejorar a lo largo del tiempo ya que las nuevas versiones que salen al mercado de cualquier producto suelen tener avances técnicos y de diseño lo que no implica que el adquirido antes de la mejora sufra defectos.

Posteriormente al tratamiento de las definiciones de productos y producto defectuoso, el anteproyecto, en su artículo 112°, establece la legitimación activa diciendo que *''puede demandar la reparación del daño con arreglo a este capítulo toda persona que haya resultado damnificada directa o indirectamente como consecuencia del defecto del producto o servicio, se trate o no de un consumidor''.* Esta nueva incorporación finaliza la disyuntiva sobre quienes pueden ser legitimados a recurrir al régimen de responsabilidad por productos elaborados y obtener una indemnización por el daño que se le generó. Básicamente se establece que cualquier persona que padezca una lesión como consecuencia del producto, sin importar si se encuentra bajo calidad de consumidor o no, podrá hacer uso del régimen de responsabilidad por productos. También se observa, en la redacción de este artículo que la legitimación también es extendida a los damnificados indirectos siendo un gran avance para garantizar el régimen tuitivo de la LDC.

Siguiendo con el marco protectorio hacia el consumidor y los terceros afectados se establece, en el anteproyecto, un instituto típico del derecho al consumidor dado que se impone, en cabeza del productos, la carga probatoria y la de los eximentes ya que el artículo 113° establece que *''los proveedores deberán aportar al proceso todos los elementos de prueba que obren en su poder, conforme a las características del bien o servicio, prestando la colaboración necesaria para el esclarecimiento de la cuestión debatida en el juicio o en las actuaciones administrativas en las que se haya dado origen. Pesa sobre el proveedor la carga de acreditar las eximentes que invoque''.* Se puede apreciar que se le obliga al productor el aporte de los elementos de pruebas necesarios para esclarecer el proceso judicial o en las actuaciones administrativas que estén en curso.

Sobre el régimen de responsabilidad el anteproyecto reafirma la responsabilidad colectiva y solidaria de la cabeza de producción al establecer que *''son responsables solidarios por el daño sufrido por el damnificado todos los integrantes de la cadena de producción y comercialización del producto o servicio. Quedan incluidos, entre otros, el*

productor, el fabricante, el importador, el distribuidor, el proveedor, el vendedor, el prestador, y quien puso su marca en el producto o servicio. Si se prueba que el daño proviene del defecto de un determinado tipo de producto, pero resulta imposible identificar al proveedor que efectivamente lo fabricó o comercializó en el caso concreto, responden concurrentemente todos los proveedores que comercializan o fabrican el producto en cuestión, en proporción a la participación que cada uno de ellos tiene en el mercado. Quien pagó la indemnización puede ejercer una acción de repetición contra quien ha dado origen al vicio''.

Se continua con el paradigma de la responsabilidad solidaria en toda la cadena de distribución y comercialización pudiendo únicamente eximirse al demostrar el hecho ajeno ya que la responsabilidad es objetiva. También se establece que, en las circunstancias frente a las cuales no se pueda individualizar al sujeto de la cadena en la cual se originó el vicio, la responsabilidad será, en dicho caso, concurrentes a todos. La última parte del articulo le otorga, al miembro de la cadena que abono la indemnización por el vicio, el derecho de repetición contra los demás miembros.

En referencia a la responsabilidad y a los eximentes, el artículo 114° establece un marco aclaratorio en lo referido a las mismas ya que se introducen el concepto que, si bien no son ajenos a la normativa, doctrina y jurisprudencia, se encontraban aislados en normas específicas y no comprimidos en un solo artículo. El 114° establece que *''la responsabilidad es objetiva en los términos del artículo 1722 del Código Civil y Comercial. Los demandados no pueden oponer, como causa ajena, al hecho de cualquiera de los otros integrantes de la cadena de producción o comercialización del producto o servicio.*

No configura una eximente el cumplimiento de las reglas del arte, o de la normativa vigente, o el hecho de contar con la autorización administrativa para la fabricación o realización del producto o servicio; salvo en el caso de que la ley o la autoridad administrativa impongan de manera imperativa modalidades para la fabricación, diseño, información o conservación del bien. La eximente del hecho de la víctima es de interpretación restrictiva y sólo procede ante la prueba de una culpa grave o dolo del damnificado. Tampoco exime de responsabilidad la circunstancia de que el estado de los conocimientos científicos y técnicos existentes en el momento de la puesta en circulación del producto o servicio no hubiese permitido apreciar la existencia del defecto.''.

Podemos observar que el legislador excluyo, de la eximente por causa ajena, al hecho de cualquiera de los miembros de la cadena de producción como así también el obrar por debida diligencia o contar con autorización administrativa para la producción o distribución del producto que devino generando el vicio salvo que existan disposiciones en contrario. A su vez se establece la reglamentación para el caso en el cual el vicio sea producido por peligro en el desarrollo imponiendo que en ningún caso el estado de conocimientos técnicos y científicos podría devenir en un eximente. Por último, al regular al hecho de la víctima como eximente, se impone su interpretación restrictiva procediendo exclusivamente ante la prueba de culpa grave o dolo del damnificado.

Para finalizar el capítulo sobre responsabilidad en productos elaborados el legislador desea imponer en su proyecto un régimen de caducidad cuando el daño sea producido por riegos en el desarrollo. En el artículo 116° se establece que *''Los derechos reconocidos al damnificado en el último párrafo del artículo anterior* (daños por riesgo en el desarrollo) *se extinguen transcurridos diez años a contar desde la fecha en que se hubiese puesto en circulación el producto, o prestado el servicio que causó el daño, a menos que durante ese período se hubiese iniciado la correspondiente reclamación judicial''.*

Podemos observar, en este régimen de caducidad, una similitud a las normas sobre caducidad que operan en la Unión Europea ya que se establece un plazo máximo de diez años en el cual el productor está obligado a responder por peligro potencial en el desarrollo. El inicio de este plazo es considerado desde que el producto entra en el mercado y fenece sí desde ese momento y pasado el plazo mencionado no se inicia la acción judicial.

En síntesis, el anteproyecto que reformaría el actual artículo 40° de la LDC presenta un gran avance ya que resolvería cuestiones que no son tratadas en la actual ley. A su vez la incorporación de un capitulo completo en el cual se detalla la responsabilidad por productos, sus definiciones, el régimen de responsabilidad, los legitimados activos y pasivos como así también los eximentes es un avance hacia un régimen que mejorara el sistema protectorio de la LDC siendo, a mi parecer, ampliamente beneficioso para todos los consumidores.

16. Capítulo 11. Descripción del Régimen Tuitivo y Protectorio Brindado a los Consumidores por la Ley de Defensa al Consumidor y la Constitucionalización del Derecho del Consumidor

Los derechos del consumidor se encuentran bajo el ala de los derechos de carácter protectorios los cuales tienen, desde la reforma de 1994, una base constitucional que les otorga el fundamento de orden público imponiéndose en todas las relaciones jurídicas, en las cuales haya una relación de consumo, por sobre la autonomía de la voluntad.

Lo que justifica este régimen es la vulnerabilidad del consumidor la cual se protege gracias a el marco constitucional y las leyes complementarias surgidas en referencia al mismo.

La vulnerabilidad del consumidor puede presentarse en diferentes situaciones en las cuales quienes consumen los productos elaborados por el proveedor se encuentran en una posición de desventaja frente a estos últimos por diversas cuestiones que pueden afectar su capacidad para tomar decisiones informadas, proteger sus derechos y hacer valer sus intereses.

Los factores que contribuyen a la vulnerabilidad del consumidor pueden ser; una desigualdad informativa en la cual obtienen un acceso limitado a la información o que la información disponible sea incomprensible por su complejidad; la situación económica del consumidor ya que aquellos con bajos recursos suelen estar más expuestos a prácticas comerciales abusivas o engañosas y tienen menos capacidad para absorber pérdidas o pleitos judiciales; las condiciones de salud o edad por el hecho de que las personas mayores y los que transitan alguna discapacidades o enfermedad pueden ser más susceptibles a engaños o pueden tener dificultades para entender relaciones de consumo complejas; la falta de educación financiera para manejar las finanzas personales generando así una introducción a la vulnerabilidad y a la posibilidad de caer en ardides de los proveedores; y el entorno cultural o lingüístico ya que aquellos que no hablen el idioma del proveedor o no estén adaptados a su cultura pueden ser fruto de aprovechamiento.

En la teoría se debería observar, en el mundo globalizado en el cual vivimos, gracias al avance de la tecnología a la hora de brindarnos información sobre básicamente todo, la vulnerabilidad de los consumidores debería disminuir, pero esto no es así en gran parte. Debido a las características sociales, económicas y culturales de los consumidores, como ya ese detalló, suele suceder que la información que llega ellos puede arribar de forma indebida

o insuficiente o que, debido a su complejidad, sea incompresible. Esta información no solo se centra en la que el mismo producto trae consigo, llamase manual de instrucciones, sino que también se podrá ver en la publicidad por las cuales el proveedor intenta vender su producto.

Se puede observar que en muchos casos el problema de la información no es su ausencia, sino que más bien es su complejidad, parcialidad (en la parcialidad el proveedor solo muestra una parte ocultando la otra) o directamente falsedad. Dado a todas estas características complejas que trae la información al consumidor la razón de su vulnerabilidad y por ende la necesidad de su protección debe ostentar un carácter primordial.

Otro punto fundamental del régimen tuitivo es la obligación de seguridad que tienen los proveedores respecto de los productos que ofrecen al mercado. La LDC, en su artículo 5°, establece la obligación de los proveedores de brindar sus productos en forma tal que, al ser utilizados bajo su fin y naturaleza en a las condiciones previsibles y normales, no presenten un peligro para la salud de los consumidores.

La Constitución Nacional, en lo referente a la obligación de seguridad, estableció un significado mucho más estricto en su concepto que establece la LDC ya que se garantiza la protección de la salud, seguridad, e intereses económicos de los consumidores y usuarios en la relación de consumo.

Sobre este asunto, la CSJN estableció, en el relevante y fundamental fallo Mosca, Hugo A. c/ Provincia de Buenos Aires y otros, que *‘‘el derecho a la seguridad previsto en el art. 42 de la Constitución Nacional, que se refiere a la relación de consumo, que abarca no sólo a los contratos, sino a los actos unilaterales como la oferta a sujetos indeterminados, que es precisamente el caso que se presenta en autos. De tal modo, la seguridad debe ser garantizada en el período precontractual y en las situaciones de riesgo creadas por los comportamientos unilaterales, respecto de sujetos no contratantes.*

Cada norma debe ser interpretada conforme a su época, y en este sentido, cuando ocurre un evento dañoso en un espectáculo masivo, en un aeropuerto, o en un supermercado, será difícil discriminar entre quienes compraron y quienes no lo hicieron, o entre quienes estaban adentro del lugar, en la entrada, o en los pasos previos. Por esta razón es que el deber de indemnidad abarca toda la relación de consumo, incluyendo hechos jurídicos, actos unilaterales, o bilaterales’’. Esto significa que la el Máximo Tribunal le otorgo al deber de seguridad un marco abarcativo muy amplio dentro de las relaciones de consumo ya que, la

protección brindada infiere no solo a quienes adquieren los bienes para su consumo final, sino que también a quienes los utilizan sin haberlos adquiridos o incluso sobre las personas que, sin utilizarlos, actúan en respuesta a la oferta de proveedor.

Retomando a lo referido sobre la vulnerabilidad del consumidor me parece considerable de destacar que el proyecto de reforma en la cual se busca remplazar la actual LDC por una nueva e introducir en su lugar un Código de Consumo en nuestro país, establece en su artículo 3° una categoría de mayor a la de los consumidores vulnerables los cuales son los llamados hipervulnerables. Se busca establecer que *''el principio de protección del consumidor se acentúa frente a colectivos sociales con hipervulneraiblidad. Son consumidores hipervulnerables aquellas personas humanas que, además de su vulnerabilidad estructural en el mercado, se encuentran también en otras situaciones de vulnerabilidad en razón de su edad, género, salud, o por otras circunstancias sociales, que provoquen especiales dificultades para ejercer con plenitud sus derechos como consumidores. En tales supuestos, y en el marco de la relación de consumo, la educación, la salud, la información, el trato equitativo y digno y la seguridad deben ser especialmente garantizados.''.*

Esta incorporación lo que busca es brindar una protección superior a los consumidores que se encuentren bajo los parámetros de una vulnerabilidad extrema. Cabe señalar que no se define, en la normativa vigente ni en la reforma, que es vulnerable ya que, a mi entender, no es necesario debido a que todo consumidor que este en inserto en una relación de consumo deberá ser considerado vulnerable por el hecho de revestir dicha calidad y por ende estará protegido por el régimen tuitivo. En el artículo propuesto se establecen las circunstancias personales, sociales y culturales que tornan al consumidor hipervulnerables debido a lo cual se le debería brindar una mayor protección en sus derechos. Se señala que la hipervulneraiblidad solo es extendida a personas físicas no así, en principio, a las jurídicas.

17. Capítulo 12. Sujetos Intervinientes dentro de la Relación de Consumo y Frente a la Producción del Daño por Productos (Primer Término)

17.1 Sujeto Activo y Legitimación activa

El sujeto activo en la relación de consumo es por excelencia el consumidor el cual, como ya hemos detallado, puede ser tanto una persona física o jurídica quien adquiere un producto de forma gratuita u onerosa para su goce o el de su núcleo humano quedando

también equiparado a consumidor quienes, sin ser parte de la relación de consumo, hacen beneficio de la cosa adquirida por el consumidor originario.

El concepto de consumidor no puede entenderse de modo estricto ya que de ser así iría contra el propio régimen tuitivo de a LDC y además se enfrentaría a lo dispuesto constitucionalmente ya que la Constitución Nacional habla de ‘‘relaciones de consumo’’ para referirse a todas las circunstancias que rodean, refieren o constituyen a una relación de tal característica en cuyo fin se busca la satisfacción y la protección entre proveedores y consumidores. Esto quiere decir que se crea una especie de presunción de la configuración de la relación de consumo y de la figura de consumidor y por ende en la de su marco protectorio. El marco abarcativo amplio de la configuración del consumidor resulta verdaderamente importante en el caso en el cual la legitimación activa recae sobre personas jurídicas que invoquen su condición de consumidoras de productos.

Es interesante señalar que la reforma vigente de la LDC, es decir la que se sanciono en el año 2015 y que reformó la de 1993, derogo una previsión que establecía la antigua ley por la cual se disponía que no ostentaban el carácter de consumidores quienes adquirían los productos con el fin de almacenarlos, utilizarlos o consumirlos para integrarlos en otro proceso de producción, transformación o comercialización en el cual se invocaren, o no, a terceros.

La derogación de parte del artículo 2° de la LDC original no fue remplazada por una nueva disposición en la actual normativa, pero podemos establecer que su ausencia no hace significar que quienes adquieran, almacenen, utilicen o consuman bienes o servicios para integrarlos en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros sean considerados como consumidores.

Considero que no sería lógico establecerlos como consumidores ya que, en caso de hacerlo, llevaría a una inaplicabilidad de la norma debido a que, en caso de que se invoque la responsabilidad por daños al consumidor, podrían liberarse de ella aludiendo que simplemente también son consumidores. Tampoco es lógico incluirlos dentro de la categoría consumidores debido a que la propia LDC, a pesar de tener un amplio margen en lo que se considera como consumidor, limita esta categoría en muchos casos como por ejemplo en el transporte aéreo o cuando le otorga el propio concepto de consumidor ya que este debe ser quien utilice el producto como destinatario final lo que hace excluir a todos aquellos que lo utilicen con en el fin de colocarlos nuevamente en el mercado.

Debido a lo expuesto en los párrafos anteriores, y poniendo énfasis en las personas jurídicas, aunque también se incluyendo a las físicas, estas pueden ser consideradas como consumidores cuando adquieran, almacenen o consuman productos como destinatarios finales no teniendo como fin su puesta en el mercado.

Podemos considerar al consumidor final como todo aquel sujeto, físico o jurídico, que en última instancia consume o hace uso del producto lo cual significa que, como señala el Dr. Carlos A. Hernández, ‘‘*el producto o servicio es retirado del mercado, no volviéndoselo a reinsertar en él mediante su incorporación a un nuevo proceso de elaboración o de prestación.’’*

Desde este punto de vista podemos intuir que quedarían excluidos de la relación de consumos aquellos daños que se producen dentro de la propia actividad empresarial en la cual no se involucran a los consumidores.

En lo referente a considerar a los empresarios, tanto jurídicos como físicos, como consumidores en el fallo caratulado *‘‘Demos SRL c/ Hyundai Motor Argentina S.A’’* el tribunal interviniente considero como consumidor al empresario ya que *‘‘pese a adquirir bienes o servicios dentro del ámbito de la actividad de su empresa, tales adquisiciones no se relaciones directa ni indirectamente con el objeto propio de aquella’’.*

Esto significa que cuando los bienes adquiridos no tienen por destino directo o indirecto el proceso de producción y comercialización de la actividad empresarial dicha actividad ingresaría dentro de una relación de consumo y por ende se consideraría al empresario como consumidor, el cual, por revestir dicho carácter, ingresara baja el paraguas protectorio del derecho al consumidor.

Cabe señalar que frente a la aparición de un caso similar a lo antes expuesto y teniendo como fin la determinación de si el sujeto es o no es consumidor hay que observar la situación en concreto. Un parámetro fundamental para determinarla o desestimarla podrá ser la finalidad que se le da al bien adquirido ya que, si su adquisición fue realizada para intrigarla en la cadena de producción o comercialización, el sujeto que lo hizo no podrá ser considerado como consumidor ni estar protegió por el régimen tuitivo, pero si se prueba que la adquisición no tuvo como fin la incorporación a la producción o comercialización si podríamos considerarlo como consumidor.

La posibilidad de incorporar a las sociedades mercantiles como consumidores y ponerla bajo el sistema protectorio de la LDC es una característica particular de la legislación

nacional ya que en el derecho comparado esta posibilidad se omite. Podemos resaltar diferente normativa comparada que fundamenta, a mi entender, esta injusta imposición.

La Directiva 93/13/CEE adoptada en 1993 que regula las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores establece que *"La persona física que, en contratos que recaen en el marco de la aplicación de la directiva, actúe con fines que no pertenezcan al ámbito de su actividad profesional o comercial"*, la Directiva 94/47/CE 1994 sobre la protección del consumidor frete al instituto de tiempo compartido cuando dice que el consumidor es *''toda persona física a la que, actuando en los contratos comprendidos en el ámbito de la presente directiva, con fines que se pueda considerar que no pertenecen al marco de actividad profesional, se le transfiera el derecho objeto del contrato o sea destinataria de la creación del derecho objeto del contrato"*, el Código Civil Alemán cuando se define al consumidor al afirmar que será *"cualquier persona física, que concluye un negocio jurídico, cuya finalidad no tiene ligazón comercial o con actividad profesional";* o la definición que da el Código de Consumo italiano al consumido estableciendo que este será *"la persona física que adquiere para fines extraños a la actividad empresarial o profesional eventualmente desarrollada".*

La normativa comparada antes citada establece claramente la exclusión, en la calidad de consumidor, de cualquier tipo de persona jurídica. Podemos fundamentar que dicha exclusión de las personas jurídicas, aunque a mí atender incorrecta, responde a la necesidad de proporcionar una protección más cuantiosa a las personas físicas en su papel de consumidores ya que suelen estar en una posición de desventaja en comparación con las personas jurídicas o entidades mercantiles. Esta protección no se considera necesaria en el mismo grado para las relaciones comerciales entre personas jurídicas ya que se deberían regir por principios distintos en el ámbito del derecho comercial como lo es el derecho civil.

17.2 Tercero Expuesto al Daño por el Producto Elaborado en la Relación de Consumo

En relación al tercero expuesto repetimos lo antes detallado en este trabajo al decir que la normativa actual elimino dicha expresión que si se encontraba en le ley original de 1993. Antiguamente se establecía esta categoría al afirmar que sería considerado como tal cualquier persona que estuviese expuesto a una relación de consumo, pero, en la actualidad, se limitó dicha disposición diciendo únicamente que, se consideran como consumidores todos aquellos que *"sin ser parte de una relación de consumo como consecuencia o en*

ocasión de ella, adquiere o utiliza bienes o servicios, en forma gratuita u onerosa, como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social".

Debido a esta modificación se entiende doctrinariamente que todo aquel tercero que no conforme el grupo social o familiar del consumidor final no podrá ampararse en las disipaciones el del artículo 40° de a LDC, lo cual no impide que se puedan sujetar de la normativa del CCyC de los artículos 1757° (Hecho de las cosas y actividades riesgosas) y 1758° (Sujetos responsables por el hecho de las cosas y las actividades riesgosas).

La disposición omisiva del tercero expuesto hace que la actual ley caiga en discrepancia con normativas del derecho comprado. Citando la legislación brasileña, su Código de Defensa al Consumidor equipara a todas las personas damnificadas independientemente de su conexión en la relación de consumo a la hora de determinar la responsabilidad por daños ocasionados por productos elaborados. También, dentro del derecho comparado, podemos citar a la ya tratada Directiva sobre Responsabilidad por Productos Defectuosos (85/374/EEC) la cual establece que los fabricantes pueden ser responsables por daños causados por productos defectuosos (vale resaltar que se aplica únicamente en productos defectuosos) no solo al consumidor, sino que también a cualquier tercero afectado que sufra daños como resultado del defecto.

La corriente de incorporar al tercero expuesto también la vemos en nuestro país. El proyecto de reforma de a LDC establece, en su artículo 2°, tercer párrafo, que *''el presente Código es aplicable a quien se encuentra expuesto a una relación de consumo a consecuencia de la información, la publicidad, las prácticas abusivas y el deber seguridad''.*

Podemos observar que el legislador, al tratar de delimitar el alcance de la categoría de consumidor, busca incorporar la figura del sujeto expuesto a los efectos de la información que brindan los proveedores, las publicidades que utilizan, las prácticas abusivas y el deber de seguridad de ellos. Esta incorporación tiene como fin la conclusión de la discusión doctrinaria de si el expuesto es considerado consumido dándole de esa esa forma a este último el marco protectorio que tienen los consumidores ordinarios.

Para cerrar el tema sobre tercero expuesto resulta interesante interpretar lo dicho en Las Jornadas Nacionales de Derecho Civil Buenos Aires del año 2013 cuando se afirmó que *"la categoría de consumidor y usuario reconocida en nuestro ordenamiento jurídico comprende al destinatario final de bienes y servicios, y al expuesto a la relación de consumo. Esta última figura amplía la categoría conceptual del consumidor y usuario con sustento en*

la función preventiva y reparatoria que despliegan numerosos institutos del Derecho del Consumidor y se justifica también por la proyección colectiva que suele tener la afectación de sus derechos''. Aquí observamos que gran parte de la doctrina equipara la figura del consumidor a la del tercero expuesto lo cual amplia la categoría de consumidor a los fines exclusivos de que se cumpla el régimen tuitivo que es pieza esencial en el derecho del consumidor.

17.3 Asociaciones de Consumidores en su Rol de Sujetos y Legitimados Activos. Importancia de las Asociaciones no gubernamentales derechos de incidencia colectiva que comprenden intereses individuales

Las asociaciones de consumidores son organizaciones de carácter no gubernamentales cuyo objetivo es defender los derechos e intereses de los consumidores. Buscan proteger a los consumidores de prácticas abusivas como así también el promover la educación en materia de consumo y mejorar, por medio de estas acciones, la calidad de los productos y servicios en el mercado.

En lo referente a la defensa de derechos de los consumidores el ejercicio de dicha acción se da por medio de la representación legal de estos en conflictos contra sus proveedores, ya sea mediante asesoramiento o directamente a través de acciones legales. Esta representación generalmente es tomada gracias a que estas organizaciones suelen recogen y gestionan quejas de los consumidores sobre productos defectuosos o prácticas comerciales abusivas.

Estas organizaciones son sumamente importantes para garantizar los derechos de los consumidores ya que desempeñan un papel crucial en asegurar la transparencia por el hecho de que ayudan a que los consumidores tengan acceso a información clara y completa sobre productos y servicios, combatir abusos al trabajar contra prácticas comerciales desleales y las cláusulas contractuales abusivas, como así también la promoción de justicia por hecho de que facilitan la resolución de conflictos y la obtención de compensaciones para los consumidores afectados por los abusos de los proveedores.

Estas organizaciones se extienden tanto fuera como dentro de nuestro país. En Argentina podemos señalar a la Unión de Consumidores de Argentina la cual, según su página institucional, es una asociación de defensa de los derechos de los consumidores y usuarios que ha sido creada en el año 1996 cuyo objeto inmediato es la protección y defensa

integral de los consumidores y usuarios argentinos en todos aquellos ámbitos y servicios o transacciones en las que se vea expuesto a abusos de cualquier índole, sea de parte del Estado como de parte de las empresas proveedoras de bienes o servicios.

En lo referente a las circunstancias de nuestro país y la legitimidad de estas organizaciones, la Corte Suprema, en reiterados fallos, ha reconocido su legitimación para iniciar procesos judiciales de carácter colectivo en defensa de derechos de incidencia colectiva patrimonial referentes a intereses individuales homogéneos.

La Corte tuvo su gran precedente, en relación a los derechos de incidencia colectiva y los derechos de incidencia colectiva que comprenden intereses individuales homogéneos, principalmente a partir del caso Halabi. En este fallo, caratulado *Halabi, Ernesto c/ PEN – ley 25.873 – dto. 1563/04 s/ amparo ley 16.986*, surgió a partir de una acción de amparo presentada por el abogado Ernesto Halabi contra el Estado Nacional cuestionando la constitucionalidad de la ley 25.873 y su decreto reglamentario 1563/04, que obligaban a las empresas prestadoras de servicios de telefonía e internet a conservar los datos de las comunicaciones de sus usuarios por un período de diez años.

El demandante argumentaba que estas normas violaban el derecho a la privacidad y a la protección de datos personales propios y de terceros, los cuales son consagrados en la Constitución ya que permitían un acceso indiscriminado a la información privada de los ciudadanos sin las garantías judiciales adecuadas.

En este fallo se abordaron dos cuestiones importantes. La primera, que no viene al caso en este trabajo, fue la protección de la privacidad cuestionando la legitimidad de recoger y conservar datos personales por parte del Estado sin el consentimiento de los individuos y sin garantías suficientes para proteger esos datos del acceso indebido. La segunda cuestión, que, si nos incumbe, versaba sobre la legitimidad de las interposiciones de las acciones colectivas en el sistema judicial argentino para el cual se terminaron estableciendo parámetros para su admisibilidad y tratamiento ya que se carecían de los mismos en la normativa vigente de ese momento.

La corte sentencio en el año 2009 favorablemente a la pretensión de Halabi dictando la inconstitucionalidad de la Ley Nº 25.873 y el Decreto Nº 1563/04 al considerar que dichas normas violaban el derecho a la privacidad de los usuarios. Además de dictar la inconstitucionalidad la Corte introdujo una clasificación de derechos haciendo una distinción

entre derechos individuales, derechos colectivos y derechos de incidencia colectiva que comprometen intereses individuales homogéneos.

Este último tipo de derecho es particularmente relevante en casos donde un grupo determinado de personas es afectado por la misma conducta, aunque las consecuencias individuales puedan variar. En este tipo de afectaciones cada individuo tiene un interés que deriva de una situación común, pero que puede variar en intensidad.

La Corte reconoció la legitimación de Halabi para actuar no solo en defensa de sus derechos individuales sino que también en representación de los derechos de colectividad afectada ya que todos los usuarios de las compañías de telecomunicaciones que brindaban servicio en la Argentina le transferían los datos de sus clientes al Estado, por lo cual, una inmensa mayoría de ciudadanos, es decir una colectividad, se veía afectada en su derecho a la privacidad, aunque la intensidad del misma variaba dependiendo del afectado.

Este fallo sentó las bases para la admisión de acciones colectivas en nuestro sistema judicial lo que ha permitido a grupos de personas afectadas por una misma causa puedan litigar en conjunto, facilitando de dicha forma el acceso a la justicia. Lo más importante de este precedente fue que se introdujo un marco conceptual y los criterios para identificar y proteger los derechos de incidencia colectiva sobre intereses individuales homogéneos lo cual resulto muy importante para el accionar de las asociaciones de consumidores donde lo que protegen son los derechos que afectan a la colectividad

Básicamente la Corte, además de lo antes expuesto, afirmo que existe una ausencia de normativa específica que regule el ejercicio de estas acciones colectivas lo que no implica el dejar desprotegidos los derechos fundamentales impuestos por la Constitución. Para evitar dicha desprotección es necesario que estas acciones sean promovidas por lo cual es necesario que para su admisión se realice, por parte de los magistrados intervinientes, una verificación de la causa fáctica común, el establecimiento de que la pretensión procesal sea enfocada en el aspecto colectivo en los efectos del hecho y que el interés individual considerado aisladamente no justifique la promoción de una demanda individual haciendo que dicho ejercicio unipersonal no fuera plenamente justificado.

A su vez la Corte también estableció que los requisitos para que opere el derecho colectivo y la acción de incidencia colectiva también pueden ser interpuestos aun cuando se traten derechos individuales siempre que exista un fuerte interés por parte del Estado en su protección o que la relevancia de los mismos lo justifiquen.

Gracias a estas disposiciones que surgieron nuestra jurisprudencia se abrió la posibilidad de poder plantear acciones colectivas con el objetivo de obtener la reparación de daños que afecten intereses individuales homogéneos y que a su vez no justifican la promoción de múltiples acciones dado a que de suceder así se dilatarían los procesos y el acceso a la justicia se vería ampliamente disminuido.

Todos estos precedentes, tanto de la Corte como de Tribunales inferiores han revertido, muy favorablemente a mi criterio, la doctrina que denegaba la legitimación para promover acciones colectivas cuando la pretensión requerida era la reparación de un daño de carácter individual y propio de cada afectado el cual debía ser exclusivo de cada consumidor.

La parte de la biblioteca que denegaba la posibilidad de que un individuo inicie una acción de incidencia colectiva en el marco de la reparación de un daño de carácter netamente individual era fundamentada en literalidad del artículo 43° tercer párrafo de la CNA el cual afirma que *''podrán interponer esta acción* (la de amparo) *contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización''* concluyendo que no se estaba frente a un derecho de incidencia colectiva de la misma categoría que menciona el articulo antes citado ya que no se encontraría en jugo un derecho de incidencia colectiva general, como dice la Constitución, sino que estaríamos frente a un derecho de incidencia colectiva que comprenden intereses individuales a los cuales no se le debía permitir la legitimación activa al individuo afectado ni de los demás legitimados para interponer el amparo que enmarca la constitución.

Básicamente esta doctrina, que estaba en contra de la imposición de demandas donde se protegían intereses colectivos individuales, basaban sus afirmaciones en una visión netamente individualista de los conflictos. Tenían como fundamento el fraccionamiento los casos en presentaciones puramente individuales aun cuando el derecho afectado estuviera perjudicando a varios afectados. Esta postura doctrinaria era favorable a aquellos proveedores que perjudicaban a sus consumidores ya que, al tener cada uno de ellos que iniciar un proceso individual con las mismas pretensiones, hacían sobrecargar el sistema judicial dando como resultado su correspondiente falta de celeridad.

A diferencia de lo dispuesto en la teoría doctrinaria antes mencionada, la solución de conflictos colectivos mediante presentaciones hechas por y en pos de la comunidad afectada permiten, gracias a su abarcamiento y a la ruptura de barreras sociales, como lo es el temor a demandar, un mejor acceso a la justicia y evita las diferencias y banalizaciones que pueden llegar a ocurrir cuando se presentar una serie de demandas de carácter individual. También podemos resaltar el peso político cualitativo y cuantitativo que tienen las demandas y las sentencias que no afectan a uno solo individuo sino a una gran parte de la comunidad.

18. Capítulo 13. Determinación de Cosas Defectuosas y Cosas Riesgosas

18.1 Defecto y vicio de la cosa

Para referirnos al defecto o vicio de la cosa debemos retrotraernos nuevamente al artículo 40° de la LDC. Como ya nos referimos en este trabajo, nuestra normativa no distingue lo que debe entenderse por productos y en qué momento este debe ser considerado como defectuoso, como así tampoco hace una referencia clara a los daños causados por estos. Lo establecido en nuestra normativa se diferencia de lo que se impone en la comparada, tanto en el marco del MERCOSUR o la UE, ya que más bien nuestro país adopta lo que Vélez receptaba en el viejo artículo 1113° y el actual 1757° del CCyC al hablar de daños como consecuencia del riesgo o vicio de la cosa o de la prestación de servicios.

La definición de cosa se caracteriza por ser mucho más abarcativo que la de productos ya que esta primera es considerada, jurídicamente hablando, como cualquier bien o entidad material o inmaterial que sea susceptible de tener un valor pecuniario y pueda ser objeto de derechos y obligaciones incluyendo a las tangibles e intangibles. El CCyC en su artículo 16° determina lo que se entiende por bienes y cosas *''Bienes y cosas. Los derechos referidos en el primer párrafo del artículo 15 pueden recaer sobre bienes susceptibles de valor económico. Los bienes materiales se llaman cosas. Las disposiciones referentes a las cosas son aplicables a la energía y a las fuerzas naturales susceptibles de ser puestas al servicio del hombre.''* En cambio, no se da dentro de nuestra normativa, como ya se ha dicho, una definición de producto la cual es ciertamente un concepto más reducido que el de cosa ya que se trata de un objeto que fue producido o que pasó por un proceso de producción.

La LDC, al tomar el concepto de cosas y no el de productos hace que se pueda englobar, en principio, dentro de los supuestos alcanzados por el artículo 40° a cualquier tipo de cosa que sea susceptible de tener valor económico. Debido a esto, y como dice el artículo

2° de la LDC, se considerarían cosas a todas aquellas que surjan de *actividades de producción, montaje, creación, construcción, transformación, importación, concesión de marca, distribución y comercialización de bienes y servicios, destinados a consumidores o usuarios* pudiendo incluirse, si somos muy amplios en nuestra interpretación, hasta los inmuebles.

La ley no plantea ningún tipo de exclusión a lo que podríamos considerar como productos ya que todo lo que esté permitido introducir en el comercio y que sea susceptible de valor va a ser considerado como tal. Una vez detallado esto creo que debemos resaltar la noción de vicio la cual que, como señala Lorenzetti, se identifica con el defecto y por ende se aleja de la de riesgo ya que este último se configura cuando media una actuación autónoma de la cosa.

Resulta interesante explayar el pensamiento del expresidente y actual ministro de la Corte sobre estos conceptos porque, a pesar de la similitud que brinda entre vicio y defeco, Lorenzetti realiza una clara distinción entre ambos especialmente en el contexto del derecho al consumidor y de las relaciones contractuales por fuera de a LDC. Un vicio es una irregularidad que afecta a la cosa enajenada que no necesariamente la convierte en inutilizable. Un vicio puede ser un problema oculto o no evidente a simple vista, que afecta la calidad o el uso del bien y que genera un incumplimiento de las condiciones contractuales del adquirente. Los vicios deben caracterizarse por ser ocultos, preexistentes y revestir de gravedad. En cambio, un defecto es un problema mayor al vicio ya que se relaciona con la funcionalidad, la seguridad o la calidad del producto que puede afectar gravemente al consumidor pudiendo poner en peligro su salud o seguridad.

Lorenzetti analiza el concepto de defecto bajo la óptica de la responsabilidad por productos defectuosos afirmando que un defecto en un producto, como ya hemos detallado, se refiere a un fallo en su diseño, en la fabricación o en la información brindada al consumidor lo que lo torna potencialmente peligroso o impropio para su uso habitual. Podemos observar que estos conceptos son vinculados con el régimen de la defensa al consumidor en el cual se establece la responsabilidad objetiva del productor o proveedor ante productos defectuosos que causen daños al consumidor.

Luego de todo lo dicho, podemos deducir tres diferencias entre vicios y defectos los cuales, a pesar de estar identificados, son diferentes. La primera es que tienen ámbitos de aplicación distintos ya que los vicios se encuentran en el ámbito de las relaciones

contractuales, especialmente la compraventa, mientras que los defectos suelen tener implicancias más amplias en términos de responsabilidad del productor o proveedor frente a terceros y a los consumidores. La segunda diferencia la encontramos en el distintivo grado de gravedad debido a que los vicios se refieren a problemas que afectan al valor o la utilidad de la cosa, pero no siempre implican un riesgo, en cambio, lo defectos son más severos ya que pueden poner en peligro la seguridad del usuario. La tercera diferencia se centra en la responsabilidad ya que, en el caso de un vicio el comprador puede exigir la reparación del bien, la reducción del precio o la resolución del contrato mientras que, en el defecto, la responsabilidad se extiende al fabricante o proveedor, quienes pueden ser responsables por los daños causados.

También cabe resaltar la diferenciación entre vicios y defectos dentro derecho del consumidor porque mientras que los vicios afectan las expectativas del adquirente sobre un bien, los defectos son más graves y pueden desencadenar la aplicación de la responsabilidad objetiva por daños debido al hecho de que el proveedor debe garantizar no solo la calidad del producto sino también su seguridad.

En el marco de la jurisprudencia nacional, el concepto de producto con vicio o defecto no ha sido muy precisa ya que muchos tribunales, debido a la falta de una legislación que reglamente de forma restrictiva dicho concepto, han tenido diferentes interpretaciones sobre que se considera producto defectuoso. Es interesante la definición que brindó la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Paraná, Sala Segunda en el año 1987 al establecer que un *‘‘producto defectuosos o viciosos son lo que por fallas de fabricación encierran potencialmente la aptitud para producir un daño al que lo utiliza, y la responsabilidad se extiende en el supuesto de deficiente información al usuario sobre el modo de utilización del producto”*. Este fallo se apoyó en tres principios doctrinarios y jurisprudenciales vinculados con la protección de los consumidores y la responsabilidad del vendedor por productos defectuosos como lo son el deber de garantía del vendedor estando obligado a entregar un bien en condiciones adecuadas para el uso al que está destinado, la responsabilidad objetiva respondiendo independientemente de su conocimiento o intención en la existencia de los vicios ya que su obligación es entregar un bien en condiciones adecuadas y la buena fe debiendo actuar conforme a este principio, informando al comprador de cualquier vicio o defecto que el bien pudiera presentar.

También y citando el fallo caratulado *‘‘Biotrom S.A. y otros s/ daños y perjuicios’’*, se ha resaltado que *‘‘quien pretenda la aplicación de la* norma (la del artículo 40° de la LDC) *deberá acreditar, en principio, que el producto presenta algún vicio, así como la causalidad material entre aquel y los daños cuya reparación se impetra.’’*.

Este caso es relevante debido a que surgió raíz de la rotura de una prótesis colocada en una intervención quirúrgica de columna. La víctima, a consecuencia del de la afección sufrida, interpuso acción de daños. Se determinó que el defecto que sufrió la prótesis era categorizado como de fabricación ya que no afectaba a otras unidades producidas en la misma cadena de elaboración, pero afirmando a su vez que no se podía determinar la causa especifica de la ruptura. Debido a esto la Cámara condeno al fabricante del producto y a la clínica interviniente dejando en su dictamen la siguiente definición; “*son defectos de fabricación los que presentan una o más unidades producidas individualmente consideradas, pero que no afectan al conjunto de la producción en serie defectuoso montaje de una pieza por falla de alguna máquina o de algún empleado u obrero”*.

Los vicios que pueden surgir en los productos pueden ser, como ya los describimos, de diseño, construcción o información pudiendo incorporarse otros como es el caso del defecto en la conservación.

Estos defectos deben ser originarios del proceso de producción del producto y no romper el nexo causal que los determina para poder inculcarle la responsabilidad al productor Nos resulta necesario hacer distinciones sobre el carácter de visible u oculto del defecto ya que no estamos frente a la responsabilidad por vicios redhibitorios, en los cuales el carácter de oculto es relevante e indispensable, sino que nos encontramos frente a un daño de carácter vicioso en el cual dicha distinción resulta innecesaria.

Sobre la carga probatoria es preciso rescatar que, si bien no hay dudas que en estos casos la acreditación del daño, el defecto y el nexo de causalidad entre estos le corresponde a la víctima tal como lo dice el artículo 377 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación *‘‘Incumbirá la carga de la prueba a la parte que afirme la existencia de un hecho controvertido o de un precepto jurídico que el juez o el tribunal no tenga el deber de conocer. Cada una de las partes deberá probar el presupuesto de hecho de la norma o normas que invocare como fundamento de su pretensión, defensa o excepción’’* también es justo y realista decir que la obtención de pruebas por parte del consumidor se vuelve dificultosa por la desproporcionalidad que tiene su figura en contraposición del proveedor.

Debido a esta dificultad probatoria, en el derecho del consumidor, resulta necesario recurrir a la presunción *hominis* cuando estemos en presencia de indicios graves y concordantes que hagan inferir que el defecto se generó en la elaboración del producto. Esta presunción es una herramienta probatoria crucial en el derecho del consumidor debido a la desigualdad que generalmente existe entre las partes en las relaciones de consumo.

Su principal uso se da cuando el consumidor enfrenta dificultades para probar de manera directa el daño que ha sufrido a consecuencia del producto que le proporciono el proveedor lo cual se da debido a la asimetría de poder que existe entre las partes. Lo que aquí hace el juez para inferir la prueba es basarse en hechos ya probados y en la experiencia común a través de los indicios que puedan a llegar a determinar lo que se quiere probar.

Un ejemplo de esta presunción la podemos ver en el caso de los productos defectuoso ya que, si un consumidor demanda a su proveedor por la adquisición de un producto defectuoso pero no puede probar directamente el defecto con informes técnicos, el juez podría aplicar una presunción *hominis* si, por ejemplo, el consumidor demuestra que el producto dejó de funcionar de manera intempestiva pocos días después de adquirirla aun cuando lo utilizó de acuerdo a la naturaleza del producto habilitando al magistrado a inferir que el producto ya tenía un defecto al momento de la adquisición. Esta presunción acarrea ventajas para el consumidor por el hecho de que se reducen la carga probatoria, hace que la situación entre él y su proveedor sea más equilibrada y lo protegen frente a las desventajas que tiene en relación a la otra parte.

La doctrina mayoritaria entiende que, si bien la prueba del defecto se encuentra, en principio, sobre los hombros del consumidor que invoca su existencia, debe evitarse que la rígida interpretación de esa afirmación no se transforme en una injusticia debido a la desproporcionalidad del poder probatorio de las partes, debiéndose aplicar el principio antes descripto siempre teniendo en cuenta las circunstancias del caso.

Volviendo al caso *Biotrom S.A. y otros s/ daños y perjuicios*, y utilizándolo como referencia sobre la presunción, cuando no se pueda determinar de forma cierta cuál había sido la causa de la ruptura de la prótesis de la víctima, es decir si la ruptura fue causada por un defecto en la fabricación u otra consecuencia externa, el tribunal estableció que la pretensión de la demandante era válida debido a que *"la causalidad puede ser presumida sobre la base de indicios, cuando su prueba directa es dificultosa y su existencia aparece como razonable de acuerdo a las circunstancias de la causa y que la presunción de*

defectuosidad de la prótesis se ve reforzada por el hecho de la causa del daño fue la destrucción del producto mismo. Además, cuando la producción del daño alegado por la víctima haya tenido lugar en circunstancias tales que quepa presumir el carácter defectuoso del producto podrá echarse mano a presunciones hominis, especialmente, cuando en el accidente se ha destruido el producto".

Reforzando lo antes dicho podemos citar otro caso caratulado *Rosalino Medina González c/ Peugeot Citroen Argentina* en el cual, pese a que no se pudo determinar de forma concreta si la rotura de una pieza del motor del auto del señor Gonzales era producto de un defecto en la fabricación, la entrada indebida de agua o una combinación de ambas, el tribunal dispuso que *"es claro que la relación jurídica entre el fabricante y el adquirente debe analizarse desde la óptica de la responsabilidad por productos elaborados prevista por el art. 40 de la L.D.C., por lo que si las recurrentes no acreditaron que la actora hubo realizado un uso indebido del vehículo susceptible de haber provocado la caducidad de la garantía, deben cargar con las consecuencias del siniestro"* poniendo en manos de proveedor la prueba de la ruptura del nexo causal fallando favorablemente y utilizando la presunción hominis a favor del consumidor en la determinación de la existencia de la falla.

En estos casos descriptos la carga de la prueba recae, en principio, sobre quien alude ser víctima de daño, es decir el consumidor. Esta visión estricta de lo enmarcado en el CCyC se ve aligerada debido a la aplicación de la responsabilidad objetiva la cual nuclea toda la defensa del consumidor en relación al productor reduciendo así la necesidad de una certeza absoluta a la hora de determinar la relación causal entre el producto y el hecho dañoso generado por este.

Se puede cerrar esta etapa citando lo que menciona Hernández Frustagli en su comentario sobre el artículo 40° de la LDC cuando afirma que "*la mencionada obligación de seguridad, que impone esencialmente la transmisión de un producto apto para el uso o consumo a que está destinado, es de carácter objetivo y de resultado, de manera que la sola existencia de un daño sufrido en el ámbito de ejecución de la relación de consumo alcanza para tener por configurado un incumplimiento de esa obligación, sin que sea necesario que el demandante acredite a ciencia cierta cuál fue la cosa generadora de ese perjuicio y qué características tenía"* y lo que se dice en el fallo *M. Á. y otros c. Repsol YPF Gas S.A. s/ daños y perjuicios* al afirmar que *"producido el daño en circunstancias concomitantes a la manipulación del*

cilindro de gas licuado de petróleo, hay que presumir que lo fue por el riesgo o vicio de la cosa.

La falta de prueba contundente sobre el defecto del bien de consumo no libera automáticamente de responsabilidad a los proveedores o productores. Éstos deben demostrar, para excusarse, la inexistencia del defecto generador de la responsabilidad, la culpa del consumidor u otra causa ajena que logre el rompimiento del nexo causal'.'

19. Capítulo 14. Determinación de Cosas Riesgosas

19.1 Relación de las Cosas Riesgosas con las Actividades Riesgosas

Nuestro sistema de protección al consumidor hace una diferencia entre lo que se entiende por daño causado por el vicio de la cosa del que resulta del riesgo de la cosa. Como ya dijimos, la noción de vicio se identifica con la de defecto, mientras que el riesgo queda como un concepto de carácter complementario que se aplica cuando media una actuación autónoma de la cosa. En otras palabras, podemos decir que el vicio de la cosa se refiere a un defecto específico que afecta la funcionalidad o calidad del bien, mientras que una cosa riesgosa implica un riesgo inherente a su uso, incluso cuando no presenta defectos.

Se puede definir a las cosas peligrosas como aquellos bienes o productos que, por su naturaleza o por el uso que los consumidores les dan representan un peligro potencial para la salud, la seguridad o la integridad física de los consumidores o terceros. Estas cosas riesgosas, aunque no presenten defectos en su funcionamiento, conllevan un cierto riesgo inherente por lo cual quedan sujetas a la regulación protectoria del derecho al consumidor.

El riego de la cosa nada tendrá que ver con que, si ostenta o no ostenta defectos ya que, aun cuando no los tenga y el usuario la haya utilizado según su naturaleza, pueden acarrear de igual forma un riesgo. Este tipo de productos requiere de medidas especiales de seguridad que generalmente son impuestas por los órganos administrativos estableciendo advertencias claras sobre sus riesgos y a forma en la cual debe realizarse el manejo adecuado por parte del proveedor.

Frente a la configuración del daño, la responsabilidad será objetiva lo cual significa que el proveedor de una cosa riesgosa puede ser responsable por los daños causados, aun cuando no haya actuado con negligencia o posea autorización administrativa ya que responderá por el por el hecho de que la cosa en cuestión generó un riesgo y produjo un daño y no por su accionar.

Estas cosas acarrean ciertas características como; el riesgo inherente ya que, por su naturaleza o modo de uso, implican un peligro para las personas o bienes no siendo necesario que presenten un vicio o defecto para ser peligrosas; el uso bajo condiciones específicas requerido condiciones especiales de uso, transporte o almacenamiento para evitar accidentes; y la presencia de advertencias porque los proveedores están obligados a advertir claramente sobre los riesgos que presentan estos productos además de proveer instrucciones claras de uso.

En estos casos la responsabilidad será, como se mencionó anteriormente, objetiva porque, en caso de que un producto considerado riesgoso cause daños, el consumidor no tiene que demostrar si hubo negligencia o culpa por parte del fabricante o proveedor y únicamente tiene que probar que el producto fue la causa del daño, es decir debe demostrar el daño causado y la relación de causalidad o el nexo entre la cosa y el daño.

Cabe señalar que los productores de estas cosas que se consideran riesgosas tienen a su cargo el deber de prevención aun mayor que aquellos que producen cosas de carácter inocuas.

Este deber es un principio clave en el derecho del consumidor y en el derecho civil en general por el cual se les impone a los proveedores la obligación de adoptar todas las medidas necesarias para evitar o minimizar los riesgos que un producto o cosa riesgosa pueda causar a los consumidores o terceros. Este deber no se limita únicamente a la etapa posterior a la colocación del producto en el mercado, sino que incluye todo el ciclo de vida de la cosa, desde su diseño, fabricación, distribución, comercialización y por ultimo su uso por parte del consumidor.

El deber de prevención se fundamenta en el principio de la responsabilidad objetiva en la cual lo más relevante es la existencia del daño y el nexo con la cosa por lo cual es fundamental tratar de anticipar, advertir y minimizar los riesgos que el uso de un producto riesgoso podría generar. El proveedor podrá cumplir la obligación de prevención de diversas maneras ya sea por la elaboración de productos siguiendo estándares de seguridad, el cumplimiento de las normas de seguridad, el etiquetado y las advertencias claras del riesgo, la colocación de instrucciones precisas sobre la utilización, el retiro del mercado de productos peligrosos, la capacitación en la utilización a los usuarios, entre otras alternativas dispuestas tanto por leyes especies como por disposiciones administrativas .

En lo referente a la legislación nacional sobre la prevención encontramos dos fuentes fundamentales siendo estas el CCyC y la LDC. En esta última se obliga a los proveedores a garantizar la seguridad de los productos que comercializan y exige que los productos incluyan información adecuada y advertencias sobre su uso y los riesgos asociados. El artículo 6° de la LDC establece el marco normativo sobre el deber de prevención al decir que *''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. En tales casos debe entregarse un manual en idioma nacional sobre el uso, la instalación y mantenimiento de la cosa o servicio de que se trate y brindarle adecuado asesoramiento. Igual obligación regirá en todos los casos en que se trate de artículos importados, siendo los sujetos anunciados en el artículo 4 responsables del contenido de la traducción.''* A su vez el CCyC establece, en su artículo 1710°, del deber de prevención del daño el cual se extiende no solo a las relaciones de consumo sino a todas las relaciones jurídicas. Este artículo impone a todos los actores el deber de adoptar medidas razonables para evitar causar un daño injustificado a otros.

Se detalla que toda *''persona tiene el deber, en cuanto de ella dependa, de: a) evitar causar un daño no justificado; b) adoptar, de buena fe y conforme a las circunstancias, las medidas razonables para evitar que se produzca un daño, o disminuir su magnitud; si tales medidas evitan o disminuyen la magnitud de un daño del cual un tercero sería responsable, tiene derecho a que éste le reembolse el valor de los gastos en que incurrió, conforme a las reglas del enriquecimiento sin causa; c) no agravar el daño, si ya se produjo.''*

Además, se suman los artículos 1757° y 1758° los cuales imponen la responsabilidad objetiva por daños causados por cosas riesgosas, reiterando que quien tiene el control o la guarda de una cosa riesgosa es responsable de los daños que esta cosa cause, salvo que pruebe una causa ajena.

Observamos que resulta sumamente importante el deber de prevención para el consumidor porque se busca protegerlos de posibles daños antes de que estos ocurran al garantizar que los productos que adquieren son seguros para el uso, que estén informados sobre los riesgos inherentes del producto y que se minimicen los riesgos derivados del uso de productos peligrosos.

En la jurisprudencia encontramos una variedad de casos en los cuales se representa tanto el riesgo en la cosa como así también el deber de prevención. En el fallo *Aprile, Roberto c/ Super Medamiles S.A. (Supermercado Tesco) y otros s/ daños y perjuicios* se eximio de responsabilidades a la empresa Cervecería y Maltería Quilmes por los daños sufridos por el demandante a través de los cuales este último impulsaba una acción y pretensión por daños y perjuicios.

La demanda se sustanciaba en que el pretendiente, mientras se encontraba haciendo compras dentro del supermercado, que también fue codemandado, sufrió un golpe contundente en su pierna por un carro metálico en el cual se trasladaban cajones que contenían botellas de cerveza envasadas por Quilmes.

Con el fin de eximir de responsabilidad la demandada afirmo que el daño que se encontraba tipificado en la demanda había efectivamente existido pero que no guardaba nexo causal con las botellas provistas por ella por lo cual, el riesgo que acarrean esas cosas, es decir los embaces, no había producido el daño.

A su vez se determinó que la causa del daño no habían sido las botellas sino el carro en el cual se transportaban probándose, de esta forma, la falta total de intervención de la cosa riesgosa (embace) siendo esa ausencia el elemento más relevante de que el demandante nunca adquirió la cosa, por lo cual no estaba bajo una relación de consumo, y que el daño que sufrió fue a consecuencia de un agente externo a la cosa riesgosa producida por la demandada por lo cual se impidió la extensión de la responsabilidad en los términos del artículo 40° de la LDC.

Tampoco la demandada resultaría responsable en base en la idea del riesgo provecho, el cual establece que quien obtiene un beneficio o provecho de una cosa riesgosa también debe asumir los riesgos que dicha cosa pueda generar, ya que ello implicaría confundir el fundamento de la responsabilidad con el factor de atribución de esta el cuál es el riesgo o vicio de la cosa.

En lo referente al carácter autónomo de la cosa riesgosa podemos decir que es otro concepto clave en la responsabilidad civil objetiva porque se establece que una cosa riesgosa puede causar daños de manera independiente, es decir, sin necesidad de una acción directa del proveedor. Esto significa que las cosas riesgosas, por el solo hecho de serlo, tienen la capacidad de generar daños sin necesidad de un accionar culposo o negligente por parte de los proveedores o usuarios.

Debido a esto la jurisprudencia le ha otorgado, a lo largo del tiempo, esta categoría de cosas riesgosas a múltiples objetos e incluso algunos que no necesariamente pueden ser considerados cosas como lo es la sangre la cual es considerada, jurisprudencialmente, como una cosa riesgosa por las implicancias que tiene en la salud cuestión que se repite, como ya hemos visto, en el derecho comparado (Derecho Francés).

Para cerrar lo referido a cosas riesgosas me parece adecuado citar un fallo ya utilizado en otros títulos de este trabajo. El fallo al cual me refiero es conocido como *Mosca, Hugo Santos c/ Provincia de Buenos Aires"* de la CSJN en el cual se discute, además de otros tópicos, la responsabilidad objetiva por daños causados por una cosa riesgosa.

En este caso el demandante era un oficial de la Policía de la Provincia de Buenos Aires que resultó gravemente herido cuando intentaba detener a un delincuente en el Parque Pereyra Iraola ubicado en el Conurbano Bonaerense mientras cumplía su función policial preventiva, es decir, se encontraba en servicio activo. La herida sufrida por Mosca se produjo durante la persecución del delincuente que, al intentar fugarse, le arrebató su arma reglamentaria y le disparó provocándole lesiones graves.

Mosca demandó a la Provincia de Buenos Aires por los daños sufridos invocando la responsabilidad objetiva por daños causados por cosas riesgosas ya que la cosa que le produjo el daño fue el arma de fuego y la misma estaba bajo la órbita propietaria de la provincia ya que era proveída por el estado provincial al personal policial.

En lo referente a la determinación de la cosa riesgosa, el tribunal debía analizar si el arma de fuego, entregada a Mosca en su calidad de policía, podía ser considerada una cosa riesgosa dentro del marco del viejo artículo 1113° del Código Civil ya que, según este artículo, quien tenía la guarda de una cosa riesgosa respondía objetivamente por los daños que dicha cosa causare.

Luego de esto se debía analizar quien era el guardián del arma porque, si bien el arma estaba en poder de Mosca, era un bien provisto por el Estado para cumplir con su función como policía debiendo, en este sentido, preguntarse si la Provincia de Buenos Aires, como empleador de Mosca y proveedora del arma, debía considerarse la responsable última por el daño causado.

Sobre la determinación que si la cosa era o no era riesgosa se impuso que sí lo era ya que las armas de fuego son consideradas cosas inherentemente peligrosa porque están diseñadas para infligir daño o ejercer un alto nivel de poder letal y el mero hecho de su

existencia y uso conlleva un riesgo para las personas que interactúan con ellas, independientemente de la conducta diligente de quien la utiliza.

Por último, se evaluó si el daño sufrido por demandante era un resultado directo del riesgo que el arma de fuego representaba y si era previsible que la posesión de dicha cosa riesgosa pudiera resultar en el tipo de daño que finalmente ocurrió estableciendo a su vez, que el hecho de que el delincuente hubiera arrebatado el arma y disparado estaba dentro de la cadena causal y no interrumpía la relación de responsabilidad por la cosa riesgosa.

Luego de todo este análisis la CSJN concluyó que la Provincia de Buenos Aires, al ser responsable de dotar a sus oficiales con armas de fuego, debía responder por los daños causados por dicha cosa riesgosa siempre que el daño sea producido durante el ejercicio de las funciones policiales.

Se establecieron como fundamentos de la decisión; la aplicación del principio de responsabilidad objetiva estableciendo por lo cual, como ya vinimos repitiendo, que no hay necesidad de demostrar culpa o negligencia en los casos de daños causados por cosas riesgosas ya que el solo hecho de que el daño sea producido por la cosa bajo la guarda del responsable es suficiente para generar responsabilidad en él; la relación directa entre el daño, la cosa riesgosa y la actividad peligrosa inherente a la función de la policía y que aun cuando el arma fuese usada por un tercero su utilización estaba directamente relacionada con la función que el demandante desempeñaba en ese momento; y por último se fundamentó en que si bien Mosca tenía el arma en su poder, la verdadera guarda de la cosa recaía en la Provincia de Buenos Aires, ya que es quien se la provee a su policía como parte del equipo de trabajo y es de propiedad de Estado.

En conclusión, podemos decir que este es un caso emblemático por el hecho de que resalta el carácter riesgoso de las armas de fuego el cual genera una responsabilidad objetiva para quien tiene su guarda, en este caso, el Estado. Podemos observar que, si bien este caso no se encuentra encuadrado dentro del área de la defensa del consumidor su precedente es fundamental para ella ya que la Corte destaca, dentro de este fallo, conceptos que son cruciales para una defensa y garantía de los derechos de los consumidores. Conceptos como cosa riesgosa y responsabilidad objetiva son fundamentos esenciales para establecer y sostener el sistema protectorio que quiere brindar la LDC.

Al analizar la jurisprudencia sobre cosas riesgosas podemos observar que hay fallos en los cuales los tribunales extendieron el alcance del artículo 40° de la LDC a los supuestos

en los cuales los daños eran causados por actividades riesgosas las cuales no podrían ser alcanzadas por el concepto taxativo dado por la definición de cosa que la ley establece de manera expresa.

Este precepto jurisprudencial lo podemos observar en el fallo de la justicia mendocina caratulado *Ambrosi Stocco, Elsa María y otro vs. Comercial Manitta Hermanos S.R.L. s. Daños y perjuicios.* Aquí, el tribunal de primera instancia condeno a una empresa encargada del lavado de autos a pagar una indemnización por daños y perjuicios debido a que, durante la limpieza del motor de uno de los automóviles el agua a presión con la cual realizaban la tarea ingreso a uno de los cilindros de dicho coche que, al darle arranque, provoco su rotura.

En las pericias de este caso se estableció que el lavado a presión de los motores configuraba una actividad riesgosa ya que su sola actuación, aun cuando no se hubiera producido el daño, generaba riesgos. El tribunal, al fallar en contra de la demandada, determinó que efectivamente se configuro una actividad riesgosa, que existía una relación de consumo y por ende era aplicable el artículo 40° de la LDC afirmando que *''constituye una actividad riesgosa* (el lavado a presión del motor)*, por lo que la accionada para eximirse de responsabilidad debería haber alegado y probado que informó al consumidor de la posibilidad del daño y haber obtenido su consentimiento informado, cuestión que no ocurrió''*.

Vale resaltar que, a pesar de que existen, los fallos por daños que son derivados de actividades o servicios riesgosos su presencia es escasa por el hecho de que la prestación de servicios o la realización de actividades suelen están más relacionadas con los servicios profesionales siendo así debatible la aplicación, en caso de producirse algún daño, de la responsabilidad objetiva. Para la biblioteca clásica los servicios no pueden ser juzgados en base a la responsabilidad objetiva ya que lo que está en juego en ellos es el desempeño de quien los ejerce, lo cual lleva un análisis más cercano a la culpa y, por ende, la responsabilidad se podría observar como objetiva.

En lo referente al CCyC, su plexo normativo no contiene la categoría de servicio riesgoso, pero si alude a la de actividad riesgosa en el ya citado artículo 1757° refiriéndose a aquellas actividades que sean riesgosas o peligrosas por su naturaleza, por los medios empleados o por las circunstancias de su realización.

La doctrina, que es favorable a la aplicación de la responsabilidad objetiva en las actividades riesgosas, fundamenta esta afirmación en que es necesario romper la noción

estricta del concepto ‘‘cosa’’, baluarte fundamental para la aplicación de la objetiva, con el fin de lograr su equiparación y así ampliar el marco protectorio de la LDC en beneficio de los consumidores.

La base de etas afirmaciones está en el propio concepto de actividades riesgosas ya que cuando se busca definirla no se la entiende como un hecho aislado, sino que más bien es interpretada como una idea compleja, conjunta e inserta en todo un proceso el cual debido a esta complejidad en la configuración de la actividad riesgosa el riego que acarrea se logra gracias a una combinación y ensamble de elementos humanos, mecánicos y materiales. Todo esto nos hace ver que el concepto de actividad está estrechamente ligado al de proveedor de productos e incluso, algunos autores, han ligado la noción de actividad riesgosa a la de riesgo empresario, es decir, el provecho que obtiene el proveedor al efectuar una actividad que acarrea un riesgo cuando el mismo es asumido por este al momento de realizar la actividad.

Gracias a todo lo antes detallado podemos afirmar que una actividad riesgosa es constituida por un conjunto de acciones, conductas, operaciones o trabajos que, al ser desarrollados por un proveedor, el cual se vincula con un conjunto de cosa para lograr su desarrollo, llámese maquinaria o algo similar, genera un riesgo ya sea cierto o potencial hacia los consumidores. Dicha actividad le genera, a quien la proveyó, un beneficio al igual que a quien la realizo, el cual será receptor tanto de la actividad como del riesgo.

En relación a como se genera el riesgo en la actividad se estableció que el mismo puede nacer de la naturaleza de la cosa o de las circunstancias que rodean a la cosa. Puntualmente sobre este tema resulta acertada la siguiente cita de la Revista de Derecho de Daños, N° 2006-3 cuando afirma que “*la actividad será riesgosa por su naturaleza cuando intrínseca y naturalmente, cualesquiera sean las circunstancias en las que se efectúe, la actividad conlleve un peligro inmanente. Será en cambio, una actividad peligrosa por las circunstancias de su realización, cuando —no obstante, no revestir un peligro regular o constante— las modalidades de tiempo, modo y lugar la tornan peligrosa. Por ejemplo, el trabajo en la construcción o en obra.*

Aquellas actividades que son por su naturaleza riesgosas, como por ejemplo la manipulación de material radiactivo, no necesitan una mayor definición por el hecho de su riesgo ya se encuentra inserto desde la concepción misma de la actividad. En cambio, aquellas que se tornan peligrosas por las circunstancias de su realización pero que en un principio resultaban inocuas son, naturalmente, más difíciles de definir con el rotulo de

actividades riesgosas debiendo asumir esta tarea los magistrados intervinientes en los casos concretos. Debido a esto la jurisprudencia de nuestro país ha determinado, por ejemplo, la peligrosidad del trabajo de bacheo (*Pérez, Walter Aníbal c/Aircom SA y otros s/Accidente. Ley 9688*), la práctica de buceo (*Laumagaray, José Roque y otro c/Agua y Energía Eléctrica*), el transporte de caudales (*Albertengo, Carlos A. c/La Flecha SA*), el trabajo con energía eléctrica (*Pesado, Manuel y otra c/Segba*), entre otras actividades.

19.2 Aplicación de la Normativa de las Cosas Riesgosas y la Responsabilidad Objetiva en Actividades Riesgosas

En lo referente a la aplicación o no de la responsabilidad objetiva en estas actividades la biblioteca se encuentra dividida. Hay autores que afirman su inaplicabilidad, y por ende su exclusión del marco del artículo 40° de la LDC, mientras que otros establecen que, si se debe aplicar porque estas actividades, por su propia naturaleza, generan peligros inherentes que pueden causar daño a terceros, aun cuando no medie una conducta negligente o culposa de parte de quien las lleva a cabo o por quien las provee, fundamentando su aplicación en la necesidad de proteger a las personas de los daños causados por actividades que implican un de riesgo.

A mi entender las razones principales para la aplicación de la responsabilidad objetiva en actividades riesgosas podrán ser, entre otras, las siguientes; la protección de los usuarios buscándose en que quienes sufran daños como consecuencia de estas actividades no deban demostrar la culpa o negligencia por parte del proveedor limitándose a probar únicamente el nexo entre la actividad y el daño facilitando así su determinación; la existencia del riesgo inherente, ya que el mismo se encuentra inserto en la actividad incluso si se toman todas las medidas de precaución y por ello se debe aplicar la objetiva, la cual reconoce que hay situaciones en las que, aunque se actúe con total diligencia, el riesgo persiste y es previsible que ocurran daños; la aplicación del riesgo empresario al entender que es justo que quien se beneficia de una actividad riesgosa también sea quien asuma los riesgo asociados con esa actividad distribuyendo, de esta manera, el riesgo hacia quienes están en mejor posición para prevenir el daño; la facilitación del resarcimiento al eliminar la necesidad de demostrar culpa, lo cual simplifica el proceso del resarcimiento; la prevención y fomento de medidas de seguridad ya que gracias a la imposición de la objetiva sobre quienes prestan actividades riesgosas hace que el sistema legal incentive a los proveedores a tomar medidas de seguridad

adicionales para minimizar los riesgos; y el rol del guardián de la actividad o quien tenga su control porque la objetiva siempre se relaciona con la idea de quien tiene la guarda de la cosa el cual debe asumir las consecuencias si se produce el daño, independientemente de que haya actuado de manera diligente.

A pesar de lo antes expuesto, también encontramos a otra parte de la de la doctrina la cual afirma que la responsabilidad objetiva no debe ser aplicada en la responsabilidad por actividades riesgosas, sino que debería prevalecer la responsabilidad subjetiva basada en la culpa o negligencia o un modelo de responsabilidad objetiva más flexible. Se argumentan varias razones para la inaplicabilidad; la primera afirma que al ser objetiva la innecesaridad de probar la existencia de culpa o negligencia para acreditarla puede ser visto como injusto ya que el responsable de la actividad riesgosa podría haber tomado todas las medidas de precaución razonables y aun así ser considerado responsable, penalizando de esta manera a quienes cumplen con los estándares más altos de seguridad por el hecho de estar involucrados en una actividad peligrosa; la segunda argumentación establece que se estaría promoviendo la irresponsabilidad de las víctimas al desincentivar su cuidado personal ya que saben que recibirán compensación sin importar las circunstancias pudiendo generar conductas riesgosas o imprudentes por su parte al no tener incentivos para tomar precauciones cuando interactúan con actividades peligrosas por saber que el responsable de la actividad responderá objetivamente; en tercer lugar está que, al imponer la objetiva en estas actividades, se generarían costos elevados que dificultarían la realización de estas actividades lo que llevaría a enfrentar costos prohibitivos debido a las compensaciones por daños pudiendo desincentivar la inversión y desarrollo en sectores involucrados con estas actividades; el cuarto argumento es la causalidad compleja o indirecta de las actividades riesgosas ya que, en estos casos, el daño muchas veces no es resultado directo de la actividad en cuestión pudiendo intervenir otros factores los cuales harían que la aplicación de la responsabilidad objetiva resulte injusta por el hecho de que no se toma en cuenta en ella las causas externas del daño asignándole automáticamente la responsabilidad al guardián de la cosa riesgosa aun cuando la causa del daño fue un evento imprevisible e inevitable; el último argumento se centra en el posible desincentivo del desarrollo de nuevas actividades debido a que, al imponer la objetiva, los proveedores temerían las represalias automáticas por los daños que pudieran causar optando por no desarrollar o comercializar con dichas actividades limitando así el progreso.

Quienes están en contra de la aplicación de la responsabilidad objetiva, ya sea en todo o en parte, sobre las actividades riesgosas han propuesto alternativas para no dejar desprotegidos a los usuarios. Se ha establecido, dentro de esta doctrina, la posibilidad de aplicar una responsabilidad subjetiva con presunción de culpa hacia el proveedor, es decir que se no se promueve una objetividad estricta sino una presunción de negligencia en contra del proveedor y a favor de quien sufra el daño. La otra alternativa es la implantación de la obligatoriedad de un seguro en cabeza del proveedor en lugar de aplicar la responsabilidad objetiva para cubrir posibles daños.

Se observa que una y otra parte de la biblioteca argumentan y fundamentan sobre qué tipo de responsabilidad debe aplicarse en estos casos. Ambas presentan definiciones razonables, aunque a mi entender es mucho más correcto el camino que toma la doctrina mayoritaria al imponer la responsabilidad objetiva en las actividades riesgosas por el hecho de que; primero, nos encontramos frente a una situación donde hay una desigualdad entre las partes; y segundo, es necesario proteger a los usuarios y consumidores del posible abuso de los prestadores ya que ese es el espíritu, no solo de la LDC, sino del todo el ordenamiento jurídico argentino.

20. Capítulo 15. Sujetos Intervinientes dentro de la Relación de Consumo y Frente a la Producción del Daño por Productos (Segundo Término)

20.1 Sujeto Pasivo, Legitimación Pasiva y la Figura del Intermediario en las Relación de Consumo

La actual LDC impone a cargo del proveedor la obligación del deber de seguridad en su artículo 5°, complementándola con lo referido en el artículo 40° al establecer que si el daño se da como resultado del vicio o riesgo de la cosa la legitimación pasiva se extenderá a todos los sujetos que hayan intervenido en la cadena de elaboración, los cuales responderán de manera objetiva y solidariamente, sin perjuicio de las acciones regresivas.

La responsabilidad solidaria en el derecho del consumidor tiene como objetivo proteger al consumidor el cual es considerado como la parte más débil en la relación de consumo. De esta forma el legislador busca garantizar que el consumidor pueda ser resarcido de manera eficaz y rápida, sin necesidad de probar cuál fue el eslabón exacto de la cadena

que causó el daño al permitirle que haga su reclamo contra cualquiera de los responsables, sin tener que determinar su grado de culpabilidad o participación específica en el daño.

Al respecto de los responsables dentro de la cadena de producción, la misma se extiende desde la concepción del producto hasta que el mismo sea adquirido y utilizado por el consumidor. La ley establece una serie de sujetos que intervienen en esta cadena, aunque es importante resaltar que su pronunciamiento es meramente enunciativo debiéndose entender que la ley desea responsabilizar a todas aquellas personas, físicas o jurídicas, que hayan participado en la concepción, creación y comercialización del producto y no solo a quien lo provee de forma directa.

Un integrante que no es mencionado dentro de la cadena y que su inclusión genera suspicacias en el ámbito del derecho del consumidor, es el intermediario siendo este una persona física o jurídica que facilita la venta o la adquisición de bienes o servicios entre el proveedor y el consumidor a cambio de un beneficio pecuniario.

Un fallo relevante sobre sobre la figura del intermediario fue el caratulado *''Claps, Enrique Martín c/ Mercado Libre S.A. s/ daños y perjuicios''* en el cual se determinó la entidad de esta polémica figura.

En este fallo la Sala K de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, condenó, en el año 2013, a Mercado Libre al pago de una indemnización de más de 40 mil pesos a dos de sus usuarios los cuales compraron, mediante el servicio que presta la empresa, entradas para un recital al cual no pudieron ingresar por cuestiones externas a ellos. Subsidiariamente también se condenó al vendedor (el cual realizo la enajenación a través de Mercado Libre) de las entradas por los daños y perjuicios causado. La demanda fue iniciada en por dos hermanos que compraron entradas con el fin de asistir a un recital de Gustavo Cerati. Dichas entradas habían sido sustraídas fraudulentamente de Ticketek por quien se las vendió a hermanos a través del portal Mercado Libre.

El problema surgió debido a que, al tratar de ingresar al recital, no pudieron hacerlo por el hecho de que las entradas, que habían comprado en buena fe, revestían de ilicitud y se encontraban inhabilitadas para su uso por haber sido hurtadas de otro portal. En primera instancia el juez que intervino en la causa rechazó la demanda presentada contra Mercado Libre ya que, como se dijo en su fallo, la empresa "*sólo actuó como prestador de servicios"* no cometiendo ningún acto dañoso en su actuar, aunque si se condenó al vendedor de las

entradas robadas el cual realizo dicha enajenación gracias a Mercado Libre por los daños y perjuicios ocasionados.

En primera instancia los demandantes afirmaron que eran conscientes de que, como lo dice los términos y condiciones previos al acepar el uso de la plataforma de Mercado Libre, "*los compradores no realizan pagos a la empresa, no se brinda ningún tipo de garantía y no garantiza la veracidad de la publicidad de terceros que aparezca en el sitio"* pero a pesar de ello, al entender que esos términos y condiciones para el uso de la aplicación eran abusivos, apelaron la sentencia de primera instancia. En su apelación sostuvieron que *"las entradas fueron adquiridas a través del servicio prestada por la demandada, lo que reafirma la relación de causalidad".*

Por su parte, la empresa argumentó que el responsable del daño era quien vendió las entradas por medio del portal y que la firma *"no es propietario de los bienes, y que no forma parte de la negociación contractual".* Ya en segunda instancia, los camaristas explicaron que "*la demandada (Mercado Libre) no está excluida de la categoría de proveedor"* porque *"está obligado frente a los actores hasta el momento mismo en que éste haga efectiva la prestación que le es debida"*.

También se estableció que *"hay un cargo por publicación y un cargo por venta. Mercado Libre lucra, no solamente con el espacio que proporciona a los usuarios, sino con las operaciones que ellos realizan allí"* por lo que *"deviene inconsistente los fundamentos esgrimidos por está para eximirse de responsabilidad"*. "*Lo cierto es que Mercado Libre interviene, y por ende es responsable, desde el mismo momento en que, creando una apariencia, logra atraer para sí la confianza de sus clientes"*, argumentaron los jueces para incluir a la empresa como responsable, además del vendedor de las entradas, de los daños y perjuicios ocasionados a los usuarios.

El fallo agregó: *"el consumidor siempre tiene la posibilidad de deducir la acción por indemnización de daños y perjuicios. Como Mercado Libre factura comisión a vendedor desde el momento de publicado el producto, resulta de beneficio para sí mismo"*. Por todo ello los camaristas decidieron modificar la sentencia de primer grado y hacer extensible a Mercado Libre el pago de la indemnización por daños y perjuicios.

En lo referente a la jurisprudencia sobre la figura del intermediario, se ha debatido si las plataformas de comercio mediante internet, llámese Mercado Libre o cualquier otra similar, deben ser consideradas como meros intermediarios o si tienen responsabilidad

directa por las transacciones que facilitan. Podemos decir que esta discusión se extiende por fuera de estas aplicaciones ya que la verdadera pregunta es si los intermediarios, en general, son responsables cuando la transacción que ayudan a realizar generan un daño al consumidor, a pesar de que no sean los proveedores directos.

Vale la pena recordar que, dentro de la LDC en su artículo 40° se establece la responsabilidad solidaria de todos los que participen en la cadena de comercialización y que, aunque no se mencione al intermediario en el plexo del articulado, no significa que no se lo pueda incluir ya que los miembros de la cadena que allí se nombran tienen un carácter meramente enunciativo. Esto deja a la vista, según mi percepción, que el intermediario sería responsablemente solidario por estar inserto en la cadena que puso al producto en manos del consumidor. Esta postura se sostiene gracias a la jurisprudencia, la cual siempre ha querido interpretar de forma amplia la responsabilidad de las plataformas online determinando que, aunque sean intermediarios, tienen la obligación de velar por los derechos de los consumidores y no quedan exentas de las responsabilidades por daños que produzcan los productos que llegan a manos de consumidor gracias ellas.

En otros fallos, relacionados con estas empresas de comercio electrónico, la justicia hizo hincapié, para incluirlos dentro de la responsabilidad por productos, en el hecho de que cobrar una comisión por la utilización del espacio en sus páginas para la venta. Se determinó que estas empresas cobran a quienes quieren publicar y vender sus productos un canon de publicidad, otro por mantener el producto en línea y otro por la venta que finalmente realizan. Esto significa que las comisiones cobradas van a inferir necesariamente en el precio final del producto lo que refuerza la idea de que estas compañías están insertas en la cadena de productos y comercialización ya que alteran el precio final, que paga el consumidor, por intervenir en la misma.

Otro hincapié que se hizo para entender su incorporación de producción, fue al modo que utilizan para para realizar sus operaciones. Esto se debe a que, debido a ser un comercio netamente informatizado la responsabilidad de estas empresas, lejos de atenuarse, debería agravarse por el hecho de que el uso de la tecnología informática para el comercio electrónico exige mayores conocimientos por parte del usuario que el requerido para el comercio tradicional.

Debido a la complejidad que acarrea el comercio electrónico, se sostiene que estas empresas actúan profesionalmente frente a consumidores que no son necesariamente

expertos en materia de comercio electrónico generando una disparidad y vulnerabilidad en la parte más débil que viene a ser el consumidor. Sumado a esto, estas empresas generalmente tratan de simplificar operaciones complejas a sus usuarios lo cual pueden inducir, a este último, en error. Por todo esto podemos decir que nos encontramos frente a una relación de consumo y frene a la necesidad de incluir al intermediario como parte de la cadena de producción y por ende se lo entiende como responsable solidario.

20.2 Irresponsabilidad del Sujeto Pasivo Frente al Daño Producido por un Producto Elaborado Provisto por su Mano

Como ya lo hemos mencionado, la LDC en su artículo 40° dispone de forma clara que el legitimado pasivo solamente podrá exonerarse de responsabilidad por el daño que causo su producto cuando pueda demostrar que la causa que lo genero fue ajena.

Para entender lo que venimos a denominar causa ajena siempre resulta relevante citar a Llambías el cual en su doctrina determina que la causa ajena se entiende y configura por la ruptura del nexo causal entre la conducta de proveedor demandado y el daño producido por el producto que ofreció y coloco en el mercado.

Por ende, para Llambías, el eximente por causa ajena está necesariamente vinculado a situaciones en las que el hecho dañoso no puede ser atribuido al proveedor porque media una circunstancia extraña a su control interviniendo en la cadena causal que produjo el daño. La cusa ajena solo se puede presentar cuando se interrumpe el nexo del que hablamos y, debido a ello, se desvía la cadena de la causalidad por un acontecimiento ajeno al responsable inicial ya sea por el accionar de un tercero, el de la propia víctima o a una fuerza mayor.

Como ya lo mencionamos en este trabajo, la causa ajena puede categorizarse de tres formas posibles; la primera es el hecho de la víctima en la cual el daño se produce por la propia conducta del damnificado siendo eximido el proveedor por el hecho de que fue el propio comportamiento del consumidor el que determino el daño; la segunda categoría es el hecho de un tercero ajeno al nexo que rompe de manera imprevisible la relación entre proveedor y usuario generando un daño sin que el proveedor contribuya en su producción; y por ultimo tenemos a el caso fortuito que es considerado como tal cuando el daño que produce el producto resulta de un hecho imprevisible o inevitable para el proveedor que, al no poder enviarlos, es eximiendo de responsabilidad.

Todo esto se sustenta por el hecho de que para Llambías la responsabilidad civil se basa en la idea de que la acción de un sujeto, o de la naturaleza, debe ser la causa adecuada

del daño, por lo tanto, si la conducta del proveedor no es la causa directa del daño o si un hecho ajeno desvía el nexo causal no se lo puede responsabilizar al proveedor. En síntesis, la causa ajena tiene la función de eximir de responsabilidad cuando se demuestra que el daño no es atribuible al demandado.

Creo que dentro de los eximentes por causa ajena resulta relevante resaltar el que se configura por el hecho de la víctima ya que este podrá ser aplicado siempre que medie un hecho del damnificado con la aptitud suficiente como para desplazar, total o parcialmente, el nexo entre el producto dañoso y el daño sin importar si dicho accionar haya sido culpable o no, es decir, no importa si media culpa o dolo por parte del damnificado. Sin embargo, la jurisprudencia ha dicho que se debe tener una consideración especial en los casos donde el consumidor revista una vulnerabilidad mayor a la media ya que sobre ellos se debe tener una tendencia a exigir, para que proceda la exoneración del proveedor, una culpabilidad calificada del consumidor con el fin de aumentar su protección ante la vulnerabilidad, por fuera de la ordinaria, que sufre este último.

En referencia a esto último, la CSJN ha dicho que *"los usuarios y consumidores son sujetos particularmente vulnerables a los que el constituyente decidió proteger de modo especial, y por lo tanto no corresponde exigirles la diligencia de quien celebra un contrato comercial"* estableciendo de dicha forma la necesidad de exigir una culpa grave del consumidor para que ella pueda tener relevancia causal en la configuración de la eximente.

También vale la pena resaltar que para la configuración de la eximente por hecho del damnificado será necesario que intervengan, dentro del mismo, los caracteres del caso fortuito, es decir que debe ser imprevisible o inevitable. La necesidad de intervención del caso fortuito es necesaria porque este rompe totalmente el nexo causal adecuado entre el hecho del proveedor señalado como responsable y el daño que fue producido por él.

En lo referente quien debe probar la causa de la eximente por el hecho de la víctima se ha establecido que corresponde a quien quiere exonerarse de la responsabilidad, es decir, el proveedor. Esta prueba debe ser suficientemente relevante no siendo suficiente la simple duda acerca del modo en que sucedieron los hechos.

Para finalizar sobre causa ajena resulta relevante citar una decisión judicial crucialmente aclarativa en su definición y aplicación. Este fue el fallo de la a Sala "M" de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de la Provincia de Buenos Aires caratulado *"Columba,*

Paloma De La Paz c/La Meridional Cía Argentina de Seguros S.A. y otros s/ daños y perjuicios".

En este caso los hechos apelados consistían en un accidente de tránsito entre la demandante y un cliente de la compañía de seguros demandada. En su plexo se relatan los acontecimientos y la forma en la cual se produjo, según la percepción de ambas partes, el siniestro comprobándose de esa forma y gracias a pruebas periciales y testimoniales que el daño que sufrido la demándate fue ocasionado por su culpa. De esta forma el tribunal de alzada determino la ruptura del nexo causal entre el accidente y los daños producidos al automóvil de la accionante condenándola a las costas del proceso.

Se comprobó el accionar poco diligente a la hora de conducir por parte de la demandada y el apego a la normativa de transito del conductor de camión, asegurado por la compañía demandada, contra quien impacto y aconteció el siniestro.

Al no haber un nexo entre el camión impactado y el daño producido al coche de la demanda se comprobó la casusa ajena por hecho de la víctima ya que, si esta última no hubiera actuado como lo hizo el siniestro, y por consecuencia el daño, nunca se hubieran producido.

21. Conclusiones

Se puede concluir el presente trabajo determinado que a la hora de definir los productos elaborados dicha especificación debe tener un carácter amplio y no así estricto afirmando a su vez que si bien tanto el CCyC como la Ley de Defensa del Consumidor no dan una definición exacta de sus plexos normativos y de la jurisprudencia surge la definición.

El riesgo de sufrir un daño por productos defectuoso y el riesgo por el desarrollo guardan una gran similitud en que ambos dañan al consumidor que tuvo una relación jurídica de consumo con el productor del producto defectuoso en cuestión ya sea en la hora de adquirirlo o utilizarlo, pero a su vez tienen una gran diferencia en que los daños causado por productos elaborados surgen de fallas o negligencias a la hora de su fabricación y puesta en comercialización, mientras que los daños generados por el riesgo en el desarrollo son acaecidos por el descubrimiento de que un producto que se consideraba inocuo por los medios técnicos utilizados a la hora de su comercialización ya no ostenta dicha inocuidad en el presente.

La otra diferencia entre ambos defectos es la dificultad de la prueba y la atribución de la posible responsabilidad siendo más dificultosa y menos receptiva en su aplicación para una parte de la doctrina en lo referente a riesgos del desarrollo ya que algunos autores hasta lo definen como un eximente de la responsabilidad (principalmente a doctrina extranjera).

La actividad misma de elaborar un producto e introducirlo al mercado constituye un riesgo que en principio comprende una actividad completamente licita pero que puede ser tornada en antijurídica por la producción repentina de un daño concretándose de esta manera el riesgo y el daño que en un principio eran potenciales.

En lo referente al resarcimiento este deberá ser pleno siendo el mismo tanto por las consecuencias patrimoniales como así también por las consecuencias extra patrimoniales siempre que las mismas guarden una debida relación de causalidad. Además de esto, en

materia de defensa del consumidor, ya que en el CCyC no se encuentra legislado, la aplicación del daño punitivo, a pesar de su dificultad en la proporcionalidad de su fijación y cuantificación, resulta favorable como sanción disciplinaria y ejemplificadora a las demás cadenas de producción que elaboren productos, como así también para quien elaboro el producto defectuoso.

Cuando se mencionó en esta investigación el tema de la relación de casualidad lo más adecuado es seguir lo recetado por el CCyC el cual establece que lo efectivamente necesario es la aplicación de la causalidad adecuada objetiva debido a que esta será la que permita fehacientemente probar la relación entre el lanzamiento del producto potencialmente dañoso al mercado, su elaboración y la causa del daño por algún defecto.

La responsabilidad en estos tipos de daños será objetiva bajo el factor riesgo teniendo que realizar el doble análisis tanto de la cosa como del daño, determinando de esta forma la producción del acontecimiento dañoso como así también el hecho del autor y la cosa, que no es otra más que la elaboración y la introducción del producto al mercado.

Esta atribución de la responsabilidad puede degenerar en una aplicación individual o colectiva debido a que generalmente la introducción de productos elaborados al mercado es realizada por un colectivo de personas siendo dificultoso atribuir una responsabilidad unitaria en la elaboración de productos por lo cual en necesaria la aplicación de la responsabilidad solidaria.

Cabe señalar que, como se mencionó anteriormente, una parte de la academia recepta la teoría de la imposibilidad de poder culpar solidariamente a una cadena de elaboración y producción lo que, a mi punto de vista, devengaría en una falta de justicia y una desprotección hacia la figura del consumidor damnificado.

Al ser el factor de atribución de carácter objetivo se aplicará el principio del deber de seguridad que se consagra tanto tácitamente en el CCyC como expresamente en la LDC. Así también, la responsabilidad será objetiva porque así lo menciona el Art 1757° sobre riesgo de las cosas.

La responsabilidad será completamente externa al acto culpa y el autor solo se exonerará alega causa ajea, caso fortuito o hecho del damnificado.

Como reflexión final la responsabilidad por daños causados por productos elaborados defectuosos es inherente al comercio y al intercambio comercial entre personas productoras consumidoras.

Esta inherencia da la imposibilidad de eliminarlo por completo debido al surgimiento de formas cada vez más maquinizadas y de elaboración a gran escala en la generación de productos lo cual da como resultado que estos defectos surjan casi irremediablemente. Lo que se debe hacer desde el ordenamiento jurídico es tarar que estos daños se reduzcan a su mínima expresión aplicando indemnizaciones a las víctimas y daños punitivos a quienes produzcan estos tipos de hechos con la finalidad de crear una faz tanto preventiva y como resarcitoria.

Otra característica que favorece al cumplimiento de la repartición es la inversión de la carga de prueba, como así también la aplicación de la Ley de Defensa al Consumidor, su régimen tuitivo y el deber de seguridad. La inversión de la carga probatoria causa, desde su aplicación, una gran mejora en la relacionado a la obtención de resarcimiento por los daños que sufrían los consumidores ya que en muchos casos se les hacía imposible probar el nexo causal debido a que el producto, en reiteradas ocasiones, se destruía o que la información sobre el vicio o el riesgo de la cosa estaba en manos de quien había producido la misma.

Por último, volviendo a lo relacionado con el riego del desarrollo, su aplicabilidad resulta en principio dificultosa como así también poco típica ya que sanciona un daño realizado por un producto elaborado que al momento de dicha elaboración puesta en el mercado no era dañoso ni ilícito ya que ese carácter se descubre a posteriori gracias al avance tecnológico. Esta dificultad no significa que no deba sancionarse ya que en ese caso estaríamos frente a una denegación en el acceso a la justicia.

Argumento que la aplicación indemnizatoria es muy favorable en el caso de que los productores no realicen, por ejemplo, los estudios correspondientes a los riesgos futuros que podría tener sus productos, aunque no me parece tan adecuada en los casos en los cuales los productores fueron lo suficientemente diligentes y utilizaron todos los medios técnicos disponibles de su tiempo para determinar la inocuidad del producto. Por ello creo que debería realizarse en concreto un análisis de cada producto que ingrese en esta categoría con el fin de determinar si efectivamente estamos frente a la necesidad de aplicar el sistema protectorio de la LDC.

22. Bibliografía

Ferrer de Fernández, E. H. S. (2016). La responsabilidad por productos elaborados y el riesgo del desarrollo en el contexto del derecho del consumidor. AP/DOC/38/2016.

Garrido Cordobera, L. M. Contratos en General.

Honorable Cámara de Diputados de la Nación. Proyecto de Ley sobre la incorporación del Código de Defensa del Consumidor.

Ley N° 24.240. Ley de Defensa del Consumidor. Boletín Oficial de la República Argentina. Buenos Aires, Argentina.

Lorenzetti, R. L. Código Civil y Comercial Comentado.

Pizarro, R. D. y Vallespinos, C. G. Manual De Responsabilidad Civil.

Sáenz, L. R. J. y Silva, R. G. La responsabilidad por productos en el derecho argentino. Aplicaciones jurisprudenciales y derecho comparado.

Tribunal Superior de Justicia de Córdoba. (2017, 4 de mayo). Daños y perjuicios, responsabilidad por productos elaborados, responsabilidad del fabricante, obligación de seguridad, derechos del consumidor. Id SAIJ: SUC0410432.

Unión Europea. (1985). Directiva 85/374/CEE del Consejo, de 25 de julio de 1985, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados Miembros en materia de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos.

Unión Europea. (1993). Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores.

Marraccini, Gastón. Segundo Parcial de Derecho de Daños UAI Derecho (13 de junio de 2022)