

OBLIGACIONES

Director de área: ALBERTO J. BUERES

Colaborador: GONZALO SOZZO

PRUEBA DEL DEFECTO Y LA RELACIÓN CAUSAL EN LOS CASOS DE DAÑOS A CONSUMIDORES

I. El problema

En materia de responsabilidad por daños a consumidores la jurisprudencia argentina viene produciendo resultados en los últimos tiempos que muestran el nivel de especificidad de este caso de responsabilidad por daños.

Estas especificidades, provenientes del funcionamiento del microsistema de defensa del consumidor en estos temas, muchas veces no son debidamente consideradas por el sistema abierto.

Una temática en la cual se observa un alto nivel de problematicidad es la cuestión de la prueba del defecto y la relación causal. Ambas cuestiones, tratándose de un sistema de responsabilidad objetiva, se hallan estrechamente vinculadas, dado que sin la acreditación del defecto en la cosa o en el servicio y sin la acreditación del daño no surge la presunción de causalidad –o de responsabilidad, como se quiera– que significa la existencia de un factor de atribución objetivo.

II. Las sentencias judiciales

1. *CNCiv., sala C, 1-6-2004, “Roncelli, Eduardo c/Aguas Dadote de Argentina SA y otro”, D. J. 2004-1181*

El daño se originó en la explosión de una botella de soda de plástico cuando el consumidor pretendía guardarla en un cajón –daños a la persona–.

En la sentencia se dijo que se debe rechazar la demanda pues no se acreditó la existencia de un defecto sino que el daño fue producido en condiciones normales de uso, como exige el artículo 5° de la ley 24.240.

En la sentencia se dice, citando al perito ingeniero: “El dictamen pericial del ingeniero describe a fs. 343/58 la planta industrial en la que se fabrican las botellas plásticas, el proceso de su producción, el posterior llenado con

agua mineral mezclada con anhídrido carbónico y las características de los sifones, los márgenes de seguridad y las pruebas a que era sometida la producción.

”Del mencionado informe se desprende que si bien resulta sumamente difícil que se produzca el estallido de uno de estos envases, ello no implica que resulte imposible que ocurriera...”, es decir que el envase de la soda era un producto que, al cumplir con las condiciones técnicas exigidas, constituía un producto seguro –aunque se admite que siempre existe un riesgo–.

Luego, continuando la cita del perito, se lee en el fallo: “...dado el menor espesor de la zona cilíndrica respecto de la otra, la explosión no habría sido consecuencia espontánea de la presión que ejercía su contenido sino de un esfuerzo dinámico externo, como por ejemplo, un golpe (conf. fs. 348), donde se describen varias situaciones que pudieron haber producido el estado en que se encuentra el envase existente en el sobre reservado en Secretaría”.

Es decir que el ingeniero encuentra que la explosión no se produjo por un defecto del producto –“no habría sido consecuencia espontánea de la presión que ejercía su contenido”– sino por una causa ajena al producto.

Luego la sentencia señala: “A pesar de que tales conclusiones periciales atribuyen la explosión a un factor extraño a la carga que soportaba el sifón, no puede concluirse de ello que medió en el caso un proceder negligente o culpable del usuario, por cuanto las características propias de este envase de plástico no generaban el riesgo de lesiones graves que resultan cuando se rompe un sifón de vidrio, que origina infinidad de esquirlas de bordes afilados, que resultan dispensadas por la liberación total de la presión que actúa en su interior”. Es decir que la posible manipulación que hizo el consumidor, aunque pudiera haber consistido en “un esfuerzo dinámico externo” causante de la explosión, estuvo conforme al tipo de producto –un sifón de plástico, y no de vidrio, que hubiera demandado mayores cuidados de manipulación–.

Hasta aquí el esquema es:

- El producto es seguro;
- no hay defecto probado;
- la causa del daño sería haber sometido el sifón a “un esfuerzo dinámico externo”;
- no existe culpa de la víctima que exima de responder al proveedor, sino que hubo una utilización del producto en “condiciones previsibles y normales de uso”.

En fin, así las cosas, podría afirmarse que la causa del daño ha estado en:

- a) Un riesgo aceptado: esa posibilidad siempre presente de que pese a

cumplir con las reglas técnicas y legales el producto ocasione igualmente un accidente.

b) El producto hubiera sido sometido a un esfuerzo dinámico externo.

Si se emplea la primera línea argumental, habría que concluir que no hay responsabilidad del proveedor. Ello en razón de que pese a que se trata de un producto seguro y que el mismo no es defectuoso, si bien siempre puede causar un daño, esas consecuencias no pueden cargarse al proveedor pues en ese caso se le estaría haciendo correr con el costo de los “riesgos aceptados” socialmente o “riesgos residuales”.

Si se utiliza la segunda línea, habría que sostener que si bien la responsabilidad objetiva establece una presunción de responsabilidad, no acreditada la ruptura del nexo causal por inexistencia de culpa de la víctima –pues el esfuerzo dinámico externo al que la víctima sometió el sifón no constituyó un obrar negligente, sino una utilización del producto en “condiciones previsibles y normales de uso”– u otra causal de ruptura del nexo, el problema sigue siendo la inexistencia de defecto. ¿Qué relación se presumiría si falta uno de los polos que es la existencia de un defecto?

Luego se dice en el fallo: “Pero aun cuando se admitiera que la explosión fue provocada exclusivamente por un defecto intrínseco del envase, no se advierte nexo de causalidad entre la rotura existente en la parte inferior y el desprendimiento del pico actuador que estaba en la parte superior, ni su lastimadura en la cara del demandante”.

“Así lo señala claramente el ingeniero [...] cuando expresa [...] que las distintas posibilidades que vislumbra como susceptibles de producir el estallido, no quieren decir que la presión interna haya hecho accionar la válvula ni que ésta produjera el desprendimiento del pico actuador [...] si el pico se deshizo en pedazos y salió de su lugar, no fue como consecuencia del riesgo o peligro propio de la cosa producida o vendida por los demandados sino por el tamaño o peso del sifón cuyo manejo no era atribuible a aquéllos sino a su tenedor”.

Y concluye el tribunal en relación con ello: “Se desprende de lo expuesto que no se encuentra probado que el daño sufrido por el actor se originara por el vicio o defecto del bien adquirido, como exige el artículo 40 de la ley 24.240. Más que falta de prueba, se ha demostrado que el perjuicio no pudo ser ocasionado por la carga a la que se encontraba sujeto el sifón por la presión de su contenido...”

Es decir que para el tribunal existen pruebas de que no hay defecto en el producto.

Y continúa diciendo la sentencia: "...y que se habría producido por la masa y peso del bien, cuya manipulación implica tener en cuenta estas dimensiones por el usuario, en las condiciones previsibles o normales de uso que exige el artículo 5º para otorgar la protección que dispone la ley citada".

Es decir que si bien antes se afirmó que no existe culpa de la víctima, para el tribunal el sifón fue objeto de "un esfuerzo dinámico externo", producido por el consumidor damnificado, quien no lo ha manipulado "en condiciones previsibles o normales de uso". De modo que para el tribunal parecería haber una especie de eximente autónoma respecto de la culpa de la víctima que es no utilizar el producto en condiciones previsibles o normales de uso conforme al artículo 5º de la ley 24.240.

Un párrafo para el deber de información. Las "condiciones previsibles y normales de uso" son una cláusula legal que procura excluir los consumos irracionales que un consumidor pueda hacer y luego argumentar que no le fue informado que no podía hacerlo; ahora, lo adecuado es que se informe a los consumidores acerca del consumo previsible y normal y del tipo de precauciones frente a riesgos usuales. Por ejemplo, en el caso de las botellas pienso que la cantidad importante de casos derivados de explosiones que han llegado a los tribunales –lo que permite inferir que existe otra gran cantidad que seguramente existe pero no llega a los juzgados– recomienda que se establezcan informaciones al consumidor sobre este tipo de riesgos. Al respecto dice el artículo 3º, segundo párrafo, de la ley para la defensa de los consumidores y usuarios de España: "Con carácter general, los riesgos susceptibles de provenir de una utilización previsible de los bienes y servicios, habida cuenta de su naturaleza y de las personas a las que van destinados, deben ser puestos en conocimiento previo de los consumidores y usuarios por medios apropiados"¹. Si bien en Argentina la regla del artículo 4º es inespecífica y no existe luego otra norma que concrete el deber de información respecto de riesgos normales de la forma en que lo hace la ley española, la regla puede

¹ "...el uso correcto del bien presupone que el consumidor disponía de las instrucciones o indicaciones para poder llevarlo a cabo (art. 13, f) y que al mismo tiempo había sido advertido de los riesgos susceptibles de provenir de una utilización previsible de los bienes y servicios. Ello no significa, sin embargo, que el fabricante o vendedor deban advertir de los riesgos generalmente conocidos o reconocibles fácilmente. Así, por ejemplo, es sabido por todos que uno puede fácilmente cortarse al utilizar un cuchillo muy afilado, o que el beber alcohol en exceso es perjudicial para la salud. En ninguno de estos casos tendría sentido exigir al fabricante que advirtiera al consumidor de tales riesgos", PARRA LUCÁN, María Ángeles, *Daños por productos y protección del consumidor*, Bosch, Barcelona, 1990, ps. 389-390.

perfectamente deducirse pues allí se requiere que la información sea adecuada. Lo que llevo dicho no quiere decir que el proveedor deba informar sobre lo que resulta obvio; el proveedor no puede imaginar un uso absolutamente irracional, anormal o imprevisible; lo que afirmo es precisamente lo contrario: debe informar sobre lo que es probable que ocurra.

2. *CNCiv., sala K, “Bota Ruta c/Carrefour”, R. C. y S. 2001-1062*

La Cámara Nacional Civil tuvo oportunidad de resolver este caso en el cual un consumidor demandó a la empresa Carrefour por los daños derivados de haber contraído triquinosis, según sus dichos, por el consumo de carne comprada en dicho hipermercado.

Respecto de las pruebas producidas por la actora y la falta de prueba de la relación causal se dijo en la sentencia: “...la actora no logró demostrar ni en forma directa ni por vía de presunciones claras, precisas y concordantes, la relación de causalidad entre la compra realizada el 26-9-96 en el mercado Carrefour y la dolencia (triquinosis) por cuyo resarcimiento acciona, prueba ésta que, al igual que la del daño, se encuentra exclusivamente a su cargo [...] Por de pronto, ‘no está probado –dice el juez– que la actora hubiera adquirido triquinosis como consecuencia de haber consumido en la noche del 25-10-96, dos de las cuatro costillitas de cerdo que el 26-9-96 compró en Carrefour. La ingesta de este producto, en la fecha que aquélla indica, es un hecho carente de prueba’ [...] no está demostrado en manera alguna que estas dos costillas hayan sido las mismas que la actora adquirió en el supermercado Carrefour SA el día 26-9-96 [...] En función de ello, y por lógica implicancia tampoco existe certeza de que la carne porcina analizada en el Malbrán haya sido la que la doctora Botas Ruta compró en Carrefour el 26-9-96 y que era de la misma partida de la que ingirió en la noche del 25-10-96”.

El tribunal no juzgó suficiente la prueba anticipada preconstituida por la actora; entiende que si bien está acreditada la compra en Carrefour, no lo está que el actor se hubiera enfermado por el consumo de dicha carne ni que el resto de la carne constatado por el escribano haya correspondido al trozo de carne comprada en Carrefour.

Sobre dicha base el magistrado preopinante concluye: “Quiere decir, entonces, que por amplio que sea el criterio que debe primar cuando se trata del campo de los derechos del consumidor frente al productor, fabricante y/o distribuidor o expendedor, y aun aceptando que la responsabilidad sea objetiva o por el riesgo de la cosa, siempre será indispensable la prueba concreta de la relación de causalidad entre el hecho y el daño que está en cabeza de la

actora damnificada y que, en el caso, como bien señala el a quo, no se ha producido. La jurisprudencia tiene resuelto desde antiguo que la carga de la prueba es una circunstancia de riesgo en la que, quien no prueba los hechos que debe probar, pierde el pleito si de ellos depende la suerte de la litis. Ergo, negada la situación fáctica por el contradictor, la distribución de la carga probatoria se impone a quien ha afirmado los hechos constitutivos de la pretensión (CNCom., sala B, E. D. 141-127)".

Como en otras sentencias, si bien la prueba de la no culpa no es causal de eximición de responsabilidad en el caso pues el factor de atribución es objetivo, se consideran muy especialmente las pruebas técnicas que demuestran indiciariamente; en el caso, que el producto fue adecuadamente conservado: "...las presunciones, en el caso planteado carecen de virtualidad para acreditar que las costillas de cerdo adquiridas por la actora en Carrefour SA hayan sido las que causaron la dolencia por cuyo resarcimiento se demanda, máxime cuando la profusa prueba (en especial documental y pericial) producida, demuestra hasta la evidencia: 1) que toda la carne (vacuna o porcina) comprada por Carrefour SA proviene de frigoríficos habilitados por la autoridad de aplicación; 2) que, además, la carne faenada que sale de esos frigoríficos para su expendio al por mayor o al menudeo tiene adheridos los certificados sanitarios expedidos por la autoridad en la materia (Senasa), con lo que queda claro que la mercadería citada se encuentra libre de triquinosis u otras pestes parasitarias; 3) y que, además de la obligada intervención de Senasa, Carrefour cuenta con una asesoría externa suministrada por Cocal SA que refuerza aún más la garantía que significa la intervención de Senasa en el contralor estricto de las condiciones de expendio de la carne vacuna y/o porcina. Veamos: A) a fs. 285, fs. 362, fs. 401, obran las contestaciones de los oficios hechas por los Frigoríficos Vázquez, Gil y Cía. SA, Bolívar Industrias SA y San Sebastián, dando cuenta de que todas las ventas de carne porcina hechas a Carrefour SA se realizaron bajo el contralor de la autoridad sanitaria de contralor (Senasa), y admitiendo la autenticidad en contenido y firma de los certificados habilitantes expedidos por Senasa; b) es importante el informe expedido a fs. 590/596 por Cocal SA, consultora interna de la demandada, quien ratifica que Senasa es el organismo oficial que controla la higiene de la carne vacuna y porcina, y que su contralor es efectivo, porque el control sistemático que ejerce sobre los cerdos faenados puede decirse que impide prácticamente el consumo de carne porcina infectada. A fs. 593, sigue diciendo Cocal SA que Carrefour Argentina SA ingresa en el circuito final de comercialización adquiriendo cortes provenientes de establecimientos habilitados que cuentan con servicio de inspección sanitaria que certifica su aptitud para el consumo y su

inocuidad, exigiendo la exhibición de las facturas y certificados sanitarios correspondientes. Sigue diciendo a fs. 594 que 'existe en Carrefour SA un módulo de recepción de mercaderías perecederas, establecido e implementado por la sociedad hace años y supervisado por Cocal SA, por el cual se establece que solamente pueden ingresar a los hipermercados productos derivados de origen animal, amparados por su correspondiente certificado sanitario, otorgado por el Senasa, rotulación y presentación correctas, etcétera'. A fs. 595, del informe indicado, Cocal SA realiza sobre los productos cárneos que ingresan a Carrefour SA, 120 análisis como mínimo por mes en cada hipermercado, a fin de verificar su aptitud, desde el punto de vista bacteriológico y físico-químico. También se realizan cursos sobre manipulación de alimentos y evaluaciones de puntos de control de riesgo para los empleados de la sociedad. Finalmente, a fs. 596, informa Cocal SA que no existen denuncias respecto de enfermedades de triquinosis en Carrefour Argentina SA durante el curso del año 1996. Decisiva resulta la pericia técnica del médico veterinario Miguel Álvarez Morales (fs. 598/605), cuyas conclusiones fueron consentidas y aceptadas por ambas partes, que en lo sustancial informan que la triquinosis, de acuerdo a las reglamentaciones vigentes, es una enfermedad de investigación obligatoria al momento de la faena de ganado porcino y el organismo oficial de fiscalización es el Servicio Nacional de Sanidad Animal (Senasa) (fs. 599 vta.). A fs. 600 vta. informa el perito que el Senasa es el único organismo oficial que tiene la responsabilidad de garantizar la inocuidad de todos los productos cárnicos de todas las especies, antes de que éstos sean librados al consumo y de esta manera ingresen en la cadena de comercialización, siempre y cuando su origen sea de establecimientos oficialmente autorizados y, por ende, sometidos a su poder de fiscalización sanitaria. Agrega luego el experto que la inspección veterinaria oficial a cargo del Senasa ha resultado absolutamente eficaz e impide en la práctica que carne porcina infectada pueda ser librada para el consumo humano. Al contestar el punto 8 del interrogatorio informa el experto que el ingreso de carne porcina en el establecimiento demandado (o sea Carrefour Argentina SA), procede exclusivamente de establecimientos oficialmente inspeccionados por el Senasa para lo cual tuvo a su disposición y pudo revisar varias decenas de facturas y sus certificados correspondientes, todos correctamente emitidos (fs. 601 *in fine*). Más adelante indica la pericia que la agencia consultora interna de la demandada (Cocal SA) ejerce el contralor bromatológico exigido por las reglamentaciones sanitarias vigentes, de tal manera que la mercadería alimenticia de carácter perecedero que ingresa a los establecimientos para su preparación para la venta al público se encuentra dentro de las normativas oficiales que

reglamentan dicha materia. El perito ha constatado y le ha sido entregada una copia del manual de recepción de mercaderías perecederas, cuyo origen se remonta al año 1994, al cual debe ajustarse todo el ingreso de las mercaderías perecederas de acuerdo a reglamentaciones internas de muy estricto cumplimiento, entre las cuales se exige la presentación de los correspondientes certificados sanitarios oficiales y el embalaje, rotulación y condiciones de frío correctas”.

“Juzgo que no es necesario el análisis de las restantes probanzas agregadas al expediente para llegar a la conclusión, ampliamente fundamentada por cierto, de que Carrefour Argentina SA ha tomado todas las medidas de higiene y bromatológicas indispensables para impedir el ingreso al local de ningún porcino afectado de triquinosis, lo que indica que las ‘presunciones’ a que alude el quejoso en la memoria en estudio, lejos de propiciar la tesis a que aquél alude, alejan por completo la idea de que la triquinosis que afectó a la actora pudo haber sido adquirida por la ingesta de carne porcina adquirida en Carrefour Argentina SA”.

“La doctora Estévez Brasa dijo:

”Sin desconocer la complejidad del caso en cuanto a la cadena causal y a la personalidad profesional de la actora, que merece el debido respeto, quien suscribe ha de adherir al voto que antecede en atención a la ruptura manifiesta de los márgenes probatorios”.

“En este sentido, se comparten las expresiones del a quo cuando dice: ‘que en el subexamen, el contrato fuente está demostrado y también se encuentra acreditado el daño sufrido por la pretensora. Lo que no se encuentra clara e inequívocamente probada, al menos a mi modo de ver, es la relación de causalidad entre el vicio o defecto del producto adquirido en Carrefour y el daño sufrido por la actora, presupuesto ineludible del deber de responder, cuya prueba incumbe al acreedor, víctima o consumidor’ (fs. 845)”.

“Y también: ‘luego, no estando probado que la pretensora, en la cena del 25-10-96, ingirió las costillitas de cerdo que prácticamente un mes antes hubo comprado en Carrefour, concluyo que en la historia jurídica del resultado lesivo «falta un eslabón en la cadena causal», que permita conectar la enfermedad que padece con el incumplimiento contractual al cual se la atribuye’ (fs. 846 vta.)”.

Finalmente corresponde dejar dicho que el fallo de Cámara revoca la condena en costas impuesta al consumidor vencido y distribuye las mismas por el orden causado.

En el caso el defecto del producto es un defecto de conservación. Este

defecto de conservación debe ser probado por el consumidor, lo que aparentemente ocurrió en el caso. Sin embargo el consumidor no acreditó ni que ingirió las costillas compradas en Carrefour ni que las costillas fueron las que causaron la enfermedad.

3. *CNCiv., sala L, 7-5-2004, “Benítez, Estela c/Unilever de Argentina SA y otro”, D. J. 2004-662 y ss.*

Una consumidora demandó al fabricante de un desodorante (Rexona Crem) que le causó daños en la piel. En la sentencia se dijo: “no se acreditó la relación causal entre el desodorante y el daño (afección dermatológica)”.

Se lee en el fallo: “...en enero de 1996 comenzó a utilizar el mencionado desodorante y que luego de un mes y medio de uso, empezó a sentir una picazón acompañada de un sarpullido en las axilas tras la colocación del mencionado producto [...] concurrió a un instituto especializado en piel y alergias en donde se dice que le diagnosticaron una reacción alérgica al producto utilizado...” En primera instancia se rechazó la demanda por falta de acreditación del nexo de causalidad.

El fallo es una clara muestra de la subordinación de la decisión jurídica a la ciencia, conforme el modelo de relacionamiento de ambos saberes en los siglos XIX y XX. En efecto, el lugar que en el relato de la decisión ocupan los dictámenes técnicos (médico y químico) es sumamente relevante. Se lee en el fallo: “Para la dilucidación del caso aparecen relevantes las consideraciones médicas realizadas por el perito médico legista designado de oficio que indicó que la actora padece una afección dermatológica que se corresponde con eczema crónico de contacto, que se produce por una idiosincrasia propia del organismo que hace que la piel (órgano íntimamente vinculado al sistema nervioso central) sea hipersensible a algunos agentes de naturaleza física, biológica, psíquica o química. Esta idiosincrasia comprende tejidos cutáneos hipersensibles o agentes contactantes asociados a factores de tipo emocional, conflicto, angustia, estados depresivos, etcétera, por consiguiente el origen de la afección es endógeno y los agentes externos (en algunos casos el gas de los aerosoles o las sales de aluminio como en el presente caso) ‘pueden actuar como disparadores, o sea son estimulantes que despiertan la afección pero de ninguna manera se puede decir que son productores de la dolencia’, se deben dar ciertos factores y un individuo con una predisposición especial”.

En una palabra, la paciente tenía una especial predisposición que frente al producto generó la reacción de su organismo y el desarrollo de la patología.

En sentido similar el informe del ingeniero químico: “...el agente disparador (clorhidrato de aluminio) puede dar irritación que se suprime con la suspensión del uso, sin embargo la dolencia en la actora persistió en el tiempo por lo que es difícil ligarla con el agente referido, por cuanto como se dijo la simple interrupción del uso debió hacer retroceder los signos clínicos de la afección y resulta poco convincente involucrar al agente (Rexona) dado que la afección se mantiene en el tiempo debido a lo que designó como idiosincrasia; finalmente dice que la afección tiene un carácter endógeno constitucional y que el estímulo desarrolló un papel muy accesorio”.

Aquí se profundiza la misma línea argumental: si bien es complejo establecer la causa de la patología, sería la idiosincrasia del consumidor.

Cabe observar que en general este tipo de productos no suelen contar con una advertencia acerca de las contraindicaciones como las que existen en los medicamentos y entre las que se incluye la hipersensibilidad; sí tienen una recomendación que consiste en discontinuar el uso frente a la aparición de irritaciones en la piel.

Hasta aquí la idea es que la causa de la patología de la consumidora es compleja –su hipersensibilidad, factores de tipo social, agentes externos como los desodorantes–.

Luego se argumenta: “No menos importante resulta el análisis químico sobre el producto agregado a fs. 568/625, donde se estableció que los componentes utilizados y sus cantidades son las usuales en cosmética corporal, asimismo posprocedimientos de control realizados por la demandada son los indicados y exigidos por la autoridad competente y que los métodos de la producción siguen las buenas prácticas correspondientes a la manufactura”.

Este tramo de la sentencia es central, pues de él se argumenta en la línea de que el diseño del producto es adecuado, de modo que lo que resta es que el producto haya tenido un defecto de fabricación que es el defecto que se presente en una o más unidades pero que no involucra la ideación misma del producto o su conservación.

“...También se destaca que el producto fue registrado y aprobado [...] conforme la constancia del registro del producto ante la Administración Nacional de Medicamentos, Alimentos y Tecnología Médica, con su respectiva prueba dermatológica”.

Este último argumento se orienta hacia la idea de que se trata de un producto que, en general, no produce este tipo de efectos, que en todo caso si excepcionalmente por las predisposiciones subjetivas un consumidor lo

experimenta, se trata de un riesgo tolerado o asumido socialmente. Que además no es permanente pues si el consumidor actúa diligentemente mitigando el daño (art. 1198, Cód. Civ. aplicable vía art. 3º, ley 24.240), debería haber discontinuado el uso del mismo.

Por último, y luego de recordar las reglas de la carga de la prueba en juicio se concluye que "...la prueba aquí producida es insuficiente para tener por acreditado el extremo en que se fundó la demanda, ya que al respecto no quedó demostrada la relación de causalidad entre el daño sufrido y la cosa a la que se lo imputó, por lo que corresponde desestimar las quejas articuladas y confirmar lo decidido en la instancia anterior".

III. La relación de causalidad

En la responsabilidad objetiva –como en el caso de los daños a consumidores, según surge del artículo 40 de la ley 24.240–, acreditados el defecto y el daño se presume la causalidad para unos, la responsabilidad para otros. Como surge de los fallos judiciales, es el consumidor –en principio y como regla general– quien debe probar la existencia del defecto y el daño. Entonces, cuando se dice en algunas sentencias que no se ha acreditado la relación causal, en realidad debe leerse que no fue acreditada la existencia del defecto y por tanto no puede funcionar la presunción de causalidad derivada de la existencia de un factor de atribución objetivo.

Cualquiera sea el caso, son los proveedores quienes para no responder deben probar que el daño se debe a una causa ajena (art. 40, ley 24.240, conf. ley 24.999).

Conviene también dejar dicho que, como se sabe, conforme a las reglas generales de la responsabilidad objetiva las eximentes que funcionan son aquellas que son capaces de romper el nexo adecuado de causalidad, es decir: el caso fortuito, la fuerza mayor, el hecho de la víctima y el hecho de un tercero por quien no se debe responder, y que la prueba de la no culpa, es decir, de haber tomado todos los recaudos para evitar el daño aunque sin poder evitarlo, no es suficiente para eximir de responder, en este caso a los proveedores.

Los desarrollos teóricos con los que operan el sistema de responsabilidad por daños y el Derecho en relación con el elemento relación causal vienen siendo interrogados y puestos en cuestión por la práctica de los tribunales que no encuentra muchas veces respuestas satisfactorias en la teoría clásica de la relación causal.

Fundamentalmente en el campo del daño ambiental y de los daños a consumidores el problema se viene presentando con meridiana claridad y elocuencia.

La causalidad difusa, la causalidad compleja, la causalidad acumulativa o progresiva, producto de una sociedad, de la ciencia y de la técnica, no encuentran respuesta en la tesis de la causalidad adecuada.

Frente a ello se han ensayado diferentes tipos de respuestas dogmáticas. Veamos algo de lo que se dice al respecto en la dogmática del Derecho Ambiental.

Una parte de los autores² entiende que la respuesta a la existencia de una causalidad difusa en el campo del daño ambiental –que sin dudas es una de las cuestiones más problemáticas para que los daños ambientales efectivamente se reparen– es la teoría del riesgo integral.

Esta teoría afirma que el “riesgo integral” constituye un factor de atribución objetivo que importa admitir que si la actividad existió (la actividad que produce un daño ambiental), aunque no se acredite que se trata de la causa, la causalidad se presume. En otro plano, esta tesis importa que todos y cada uno de los riesgos deben ser internalizados; cada una de las actividades existentes vinculadas al daño serán consideradas como eficientes para producir el daño, “por lo que la propia existencia de actividad es reputada como causa del evento lesivo”³. Esta teoría significa en cierta medida un retorno a la teoría de la equivalencia de las condiciones (*condicio sine qua non*), que es otra de las tesis contemporáneamente postuladas. Para ambas tesis (que vale aclarar, implican factores de atribución objetivos), las eximentes de responsabilidad no son las mismas. En efecto, conforme esta tesis, el nexo causal no se interrumpe por existir un caso fortuito o fuerza mayor, ni culpa de la víctima. En una posición intermedia⁴ hay que distinguir: el caso fortuito es interno, es decir, se vincula a la propia actividad, en cambio la fuerza mayor es externa e independiente de toda actividad del agente; para esta postura el primero no exime de responsabilidad y el segundo sí. Para la tesis del riesgo integral, el hecho de un tercero exime de responsabilidad ya que no tiene vinculación con la actividad del contaminador, y no la culpa de la víctima que en materia ambiental es la colectividad toda⁵.

En este sentido es una tesis más restrictiva que la teoría del riesgo creado, conforme a la cual la causalidad que se presume es la causalidad adecuada.

² MONTEIRO STEIGLEDER, Annelise, *Considerações sobre o nexo de causalidade na responsabilidade civil por dano ao meio ambiente*, en *Direito, água e vida*, Antônio Herman Benjamin (editor), 2003, vol. 2, ps. 35 y ss.

³ MONTEIRO STEIGLEDER, ob. cit., p. 40.

⁴ MONTEIRO STEIGLEDER, ob. cit., p. 47.

⁵ MONTEIRO STEIGLEDER, ob. cit., p. 48.

En la tesis del riesgo integral no existe a nivel de la causalidad el proceso de selección entre las condiciones del daño de aquella que puede elevarse al carácter de causa.

En definitiva, la adopción de esta teoría termina flexibilizando la idea de causalidad.

Pese a que, como muestro muy brevemente aquí con esta exposición a título de ejemplo y muestra de los cambios que se están produciendo en el campo de la causalidad, se observa en las sentencias judiciales una aplicación inespecífica en materia de responsabilidad por daños a consumidores de las teorías de la causa.

Es cierto que al no establecerse en el microsistema de defensa del consumidor reglas específicas al respecto, lo que corresponde es recurrir al sistema general (vía artículo 3° de la ley 24.240), esto es, en el caso, a las reglas que en el campo de la responsabilidad extracontractual regulan el problema de la relación causal, pues son las reglas generales del sistema; concretamente corresponde aplicar los artículos 901 a 906 del Código Civil. También es cierto que allí se receptó la tesis de la causalidad adecuada, que es la que recepta nuestro Derecho positivo. Sin embargo, la modalización en el sector de las eximentes que se produce en el Derecho del Consumidor, la cuestión que ya ha comenzado a ser planteada y concretada en algunos casos del abandono de la idea de causalidad lineal hacia la causalidad probabilística basada en la estadística y el cálculo actuarial y, finalmente, el problema de la viabilidad de la aplicación del principio de precaución, deberían llevar paulatinamente a una rediscusión de la causalidad en dirección a su flexibilización.

IV. La existencia de un defecto

Es necesaria la existencia de un defecto como una especificación de la antijuridicidad.

Es esencial que exista defecto en la cosa, a punto tal que la ausencia del mismo puede eximir de responsabilidad al proveedor. Así lo prevé expresamente el artículo 12, parágrafo 3 del Código de Defensa del Consumidor de Brasil cuando establece que “El fabricante, el constructor, el productor o importador, sólo será eximido de responsabilidad cuando pruebe [...] II. Que, aunque haya colocado el producto en el mercado, el defecto no existe”. En igual sentido la Directiva 85/374, artículo 7°, inciso b.

La idea de defectuosidad puede ser vista desde la perspectiva del sistema del Derecho de Daños como una especificación de la idea de antijuridicidad –entendida como contradicción con el ordenamiento jurídico en su conjunto–,

más que como un elemento diferente y particular, ya que la existencia de una peligrosidad adquirida en el producto, derivada de la presencia de un defecto, no puede dejar de importar una contradicción con las normas –esta contradicción puede ser específica, si existe una regla legal en el Derecho Administrativo, alimentario, sanitario o del Consumidor, o cualquier otro orden jurídico que refiera a la salud humana– que prescriben una determinada exigencia que no es observada por el producto o servicio, o simplemente por contradecir la norma fundamental del artículo 42 de la Constitución Nacional y el artículo 5° de la ley 24.240 que establecen el deber de seguridad, es decir, de no causar daños en la salud del consumidor.

Así las cosas, pienso que la noción de defectuosidad en el Derecho del Consumidor argentino puede extraerse principalmente de la regla del artículo 5° de la ley 24.240.

1. *Riesgos normales y anormales*

En efecto, allí se dice: “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”.

Es decir que en primer lugar, para ser seguro, el producto debe ser “suministrado o prestado” en forma que no cause un riesgo para la salud del consumidor.

¿Cuándo un producto o servicio es prestado o suministrado de manera adecuada? Cuando se cumple con las reglas técnicas, de la ciencia, del arte, del oficio o profesión, según sea el caso, y las normas jurídicas que establecen exigencias para las prestaciones de servicios o la elaboración de productos.

Este derecho a la seguridad implica que existe una expectativa legítima por parte de los consumidores a cierto nivel de calidad de los bienes de consumo, sean productos o servicios, que es el que establecen las leyes y reglas técnicas.

Al mismo tiempo, como no puede pretenderse una calidad total de los bienes de consumo o, lo que constituye su contracara, el riesgo cero, adoptar esta regla –los productos deben ser seguros, en el sentido de no contener defectos que los tornen riesgosos para la salud humana– importa haber admitido que estamos dispuestos a aceptar ciertos riesgos, determinado nivel de riesgos.

Esos riesgos aceptables son los que los servicios y/o productos generan pese a que cumplen con los niveles de exigencia técnica y legal y surgen de

su consumo en condiciones previsibles y normales. Estos riesgos, que todo producto o servicio lleva consigo, han sido socialmente aceptados y, por tanto, son riesgos que no generan responsabilidad por daños⁶.

Esto ha dado lugar a que se los designe como “riesgos residuales”, sin embargo me parece más adecuada la idea de efectos secundarios o colaterales para explicarlos. Es que también los riesgos inaceptados se definen negativamente y un buen ejemplo es este caso: es inaceptable que se comercialicen productos defectuosos.

La aceptación de los riesgos en efecto puede derivar de que los mismos estén “reglamentariamente admitidos”, es decir que el Derecho Administrativo, sanitario, alimentario, etcétera, los permitan. “Igualmente, la admisión de tales riesgos, exentos de la prohibición, podrá derivar de las costumbres o usos jurídicos, entendidos como fuente de Derecho según el artículo 1.3 del Código Civil”⁷. En efecto, pienso, como ha mostrado la teoría social, que existen diferentes percepciones del riesgo que a su vez producen distintos niveles de aversión al riesgo que se modelan culturalmente, verbigracia, el consumo de carnes crudas o semicrudas o la elaboración de quesos con leche no pasteurizada.

Son inaceptables los riesgos producidos por bienes de consumo que poseen imperfecciones⁸ o una peligrosidad inherente intolerable⁹, a los que llamamos productos o servicios inseguros, pues aunque fueron “utilizados en condiciones previsibles o normales de uso” –como establece la norma que comento–, igualmente resultan riesgosos, y los riesgos derivados del uso anormal o imprevisible.

Por el contrario, son aceptables los riesgos ocasionados por los bienes de consumo que, siempre, aunque empleados en condiciones normales y previsibles, generan riesgos colaterales o secundarios aunque no poseen imperfecciones. Los modos normales y previsibles de empleo de un producto o un

⁶ Este tipo de riesgos, sin embargo, es objeto de los dispositivos de prevención del daño, v. gr., el deber de información.

⁷ NAVARRO MUNUERA, Andrés, comentario al art. 3º de la ley 25/84, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo y SALAS, Javier, *Comentarios a la ley general para la defensa de los consumidores y usuarios*, Civitas, Madrid, 1992, p. 88.

⁸ Esto es: a) defectos adquiridos de conservación, información, ideación o fabricación; b) que presenten peligrosidad inherente exacerbada cuando no se observan las informaciones, instrucciones y mecanismos de comercialización del artículo 6º y entonces adquieren peligrosidad; c) o que poseen una peligrosidad inherente inadmisibile y, por tanto, se encuentra prohibida su comercialización.

⁹ Aquí el sistema jurídico y político deberían decidir prohibir preventiva o precautoriamente su colocación en el mercado.

servicio vienen impuestos por su naturaleza y función, por las reglas técnicas, por las reglas jurídicas y por los usos sociales.

2. *El “standard” del producto riesgoso*

En concreto a través de esta norma se establece un *standard*, es decir un tipo de norma específica que –en este caso en relación con el nivel de riesgo– determina un parámetro por encima del cual los riesgos son aceptables y, por tanto, en principio el producto no es riesgoso, y por debajo del cual se tratará de riesgos inaceptables y, por consiguiente, de un producto o servicio riesgoso.

Este *standard* surge más nítidamente de la formulación que a la misma regla da la ley general para la defensa de los consumidores y usuarios (25/84) de España, que establece en su artículo 3º, párrafo 1: “Los productos, actividades y servicios puestos en el mercado a disposición de los consumidores o usuarios, no implicarán riesgos para su salud y seguridad, salvo los usual o reglamentariamente admitidos en condiciones normales y previsibles de utilización”.

Si el producto posee un riesgo aceptable, no generará responsabilidad por daños en el proveedor –como se dijo–, salvo que exista un defecto de información. En cambio, si el producto posee un riesgo inaceptable, es decir, un defecto¹⁰, en caso de producirse un daño a los consumidores generará un derecho a indemnización.

Desde mi perspectiva ésta es la principal clasificación de riesgos recogida en el microsistema de defensa del consumidor: riesgos tolerados y no tolerados, y se la debe considerar subyacente en la regla del artículo 5º.

3. *Conexión entre la eximente culpa de la víctima y la condición del artículo 5º de que el producto/servicio sea utilizado en forma previsible o normal*

En la norma del artículo 5º se establece además que para que un bien de consumo sea considerado inseguro debe observarse como condición que el consumidor lo haya empleado en forma normal o previsible de uso e igualmente el producto o servicio le hubiere ocasionado un daño.

Esta referencia lo es a la eximente culpa de la víctima que indiscutiblemente funciona en el campo del Derecho de Daños como causal de ruptura del nexo de causalidad.

¹⁰ O sin ser defectuoso, una peligrosidad inherente inaceptable que debería inhibir su puesta en el mercado y cuya inobservancia debería generar eventualmente responsabilidad, ya sea de los entes privados de control o del Estado por omisión en el control.

Un párrafo aparte merece el tema de la culpa del consumidor como eximente. En virtud del párrafo 2º del artículo 4º de la ley 24.999, el artículo 3º de la ley 24.240 y los artículos 1111 y 1113 del Código Civil, la culpa de la víctima es causal de eximición de la responsabilidad objetiva y funciona en el sistema de responsabilidad por daños a consumidores. En el caso, a partir del principio de protección de los consumidores (encabezado artículo 1º, ley 24.240) que inspira todas las soluciones en el sector del Derecho del Consumidor y del artículo 3º de la ley 24.240, que manda a interpretar la ley a favor del consumidor, pensamos que la existencia de esta eximente de la culpa de la víctima debe ser apreciada en forma estricta (Gabriel Stiglitz). Ello implicaría que debería considerarse que la misma debe excluir totalmente al defecto como causa para funcionar como eximente.

La regla del artículo 5º, que exige que el consumidor actúe en el consumo del producto o servicio respetando las “condiciones previsibles o normales de uso”, establece un *standard* para medir la culpa de la víctima: hay culpa de la víctima cuando el consumidor actúa por debajo de lo que haría un consumidor promedio, efectúa una utilización anormal o un empleo imprevisible, que el proveedor no pudo haber imaginado y, por tanto, respecto del cual no pudo haber informado o advertido.

En definitiva, ésta es otra particularidad del microsistema de responsabilidad por daños derivados del acto de consumo que lo diferencia del sistema general de responsabilidad por daños. Estos elementos diferenciadores son claves para la comprensión del funcionamiento de dicho sistema y su consecuente aplicación jurisprudencial.

Respecto de la culpa de la víctima la jurisprudencia se expidió en: CNCiv., Nº 47, 8-8-2004, “L., D. L. c/Sáenz Brionez y Cía. SA”, publicado en D. J. 2004-1084 y siguientes. En el caso, un menor de 15 años perdió el 50% de la visión en un ojo como consecuencia de que se disparara un tapón de una botella de sidra, mientras la manipulaba para abrirla. Se atribuyó el 35% de responsabilidad a la víctima.

4. *Valencia práctica de la consagración legal de la idea de un deber de seguridad*

Es decir que en realidad lo que la ley define es la idea de producto seguro; la idea de producto inseguro se extrae *a contrario sensu*.

En el plano de la relación de consumo, el derecho fundamental a la seguridad se traduce en un deber de seguridad del cual son deudores los proveedores de bienes y servicios.

La norma que comento reviste importancia práctica que merece ser destacada. En efecto, a partir de la misma en el campo del Derecho del Consumidor, en toda relación de consumo (cualquiera sea su causa fuente: un contrato, un acto unilateral como la oferta o un hecho ilícito) el deber de seguridad tiene un reconocimiento legal expreso (art. 5º, ley 24.240), por lo tanto ya no es necesario deducirlo del principio general de buena fe (art. 1198, Cód. Civ.) como ocurre en el campo de los contratos paritarios.

Esta circunstancia facilitadora de la reclamación –pues evita el esfuerzo argumentativo que importa atribuir la existencia del deber de seguridad a un principio general– debería ser aprovechada por los eventuales actores.

La norma que comento señala que es una condición para que el producto sea calificado como riesgoso¹¹ que el mismo haya ocasionado un riesgo pese a haber sido “utilizados en condiciones previsibles o normales de uso” por parte del consumidor. Esta regla refiere a la necesidad de que no exista culpa de la víctima en la utilización del bien de consumo, lo cual constituye una especificación de la idea más general del campo del Derecho de Daños según la cual el nexo de causalidad se rompe entre otras razones cuando existe culpa de la víctima (art. 1111, Cód. Civ. aplicable vía art. 3º, ley 24.240). La idea ha sido aplicada por la jurisprudencia.

V. Las reglas probatorias en materia de defectos

Dejé dicho que debe acreditarse la existencia de un defecto para que surja el deber de responder del proveedor.

No obstante este principio general que deriva de las reglas generales acerca de la carga de la prueba en el proceso, se ha sostenido en el campo del daño a los consumidores –también de acuerdo con el sistema general de la prueba en el proceso– que ante la falta de prueba del defecto se lo puede tener por acreditado a partir de presunciones; es decir, “Bastará con que, habiéndose producido un daño con ocasión de la adquisición o consumo de un bien o servicio, no exista ninguna otra explicación lógica del mismo que la existencia de un defecto en aquél”¹². En otras palabras, si el proveedor no ensaya –y

¹¹ La disposición legal en verdad habla de producto o servicio peligroso; yo prefiero el término riesgoso pues resulta técnicamente más adecuado ya que los peligros constituyen una amenaza externa, proveniente de la naturaleza, mientras que el término peligroso designa a las amenazas que son causadas por el hecho mismo del hombre, como se ha encargado de explicar extensamente la teoría social, en particular, las teorías del riesgo.

¹² BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO y SALAS, *Comentarios a la ley general para la defensa de los consumidores y usuarios* cit., p. 689.

acredita— “una explicación distinta del accidente”¹³, esto es, que el accidente se originó en otra causa que no sea el defecto de la cosa, debería responsabilizárselo¹⁴.

En esta línea de ideas, en el caso de la ausencia de defectos probados lo que deberá acreditar el proveedor es la inexistencia de los defectos señalados como generadores de responsabilidad o la existencia de un defecto generado por el uso del consumidor (art. 5º, ley 24.240), caso fortuito o fuerza mayor, etcétera. Otros sistemas son más flexibles, por ejemplo el que prevé la Directiva Comunitaria 374/85 modificada o el del decreto-ley portugués 383/89 que admiten la mera plausibilidad o razonabilidad de la falta de defecto. En Brasil, para una parte de la doctrina, sin perjuicio de la facultad del juez de invertir la carga de la prueba en favor del consumidor conforme lo autoriza el artículo 6º, inciso VIII, el consumidor debe acreditar la existencia del defecto¹⁵; para otros autores, el inciso II del tercer párrafo del artículo 12 establece que el proveedor no será responsabilizado cuando pruebe que aunque haya colocado el producto en el mercado el defecto no existe.

Por tanto, si el consumidor no prueba cuál ha sido el defecto, el o los proveedores no se eximen automáticamente de responsabilidad por ausencia de un presupuesto.

1. *La prueba del defecto en la jurisprudencia*

Esta problemática no ha sido debidamente abordada por la jurisprudencia de nuestro país, en la cual encontramos casos en los que los jueces no exigen la prueba del defecto ni declaran que éste es el principio para luego exceptuarlo —por las especiales circunstancias del producto y del caso—, sino que en ocasiones directamente se admite que existe una responsabilidad a pesar de la falta de prueba del defecto.

Pienso que dos razones justifican esta posición de los jueces argentinos:

¹³ La frase es de la jurisprudencia española, conf. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO y SALAS, ob. cit., p. 689, nota 19.

¹⁴ En alguna medida creo que esto es lo que ocurrió en el caso “Roncelli”.

¹⁵ “En regla quien debería producir la prueba sería el consumidor, mas uno de los principios basilares del Código es justamente el de la inversión de la carga de la prueba, previsto en el inciso VIII del artículo 6º, aplicable cuando el juez considera verosímiles las alegaciones del consumidor, según las reglas de la experiencia.

”Queda por tanto, la advertencia de que la inversión de la carga de la prueba no es un postulado aplicable a todas las situaciones jurídicas derivadas del consumo de bienes o servicios, pues supone un juicio de verosimilitud de las alegaciones del consumidor”, DENARI, Zelmo, *Código Brasileiro de Defesa del Consumidor comentado por los autores del anteproyecto*, 8ª ed., 2004; BENJAMIN, Antônio Herman, comentario al art. 12, ps. 188-189.

además de la falta de asunción de la especificidad del microsistema de daños derivados del acto de consumo, es que se adopta una posición política favorable al consumidor. Creo que un sistema de responsabilidad por daños a consumidores basado en una defectuosidad presumida puede en determinadas hipótesis ser políticamente deseable pero debe encontrar –y explicitarse en la sentencia– un soporte técnico-jurídico que explique dicha decisión y una indispensable verificación apriorística de su viabilidad institucional.

En la Unión Europea y en los Estados Unidos de Norteamérica el defecto debe existir y ser probado.

Lo dicho es así, más allá de que en un determinado momento, que puede más o menos circunscribirse a la década de los '80, la jurisprudencia americana en un proceso de permanente expansión de la responsabilidad por productos elaborados durante todo el siglo XX primero eliminó la necesidad de probar la *negligence* y luego la necesidad de probar el defecto de fabricación del producto (*liability without defect*), pues a partir de fines de los '80 y principios de los '90 el microsistema de responsabilidad por productos elaborados americano (*products liability law*) parece haber comenzado a retroceder rechazando –como regla general– la posibilidad de construir la responsabilidad por productos elaborados sin la necesidad de probar el defecto¹⁶; quienes argumentan que construir un sistema de responsabilidad por daños causados por productos defectuosos sin la necesidad de probar el defecto es un paso institucionalmente imposible de dar; no es ni viable ni deseable, y que a partir del año 1988 ya se observan en los tribunales opiniones que sugerían que en materia de responsabilidad por productos se había ido demasiado lejos, lo que marca a juicio de los autores el comienzo del cuarto período en la evolución de esta temática, y que es el primero en la era moderna de la evolución del derecho de los productos elaborados, orientado a la defensa del proveedor.

Lo que ocurre es que dicha prueba es de muy particulares características. En efecto, a los fines de acreditar la existencia de un defecto han elaborado dos *tests*: el que se denomina *risk & utility* y el *consumer expectation test*, produciéndose un amplio debate entre las cortes que aplican uno u otro.

El primer test consiste, como su nombre lo indica, en comparar los riesgos que el producto conlleva con los beneficios que produce, y si el balance es a favor de los primeros, el producto será defectuoso. El test del riesgo y la utilidad es una emergente de la existencia de un incremento exponencial de

¹⁶ HENDERSON, James A. (Jr.) y TWERSKI, Aaron D., *Closing the american products liability frontier: the rejection of liability without defect*, en *New York University Law Review*, vol. 66, nov. de 1991, N° 5, ps. 1263 y ss.

los riesgos derivados de la ciencia y la tecnología y podría ser considerado un síntoma de que el Derecho comienza a aceptar la idea de la existencia de una “sociedad del riesgo” como la ha dado en llamar Ulrich Beck.

En el caso del segundo test, se toma como punto de partida la consideración de la existencia de un consumidor medio, que posee expectativas razonables acerca de la seguridad del producto que se dispone a consumir, y cuando las mismas no son satisfechas en el caso concreto, el producto pasa a ser considerado como defectuoso. Se lo emplea en el ámbito de los defectos de diseño.

Estas elaboraciones han sido desarrolladas más que nada en relación con el defecto de fabricación. Luego se procuró extender su aplicación a los defectos de diseño, no sin grandes debates, provocados por la dificultad de adaptación de dichos tests a este tipo de defectos.

El problema se vincula con el origen de la tesis de la *strict liability*. En efecto, esta tesis nació en el *leading case* “Secola vs. Coca Cola” (1944), de la Corte Suprema de California, con un voto en disidencia del juez Traynor. Luego fue adoptada como tesis mayoritaria veinte años después en el *leading case* “Greenman vs. Yuba Power Prods.” (1963). “Desde este punto, la ley sobre productos elaborados ha estado *in a tither* ya que los tribunales han procurado transplantar el concepto de *strict liability* desde los productos con defectos de fabricación a los productos con defectos genéricos, esto es, con defectos de diseño y de falta de advertencias [...] Después de un cuarto de siglo de experiencia, ahora sabemos que la *strict liability* no tiene ningún significado definiendo los defectos en los casos de productos genéricamente peligrosos. No provee ningún estándar para medir la dañosidad. Sólo el test de riesgo-utilidad puede servir como un estándar adecuado para definir estos defectos”¹⁷.

Un tratamiento diferente se ha reservado en estos países para el defecto de información, al que se aplica esencialmente la tesis de la *negligence*¹⁸, pese a que en un momento los tribunales pretendieron aplicar la construcción de la *strict liability* (factor de atribución objetivo) a estos defectos de falta de advertencia.

La Directiva Comunitaria 85/374 estableció en su artículo 6º una cláusula general acerca de los defectos. El artículo 6º dice: “1. Un producto es defec-

¹⁷ HENDERSON, James A. (Jr.) y TWERSKI, Aaron D., *Stargazing: de future of american products liability law*, en *New York Law Review*, nov. de 1991, p. 1333.

¹⁸ VETRI, Dominick, *Sviluppi delle regole e dei principi sulla responsabilità del produttore negli Stati Uniti*, en *Riv. Trim. di Dir. e Proc. Civ.*, 1997, p. 463.

tuoso cuando no ofrece la seguridad a la que una persona tiene legítimamente derecho...” Se le denomina *the consumer expectation standard*¹⁹. Legítimamente no significa “legalmente” ni “razonablemente”²⁰. Los criterios de valoración deben ser objetivos, de modo que no cabe atender a las condiciones particulares de la víctima. Hay que recurrir a un parámetro objetivo: el del consumidor medio. Concretamente en materia probatoria: hay que recurrir a estadísticas acerca de las expectativas de los consumidores de este tipo de productos o a pericias de expertos, capaces de expedirse sobre las expectativas de los consumidores, etcétera.

En nuestro sistema pienso que el defecto también debe, en principio, ser probado —ello pese a que el marco sea el de la responsabilidad objetiva—, pues probado el defecto, por medio del funcionamiento de este último elemento del sistema, se generará una presunción de causalidad (y se dirá: el defecto ha causado el daño).

En la jurisprudencia nacional los casos resueltos son de defectos de fabricación en su mayoría²¹; en otros términos, hay que probar que el producto no responde a los estándares de producción del proveedor que lo fabricó; luego, no responde a los referidos estándares cuando comparado con los otros productos del mismo proveedor presenta un grado de seguridad inferior.

Los problemas de diseño son descubiertos primero en otros países, en general en los llamados centrales, y luego de bastante tiempo nos enteramos aquí también de su existencia. Respecto del defecto de diseño, las instituciones judiciales argentinas y su estructura de costos parecen no estar en condiciones de permitir que en un proceso judicial se desarrollen pruebas que permitan arribar a conclusiones acerca de la existencia de un defecto de diseño²².

¹⁹ HOWELLS, Geraint, *Product Liability*, en *Towards a European Civil Code*, Ars Æqui Libri, 1994, p. 322.

²⁰ PARRA LUCÁN, *Daños por productos y protección del consumidor* cit., ps. 508-510.

²¹ Es lógico que así sea, pues son los defectos más fáciles de acreditar. “Este test [se refiere al del defecto de fabricación] es muy simple de realizar: es suficiente comparar el producto en cuestión con la descripción particularizada del proyecto. Los estándares de producción son fácilmente identificables...”, VETRI, ob. cit., p. 465. En otros términos, hay que probar que el producto no responde a los estándares de producción del proveedor que lo fabricó; luego, no responde a los referidos estándares cuando comparado con los otros productos del mismo proveedor presenta un grado de seguridad inferior.

²² “Para el actor damnificado resulta menos compleja la producción de la prueba de un defecto en la fabricación de un determinado producto, que lo que resulta la prueba de un defecto en el diseño respectivo. Ello es así pues en el primer caso se trata de un producto no elaborado

2. Excepciones en cuanto a la carga de la prueba del defecto

Más allá del principio de la prueba del defecto puede, como ocurre en los Estados Unidos, que las circunstancias del caso (en que ocurrió el daño) permitan afirmar que sólo encuentra explicación el daño por la existencia de un defecto, en cuyo caso no es necesario probar la naturaleza específica del mismo.

En Brasil el Código de Defensa del Consumidor permite al juez invertir la carga de la prueba en favor del consumidor, al incluir en la enumeración de los derechos básicos del consumidor enumerados en el artículo 6º, en su inciso VIII una regla que así lo permite: “la facilitación de la defensa de sus derechos, inclusive con la inversión de la carga de la prueba, a su favor, en el proceso civil, cuando, a criterio de juez, fuere verosímil la alegación o cuando fuere hiposuficiente, según las reglas ordinarias de la experiencia”.

En Argentina el tema ha sido enfocado –en algunos casos– desde otro ángulo y en otros términos; en efecto, sin efectuar demasiadas explicitaciones en torno a la prueba del defecto, su carga y, en su caso, sus presunciones, atendiendo a la relación jurídica subyacente que el mismo sistema normativo aprehende como una relación desigual, se ha argumentado acerca de la existencia de una presunción de defectuosidad a partir de la existencia del daño, que no es otra cosa que una presunción más de causalidad. Así lo ha entendido la jurisprudencia²³; lo anterior ocurre en general en los casos de defectos de fabricación en los cuales como consecuencia del acaecimiento del accidente de consumo el bien defectuoso se ha destruido. Al mismo resultado han llegado otros tribunales mediante la imposición de una carga dinámica de la prueba o indicando que debe probar el que en mejores condiciones económicas de hacerlo se encuentra, pues ello resulta más eficiente²⁴.

de acuerdo a los planos y especificaciones propios de su diseño; resulta entonces más fácil identificar el defecto, ya que el producto se diferencia de otras unidades del mismo artículo.

”Por el contrario en el caso de defecto en el diseño, estamos aludiendo a la ausencia de cierto tipo de dispositivo de seguridad en el producto. Todas las unidades de la línea reflejan el mismo diseño, por el cual el actor carecerá de una pauta comparativa inmediata que demuestre fácilmente el defecto. La declaración judicial de que el diseño fue defectuoso, condenará a toda la línea del producto”, ALIANAK, Raquel Cynthia, *Responsabilidad del fabricante por productos defectuosos (En el Derecho de los Estados Unidos de América)*, en L. L. 1988-A-864.

²³ CS^oCCom. de Córdoba, 11-11-96, autos “César, Inés María E. c/Supermercado Cordiez y Egea Hnos. SA, fabricante de soda La Moderna s/Ordinario”, E. D. 175-65 y ss.

²⁴ CNCiv., sala H, 26-3-97, autos “Tuccillo, Alan M. c/Cencosud SA y otros s/Daños y perjuicios”, E. D. del 6-8-98.

Pienso que en nuestro país el principio de protección del consumidor (art. 1º, primera frase, ley 24.240) permite a un operador del campo jurídico derivar la regla de inversión de la carga probatoria, como un derivado inspirado en aquel principio, sin perjuicio de que, en el afán de tutelar al consumidor, también podría a mayor abundamiento argumentarse a partir de la teoría de las cargas probatorias dinámicas o de que debe probar el que en mejores condiciones económicas de hacerlo esté.