

OBLIGACIONES

Director de área: ALBERTO J. BUERES

Colaborador: GONZALO SOZZO

DAÑOS SUFRIDOS POR CONSUMIDORES (Jurisprudencia y cambios legislativos)

I. Los cambios

1. *Regulación prevista en la ley 24.240 antes del veto presidencial*¹

La ley 24.240 traía en el artículo 40 una norma que establecía –como lo indicaba su título mismo– la responsabilidad solidaria de la cadena de producción-comercialización por los daños al consumidor (párr. 2º, primera parte), con acciones de repetición entre los sujetos deudores; además, consagraba la responsabilidad objetiva de los integrantes de dicha cadena al prescribir en el párrafo 2º, segunda parte, que “Sólo se liberará total o parcialmente quien demuestre que la causa del daño le ha sido ajena”. Como nota relevante cabe destacar que

¹ Entre los antecedentes corresponde citar: El anteproyecto Alterini, López Cabana y Stiglitz, de cuyo art. 18 el presente art. 40 de la ley 24.240 es una copia casi textual. Como diferencias importantes puede señalarse que en el proyecto no se encontraba la responsabilidad del transportista que ahora ocupa la última parte del primer párrafo del art. 40, así como el hecho de que en el referido anteproyecto esta norma estaba precedida por otra (art. 17) que señalaba: “*Incumplimiento contractual*. Las acciones del consumidor derivadas de incumplimiento contractual podrán ser extendidas al productor, el fabricante, el importador, el distribuidor, el proveedor, el vendedor y a quien haya puesto su marca en el producto o servicio, aunque no haya tenido relación directa con ellos”. También el art. 2176, segundo párrafo del Proyecto de Código Civil de 1987, conforme al cual “Cuando se trate de productos de consumo se aplicará la imputación objetiva de responsabilidad del art. 1113. Responderán concurrentemente el vendedor, el productor o fabricante, el importador, el mayorista y quien haya puesto su marca en el producto, sin perjuicio de las acciones de regreso”.

se mencionaba allí, entre los potenciales responsables, a “quien haya puesto su marca en la cosa...” (párr. 1º, primera parte, *in fine*)²⁻³.

Dicha disposición fue vetada por el decreto 2089/93 con diferentes fundamentos que no van a ser analizados aquí; me limitaré a reiterar que, como se puso de manifiesto en el II Congreso Argentino de Derecho del Consumidor y I Encuentro Nacional de Defensa del Consumidor y del Usuario, Rosario, 1994, Comisión 3: “3. Sin perjuicio de las discrepancias doctrinales que pueda suscitar algún aspecto del tema mencionado en la conclusión anterior, lo cierto es que el veto presidencial al artículo 40 de la ley 24.240 es conceptual y argumentalmente desacertado”. Y en el II Congreso Nacional Derecho Privado para Estudiantes y Jóvenes Graduados realizado en Santa Fe, 1994, se dijo que “El veto presidencial a las disposiciones más substanciales de protección al consumidor, importa un apartamiento a los postulados antes expresados, en clara concesión a los intereses de los empresarios, con fundamentos falaces, cuando no equívocos, trasuntando la falsa concepción que proteger al consumidor implica atacar a la empresa”.

2. La reacción de la doctrina

La idea de los autores al respecto ha quedado plasmada en sucesivos encuentros: así por ejemplo –entre otros– en el II Congreso Argentino de Derecho del Consumidor y I Encuentro Nacional de Defensa del Consumidor y del Usuario, Rosario, 1994, Comisión 3, se estableció, en el despacho *de lege lata*: “2. El veto presidencial al artículo 40 de la ley 24.240 ha dejado incompleto el régimen existente en materia de responsabilidad por daños derivados de la nocividad de productos y servicios. Por lo tanto ese vacío legislativo exige el mantenimiento de los principios de la jurisprudencia y doctrina extranjera, de la economía del Código Civil hasta el presente, para resolver conflictos. En las Primeras Jornadas de Derecho Civil de Morón, 1994, Comisión II, *De lege ferenda*: “VI. Régimen específico: “Debe disciplinarse de manera específica la responsabilidad por daños derivados de productos elaborados, superando el vacío dejado en la materia por el veto presidencial al artículo 40 de la ley 24.240”. En el II Congreso Nacional y I Latinoamericano de Derecho Privado para Estudiantes y Jóvenes Graduados, Santa Fe, 1994, Comisión 2, *De lege lata*, Aspectos Gene-

² Es el llamado “productor o fabricante aparente”. Se lo denomina así pues quien pone la marca en un producto es quien aparece frente a los consumidores como el fabricante de dicho bien; el marquista garantiza la calidad y seguridad del producto o servicio. En la confianza que genera se fundamenta su responsabilidad y su mención debe ser destacada pues es el único proveedor al que no hace referencia el art. 2º que no fuera vetado.

³ También se establecía la responsabilidad del transportista “por los daños ocasionados a la cosa con motivo o en ocasión del servicio” (párr. 1º, *in fine*).

rales: “4) Resulta por tanto de imperiosa necesidad, a la par de asegurar el efectivo cumplimiento de las disposiciones vigentes, insistir en la recepción normativa de las materias vetadas. *De lege ferenda*: 3) Se propicia la unidad de tratamiento del fenómeno resarcitorio en la problemática de los daños a los consumidores”. Finalmente, en las Jornadas Nacionales de Derecho Privado, Corrientes, 1994, Comisión 2, se concluyó: *de lege ferenda*: “Debe regularse con especificidad la responsabilidad derivada de productos elaborados”.

3. *Evaluación del sistema estando vigente el veto al artículo 40*

En general el diagnóstico inicial de la doctrina a partir del veto presidencial al artículo 40 de la ley 24.240, había sido el siguiente: las normas contenidas en la ley son insuficientes para poder sostener la existencia de un sistema propio y unitario de responsabilidad por daños al consumidor.

Ese déficit regulatorio traía aparejada la necesidad de tener que recurrir, a nivel del factor de atribución de responsabilidad, a las disposiciones del Código Civil en la materia, en particular, a los artículos 1113, segundo párrafo, segunda parte, y 1198 del Código Civil; para la solidaridad, al artículo 1109 del Código Civil. Esto en materia de productos elaborados. En lo que respecta a los servicios, sostuvo Gabriel Stiglitz que “En cambio el sistema de responsabilidad objetiva del artículo 40 se aplicaba también indiscriminadamente a los servicios (actividades, el paréntesis es mío). Mientras que en razón del veto, y por aplicación de las reglas generales, la responsabilidad por incumplimiento de servicios será en principio subjetiva, rigiendo factores objetivos de atribución, sólo cuando se trate de obligaciones de resultado o el daño derive de la ejecución del servicio mediante cosas riesgosas”⁴.

Quedaban excluidas del ámbito de aplicación y regulación de la ley, según la opinión de la doctrina, las relaciones extracontractuales entre consumidores y fabricantes⁵. En sentido idéntico Carlos Gherzi escribía: “Podemos ir delineando el ámbito de la ley, un primer límite se refiere a los contratos y si esto lo relacionamos con el veto al artículo 40 (responsabilidad del productor, fabricante, importador, distribuidor, proveedor, vendedor y quien haya puesto la marca), queda claro que sólo puede aplicarse al vendedor, que como sabemos en los productos de consumo es sólo un exhibidor de éste por una mera comisión”⁶.

⁴ STIGLITZ, Gabriel y STIGLITZ, Rubén, *Derechos y defensa del consumidor*, La Rocca, Buenos Aires, 1993, p. 146.

⁵ STIGLITZ y STIGLITZ, ob. cit., p. 123.

⁶ GHERZI, Carlos, *La Ley de Defensa del Consumidor y el veto del Poder Ejecutivo. Análisis crítico*, en GHERZI, Carlos (dir.), *Derechos y responsabilidades de las empresas y consumidores*, Organización Mora Libros, Buenos Aires, 1994, ps. 48-49.

En síntesis, “El veto del artículo 40 eliminó dos novedades de importancia: la ampliación de la legitimación pasiva y la unificación de la responsabilidad contractual y extracontractual en esta materia, que se deducían del veto”⁷⁻⁸.

4. *La labor de la jurisprudencia*

Un somero repaso por los últimos antecedentes jurisprudenciales en el tema de daños a consumidores, las explicaciones argumentales que allí se dieron y el sentido de las decisiones a la luz de las tendencias más progresistas en la cuestión que me ocupa, ponen en evidencia que se ha comprendido acabadamente el problema relativo a en qué órbita de responsabilidad incluir al proveedor no vendedor, optándose por la extracontractual. Se escuchó también jurisprudencialmente la voz de la doctrina que a lo largo de años venía sosteniendo que el factor atribución era objetivo (aunque también se reconoció en algunos fallos que existía una culpa *in re ipsa*, pero que, en la práctica, lleva a idénticas consecuencias que la tesis anterior) y, por último, el carácter concurrente de la obligación de reparar de los proveedores desde la perspectiva subjetiva. El punto culminante de esta evolución lo marca el fallo “Tuccillo”⁹.

5. *La inoperancia del veto presidencial*

Con posterioridad al tiempo en que tuvo lugar la reacción inicial antes descripta, la doctrina comenzó a sostener la “inoperancia jurídica del veto” (Alterini, López Cabana y Ameal, 1995); en esa línea de pensamiento, sostuve la tesis de que los elementos del sistema jurídico de responsabilidad por daños a consumidores subsistentes en la ley 24.240 luego del veto presidencial (plazo de prescripción, art. 50; legitimados pasivos, art. 2º, y normas vinculadas a la antijuridicidad, arts. 4º, 5º, y 6º), sumado al advenimiento de la noción dogmática de relación de consumo introducida al sistema de defensa del consumidor por el artículo 42 de la Constitución Nacional reformada en 1994, permitían dos

⁷ MOSSET ITURRASPE, Jorge y LORENZETTI, Ricardo, *Defensa del consumidor*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1993, p. 308.

⁸ Adelantemos aquí algunas apreciaciones preliminares. La ley 24.240, en dicho art. 40, no consagraba a mi modo de ver la “responsabilidad extracontractual del fabricante” sino que trataba de generar una “ampliación de la legitimación pasiva” (MOSSET ITURRASPE y LORENZETTI, ob. cit., p. 308), lo que se comprende fácilmente incluso por los propios antecedentes en los cuales se decía: “Art. 17. *Incumplimiento contractual*. Las acciones de consumidor derivadas de incumplimiento contractual podrán ser extendidas al productor, al fabricante, al importador y a quien haya puesto su marca en el producto o servicio, aunque no haya tenido relación directa con ellos”. La responsabilidad en la ley 24.240 era unitaria.

⁹ CNCiv., sala H, 26-3-97, “Tuccillo, Alan M. c/ Cencosud SA y otros s/Daños y perjuicios”, E. D. del 6-8-98.

efectos: a) reforzar el plano de la antijuridicidad indicando que en la relación de consumo existen derechos fundamentales de los consumidores hacia los proveedores; b) vincular directamente a todos los proveedores de bienes y servicios (enumerados en el art. 2º de la ley 24.240) con el consumidor, al indicarlos como el extremo subjetivo pasivo complejo de la relación de consumo que nace con fuente en cualquier acto de consumo, podía sostenerse la vigencia de un verdadero sistema de reparación con elementos y caracteres propios; por lo que no era técnicamente adecuado abandonar la ley 24.240 considerando que de la misma había desaparecido con el veto presidencial todo vestigio de un sistema de reparación por daños a consumidores, quedando sólo la posibilidad de recurrir directamente al Código Civil, resolviendo el caso como se lo hacía antes de la ley.

6. *La reincorporación del artículo 40 a la ley 24.240*

En este contexto llega la reforma de la ley 24.999 (B. O. del 30-7-98, N° 28.948, p. 2), incorporando nuevamente el artículo 40. Una reforma tan esperada como necesaria y justa, que no podemos dejar de aplaudir.

Esta modificación legislativa tuvo la virtud de poner fin, desde la óptica del sistema, a una etapa de vacío legislativo parcial en el tema de los daños a consumidores que, como se insinuó, el *sistema abierto* ya se había encargado en parte de subsanar.

II. Caso I

CNCom., sala A, "Capriccioni, Omar J. y otra c/Sevel Argentina SA", "Revista de Responsabilidad Civil y Seguros" 2000-770 y ss.

1. *Hechos del caso*

Los consumidores demandantes habían comprado un automóvil producido por la fábrica Sevel Argentina SA. El hecho fue que en el certificado de fabricación que debe entregarse juntamente con el automotor, y que luego se protocoliza en el respectivo registro, no se dejó constancia de que en fábrica se había realizado en el vehículo adquirido una operación de fresado y regrabado del número de motor "por inconvenientes de legibilidad del estampado original".

Como consecuencia de observarse la mencionada reimpresión del número de motor, en un operativo de control, el automóvil en cuestión fue incautado por

la Gendarmería Nacional. Dicha incautación se prolongó durante treinta días y a raíz del evento le fue iniciado a su titular un proceso penal.

2. *Antecedentes judiciales*

Los hechos antes descriptos motivaron un planteo judicial por daños y perjuicios. En primera instancia se rechazó la demanda, decisión que fue apelada por los accionantes.

En la segunda instancia se argumentó que el fabricante es deudor de una obligación de resultado hacia el consumidor “consistente no sólo en la entrega del producto [...] sino también la entrega de la documentación necesaria en las condiciones para la regulación inscripción de dominio a fin de que se le expida el título y demás documentación pertinente en regla” (consid. 6).

Se sostuvo así mismo que “Las obligaciones del fabricante no terminan con la entrega de la cosa. Debe además garantizar al comprador que podrá gozar de ella conforme a su destino y a la naturaleza del derecho de propiedad. Esta obligación de garantía genérica comprende el deber de procurar que el comprador no sea turbado por un tercero...” (consid. 7).

“Dicho incumplimiento no se origina en lo específicamente estipulado sino en función a una interpretación integradora del principio de la buena fe establecido por el artículo 1198 del cuerpo legal citado. En efecto [...] también cabe aceptarle (a la buena fe, el paréntesis es mío) aptitud para constreñir –no sólo el cumplimiento del objeto específico de la prestación– sino de otras obligaciones secundarias o instrumentales, de conservación y respecto por el hecho ajeno” (consid. 8).

En relación a ello luego señala que “...el orden jurídico [...] carga en numerosos casos a los partícipes con obligaciones” que no se originan en la autonomía de la voluntad sino en “el principio de la protección de la confianza, que de ninguna manera puede considerarse carente de sustento normativo, ya que resulta comprendido por el de buena fe (art. 1198, párr. 1º, Cód. Civ.)” (consid. 8).

“En síntesis podemos caracterizarla como una obligación que exige a cada parte que tome debidamente en cuenta a la otra” (consid. 8).

“Entiendo que la demandada se encuentra incurso en esta responsabilidad ya que incumplió el deber de información necesario al expedir el certificado de origen omitiendo dar cuenta de haber regrabado el número de motor –cuya licitud no está en tela de juicio– y en razón de esa falta de correspondencia en la información expuso injustificadamente a la actora a las consecuencias perjudiciales que efectivamente padeciera y cuyo resarcimiento se persigue en estas actuaciones” (consid. 8).

Finalmente también se recuerda la existencia de una obligación de saneamiento.

Un elemento esencial particular de la obligación de responder en los casos de daños a consumidores derivados de un accidente de consumo, es la existencia de un defecto. Esta cuestión fue soslayada en el fallo que anoto, sin embargo, como dije, se trata de una cuestión fundamental.

En lo que sigue desarrollo el modelo actualmente vigente en el ámbito del Derecho del consumidor en lo referente a los vicios y defectos.

3. *Los vicios en el Derecho del consumidor*

En otra oportunidad¹⁰ tuve ocasión de explicar cómo se clasifican los vicios en el Derecho del consumidor. Allí señalé que existen vicios que no generan inseguridad (vicios propiamente dichos o vicios de calidad por inadecuación), que son aquellos que hacen que el producto no tenga aptitud para el uso o la misma se halle disminuida. En nuestro Derecho cabe diferenciar, en primer lugar, entonces, estos vicios de calidad por inadecuación (por ej., una prenda de vestir mal numerada) que son vicios inherentes a la cosa, de *los vicios redhibitorios* (arts. 2164 y ss., Cód. Civ.).

Luego existen vicios que generan inseguridad. La ley 24.240 no trae una distinción clara en este sentido, sin embargo, puede afirmarse que en el Capítulo II regula los defectos que generan inseguridad; ello se deduce de la particular vinculación que establece entre productos y daños a la salud y de la mención expresa que hace de la seguridad de los consumidores en el artículo 6º, párrafo 1º.

A su vez, los productos pueden tener una peligrosidad o potencialidad dañosa inherente o adquirida. *Inherente* significa potencial o latente¹¹ además de “normal y previsible como consecuencia de su naturaleza o función”, pero no debe confundirse con la circunstancia (ya superada por la doctrina y jurisprudencia) de que existen ciertas cosas que poseen una peligrosidad o riesgo per se. Son productos y servicios que, en cuanto adecuadamente producidos y acompañados de información, no son considerados desde el prisma del Derecho del consumidor, defectuosos”. A su vez, dentro de los productos con peligrosidad inherente, puede hablarse de una peligrosidad “exagerada”, esto es

¹⁰ *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, N° 2001-1, sección *Contratos*, ps. 346 y ss.

¹¹ BENJAMIN, Antonio Herman, *La teoría de la calidad y los accidentes de consumo: una visión conceptual*, en *Revista Derecho del Consumidor*, Juris, Rosario, 1991, p. 67. También cita el autor una tercera especie de peligrosidad, la presumida.

aquella en la que “los riesgos no compensan los beneficios”¹². En cambio, es *adquirida* cuando la misma deviene de un defecto.

Por último, los defectos (o la peligrosidad adquirida) pueden clasificarse en: vicios de fabricación, vicios de diseño y vicios de información¹³.

En el caso que anoto, si bien en un tramo se hace referencia al incumplimiento del deber de información que podría hacer pensar en la existencia de un defecto de información, estoy persuadido de que ello no es así.

En realidad se está frente a un caso de responsabilidad por un accidente de consumo pues no existe defecto (vicio que genera inseguridad) alguno, como explicamos más arriba, sino frente a un vicio de calidad por inadecuación.

En el considerando 9 se realiza una serie de apreciaciones en cuanto al encuadre legal que corresponde dar al caso, es decir si contractual o extracontractual.

Esto conduce al problema de la diversidad de regímenes en el ámbito de los daños a consumidores, sobre el cual me explayaré en lo que sigue.

4. *El problema de la diversidad de regímenes: elementos para un sistema unitario de responsabilidad por daños a consumidores*

a) *Esquema de la responsabilidad por productos elaborados antes de la ley 24.240*

Planteamiento del problema

Más allá de la discusión en torno de algún que otro elemento (límites de la legitimación activa, qué se entiende por producto elaborado, si es correcta dicha denominación, si debe responder el fabricante por los riesgos del desarrollo, etc.), la cuestión fundamental que asumió la doctrina nacional fue la de delinear un esquema o sistema de responsabilidad por productos elaborados dentro del marco del sistema argentino de responsabilidad civil.

Nuestro sistema de responsabilidad civil, pese a los esfuerzos unificadores, se estructura sobre la existencia de dos regímenes u órbitas de responsabilidad, según que exista una obligación preexistente y, en consecuencia, el deber de cumplimiento dimana del respeto a lo pactado, o que sin existir un contacto previo interpartes, la obligación de responder surja de un contacto social genérico, sin una finalidad predeterminada, esto es, un “accidente” en sentido

¹² BENJAMIN, ob. cit., p. 73. La información aquí, a diferencia de los restantes bienes de peligrosidad inherente, no es mecanismo suficiente para disminuir su potencialidad dañosa. Por ello el Código de Defensa del Consumidor de Brasil prohíbe su comercialización en el mercado. O en otros términos, “presume su peligrosidad”.

¹³ MOSSET ITURRASPE y LORENZETTI, ob. cit., p. 328.

amplio. Las diferencias entre ambos regímenes son importantes en varios puntos: plazo de prescripción, extensión del resarcimiento, carga de la prueba; para algunos difieren además en: la presencia en el ámbito extracontractual de factores objetivos, la resarcibilidad del daño moral, etcétera.

Fenomenología

En el análisis de esta temática se parte de la base de la existencia de una cadena de producción y comercialización de bienes y servicios subjetivamente compleja. Desde la óptica del consumidor final, los casos de responsabilidad pueden ser distinguidos, teniendo como base la legitimación pasiva:

1. Del fabricante proveedor directo.
2. Del fabricante que sólo constituye un eslabón inicial.
3. De intermediarios que no tienen contacto directo con el consumidor.
4. Del intermediario vendedor directo.

Casos en los que existe contacto directo (fabricante o intermediario-consumidor)

Estos supuestos son excepcionales. En ambos la responsabilidad se rige por las normas contractuales (arts. 520, 521, 2164 y ss.) Otros casos contractuales son los del intermediario que resultó dañado por el producto elaborado, o el del consumidor quien pese a que existen otras personas que integran la referida cadena de comercialización susceptibles de ser demandadas, reclama a quien contrató¹⁴ con él y puede accionar según sea el caso: a) por responsabilidad derivada del incumplimiento contractual, o b) puede ejercer la acción redhibitoria acompañada de la de daños y perjuicios¹⁵. En ambos casos, únicamente contra el vendedor, sea quien sea éste. Finalmente, el hecho dañoso puede llegar a configurar un delito del Derecho Penal¹⁶.

¹⁴ ALTERINI, Atilio A.; AMEAL, Oscar y LÓPEZ CABANA, Roberto, *Derecho de obligaciones civiles y comerciales*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1995, p. 1043.

¹⁵ WEINGARTEN, Celia, *Responsabilidad por productos elaborados*, en GHERSI (dir.), *Derechos y responsabilidades de las empresas y consumidores* cit., p. 116. Esta posibilidad fue admitida por las VIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, La Plata, 1981, donde se concluyó: “Aplicación de las normas relativas a vicios redhibitorios. En el caso que el damnificado ha optado por la resolución del contrato y el elaborador conocía o debía conocer en razón de su oficio o arte los vicios o defectos ocultos de la cosa vendida y no los manifestó al comprador, debe reparar los daños intrínsecos y extrínsecos que son consecuencia inmediata del defecto por aplicación del art. 2176 del Cód. Civ.”

¹⁶ En este caso se abre al consumidor la opción aquiliana del art. 1107 del Cód. Civ.; así lo tiene aceptado la doctrina, conforme a las VIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil: “El damnificado puede optar por la vía extracontractual, en el caso en que por el art. 1107 del Cód. Civ., se abre tal vía”.

El fundamento de dicha responsabilidad, cuando se trata de un fabricante o de intermediario, en ambos casos vendedor directo, se encuentra en la teoría de los vicios redhibitorios, que a su vez se incardina en la noción de garantía.

Asimismo, la responsabilidad del fabricante vendedor directo se halla fundada en el deber de seguridad con base normativa en el artículo 1198 del Código Civil¹⁷, también denominada “obligación tácita de garantía”¹⁸, que veda a las partes en las relaciones negociales causar daño alguno a la contraria en su persona o bienes; concretamente, en materia de productos elaborados lo que se garantiza es que el uso o consumo del bien no causará daños al consumidor o usuario. “El incumplimiento de la obligación de garantía impone al fabricante-vendedor, la responsabilidad contractual por los daños intrínsecos y extrínsecos que el producto pueda ocasionar al cliente”¹⁹⁻²⁰, lo que la diferencia claramente de la responsabilidad por vicios redhibitorios, en la que se indemnizan, en principio, sólo los daños en la cosa vendida; esta última circunstancia señalada, más la necesidad de que se trate de un vicio que reúna los requisitos de todo vicio redhibitorio, ha determinado la insuficiencia e inadecuación de esta herramienta a la problemática de los productos elaborados y al Derecho del consumo, donde ha sido relegada a un segundo plano²¹. Otro sector de la doctrina opta por fundar la responsabilidad directa del fabricante en las normas sobre extensión del resarcimiento en materia contractual, esto es, los artículos 520 y 521 del Código Civil, y en las demás normas que rigen la responsabi-

¹⁷ Así lo han sostenido las IV Jornadas Rioplatenses de Derecho, Punta del Este, 1986, punto II, 1. *Fundamento*: Esta responsabilidad se apoya en la seguridad prometida al consumidor, o razonablemente esperada por éste, respecto de la inocuidad del producto. Involucra la aplicación del principio de buena fe y comprende los deberes de lealtad y completividad en la información al usuario (unanimidad). También las VII Jornadas Rioplatenses de Derecho, punto VIII.

¹⁸ STIGLITZ y STIGLITZ, ob. cit., p.149.

¹⁹ Conf. VIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil: “*Órbita de responsabilidad*. El fabricante asume frente al adquirente un deber de seguridad por los daños que el producto pueda causar. Esta obligación de garantía emana de los arts. 1198, 512 y 902 del Cód. Civ. En consecuencia la responsabilidad es de orden contractual”.

²⁰ STIGLITZ y STIGLITZ, ob. cit., p. 149.

²¹ “Se ha dicho que mientras la buena fe se presume en los casos corrientes (arg. art. 2362, Cód. Civ.), lo contrario ocurriría si se tratase del fabricante habitual, respecto de quien jugaría una presunción *juris et de jure* de mala fe, inducida por el hecho de que necesariamente debió conocer mejor que nadie las cualidades el objeto vendido (arg. art. 902, Cód. civ.)” (LÓPEZ CABANA, Roberto y LLOVERAS, Néstor, *La responsabilidad civil del industrial*, en E. D. 64-558).

Otro inconveniente es que la indemnización de daños y perjuicios sólo se encuentra autorizada cuando se opta por la rescisión del contrato pero no cuando el comprador se decide a mantenerlo, sin contar con que para un sector de la doctrina ella incluye únicamente los daños al interés negativo.

lidad por incumplimiento de las obligaciones que no tienen por objeto dar sumas de dinero, sobre la base de dos razonamientos:

- a) El artículo 520, cuando alude a consecuencias necesarias, no refiere únicamente al daño intrínseco sufrido en la cosa objeto del contrato, sino también a “todo aquel que afecta al contenido de la relación contractual, a todo lo que expresa o tácitamente forma parte de la trama obligacional del convenio, a todo lo que no está fuera de él”²². Lo que permite incluir los daños sufridos por el consumidor en el resto de su patrimonio y en su persona. También puede llegarse a igual conclusión si se considera que la causa fin del consumidor es consumir, y no dañarse con ello y el vendedor no puede alegar ignorancia de ello. “De tal manera, el daño sufrido por el comprador deviene interno a la trama del contrato y, por tanto, intrínseco e indemnizable en los términos del artículo 520 del Código Civil”²³.
- b) Son consecuencias inmediatas aquellas que, como en el caso del fabricante, no tienen una inmediatez material sino lógica, pues siempre van acompañadas de un hecho con el cual se conectan: verbigracia, el defecto en un producto se sabe que va a ir acompañado de un consumo posterior. Por lo tanto, las que se originan en dichos eventos son consecuencias inmediatas indemnizables.

Por lo tanto, el factor de atribución de responsabilidad es para todos los supuestos objetivo, en el segundo y tercer caso, por tratarse de una obligación de resultado y cuyo fundamento último sería también la idea de garantía o la “tutela especial del crédito”²⁴. El productor sólo se exime, en cualquiera de los dos sistemas, probando la fractura del nexo causal²⁵, siendo insuficiente la acreditación de su falta de culpa. Estas hipótesis no ofrecían mayores dificultades.

²² LÓPEZ CABANA y LLOVERAS, con cita de Alterini, p. 560.

²³ LÓPEZ CABANA y LLOVERAS, ob. cit., p. 561.

²⁴ VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto y ROMERA, Oscar E., *Protección y defensa del consumidor*, Depalma, Buenos Aires, 1994, p. 181; AGOGLIA, María M.; BORAGINA, Juan C. y MEZA, Jorge A., *Responsabilidad civil por daños causados por productos defectuosos*, en J. A. 1990-IV-887. También las conclusiones del II Congreso Argentino de Derecho del Consumidor, Rosario, 1994, Comisión 3, donde se señala que: “4. El vendedor de un producto, fabricante o vendedor de él, responde objetivamente frente al comprador, pues pesa sobre el primero una obligación de seguridad de naturaleza contractual”.

²⁵ AGOGLIA, BORAGINA y MEZA, ob. cit., p. 889. “La causa ajena, destructora de la relación causal abarca tanto ‘el hecho de la víctima’, como el ‘hecho del tercero por quien no se debe responder’, enunciados en el párrafo 2º *in fine* del citado art. 1113 del Cód. Civ., y el ‘caso fortuito’ establecido como eximente en el art. 514 del mismo cuerpo normativo, integrante implícitamente de la primera norma, en función de la regla de contextualidad” (VÁZQUEZ FERREYRA y ROMERA, ob. cit., p. 182). Apunta muy bien Vázquez Ferreyra que el hecho de la víctima, conforme a la doctrina nacional, no debe ser necesariamente un evento culposos,

Contacto directo intermediario-consumidor (particularidades)

La doctrina diferencia esta situación de la del fabricante vendedor directo. Es opinión generalizada que cuando se enfrenta a un intermediario vendedor, el fundamento de su responsabilidad parece no poder ser la garantía o seguridad; así las VIII Jornadas de Derecho Civil señalaron que “El vendedor no fabricante se libera si se reúnen conjuntamente estos requisitos: el vicio es de fabricación; el vendedor no tenía ni debía tener conocimiento del defecto en razón de su arte o profesión; le era imposible controlar la calidad del producto; no asumió personalmente la garantía”.

Preocupa a la doctrina la situación de *los vicios de fabricación*. En efecto, al respecto hay diferentes posiciones:

- a) Para algunos autores es también responsable contractualmente frente al consumidor por la seguridad de las cosas que vende, con un atenuante: no responde cuando por el tipo de producto no le era posible comprobar el defecto de elaboración; así lo establecieron las IV Jornadas Rioplatenses de Derecho, donde se emitieron dos despachos: “5.b) Despacho A) En el Derecho vigente es hecho del tercero por el cual el intermediario no debe responder el defecto en la elaboración que a éste le resultare imposible comprobar (por mayoría)”. Por lo tanto, se exime acreditando que de su parte no hubo culpa, pues en el caso concreto no conoció o no pudo conocer del vicio, o bien probando la ruptura del nexo causal, lo que se logra demostrando que se trataba de un vicio de fabricación o de diseño. Para esta tesis, también respondería cuando el fabricante es insolvente o desconocido (conf. Directiva 85/374, art. 3.3) y por el hecho propio, esto es cuando los daños emerjan de un defecto de información que debía proporcionar el intermediario, o de conservación, o bien cuando hayan asumido expresamente la garantía frente a los consumidores.
- b) En el Despacho B) de las Jornadas referidas, se sentó la tesis de la responsabilidad: “El elaborador no es un tercero por el cual el interme-

bastando el hecho no culpable para tener efecto liberatorio, y que si bien esta interpretación es la correcta en términos generales, “...creemos que en materia de responsabilidad civil por productos elaborados puede llegar a resultar injusta para los intereses de ciertos consumidores, violatoria de los principios que rigen el Derecho del consumo” (p. 188). Fundamentalmente por la situación de los subconsumidores, el autor propone “No sólo exigir la presencia de culpa en el consumidor para que funcione la eximente de responsabilidad, sino también que dicha culpa se valore en forma individualizada y no conforme a patrones abstractos” (p. 190). En este sentido se expidieron las IV Jornadas Rioplatenses de Derecho, Punta del Este, 1986, punto II.5.

Causales de exoneración: a) El demandado se exime total o parcialmente probando la existencia de una causa ajena que interrumpa o desvíe el nexo causal (unanimidad). También las VII Jornadas Rioplatenses de Derecho, punto X.I.

diario no deba responder (Goldenberg, Zago, Bueres, Gesualdi, Cobas)". En las VII Jornadas Rioplatenses, punto XI, se mantuvieron las mismas posturas con idénticas proporciones, con la salvedad de que el segundo despacho quedó redactado en términos diferentes: "Se entiende que la solidaridad abarca en todo caso a quien comercializa el producto", sin perjuicio de las acciones de regreso que luego tenga contra el fabricante u otros intermediarios anteriores. Se persigue con ello favorecer la posición del consumidor. Finalmente en el II Congreso Argentino de Derecho del Consumidor, Rosario, 1994, Comisión 3, se dijo: "7. El elaborador no es un tercero por el cual el vendedor no debe responder".

- c) Para otra postura, en cambio, el intermediario no debe responder por el hecho del fabricante (tesis de la irresponsabilidad).

*Casos en los que no existe un contacto directo
(consumidor-intermediario o fabricante)*

Cuando, por el contrario, no existe un contacto directo entre el consumidor final y el fabricante o intermediario a quien se quiere hacer responder por los daños derivados de un producto elaborado, una parte de la doctrina, minoritaria, trató de mantener la existencia de un vínculo contractual cuando se trataba de productos con marca de fábrica, recurriendo a diferentes ideas: la presencia de "una relación tácita", de una cesión de los derechos "de quien se desprende del producto a favor de quien lo adquiere"²⁶, o "una acción subrogatoria o directa"; esta idea contractualista fue propiciada por Santos Briz, quien señaló que "la cadena de contratos de compraventa que comienza en el fabricante y termina en el consumidor, por pretender la colocación o salida de mercaderías, tiene un fondo unitario que priva de autonomía a los contratos intermedios, de modo que las consecuencias naturales del contrato que arranca el fabricante es lógico y legal que recaigan sobre él mismo, y que puedan hacer efectivas esas consecuencias (en el caso concreto reclamar una indemnización de daños y perjuicios), no sólo el comprador directo al mismo, sino el último comprador, o sea, el consumidor".

Mientras que otros autores pensaron que debía recurrirse a las normas de la responsabilidad extracontractual, aquí la discusión doctrinaria y jurisprudencial se instaló a nivel del factor de atribución.

- a) Para un sector de la doctrina éste debía ser el riesgo creado, con sustento normativo en el artículo 1113, segundo párrafo, segunda parte, esto es, un factor objetivo²⁷; el fabricante debe responder porque al introducir una cosa en el mercado crea o introduce un elemento de riesgo, además de beneficiarse con ello.

²⁶ LÓPEZ CABANA y LLOVERAS, ob. cit., p. 565.

²⁷ López Cabana, Alterini, Trigo Represas, Garrido, Andorno, Kemelmajer de Carlucci,

b) Mientras que para otro sector rige la cuestión el “principio de la culpa”, encarnado extracontractualmente en el artículo 1109²⁸. En efecto, el lanzamiento al mercado de un producto defectuoso constituye un acto culposo que obliga a su autor a responder; se objeta a la tesis anterior que los sindicatos como posibles responsables en dicha norma son el dueño o el guardián de la cosa, y que aquí el fabricante, al iniciar su comercialización, ha perdido ambos caracteres, puesto que ya ha enajenado la cosa al producirse el daño; se contesta que: (a) se tiene en cuenta para su aplicación quién será el dueño o guardián al momento de introducirse el riesgo; (b) “porque tal regulación no está necesariamente vinculada con la regulación del derecho real de dominio”²⁹; (c) “La mención que en el precepto se hace respecto del ‘dueño o guardián’, como presuntos responsables, resulta meramente enunciativa y, por ende, extensible a todo aquel que introduzca un riesgo en la sociedad”³⁰; (d) también se ha argumentado que “si bien el fabricante se desprende de la guarda del comportamiento, sigue siendo dueño de la estructura de la cosa³¹, y (e) que “si se hiciera responder al dueño o guardián de la cosa, a pesar de no haber sido ellos quienes dieron nacimiento al peligro, no se estaría ya en el ámbito de la teoría del riesgo, sino en una extraña suerte de sistema en que se atribuiría responsabilidad por la sola circunstancia de ser dueño o guardián de la cosa”³².

Sin embargo, aun para quienes el fundamento es subjetivo, la única posibilidad de eximirse de responsabilidad es probando la causa extraña, lo que ha llevado a un autor a preguntarse: “¿cómo es entonces que la responsabilidad es subjetiva?”³³

Pardo, Pizarro, G. Stiglitz, Zannoni, Lloveras, Messina de Estrella Gutiérrez. II Congreso Argentino de Derecho del Consumidor, Rosario, 1994, Comisión 3: “5. El fabricante o cualquier sujeto que participe en la comercialización del producto, no vendedores de éste, son responsables por el riesgo creado en los términos del art. 1113 del Cód. Civ., apartado 2º, segundo supuesto. Dicha norma se aplicará al dueño o guardián que no ha fabricado el producto cuando ocasionen daños a terceros (*bystander*)”.

²⁸ Vgr., BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, *Responsabilidad civil por productos elaborados en el Derecho argentino*, en L. L. 143-871.

²⁹ ALTERINI, ob. cit., p. 1046.

³⁰ AGOGLIA, BORAGINA y MEZA, ob. cit., p. 887. En sentido similar se ha dicho que “...el art. 1113 del Código Civil no responsabiliza solamente al dueño o guardián de la cosa, sino a todo aquel que se sirva de la misma –párrafo 1º del citado artículo–, siendo obvio que el fabricante que lanza al mercado y lucra con la comercialización de las cosas que produce, se sirve de ellas, ya que obtiene de esa manera un provecho económico” (TRIGO REPRESAS, Félix, *Daños a consumidores y usuarios. Reparación civil. Tutela penal*, en *Derecho de Daños*, La Rocca, Buenos Aires, p. 242; ídem, VÁZQUEZ FERREYRA y ROMERA, ob. cit., p. 186).

³¹ VÁZQUEZ FERREYRA y ROMERA, ob. cit., p. 186.

³² LÓPEZ CABANA y LLOVERAS, ob. cit., p. 573.

³³ LÓPEZ CABANA, ob. cit., p. 52.

Para un sector importante dentro de esta tesis³⁴, la culpa se presume a partir de la prueba del vicio o defecto de la cosa, se trata de una culpa *in re ipsa*, lo que cambia completamente el resultado de la cuestión en la práctica³⁵. “Mediante este sistema, que podríamos llamar de presunción de culpa, se llega a idénticos resultados que los objetivistas...”³⁶ Mantiene una postura estricta Compagnucci de Caso y Roberto Brebbia.

En sucesivos congresos y jornadas la doctrina nacional se había venido ocupando del tema con anterioridad a la sanción de la ley 24.240. En efecto, en las VIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, La Plata, 1981, mayoritariamente hubo una adhesión a la tesis subjetivista en materia extracontractual. Luego, la corriente que se ha venido imponiendo en las reuniones y en la jurisprudencia es la favorable a una responsabilidad objetiva con fundamento en el artículo 1113, como, verbigracia, en las IV Jornadas Rioplatenses de Derecho de 1986, “Punto II.2. *Factores de atribución*. La responsabilidad del elaborador, sea contractual o extracontractual, tiene carácter objetivo (mayoría)”. O el II Congreso Argentino de Derecho del Consumidor y I Encuentro Nacional de Defensa del Consumidor, Rosario, 1994, Comisión 3: “4. El vendedor de un producto, fabricante o vendedor debe responder objetivamente frente al comprador, pues pesa sobre el primero una obligación de seguridad de naturaleza contractual. 5. El fabricante o cualquier sujeto que participe en la comercialización del producto, no vendedores de éste, son responsables por el riesgo creado en los términos del artículo 1113 del Código civil, apartado 2, segundo supuesto”.

Caso del “bystander”

También ha merecido consideración, dentro del punto referido a la legitimación activa, el caso de la responsabilidad del fabricante por los daños que causan las cosas frente a personas o bienes que no son los consumidores o adquirentes directos de las mismas. Es evidente que la única normativa de aplicación posible es la extracontractual, y según la doctrina unánime, con fundamento en el artículo 1113 del Código Civil³⁷ contra el dueño o guardián de la cosa. En el Derecho anglosajón se denomina a este supuesto como *bystander*³⁸.

³⁴ Highton, Salerno, Llambías, Videla Escalada, Bustamante Alsina y Ghersi.

³⁵ TRIGO REPRESAS, ob. cit., p. 13.

³⁶ VÁZQUEZ FERREYRA y ROMERA, ob. cit., p. 185.

³⁷ VÁZQUEZ FERREYRA y ROMERA, ob. cit., p. 191.

³⁸ En las IV Jornadas Rioplatenses de Derecho, Punta del Este, 1986, se dijo: “Punto II. 3. *Legitimados*: a) La legitimación activa no queda circunscrita al consumidor, sino que incluye a todo aquel que sufre un daño causado por el producto en razón de un vicio o riesgo (unanimidad)”. También en las VII Jornadas Rioplatenses de Derecho, punto XIII, y en las VIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil.

Supuesto del marquista

En materia de legitimación pasiva con relación al fabricante venía preocupando la situación de quien pone solamente su marca en el producto, derivando la elaboración en otra persona, así como la de la presencia de varios fabricantes en la elaboración de un mismo bien, o en la prestación de un servicio³⁹; o la posición como responsables o no de los fabricantes de unas determinadas materias primas o piezas componentes que son luego empleadas por el productor final para la elaboración de algún bien, o la responsabilidad del Estado a través de sus órganos de contralor, etcétera⁴⁰, o el caso del productor anunciante, que incurre en responsabilidad contractual cuando existe un defecto de información que causa un daño al consumidor, que tiene su origen en la publicidad⁴¹.

Por último, cabe destacar que otros elementos del sistema eran: la ausencia de un debate completo y profundo acerca de la cuestión de los riesgos del desarrollo, y el hecho de que no se trataba la temática relativa a los servicios riesgosos.

Responsabilidad del productor por la producción y el consumo

Últimamente se viene sosteniendo un nuevo enfoque de la cuestión. Con centro en la persona del productor, se pretende delinear su responsabilidad frente a la producción y el consumo. Ello ha llevado a establecer que el proveedor de bienes y servicios posee una responsabilidad primaria y una de mercado. Se desplaza el centro de atracción del consumidor al proveedor de bienes y servicios y se pasa a considerar su actividad dañosa en conjunto. Ello atraerá a un mismo lugar tanto la responsabilidad derivada de la producción, esto es, la responsabilidad por daño ambiental, por accidentes de trabajo, como también la derivada de la puesta en el mercado de los bienes y servicios independientemente del consumo efectivo que de los mismos se haga o no, con lo cual se abarcan tanto los casos de responsabilidad en la relación de consumo, no habiendo aún contrato de consumo, como los que se manifiestan mediando ya un acto de consumo.

³⁹ El tema fue motivo de los despachos de las IV Jornadas Rioplatenses de Derecho, donde se señaló que: "Si varios contribuyen al proceso de elaboración todos son legitimados. Tratándose de productos elaborados por un productor no identificado dentro de un grupo determinado, son legitimados pasivos todos los productores del grupo elaborador".

⁴⁰ IV Jornadas Rioplatenses de Derecho: "3. *Legitimados*: b) Son legitimados pasivos [...] y en su caso el ente público de control [...] Si varios contribuyen al proceso de elaboración todos son legitimados. Tratándose de productos elaborados por un productor no identificado dentro de un grupo determinado, son legitimados pasivos todos los productores del grupo elaborador" (ALTERINI, ob. cit., punto IV, E, p. 1050). El problema de responsabilizar o no a quienes aportan partes o materias primas, o de hacerlo únicamente con el productor final, es planteado por WEINGARTEN, ob. cit., p. 122.

⁴¹ TRIGO REPRESAS, ob. cit., p. 9; ALTERINI, ob. cit., p. 1044.

La unicidad del sistema

Desde nuestro punto de vista existe una serie de datos que permite sostener, con el auxilio de principios fundamentales que proporciona el Derecho Privado Constitucional, la existencia en el ámbito del Derecho del consumidor, de un sistema de responsabilidad por daños, aun vigente el veto presidencial.

Que dicho sistema es unitario, pues abandona la distinción contractual-extracontractual, y en virtud de que el consentimiento contractual deja de ser la llave de ingreso al microsistema protectorio. Y deja de serlo pues el Derecho del consumidor, valiéndose de normas de orden público –de protección– ha edificado una relación jurídica particular, que no es otra que la relación de consumo (art. 42, Const. Nac.) cuya estructura, incluso subjetiva, se construye sobre el presupuesto de hecho que importa el consumo como fenómeno o acto social independientemente de la existencia o no de un contrato de consumo.

Los elementos subsistentes

Los elementos del sistema de responsabilidad subsistentes a pesar del veto presidencial que permitan aseverar su inoperancia eran:

- 1º) La existencia de legitimados activos específicos: todos los consumidores y usuarios de bienes y servicios (arts. 1º y 2º, ley 24.240).
- 2º) La presencia de legitimados pasivos también específicos, pues el veto presidencial (pese a quitar el art. 40, en el cual se enumeraban los sujetos responsables por daños a consumidores) omitió eliminar el artículo 2º de la ley que en su primer párrafo señala: “Están obligados al cumplimiento de esta ley...”, y seguidamente enumera a todos los sujetos a que hacía referencia el artículo 40 más el denominado “marquista”. Y si existe deuda, existe responsabilidad indefectiblemente; caso contrario, será un problema de desnaturalización de la obligación (art. 37, párr. 1º, inc. 1º).
- 3º) El hecho de que en la Ley de Defensa del Consumidor existen disposiciones vinculadas a la antijuridicidad, que son las contenidas en los artículos 4º, 5º y 6º. Esto resulta fundamental, más aún si se tiene en cuenta que subyace en dichas normas una verdadera teoría de la calidad.
- 4º) La consagración de un plazo de prescripción para el ámbito de las acciones vinculadas a la defensa del consumidor de tres años en el artículo 50 (ley 24.240).

Un microsistema de reparación

En lo que no está regulado expresamente, el sistema es auxiliado por las disposiciones del Código Civil, vía artículo 3º de la ley 24.240. Por lo que,

correctamente entendida, la afirmación del párrafo anterior no significa que sea un sistema cerrado, sino integrado y abierto, lo que ocurre es que dicha integración debe hacerse a partir del microsistema, dado que éste posee principios propios derogatorios para su esfera de los del sistema general⁴².

Detengámonos un instante en el estudio del elemento fundamental: la idea de relación de consumo.

b) *La responsabilidad por daños derivados del acto de consumo luego de la reforma constitucional de 1994*

La relación de consumo

Algunos materiales jurídicos que ofrece el microsistema de defensa del consumidor, si se lo observa desde la perspectiva que asume el fenómeno de constitucionalización del Derecho Privado, pueden contribuir decididamente a sustentar la idea de la existencia de un sistema unificado de responsabilidad.

A partir del estudio de las nociones de proveedor y consumidor, de bienes de consumo y otras que agregamos ahora, puede arribarse a la conclusión de que existe una *relación jurídica de consumo*. Esta relación jurídica tiene como *extremos subjetivos*, por un lado, al consumidor y usuario y a quienes se benefician con el consumo material de ciertos bienes y servicios, perteneciendo al círculo familiar y social de los primeros, y, por otro, al proveedor de dichos bienes o servicios, con lo que se abarca al fabricante, importador, distribuidor y vendedor, a quienes –paralelamente– se obliga al cumplimiento de esta ley. Su objeto es el acto de consumo que consiste en la adquisición o utilización de un bien de consumo. “El vínculo: puede ser contractual o no, y dentro del primero oneroso o gratuito. Causa: la causa es la finalidad de consumo, de adquirir o utilizar como destinatario final”⁴³.

La exigencia, para que se habilite el ámbito de aplicación del sistema argentino de protección del consumidor, de que se celebre un contrato⁴⁴ queda desvirtuada, y podría sostenerse que ello es así aun en el mismo contexto del texto legal, por varios motivos:

- a) Algunos institutos de la ley parten de un concepto de consumidor que es una persona que aún no ha contratado (vgr., la publicidad, la oferta); son los “consumidores potenciales indeterminados” a que refiere el

⁴² IRTI, Natalino, *La edad de la descodificación*, Bosch, Barcelona, 1992.

⁴³ LORENZETTI, Ricardo L., *La relación de consumo: conceptualización dogmática en base al Derecho del área regional Mercosur*, en L. L. del 3-12-96, p. 5.

⁴⁴ Que en el texto de la ley era únicamente a título oneroso, y que el decreto reglamentario 1798/94 amplió un poco más a los contratos accesorios a título gratuito.

artículo 7° de la ley 24.240 que, desde la perspectiva de la teoría de los grupos, pertenecen a la categoría de *grupos indeterminados*⁴⁵. Lo anterior arroja el dato de que la ley considera, además del contrato, otras fuentes lícitas, como ser las declaraciones unilaterales de voluntad y hechos jurídicos;

- b) otro dato es que declara obligados al cumplimiento de la ley a todos y cada uno los proveedores de bienes y servicios, a los que caracteriza por su función económico-mercantil, respecto de quienes no requiere que hayan contratado con consumidor alguno (art. 2°);
- c) es un indicio el hecho de que además se establecen casos de responsabilidad civil a partir de la existencia de un hecho ilícito (daños al consumidor), todo lo cual lleva a replantear aquella afirmación por la que la relación de consumo parecía tener lugar únicamente a partir de una causa fuente única: el contrato de consumo⁴⁶, para decir, rotundamente, que la misma puede emanar de otras fuentes obligacionales: hechos ilícitos –entre los cuales se incluyen casos de abuso de derechos–, simples hechos jurídicos y actos jurídicos unilaterales y bilaterales⁴⁷.

Puede concluirse que la normativa de defensa del consumidor argentina utiliza la noción de relación jurídica de consumo, que es necesariamente más amplia que la de contrato de consumo. En otros términos, la idea de la ley 24.240 es la de la presencia de una relación de consumo, más allá del contrato de consumo.

Es cierto que si el consumidor adquiere el producto servicio de un vendedor-no fabricante, entre ellos se habrá celebrado un contrato de consumo más, también surgirá a partir de allí, y más allá del dominio de la autonomía de la voluntad de las partes intervinientes, por exclusivo imperio legal, una relación de consumo.

La relación de consumo es una relación que se encuentra más allá y también más acá del contrato de consumo, lo que revela el carácter contingente de este último. Más allá porque por imperio legal resulta más amplia que la simple relación contractual típica que hacía surgir obligaciones y, con ello, vínculos

⁴⁵ LORENZETTI, Ricardo L., *Las normas fundamentales de Derecho Privado*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1995, y *Responsabilidad colectiva, grupos y bienes colectivos*, en L.L. 1996-D-1059 y ss.

⁴⁶ A la que la dogmática consumerista denomina “relación de consumo en sentido estricto”. TOMASETTI (Jr.), Alcides, *Las relaciones de consumo en sentido amplio en la dogmática de las obligaciones y los contratos*, en *Revista Direito do Consumidor*, N° 13, ps. 12 y ss.

⁴⁷ Quien ha puesto de relieve estas conclusiones en la doctrina argentina ha sido LORENZETTI, *La relación de consumo: conceptualización dogmática en base al derecho del área regional Mercosur* cit., al cual remitimos al lector.

únicamente para las partes intervinientes, por imperio del conocido *efecto relativo de los contratos* (arts. 1195 y 1199, Cód. Civ.), y más acá porque puede darse antes aun en ausencia del referido contrato⁴⁸.

Ocurre aquí algo similar a lo que acontece en el Derecho Laboral, con las nociones de relación laboral y contrato de trabajo. Existe también un fundamento o argumento de corte sociologista y que viene dado por el hecho de que el Derecho, una rama determinada, no puede desconocer en sus construcciones la realidad fáctica subyacente, que muestra a un consumidor a quien se influye perjudicialmente cuando aún no ha contratado, y que se pone en contacto con un sector social y económico más amplio que su vendedor aun cuando lo haga a partir de un acto de adquisición de un bien o servicio. La relación de consumo no es, al menos necesariamente, una relación contractual, tampoco existe allí un *contacto social genérico*, sino, por el contrario, un *contacto social específico*; dicha especificidad viene dada por el hecho de que las partes de la relación tienen una finalidad preestablecida: todos realizan una actividad que, por un lado o por el otro, gira en derredor de cosas o servicios.

El artículo 42 de la Constitución Nacional de 1994 ha proporcionado un elemento normativo nuevo, cambiando definitivamente la noción subjetivista que traía nuestra ley al señalar que “Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo...” De esta forma se introduce de modo expreso en el sector del Derecho del consumidor la idea de la relación de consumo. Al mismo tiempo, la llegada de esta norma ha confirmado los datos mencionados más arriba ya existentes, dándoles un sentido y direccionalizándolos para que confluyan directamente hacia la noción de relación de consumo que menciona expresamente.

En definitiva, la relación de consumo puede ser definida como aquella relación jurídica en la cual existe un consumidor y un proveedor y que gira en torno de un bien de consumo.

Identificamos por separado los dos aportes más relevantes de esta noción desde el punto de vista práctico y dogmático. Esos aportes son:

1. La idea de que el extremo subjetivo integrado por los proveedores de bienes y servicios es complejo.
2. La idea de que existe relación de consumo independientemente de la presencia y subsistencia de un contrato de consumo.

La noción de relación de consumo se alimenta de la idea de situación jurídica, de la existencia de redes y cadenas de contratos entre los proveedores

⁴⁸ Puede verse FARINA, Juan Carlos, *Defensa del consumidor*, Astrea, Buenos Aires, 1994, p. 337.

de bienes y servicios, y de la idea del contacto social como fuente última de las relaciones jurídicas⁴⁹ obligacionales.

En conclusión: en el sector de los daños a consumidores no cabe hablar de un ámbito extracontractual pues la óptica o punto de observación es diferente del que dio motivo a la diferenciación entre lo contractual y lo extracontractual. En efecto, cuando se dice extracontractual se dice fuera del contrato (y también, por ende, dentro). Fuera están los terceros, dentro las partes. Aquí la mirada se hace desde el contrato hacia fuera. En el Derecho del consumidor no presenta interés una mirada como la anterior. Aquí el observador se posiciona exteriormente.

En fin, es mi idea que debe destacarse, entre las tareas a realizar, la profundización en la elaboración de la construcción de la relación jurídica de consumo, pues constituye la herramienta dogmática y legal fundamental a los fines de argumentar acerca de la unidad del sistema de prevención y reparación de daños derivados del acto de consumo.

En efecto, la noción de relación de consumo (art. 42, Const. Nac.) que habilita el ámbito de aplicación del microsistema de protección al consumidor, proporciona los extremos subjetivos de la responsabilidad y fundamenta la existencia de un régimen único de responsabilidad que no recurre a la diferenciación entre responsabilidad contractual y extracontractual.

El carácter complejo del extremo pasivo subjetivo de la relación de responsabilidad por daños derivados del acto de consumo, por estar integrado por todos los sujetos mencionados en los artículos 2º de la ley 24.240 y 42 de la Constitución Nacional, a lo que debe añadirse la figura del marquista, elemento recuperado para el sistema por la sanción de la ley 24.999.

El factor de atribución objetivo que se deriva de la enumeración de las causales eximentes de responsabilidad que trae el artículo 40 de la ley 24.999, que ya era captado por la jurisprudencia y ahora es confirmado por la mención de la ley.

La regla de la solidaridad entre los sujetos mencionados en el artículo 40, a pesar de que a nivel jurisprudencial se consagraba la responsabilidad concurrente.

⁴⁹ El maestro santafesino Jorge Mosset Iturraspe, al escribir sobre la problemática de los contratos conexos, no deja de advertir que en la temática del art. 40 de la ley 24.240 subyace la idea de conexidad contractual (*Contratos conexos*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1999, p. 36 y nota 31).

Principales efectos de la noción de relación de consumo

Resulta fundamental destacar las virtualidades de esta noción:

A) En primer lugar, se redefine el ámbito de aplicación del Derecho del consumidor. En efecto, con ella se produce una ampliación en varios sentidos, que ha venido a modificar el ámbito de aplicación de la ley 24.240, al menos si se atiende solamente a lo establecido por ésta en sus artículos 1° y 2° exclusivamente.

B) Se comprende la etapa precontractual. En decir, se incluyen en la relación de consumo aspectos anteriores al contrato de consumo mismo, como ser la oferta y la publicidad –entre otros aspectos– que, pese a que la ley los regulaba, no adaptó consiguientemente sus primeras definiciones que parecían limitarse al contrato de consumo. Es lo que explicaba cuando señalaba que la relación de consumo se posiciona más acá del contrato de consumo. Este dato normativo tiene una importancia fundamental en el tema de la responsabilidad precontractual. Ya en un trabajo anterior concluí que en el Derecho del consumidor no se discute la existencia o no de una responsabilidad precontractual considerada desde el punto de vista legal y constitucional: su existencia puede sostenerse a partir del artículo 37 de la ley 24.240, en especial su párrafo tercero que extiende la vigencia del principio de la buena fe consagrado en el artículo 1198 del Código Civil a toda la etapa precontractual (art. 3°, ley 24.240), haciéndose expresa mención de los dos subperíodos que desde que escribiera Gabrielle Fagella en adelante se le reconoce a dicha etapa. Lo expresado cobra relevancia, fundamentalmente, en relación al primero de estos períodos, esto es, el de las tratativas previas, pues es el que no encontraba protección expresa en el Código Civil⁵⁰.

A ello se puede agregar ahora que todo el período precontractual se encuentra inmerso en la relación de consumo y que, en consecuencia, los derechos fundamentales de los consumidores tienen plena vigencia allí, así como el principio de protección de los mismos.

C) Abarca a todos los proveedores. También permite recuperar los eslabones perdidos en la escaramuza del veto presidencial al artículo 40 por el lado del proveedor, pues al conformar este último uno de los extremos de la relación de consumo, considerándose que además éstos son todos y cada uno de los enumerados en el artículo 2°, que se encuentran obligados a la observancia de la ley⁵¹, y que goza el consumidor en dicha relación de derechos fundamentales

⁵⁰ SOZZO, Gonzalo, *Publicidad: su relación con la oferta y la ejecución del contrato*, en *Direito do Consumidor*, Revista dos Tribunais, São Paulo, N° 17, enero-marzo de 1996, ps. 20 a 35.

⁵¹ Una interpretación actualizada de esta expresión utilizada en la primera parte del art. 2°

tales como la salud, intereses económicos e información adecuada y veraz, y sumándose a ello la existencia de normas concretas sobre calidad de productos y servicios y prevención y reparación de daños derivados de los mismos, puede fácilmente llegarse a idénticas conclusiones que las que traía el artículo 40 de la ley 24.240, excepto en materia de la obligación de responder en caso de autoría plural, analizada ésta desde el punto de vista del vínculo obligacional.

D) También coadyuva este elemento a superar la dicotomía de fuentes y de regímenes de responsabilidad, pues dicha relación incluye supuestos en los cuales estará presente un contrato de consumo y otros en los que no será así.

En conclusión, ¿cuál es el problema que acarrea el recurso permanente a las construcciones del Código Civil? En verdad ninguno si no se traspolan junto con ellas viejos debates de aquel ámbito y si ello no importa renunciar por anticipado a la existencia de un microsistema de reparación y, a su vez, esto último, a perder de vista las especificidades propias del sistema de reparación del daño en este ámbito del Derecho del consumidor. En otras palabras, lo que se pretende es evitar que se produzca un efecto retardatario.

Plazo único de prescripción

El artículo 50 de la ley 24.240 ha establecido un plazo de prescripción común de tres años para todas las acciones que surjan de dicho cuerpo legal. Lo cual, además de ser otro elemento más a considerar para arribar a la conclusión acerca de la unicidad del régimen de responsabilidad por daños a consumidores, termina con un grave inconveniente que se debía a la gran diferencia entre el plazo de prescripción propio del ámbito contractual y del extracontractual, que –entre otras razones– mantenía vigente la discusión acerca de la inclusión en uno u otro sector⁵².

Explica también allí que la actuación de la fábrica ha sido culposa (art. 512, Cód. Civ.) y resulta responsable a la luz del artículo 1109 del Código Civil.

Algo sobre el factor de atribución

En esta cuestión del factor de atribución de responsabilidad la reforma de la ley 24.999 debe ser aplaudida pues proporciona con claridad la certeza de que el factor de atribución es objetivo. En efecto, el volver a indicar cuáles son las

de la ley 24.240 importa entenderla como Sistema Argentino de Protección y Defensa de los Consumidores y Usuarios, lo cual abarca: Const. Nac., arts. 42 y 43; ley 24.240; Cód. Civ. y Cód. Com., Leyes de Defensa de la Competencia y de Lealtad Comercial, otras leyes especiales y decretos en materia de servicios públicos domiciliarios, como ser, vgr., la ley 24.076 y el dec. regl. 1798/94.

⁵² MOSSET ITURRASPE y LORENZETTI, ob. cit., p. 378.

eximentes de responsabilidad, señalando que son aquellas que rompen el nexo adecuado de causalidad, lleva a concluir sin dudas que el factor de atribución no puede sino ser objetivo.

En los Estados Unidos de Norteamérica se emplea la fórmula de Posner de la *negligence* que consiste en señalar que hay negligencia cuando el costo de prevenir es menor que el de dañar y el fabricante opta por dañar; en otros casos se recurre a la tesis de las *garantías comerciales contractuales* y en otros a la denominada *strict product liability*, que equivale a nuestra responsabilidad objetiva⁵³. Esta última tesis, que sirve para fundar la responsabilidad del fabricante frente al consumidor por defectos de fabricación, se basa en tres argumentos esenciales: permitir una justa compensación a la víctima accidentada, es decir, el principio de protección del consumidor; el traslado de las consecuencias económicas del daño de la persona que fácticamente los sufre a la que lo causa, que en nuestros lares se conoce como tesis del daño injustamente sufrido; la posibilidad con que cuenta el fabricante de trasladar –distribuyendo–, seguro de responsabilidad civil mediante, los costos del daño a la sociedad en general aumentando el precio del producto (colocando como componente del mismo el costo de la prima). El problema fue que luego se trató de aplicarla a los defectos de diseño y de información⁵⁴.

Esta tesis, como surge de sus fundamentos, importa que los jueces asumen el desarrollo de una política social en este sector de los daños por productos elaborados. En otros términos, el Derecho asume un rol sustancial. El movi-

⁵³ Esta tesis se originó en el leading case “Henningsen vs. Bloomfield Motors Inc.” De 1960, que marca para Henderson y Twersky el fin del segundo período en la evolución de la responsabilidad por productos elaborados y el comienzo del tercer período que se extendió hasta fines de los ’80, en el cual la jurisprudencia decididamente orientada a favorecer a los damnificados “extendió y clarificó el estándar de la strict liability anunciado en Henningsen” llevando el sistema de responsabilidad por productos a su máxima expresión (HENDERSON (Jr.), James A. y TWERSKY, Aaron D., *Closing the american products liability frontier: the rejection of liability without defect*, en *New York University Law Review*, vol. 66, nov. 1991, N° 5, p. 1270).

Raquel Cynthia Alianak lo explica en estos términos: “el test a aplicar a los fines de determinar la existencia de negligencia, consiste en el balance de los siguientes factores: probabilidad de que la conducta provoque un daño y gravedad del año en su caso, por una parte, frente a la obligación, por la otra, de tomar precauciones, o frente al interés que el fabricante debe sacrificar a los fines de evitar el riesgo (costo de métodos de elaboración más seguros), o posibilidad de obtener mejores resultados utilizando otras alternativas. Bajo esta fórmula, la negligencia queda configurada legalmente cuando la carga que implica el tomar precauciones (primer término de la ecuación) es menor que el monto económico de los daños que puedan ocasionar (segundo término de la ecuación)” (*Responsabilidad del fabricante por productos defectuosos [en el Derecho de los Estados Unidos de América]*, en L. L. 1988-A-861).

⁵⁴ Para este problema, vid. el punto que dedicamos a la prueba de los defectos.

miento que se describe podría ser perfectamente adscripto al intento de rematerialización del campo jurídico con las consiguientes críticas que ello importa⁵⁵.

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 art. 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, pienso 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.

En definitiva, el sistema de responsabilidad por daños derivados del acto de consumo presenta particularidades que lo diferencian 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.

III. Caso II

CNCom., sala A, 14-4-2000, "E., S. M. y otros c/Villalba Hnos. SRL", "Revista Responsabilidad Civil y Seguros" 2000-765 y ss.

1. *Hechos*

Una señora mayor fue sometida a una intervención quirúrgica en la cual se le colocó una prótesis de cadera. Poco tiempo después la mujer fallece.

2. *Antecedentes judiciales*

Se inicia una acción para reclamar los daños se argumenta allí que la prótesis presentaba un defecto de fabricación.

⁵⁵ Se critica asimismo a esta tesis que " subestima el problema del "pequeño empresario fabricante" o del intermediario (el cual igualmente puede ser responsable), los cuales no se encuentran en la misma posición que las grandes empresas para absorber o distribuir el incremento en el costo del producto que significa la contratación de seguros de responsabilidad a los efectos de cubrir eventuales contingencias de esta índole" (ALIANAK, ob. cit., p. 869). Vid. el punto dedicado a los intermediarios y sobre todo al comerciante minorista donde se desarrolla este problema.

La demanda fue rechazada en primera instancia. En segunda instancia se dijo:

“En efecto, no obstante el rigor de los análisis practicados por el INTI juzgó que no se ha demostrado la existencia del vicio de fabricación invocado ni la relación de causalidad que autorice a responsabilizar al fabricante; es decir, que el daño producido: refractura del hueso por rotura de la prótesis y subsiguiente muerte, provenga del hecho de la cosa viciosa. La falta de cualquiera de estos dos último presupuestos requeridos por el artículo 1113 del Código Civil, definen la suerte adversa del resarcimiento reclamado. Sólo de ahí en más se produciría la inversión de la carga de la prueba que pesaría sobre la demandada, a cuyo cargo estaría la demostración de la culpa de la víctima o de un tercero por quien no deba responder. Y estas causales de eximición de responsabilidad no apuntando a la falta de culpa sino, y es muy distinto, a la interrupción del nexo de causalidad adecuada (arts. 901 y ss., Cód. Civ.), típicos de la responsabilidad objetiva”.

Una cosa es viciosa cuando la irregularidad que presente, sea por defecto de fabricación o de mala calidad, la torne inepta para la función a que esté destinada y esa irregularidad, ajena al hecho del hombre, la transforme en una fuente potencial de daños en los términos de la norma citada. El artículo 6° de la Directiva 374/85 dictada por la Comunidad Europea señala 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 hacerse de éste; c) el momento en el que el producto se puso en circulación (art. 6°).

”Los elementos de juicio colectados no permiten fundadamente aseverar que la rotura de la prótesis provino de un defecto de fabricación en un contexto en que los manipuleos mecánicos producidos en quirófano, la posible mala elección de la prótesis aunada a una inadecuada colocación en relación a la índole de la fractura experimentada y el deficiente estado de salud de la víctima, conllevan a un resultado desfavorable a la admisión de la pretensión deducida, de modo que no se encuentra demostrada la existencia de la relación de causalidad como efectiva atribución del daño al hecho de la cosa.

”Insisto, no se ha demostrado la existencia de causa jurídicamente relevante para atribuirle al ‘hecho o vicio de la cosa’, sino la concurrencia de diversos factores adversos, tales como los expresados por el perito médico traumatólogo y perito ingeniero mecánico, los que convergen en la producción del desenlace final, sea por el estado de deterioro general que reflejaban las diversas dolencias padecidas por la víctima, sea por la mala elección del implante, y su incorrecta colocación, por un inadecuado seguimiento médico del geriátrico Asís, que entre otras razones omitió un prudente y razonable seguimiento radiológico...

”En consecuencia, juzgo que el daño ocasionado no obedeció a un defecto o vicio de fabricación del clavo placa, sino a múltiples factores que aunados pudieron influir en la producción del resultado dañoso, sin que pueda apreciarse cuál de todas ellas fue la más activa o eficaz o dotada de la mayor fuerza productiva para incidir de modo decisivo en la refractura del hueso y ulterior rotura del material de osteosíntesis y finalmente en la muerte de la señora B. de E.”

Concluye el magistrado preopinante que corresponde eximir de responsabilidad al fabricante.

El caso es interesante pues es uno de los pocos en los que se analiza detenidamente la cuestión de la existencia y prueba del defecto.

Me detengo en estas cuestiones desde el paradigma que actualmente establece la ley 24.240.

La aclaración es importante pues el caso que anoto se origina en hechos anteriores a la entrada en vigencia de la ley 24.240. De modo que el comentario hace las veces de contrapunto ofreciendo una exposición de la racionalidad del sistema actual en una interesante comparación con la racionalidad anteriormente vigente.

3. Imperfecciones: vicios y defectos: la cuestión probatoria

a) Reglas generales de prueba

En el modelo o sistema de daños del Derecho del consumidor (leyes 24.240 y 24.999 y art. 42, Const. Nac.) para que pueda hablarse de responsabilidad por daños a consumidores es esencial que exista un vicio o defecto en la cosa, a punto tal que la ausencia del mismo puede eximir de responsabilidad a los proveedores⁵⁶; para ello deben probar que el daño se debe a una causa ajena (art. 40, ley 24.240, conf. ley 24.999).

Ante la falta de prueba del defecto se lo presume; 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”⁵⁷.

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

⁵⁶ Así lo prevé expresamente el art. 12, parág. III 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: III. Que, aunque haya colocado el producto en el mercado, el defecto no existe”. En igual sentido la Directiva 85/374, art. 7, inc. b.

⁵⁷ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, *Comentarios a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*, Cívitas, Madrid, 1992, p. 689.

generadores de responsabilidad o la existencia de un defecto generado por el uso del consumidor, caso fortuito o fuerza mayor, etcétera⁵⁸. Por lo 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.

b) *La prueba del defecto en la jurisprudencia*

Esta problemática no ha sido debidamente abordada por la jurisprudencia de nuestro país en el cual encontramos casos en los que los jueces no exigen la prueba del defecto ni declaran que éste es el principio para luego excepcionarlo –por las especiales circunstancias del producto y del caso– sino donde en ocasiones directamente se admite que existe una responsabilidad a pesar de la falta de prueba del defecto⁵⁹.

En la Comunidad Europea y en los Estados Unidos el defecto debe existir y ser probado⁶⁰.

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

⁵⁸ 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.

⁵⁹ Pienso que dos razones que justifican esta posición de los jueces argentinos –además de la falta de asunción de la especificidad del microsistema de daños derivados del acto de consumo– es que se asume una posición política favorable al consumidor, y 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 ser explicitado en la sentencia– un soporte técnico jurídico que explique dicha decisión.

⁶⁰ 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 tuvo un proceso de permanente expansión de la responsabilidad por productos elaborados durante todo el siglo XX, en la cual 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 defecto; vid HENDERSON (Jr.) y TWERSKY, *Closing the american products liability frontier: the rejection of liability without defect* cit., ps. 1263 y ss., 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 observa 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.

tests: el que se denomina *risk & utility*⁶¹ y el *consumer expectations test*⁶², produciéndose un amplio debate entre las cortes que aplican uno u otro.

Estas elaboraciones han sido desarrolladas más que nada en relación al 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 defectos⁶³. Un tratamiento diferente se ha reservado en estos países para el defecto de información, al que se aplica esencialmente la tesis de la *negligence*⁶⁴, pese a que en un momento los tribunales pretendieron aplicar la construcción de la *strict liability* a estos defectos de falta de advertencia.

La Directiva Comunitaria 85/374 estableció en su artículo 6 una cláusula general acerca de los defectos. El artículo dice: “1. Un producto es defectuoso cuando no ofrece la seguridad a la que una persona tiene legítimamente derecho...” Se lo denomina *the consumer expectation standard*⁶⁵. Legítimamente no significa “legalmente” ni “razonablemente”⁶⁶. 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 medio⁶⁷.

⁶¹ Este 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.

⁶² Se parte de considerar que existe 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.

⁶³ 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” (HENDERSON [Jr.], James A. y TWERSKY, Aaron D., *Stargazing: The future of american products liability law*, en *New York University Law Review*, noviembre 1991, p. 1333).

⁶⁴ VETRI, Dominick, *Sviluppi delle regole e dei principii sulla responsabilità del produttore negli Stati Uniti*, en *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1997, p. 463.

⁶⁵ HOWELLS, Geraint, *Product liability*, en *Towards an European Civil Code*, Ars Aequi Libri, 1994, p. 322.

⁶⁶ PARRA LUCAN, María Ángeles, *Daños por productos y protección del consumidor*, Bosch, Barcelona, 1992, ps. 508-510.

⁶⁷ Concretamente en materia probatoria: hay que recurrir a estadísticas acerca de las expectativas de los consumidores de este tipo de productos o periciales de expertos, capaces de expedirse sobre las expectativas de los consumidores, etc.

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 mayoría⁶⁸. 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 diseño⁶⁹.

Ahora bien, más allá del principio de la prueba del defecto puede ser, 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 la 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 otra presunción más de causalidad.

⁶⁸ Es lógico que así sea, pues son los defectos más fáciles de acreditar: “Este test (se refiere al 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.

⁶⁹ “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 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, *Responsabilidad del fabricante por productos defectuosos...* cit., p. 864).

dad. Así lo ha entendido la jurisprudencia⁷⁰. 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 eficiente⁷¹.

4. *La responsabilidad del fabricante en la hora actual*

a) *Fabricantes e importadores*

El fabricante de partes o componentes es quien elabora el producto. Este sujeto puede ser sólo uno si fabrica él todo el producto o presta de ese modo el servicio. Un problema no resuelto expresamente en la ley es el que se plantea cuando, siendo varios proveedores de una parte o componente o materia prima incorporada al producto o servicio, un componente o parte resulta defectuoso: ¿deben responder todos o sólo quien proporcionó ese elemento? El Código del Consumidor de Brasil resuelve la cuestión en su artículo 25, parágrafo II: “Siendo el daño causado por un componente incorporado al producto o servicio, será solidariamente responsable el fabricante, constructor o importador o los que realicen la incorporación”.

Una norma como ésta sería deseable y debería ser prevista, pues la situación es sumamente común.

b) *El fabricante presumido y el aparente*

Los proveedores, en particular los fabricantes, son clasificados por la doctrina en:

- a) fabricante real;
- b) fabricante aparente, y
- c) fabricante presumido.

Del primero ya me ocupé antes, adonde remito al eventual lector.

Un aspecto que sí se podía calificar de una indudable pérdida en materia de legitimación pasiva es que no se contaba a partir del veto presidencial con la figura del fabricante aparente o marquista, esto es, quien ha puesto su marca o distintivo en el producto o servicio, presentándose ante los ojos del consumidor o usuario como su fabricante a pesar de no serlo, pues no aparecía mencionado en ningún otro tramo del texto legal que no fuera el artículo 40.

El fundamento de dicha responsabilidad es la confianza que genera en el

⁷⁰ C5ªCCom. de Córdoba, 11-11-96, “César, Inés María E. c/Supermercado Cordiez y Egea Hnos. SA, fabricante de soda La Moderna s/Ordinario”, E. D. 175-65 y ss.

⁷¹ CNCiv., sala H, 26-3-97, “Tuccillo, Alan M. c/Cencosud SA y otros s/Daños y perjuicios”, E. D. del 6-8-98.

consumidor, pues generalmente se trata de marcas de conocido prestigio que se introducen al mercado a través de contratos de franquicia comercial⁷².

No obstante el veto presidencial al artículo 40, la doctrina nacional unánime se inclinaba por su inclusión⁷³, tal como ocurre en la legislación comunitaria (Directiva 85/374, art. 3.1, segunda parte.). Por otro lado, constituye una aplicación de la teoría de la apariencia que, con fundamento en el principio de buena fe (art. 1198, Cód. Civ.), nuestra doctrina y jurisprudencia tantas veces ha propugnado.

También se ha propiciado en doctrina extender la legitimación pasiva en aquellos casos en que el fabricante no se encuentre individualizado, considerando como tales a los intermediarios (importadores, suministradores, etc.), a los que, en consecuencia, se denomina *fabricantes asimilados*⁷⁴ siguiendo el modelo de la Directiva 85/374, artículos 3.2 y 3.3. Esta idea me parece plausible.

En este aspecto, principalmente por la cuestión del fabricante aparente, la sanción de la ley 24.999 ha sido sumamente importante, porque expresamente responsabiliza al marquista, sujeto ausente en el resto de la normativa de la ley 24.240, inclusive en el artículo 2°.

c) *Pluralidad de fabricantes, teoría de la participación en el mercado ("market share") y la imputación anónima*

Al mismo tiempo, también se ha avanzado en aquellos casos donde se presenta una pluralidad de fabricantes. Se viene proponiendo, por ejemplo, la aplicación de la doctrina del *market share* como mecanismo de asignación de responsabilidades. Así se estableció en el II Congreso Argentino de Derecho del Consumidor y I Encuentro Nacional de Defensa del Consumidor, Rosario, 1994, Comisión 3, despacho *de lege ferenda*: "3. En futura legislación sería de interés la inclusión de la teoría del mercado compartido (*market share*), así como también lo atinente a la protección del subconsumidor". A este tema lo trato más adelante, adonde remito al eventual lector.

En verdad este tema podría ser estudiado dentro del punto II de este trabajo pues refiere a una particularidad que exhibe el sistema de daños en el ámbito del

⁷² Mediando un contrato de franquicia, la fabricación se hace siguiendo estrictamente las detalladas instrucciones que establece el franquiciante, lo que permite afirmar que es "su" producto y no del fabricante real (Ver ALTERINI, Atilio A, *Responsabilidad objetiva derivada de la generación de confianza*, en *Derecho de daños*, en homenaje al prof. Félix A. Trigo Represas, La Rocca, 1993, t. II, p. 539).

⁷³ MOSSET ITURRASPE y LORENZETTI, ob. cit., p. 352.

⁷⁴ MOSSET ITURRASPE y LORENZETTI, ob. cit., ps. 352-353.

Derecho del consumidor en punto a una de las funciones de la relación causal: vincular el resultado dañoso con el responsable.

Estando vetado el artículo 40 de la ley 24.240, doctrina y jurisprudencia coincidían en sostener que la responsabilidad de todos los integrantes de la cadena de proveedores era concurrente.

Sin dudas, uno de los grandes aportes de la ley 24.999 es establecer la responsabilidad solidaria de todos ellos.

No obstante, un problema sigue subsistiendo: ¿cómo debe funcionar el sistema cuando el o los autores no se encuentran individualizados en alguno de los eslabones de la cadena de proveedores?

Hay que precisar aún más la situación problemática. En general, en los casos de daños a los consumidores el vendedor se halla identificado pues aquéllos pueden probar fácilmente con quién han contratado. Lo que suele acontecer es que el consumidor no pruebe quién es el distribuidor o quién es el fabricante cuando existen varios.

En síntesis, la responsabilidad entre los diferentes eslabones de la cadena es solidaria, pero en alguno de los planos de la misma (casi siempre en los superiores) hay varios sujetos y es necesario determinar cómo responden.

La dogmática jurídica nacional en varios intentos ha tratado de hallar la respuesta al tema a partir de dos puntos: el de la construcción de la responsabilidad colectiva (que en nuestro país tiene una tradición importante) y el de la teoría de la participación en el mercado.

La teoría de la participación en el mercado consiste en responsabilizar a todas las empresas en la proporción en que cada una capte el mercado consumidor, cuando no puede probarse quién fue el que fabricó el producto que, en el caso, produjo el daño.

Tiene un punto de contacto importante con la teoría de la responsabilidad colectiva, pues en ambas hay un grupo determinado pero el autor no está identificado.

Al respecto de la teoría de la participación en el mercado debe tenerse en cuenta que:

- a) Se aplica fundamentalmente a los daños del desarrollo (de la actividad industrial en sí) por lo que veo dificultad en aplicarlo a los casos de daños derivados al medio ambiente.

No se aplica en sectores monopólicos del mercado. Éste es un aspecto relevante pues en nuestro país los servicios públicos domiciliarios son monopólicos en su mayoría.

- b) Requiere de estadísticas que proporcionen el dato de la medida de la participación en el mercado.
- c) En esta tesis la obligación es simplemente mancomunada.

A su vez, en el tema de la responsabilidad colectiva hay que observar la disparidad de opiniones en cuanto al carácter de la obligación de responder: para unos, es simplemente mancomunada; para otros, concurrente.

En principio, ambas teorías no resultan incompatibles pues parten de la misma situación problemática a la que intentan dar respuesta⁷⁵ y básicamente ambas tesis reconocen la imposibilidad de conectar el resultado dañoso con un autor, ante lo cual imputan a todos.

El tema en mi opinión está incidido, en los casos de responsabilidad de daños a consumidores, por la cuestión de la carga de la prueba.

En efecto, es una regla ya admitida por nuestros tribunales que no es el consumidor quien debe probar quiénes son concretamente los autores, sino que probado el daño sufrido como consecuencia de tal o cual producto, los responsables son automáticamente los indicados por el artículo 2º de la ley 24.240.

Así, en un fallo reciente, un juez, preocupado por el argumento del embotellador de la gaseosa acerca de que el consumidor no había probado cuál era la embotelladora a quien correspondía esa botella que había explotado, señaló que “...no puede exigírsele al actor acreditar si la botella pertenece a tal o cual empresa [...] el sistema de la responsabilidad tiende a evitar poner en cabeza del consumidor damnificado una prueba que resulte dificultosa o prácticamente imposible [...] en estos casos la carga de la prueba debe considerarse similar a la que existe en el tema de simulación, en que si bien incumbe al actor acreditar los hechos en que funda su pretensión...”

De modo que aquí la participación en el mercado sirvió para generar una presunción de responsabilidad de la embotelladora de la gaseosa indicada por el consumidor en su demanda.

Pienso que ésta es una aplicación de gran utilidad que puede hacerse de la teoría del *market share* en el sector de los daños a consumidores.

En síntesis, si se prueba que un fabricante o distribuidor lo es del producto dañoso, debe responder frente al consumidor.

Este razonamiento que demuestra la existencia de una presunción de responsabilidad por participación en el mercado desplaza el problema, observándolo

⁷⁵ No obstante, es mucho más amplia la construcción de la responsabilidad colectiva pues la otra tesis se ocupa sólo de los daños al consumidor o al medio ambiente derivados de la actividad industrial.

desde la perspectiva del nexo de causalidad; desde la causalidad anónima en la que el ordenamiento imputa al grupo, hacia la presunción de causalidad.

De modo que, ante la falta de prueba de la autoría, no cabe remitirse directamente al sistema de la autoría anónima, ya que existe un paso intermedio: que el consumidor indique a un fabricante o distribuidor que razonablemente pudo haber participado en la elaboración y comercialización del producto.

Los elementos de que puede valerse la ley para “medir” la razonabilidad puede ser los más variados:

- En primer lugar, la participación en el mercado.
- Luego, el “mapa” según las regiones o zonas geográficas del país donde operan los distintos fabricantes o distribuidores del producto. Aquí los contratos de distribución en general (para los intermediarios), en los cuales se determinan zonas para desempeñar la actividad de distribución o franquicia por ser un elemento fundamental para decidir la razonabilidad de la participación atribuida.

Volvamos atrás un instante: ¿cuáles son los presupuestos que debe probar el consumidor para que surja el deber de reparar del proveedor?

En el Derecho argentino no existe una norma específica al respecto. Tampoco es necesaria, bastan los principios y reglas generales en materia de carga de la prueba en los procesos de daños. La Directiva Comunitaria puede brindar una orientación al respecto. Debe probarse:

- El hecho dañoso causado por el producto defectuoso (art. 4): “En la práctica la prueba de que el producto era defectuoso y que ese defecto causó el daño están íntimamente relacionadas. Por otra parte la dificultad de la prueba del nexo causal entre el defecto y el daño será más o menos sencilla en cada caso en función de la naturaleza del defecto”⁷⁶.
- El daño en el consumidor o sus bienes.
- La relación causal entre ambos.

“En ningún lugar de la Directiva se exige, sin embargo, la prueba de que el demandado pueda ser identificado como el productor del producto defectuoso ni tampoco la prueba de que fue él quien causó el defecto”⁷⁷. Es decir que hay una presunción de que se trata del proveedor y de que su actividad causó el defecto.

Esta gama de presunciones que existe en el ámbito de la responsabilidad

⁷⁶ PARRA LUCAN, ob. cit., p. 595.

⁷⁷ PARRA LUCAN, ob. cit., p. 586.

por daños al consumidor, incide directamente en dos cuestiones: la búsqueda del responsable (autoría) y la función que la relación causal desempeña, en cuanto permite vincular la acción del autor con el daño de la víctima. Siendo así, los casos de responsabilidad colectiva o anónima serán muy residuales.

La relación causal se quiebra por las causas comunes:

- culpa de la víctima, que debe ser apreciada estrictamente, como recomendó Gabriel Stiglitz y recogen los fallos recientes.

La directiva del artículo 6º establece que no hay defecto cuando:

- no se ha hecho un uso razonable;
- existe culpa de un tercero;
- o caso fortuito, extremo o en la cadena de comercialización.

Además hay causales de ruptura específicas:

- probar el productor que él no puso el producto en circulación;
- que el defecto no existía cuando se puso en circulación el producto.

En definitiva, cuando se afirma que el productor o distribuidor debe aportar los contratos que construyan la red de comercialización o de franquicias para eximirse de responsabilidad, se está diciendo que debe probar que no ha intervenido en la puesta del producto en el mercado.

A modo de conclusión, puede señalarse que la utilización de presunciones de responsabilidad debe ser considerada antes de propender a la aplicación de la teoría de la participación en el mercado o la de la responsabilidad colectiva, pues éstas implican realizar una imputación anónima, con la consecuente renuncia a indagar acerca del verdadero responsable.