

RESPONSABILIDAD CIVIL DEL FABRICANTE (*)

por Luis Moisset de Espanés

EN RECUERDO DE RENÉ PADILLA

René Padilla fue un jurista agudo y profundo, discípulo de un gran maestro tucumano, Fernando López de Zavalía.

René Padilla fue un amigo entrañable, y los lazos de amistad dejan impresiones en la retina imágenes que uno no puede olvidar.

Cuando hablábamos de René con mi esposa -que, como le dije alguna vez a uno de los hijos de René, fue siempre mi novia- afloraba en nuestra memoria una visita que hicimos juntos a Tafí del Valle, y Azucena no se cansaba de repetirme: ¿recuerdas el cariño, la dedicación y la ternura hacia sus hijos que desbordaba en René?

Hoy deseo compartir con el lector esa imagen imborrable que mantengo viva, como expresión muy íntima de sentimientos que no se manifestaban con palabras, sino en una actitud permanente de desvelo.

Y, como me piden como colaboración para este homenaje la exposición de un tema vinculado con la responsabilidad civil he elegido enviar una conferencia dictada en las épocas de esa visita a Tafí del Valle, que se encontraba inédita.

(*) Conferencia pronunciada el 10 de Octubre de 1980 en el marco de un Ciclo de Conferencias sobre Derecho Civil, anotada por Agustín Álvarez.

El tema elegido para esta conferencia es fruto de una inquietud que se despertó hace ya algún tiempo en el Instituto de Derecho Comparado, donde un equipo de mis colaboradores se encuentra investigando el problema.

Esta inquietud sobre la responsabilidad del fabricante por los daños que ocasionan los productos elaborados, responde a una necesidad de la hora actual. La vida de la sociedad no es algo inmutable, y los cambios que permanentemente se producen en el seno de la misma, traen como consecuencia necesaria el que día a día el jurista, el abogado, el juez, tengan que atender esos cambios para procurar adaptar las normas jurídicas a esa realidad en continua transformación¹.

Uno de los grandes problemas de nuestro tiempo, vinculado con esa transformación a la cual asistimos, es el problema de la responsabilidad civil en los diferentes campos.

¹. *"...para lograr éxito, el legislador debe poseer un agudo sentido de la prospectiva, que le permita anticipar los cursos de evolución social; para esto le será de gran ayuda el Derecho comparado, que le permitirá observar las tendencias que se manifiestan en otros pueblos de la misma civilización, en especial aquellos en que el proceso de transformación ha avanzado con más rapidez".* Luis MOISSET DE ESPANÉS, *Cambio social y cambio legislativo*, Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia, N° 320, mayo 2002, p. 59-83, ver www.acaderc.org-ar/doctrina.

Ustedes habrán visto que han proliferado en este siglo las obras, los estudios monográficos, las conferencias, los cursos, los seminarios, las jornadas, que toman como tema central el problema de la responsabilidad civil. Esa inquietud que mueve a los juristas a ocuparse de este problema, es un reflejo de lo que está ocurriendo en la vida diaria, que incide también en la tarea de los Tribunales donde en algunos países ha llegado a decirse que hasta las dos terceras partes de los litigios que pasan por los estrados de los tribunales, tratan de problemas de responsabilidad.

Pero también advertimos que en este siglo XX, con el renovarse los problemas de responsabilidad, se va produciendo paralelamente una renovación de los enfoques del jurista para atender lo que ahora se transforma en una necesidad acuciante: la protección de las víctimas.

Esta necesidad de proteger a las víctimas de los hechos dañosos va transformando nuestra manera de pensar y nos hace advertir que aquel presupuesto que los juristas del siglo XIX consideraban básico, la existencia de culpa como factor de imputación para poder atribuir las consecuencias dañosas de un hecho a su autor y considerarlo responsable, es decir, la necesidad de que se tratase de un hecho ilícito para hacer responsable al sujeto, en este siglo va transformándose poco a poco y se advierte que en la esfera de la responsabilidad civil, si bien se mantiene como sector principalísimo el de la responsabilidad por los actos ilícitos, aparecen, paralela y conjuntamente, otras formas de imputación, otras razones, otras causas de fundamentación de la responsabilidad civil.

Jorge MOSSET ITURRASPE, que nos ha precedido en esta tribuna, al ocuparse de la responsabilidad de los profesionales, y tratar en varias de sus obras estos problemas, ha puesto el acento sobre todo en la posibilidad de la existencia del riesgo para decir que, a la responsabilidad por culpa se agrega ahora la responsabilidad por riesgo; no creemos que se trate de una novedad intro-

ducida por MOSSET ITURRASPE, sino que ya desde principios de siglo, en esta evolución del pensamiento jurídico, sobre todo en Francia, por obra de juristas como SALEILLES y JOSSE RAND, se hablaba del advenimiento de estas formas de responsabilidad objetiva, como formas más perfectas de satisfacer los anhelos de justicia del hombre en su afán de resarcir a las víctimas de un hecho dañoso².

Incluso recordaría que en nuestro país, hace aproximadamente un año, en jornadas realizadas en la Capital Federal, al tratarse de la extensión del resarcimiento en las hipótesis de responsabilidad objetiva, una de las recomendaciones aprobadas por las Jornadas, que se salía un poco del tema estricto incluido en el temario, es decir, hasta dónde, hasta qué consecuencias debe abarcar el resarcimiento en los casos de responsabilidad objetiva, proclamaba que, en nuestro sistema jurídico, deben distinguirse como coexistentes, dos ordenes de responsabilidad: la responsabilidad por culpa y la responsabilidad por el riesgo creado. Nosotros creemos que habría que ampliar este enfoque, y deberíamos hablar también de las responsabilidades fundadas en **la garantía** de la conducta, cubriendo casos en que la conducta en sí no es culposa, ni riesgosa, pero implica consecuencias dañosas que en determinadas circunstancias deben también repararse.

No seguiremos en este momento desarrollando toda aquella evolución explicativa que efectuó MOSSET ITURRASPE en las Jornadas Australes³ y que le hemos escuchado en oportunidad de otras conferencias, donde él trataba de desentrañar las causas por las cuales determinados principios éticos, propios de una escuela filosófica que dominó el mundo jurídico a partir del iusnatura-

². "Somos así declarados civil e indirectamente responsables; nos convertimos en los editores responsables de los daños causados por ciertas personas o ciertas cosas cuya fiscalización y dirección tenemos." Louis JOSSE RAND, *Teoría General de las Obligaciones. Derecho Civil*, vol. I, 3ª ed., trad. por Santiago Cunchillos y Manterola, Bosch y Cía., Buenos Aires, 1950, p. 379.

³. Ver ponencia presentada por Jorge MOSSET ITURRASPE, Jornadas Australes de Derecho realizadas en Comodoro Rivadavia del 1 al 4 de octubre de 1980, publicada en *Responsabilidad civil*. (Luis MOISSET DE ESPANÉS, coordinador, Imp. Universidad Nacional, Córdoba, 1984) p. 146.

lismo de GROCIO y de PUFENDORF fue lo que llevó a poner el acento en fundar la anti juridicidad en la falta o el pecado en que se había incurrido, es decir, reducir los casos de responsabilidad, incluso civil, al acto ilícito.

Puedo recordar en cambio que la aparición de responsabilidades objetivas, divorciadas, separadas de la ilicitud, no es de este siglo sino mucho más antigua, y en nuestro Código las encontramos reflejadas como residuales; pero ya en el Derecho romano aparecían cuando consagraba la responsabilidad del propietario por los daños causados por los animales. La fundamentación de ese tipo de responsabilidad era netamente objetiva, con prescindencia de la culpa del propietario; y esas soluciones las vemos hoy proyectadas en nuestro Código.

El recuerdo de estas soluciones debe alertarnos un poco, porque demuestra que siempre el jurista ha prestado atención al hecho de que el empleo de cosas puede causar daños y que quien las emplea, las utiliza y saca un provecho de ellas, debe asumir frente a la sociedad la **garantía** de responder por los daños se causen con esas cosas.

El animal, en aquella época, era un elemento auxiliar de trabajo para el ciudadano romano. Hoy en día, con la revolución industrial, la transformación lleva a que no sea el animal sino la máquina, y los riesgos y daños ya no van a provenir del uso de aquellos objetos que antaño aprovechaba el hombre, sino de estas nuevas herramientas que la inteligencia y la habilidad humana han creado para acrecentar las posibilidades de la naturaleza y obtener un mayor provecho para la sociedad.

Ese desplazamiento que se ha operado con relación a las herramientas auxiliares que el hombre emplea, nos va a llevar también a convencernos de que las soluciones que hoy aporten los juristas, los legisladores y los jueces, responsabilizando a quien utiliza la máquina, por los daños que ocasiona con su empleo, están siguiendo la misma línea que en su momento, en el Derecho romano, seguía el pretor cuando creaba el derecho e imponía al propietario del animal la responsabilidad por los daños

que éste causaba, con prescindencia total de si había o no culpa de parte de ese propietario⁴.

Ése problema es el que hoy se nos plantea con respecto a la responsabilidad del fabricante frente al consumidor de los objetos que elabora.

En el siglo pasado, antes de la revolución industrial, estos problemas se movían en un cauce totalmente distinto; el fabricante era un fabricante artesanal, era un sujeto que, unidad por unidad, iba construyendo los artículos destinados a ser consumidos. Por otra parte, las más de las veces el fabricante solía estar en contacto directo con el consumidor. Mediaba entonces entre fabricante y consumidor una relación contractual directa, inmediata, y los daños que se sufrían provenientes de la elaboración de estos productos, generalmente encontraban un marco de solución adecuado dentro de las normas de tipo contractual que regían la compraventa y las garantías previstas por la ley resultaban suficientes.

En nuestro Código esas garantías que debe ofrecer todo contratante a la otra parte cuando trasmite un bien o un servicio están sistematizadas, mientras que en otros códigos se encuentran dispersas.

Pero ese panorama de la producción individual y de contacto directo entre fabricante y consumidor, va poco a poco transformándose; primero, por la forma en que actúa la intermediación entre quien fabrica y quien consume, que coloca uno o varios elementos en una cadena que va desde el fabricante hasta el sujeto destinado a utilizar esos elementos de consumo. Esa transformación se produce gradualmente; en un primero momento, quien recibe los objetos elaborados, utiliza las armas de la relación

⁴. "Nadie tenga perro, verraco o pequeño jabalí, lobo, oso, pantera, león, por donde vulgarmente se hiciera camino, de modo que pudieran causar perjuicio o producir daño a cualquiera. Si contra esto se hubiera procedido y por consecuencia de ello hubiere perecido un hombre libre, se pagarán doscientos mil sesteracios, y si se dijera que se había causado daño a un hombre libre, sea condenado en cuanto pareciera al juez bueno y equitativo; y por las demás cosas, en el duplo de cuanto sea el daño causado o hecho", D. 21.1.40.1. Ver también D. 9.1.1.3.

contractual contra el intermediario, contra el comerciante que le provee de los objetos y lo hace porque el intermediario es un perito que conoce los objetos que vende, conoce sus cualidades y se lo recomienda al cliente; porque él selecciona la mercadería, selecciona al fabricante que le va a proveer la mercadería, para entregar los mejores géneros a su cliente. Y el cliente, que ha depositado su confianza en ese intermediario comerciante, si el producto es defectuoso y le ocasiona daños se dirige contra el intermediario que le ha suministrado ese producto.

Pero la vida moderna sigue produciendo cambios cada vez más profundos, y hoy advertimos que el intermediario comerciante ha perdido esas cualidades de perito conocedor del objeto y no está en condiciones de orientar al consumidor.

El consumidor se ve encarrilado, muchas veces, por otras vías, en especial por la vía de la propaganda publicitaria que no está a cargo del intermediario sino que está a cargo del propio fabricante. Incluso como consecuencia de las múltiples transformaciones que se van produciendo en la práctica comercial moderna, vemos que el intermediario comerciante no tiene ya generalmente conocimiento de las cualidades de los productos que vende, que le llegan envasados, etiquetados y él, y así como los recibe, sin saber cuál es el contenido y sin poder tampoco modificarlos en lo más mínimo, debe entregarlos a su cliente. El cliente ahora ya no deposita su fe y su confianza en el intermediario, sino que lo hace en el fabricante y en las indicaciones que le da para su consumo o en las ventajas del producto proclamadas por una publicidad más o menos seria, según los casos.

Recuerdo un episodio vinculado con estos productos elaborados y que muestra la transformación vivida en estos años, que yo he podido contemplar. Cuando era pequeño he visto pasar por la puerta de mi casa a un lechero con su vaca; no estoy hablando del lechero del carro tirado por caballos, que traía los tachos y con un largo cucharón sacaba la leche y le vendía tantos litros que colocaba en un recipiente del comprador, sino que me refiero a alguien que tenía su tambo en la otra cuadra, frente a una plaza,

un inmigrante italiano, que enviaba a uno de sus hijos, descalzo, que pasaba y nos vendía "leche al pie de la vaca", leche tibia, leche espumosa.

Hoy, y desde hace muchos años, en ninguna parte se admite que este producto pueda venderse ni siquiera por el lechero ambulante, sino que tiene que venir en la botella o en el sobre, en el sachet, perfectamente cerrado y etiquetado; el almacenero que nos vende ese sachet no tiene el más mínimo contacto, en definitiva, con el producto que nos está suministrando. Esa transformación social y económica, la hemos ido viviendo, muchos de nosotros, casi sin darnos cuenta.

Días pasados, con motivo de la visita de dos profesores españoles -Diego Espín y José María Castán- hubiese deseado agasajar a un grupo de amigos y discípulos con un asado con cuero, en un ranchito de las sierras cordobesas, y me resultó imposible. Ahora ya no se permite a los dueños del ganado faenarlo; todo el ganado tiene que ir a un matadero autorizado y allí se venderá la carne que no es posible recibirla de manera directa del productor, es decir, del propietario de los animales. Y he visto, hasta no hace mucho tiempo, y aún ahora, que se carnean de contrabando algunos animales.

Esta evolución está indicando una transformación social que tiene incidencia en lo jurídico que debe adaptarse a las nuevas realidades sociales.

Ahora cuando un sujeto es víctima de daños causados por un producto elaborado, difícilmente va a poder dirigirse contra el intermediario que realmente no ha incorporado a ese producto nada de su acción personal, ni siquiera recomendarlo para que quien luego resultó víctima, depositara su confianza en ese producto, sino que deberá dirigirse contra el fabricante.

Suele encontrarse entonces con una larga cadena de intermediarios, razón por la cual muchas veces falta una relación contractual directa, e incluso indirecta, entre quien resulta víctima de estos daños y el que fabricó o elaboró el producto.

La leche viene en mal estado, pero ¿la consume sólo el que

la ha comprado o la consumen además de él los restantes habitantes de la casa? ¿Qué relación contractual puede encontrarse, salvo que se hable -como lo hacen algunos juristas alemanes- de una relación contractual fáctica por cesión tácita de los derechos, haciendo que desde el fabricante hasta el consumidor se cree una cadena que los una. ¿Qué relación contractual hay entonces entre ese adquirente o los familiares del adquirente, o las personas que estuvieron invitadas a su casa y consumieron el producto en mal estado, y el que lo había fabricado?

La fundamentación de responsabilidad basada en la reglamentación del contrato, aparece no sólo como insuficiente, sino que resulta imposible encontrar fundamentación jurídica dentro de la sistemática de nuestro Código.

Además nos parece conveniente, dentro de este pincelazo inicial del problema, recordar que así como nosotros señalábamos que el fabricante del siglo pasado era un fabricante artesanal que elaboraba un artículo tras otro de manera individual, la fabricación ahora es la fabricación en serie, la fabricación masiva de productos y esto acarrea consecuencias jurídicas muy importantes.

En esa fabricación artesanal, los defectos del producto que no fuesen causados por errores del fabricante, sino que tuviesen su origen en defectos del material, se presentaban como un hecho aislado, como una consecuencia mediata y además imprevisible, es decir como un verdadero caso fortuito.

El fabricante cuyo producto había causado daños por defectos del material, podía exonerarse de responsabilidad alegando que se trataba de un caso fortuito, que no le era imputable, sosteniendo que no había justificativos para que respondiese por las consecuencias dañosas de un producto cuyo material era defectuoso, defectos en los cuales no había tenido ninguna participación, ni conocimiento, ni siquiera posibilidad de prever que apareciesen esos defectos en el material incorporado al producto.

Hoy, transformada la producción individual en una producción en serie, puede preverse de manera estadística la posibilidad de

que aparezcan defectos en los materiales, y el fabricante no solamente tiene la posibilidad de preverlo, sino que sobre él pesa el deber de hacerlo sobre la base de cálculos estadísticos.

Es cierto que pese al cuidado que ponga el fabricante en la selección del material, siempre en la gran cantidad, en la masa, van a aparecer algunos elementos con material defectuoso,

Es cierto que frente a esta posibilidad en algunas ocasiones puede estar en manos del fabricante -por supuesto que con un alza en el costo del producto- revisar artículo por artículo para eliminar el producto defectuoso; pero en otras hipótesis no hay medios técnicos que permitan detectar con anticipación esas fallas de los materiales, pero esta "imposibilidad" no va a eximir hoy al fabricante, -como eximía al fabricante individual- porque está dentro de las previsiones medias y hay una asunción de ese riesgo por quien tiene conocimiento de la posibilidad de la presentación de defectos, aunque sea una posibilidad de tipo meramente matemático. Y, como les decía, esta responsabilidad tiene fundamento en la **garantía** que debe ofrecer quien pone en circulación estos productos posiblemente defectuosos.

Los cambios que se han producido en la realidad socio-económica inciden, por tanto, en el cambio de enfoque del jurista cuando debe buscar solución a los nuevos problemas⁵.

Luego trataremos de ver qué sucede en nuestro derecho nacional, frente a este tipo de problemas.

En nuestro país, los casos litigiosos que se han planteado vinculados con los defectos de los productos elaborados, no son numerosos y hay una doble razón para que sean pocos los que pasen por los estrados de tribunales; por un lado la conveniencia de las empresas fabricantes que tratan de evitar que estos problemas

⁵. Es necesario aclarar que "...cuando el jurista se encuentra frente al cambio social tiene un campo de acción limitado, y no debe excederlo invadiendo los terrenos propios del moralista o del sociólogo, aunque no cabe duda de que su diagnóstico será de suma utilidad, y su opinión contribuirá a educar a las conciencias para imprimir a esos cambios una correcta orientación". Luis MOISSET DE ESPANÉS, *Cambio social y el jurista*, Semanario Jurídico de Comercio y Justicia, N° 63, 21 de noviembre de 1978, ver www.acaderc.org.ar/doctrina.

se ventilen en Tribunales, porque les ocasionaría un costo muy grande la difusión del conocimiento de los defectos que padecen los productos que ponen en circulación y para evitarlo muchas veces ofrecen un arreglo extrajudicial, con el propósito de evitar que se dé publicidad a esos hechos.

Por otro lado suele jugar la prudencia de los letrados que asesoran a las víctimas, que saben que estamos escasos de normas, ya que las previsiones que contiene el Código Civil argentino para este problema resultan insuficientes y se puede correr un serio albur frente a los jueces, si se inicia el pleito.

Entonces, unida la conveniencia práctica de la empresa con la prudencia del abogado que debe aconsejar lo mejor a su cliente y muchas veces lo mejor es no embarcarse en un juicio que puede perderse por falta de normas precisas que sancionen al fabricante, lleva a que las más de las veces esto no repercuta en Tribunales y se solucione fuera de su ámbito. Por eso, en los repertorios, encontramos pocos casos de este tipo.

Procuraré recordar alguno; y aquí mi memoria me lleva a la primera vez que entré en contacto con uno de estos problemas. allá por la década del 40. Hacía poco que la Coca Cola había instalado en Córdoba y en el país sus fábricas; en la cancha de Belgrano un consumidor de Coca Cola, al beberla, vio que el líquido no seguía saliendo porque dentro de la botella había un objeto extraño, y ese objeto extraño era una lauchita⁶. Recuerdo el hecho porque la botella decomisada se llevó al Consejo Provincial de Higiene, y una de las personas que trabajaba allí en ese momento era mi padre, quien nos relató haber visto la botella con la laucha adentro.

Era entonces un adolescente, y no sé qué destino habrá tenido posteriormente el problema, si pasó o no por Tribunales; por lo menos no lo he encontrado reflejado en repertorios jurisprudenciales, pero quizás podrían encontrarse noticia en los periód-

⁶. "Laucha" es una voz que significa ratón, se utiliza en Chile, Bolivia, Uruguay, Paraguay y Argentina. Según el Diccionario de la Real Academia (22^a edición), tiene origen mapuche.

dicos de la época.

En cambio en los repertorios encontramos, por ejemplo, en La Ley, Actualización de Jurisprudencia, Tomo IV; Daños y perjuicios, a partir del caso 2114 hasta el 2122, una serie de resúmenes sobre daños causados por productos elaborados y vemos que algunos encajan estrictamente dentro de lo que estamos tratando de visualizar: ese tipo de daño, y otros de los allí seleccionados, están un poco fuera de las previsiones del Código y se ha procurado solucionarlos por la vía contractual.

Uno de ellos, por ejemplo, se refiere al caso de un restaurante donde se envenenaron varios de los clientes por la presencia de botulina en los alimentos que habían ingerido. La condena al propietario del restaurante se basó en la garantía contractual que debía ofrecer a sus clientes. En cambio, se consideró no responsable al fabricante del producto enlatado que se había utilizado, por considerar que no había culpa del fabricante; en realidad se probó que en ninguna de las latas de ese mismo producto que existían en el comercio, había presencia de botulina, y en cambio se encontró botulina en la olla en la que se habían preparado los alimentos. Es decir que en ese caso, en definitiva, se habría podido recurrir sin dificultad al artículo 1109, aun basándolo en la responsabilidad extracontractual para hablar de la responsabilidad por culpa. Sin embargo, el Tribunal que resolvió el asunto lo encuadró dentro de la responsabilidad contractual⁷.

A mi criterio este caso no entra estrictamente dentro del supuesto de hecho que nos preocupa, porque se trata de una relación directa entre quien elaboró la comida y los clientes que fueron víctimas del envenenamiento botulínico; es decir que en realidad no existe responsabilidad del fabricante del alimento, que se encontraba en buen estado, sino de quien lo cocinó empleando una olla que no estaba en condiciones.

Esto nos obligó a realizar un esfuerzo para centrar el su-

⁷. Sup. Corte de Buenos Aires, 22 de junio de 1965, LL 119-383.

puesto de hecho que nos preocupa, o sea delimitarlo con precisión. Estamos hablando de un producto elaborado, es decir, que ha sido objeto de una manipulación por el hombre, que lo ha transformado incluyéndole, por la vía de su actividad, una serie de características que lo diferencian de la materia prima.

En segundo lugar estamos hablando de la dañosidad que este producto ha ocasionado a las víctimas, no de los daños que haya sufrido el propio producto elaborado, lo que nos colocaría en el terreno contractual de los vicios redhibitorios o de los vicios ocultos.

El daño sufrido por el propio producto, el defecto del producto que lo hace inútil para los usos a que está destinado, nos coloca en el campo contractual regulado por el Código, donde quien recibe un producto que no se encuentra en buenas condiciones, puede dirigir su acción, porque el propio Código lo prevé en los artículos correspondientes, no sólo contra quien le vendió de manera directa el producto, sino contra los que incorporaron al producto el defecto, o debían conocer ese defecto del producto.

En cambio nosotros deseamos referirnos al producto elaborado que ocasiona un daño a los consumidores de ese producto, que pueden no estar unidos, decíamos, por ninguna relación contractual con el fabricante.

El caso lo vemos de manera muy clara en hipótesis como las que se han presentado de la explosión de un sifón donde no ha sido ni el adquirente ni sus familiares, sino visitantes de la casa, los que sufrieron los daños por la explosión. Nos encontramos allí con un producto elaborado: el sifón dañoso y con una víctima sin relación contractual con el fabricante.

El daño puede provenir de vicios en el producto, o de defectuosidad, que no es lo mismo que los vicios. Además es menester que haya relación de causalidad entre los defectos o vicios del producto y la consecuencia dañosa.

Señalamos el requisito de que haya relación de causalidad entre los defectos o vicios y la consecuencia dañosa, porque

muchas veces pueden aparecer daños que no tengan ninguna relación con las fallas o defectos del producto y luego se pretenda atribuírselos al fabricante. Esos daños pueden tener otro origen; pueden ser, por ejemplo, y ahí estaría la falta de causalidad, fruto de una culpa de la propia víctima, que corta la cadena causal porque usa el producto de forma contraria a las indicaciones dadas por el fabricante; puede provenir de la culpa de un tercero por quien el fabricante no debe responder; también por el uso indebido del producto o porque haya agregado una actividad distinta que sea la que realmente guarde relación de causalidad adecuada con el daño sufrido por la víctima.

Supongamos que un producto defectuoso, una mercadería alimenticia, ocasiona una leve intoxicación a una persona, un eczema, y va a atenderse por un médico, y el médico lo trata con remedios contraindicados para ese sujeto, que luego fallece. Esa muerte no guarda una relación de causalidad adecuada con la defectuosidad o peligrosidad del producto, caso en el cual contra el fabricante solamente podrán reclamarse los daños que había causado con el eczema y no los daños que ocasiona el fallecimiento del sujeto.

La relación de causalidad se cortaría si media culpa de la víctima, o de un tercero, y algunos autores señalan también que podría interrumpirse si han mediado caso fortuito o fuerza mayor: estos hechos eximirían de responsabilidad al fabricante del producto.

Pero aquí queremos insistir que para que el caso fortuito constituya una eximente, debe ser un caso fortuito ajeno a las características mismas del producto, porque cuando se trata de casos fortuitos en el sentido antiguo de la imprevisibilidad por el defecto del material, de la imprevisibilidad por las consecuencias secundarias que algún medicamento puede tener, no cae ya dentro del concepto de imprevisibilidad para el tipo de elaboración actual, para el tipo de circunstancias sociales de la vida moderna; es decir, que tendría que ser un caso fortuito totalmente ajeno al producto mismo.

Estos serían los datos que integran el supuesto de hecho cuya temática procuramos analizar dentro del Derecho argentino. Para ilustrar el problema, podemos analizarlo a través de los autores que se han preocupado de estudiarlo en el Derecho nacional. La literatura jurídica sobre el tema es escasa e incluso en algunos aspectos diríamos que pobre, porque, por ejemplo, el primer trabajo que encontramos es uno de Bustamante Alsina⁸, que tiene la virtud de haber sido quien desbroza el camino. Bustamante Alsina se inclina por un doble juego de soluciones: cuando hay relación directa entre víctima y fabricante, porque el fabricante ha sido fabricante vendedor y la víctima compradora, estamos frente a una relación contractual y trata de aplicar las normas de responsabilidad contractual, incluso ampliándolas algo, porque en realidad la relación contractual por la compraventa no da derecho a que se actúe por las consecuencias mediatas de estos daños y perjuicios ocasionados por los vicios o defectos de la cosa, sino solamente para reclamar contractualmente por los daños sufridos por la cosa. Es decir que él excede un poco el margen de lo que las normas en el campo de lo contractual darían como solución; pero él dice; aquí ya existe una ventaja: la víctima no tiene que probar la culpa en la relación contractual, y existiría también una garantía implícita de no causar daño, de suministrar un producto en condiciones, como en el caso del restaurante donde está la garantía implícita de no envenenar al cliente.

El segundo paso es, dada la hipótesis en la cual no se encuentre una relación directa contractual entre fabricante y víctima, si no que han intermediado varios o incluso la víctima haya

⁸ Jorge BUSTAMANTE ALSINA, *Responsabilidad civil por "productos elaborados" en el derecho civil argentino*, LL 143-870. Provocó este trabajo, lo relata el mismo Bustamante Alsina, el hecho de que su hijo tradujo, y se publicó en *La Ley*, el trabajo de un norteamericano (Maurice Alfred MILLNER, *La responsabilidad civil por 'productos elaborados en el sistema del common law'*, LL 143-858), sobre el problema en el Common law norteamericano y en general, como un apéndice, en los derechos continentales. La inquietud que le provoca a Bustamante Alsina la lectura de la traducción de ese trabajo de Millner, lo lleva a tratar de efectuar un enfoque de cómo podrían resolverse problemas similares en el Derecho argentino.

sido ajena a esa relación contractual, para Bustamante Alsina la normativa aplicable sería el artículo 1109 del Código Civil; sólo respondería el fabricante en los casos en que haya mediado de su parte culpa en la elaboración del producto, y además la víctima tiene a su cargo como en todas estas hipótesis en que se atribuye culpa y se recurre al artículo 1109, la prueba de la culpa del fabricante, que se le vuelve extremadamente difícil, como ha sucedido en todos los países cuando se ha pretendido hacer fincar la responsabilidad del fabricante solamente en la culpa.

Bustamante Alsina, para anticiparse a responder a la objeción que se le podría formular a esta dificultad de prueba dice: pero la prueba no va a ser tan difícil porque habría una inversión de la carga de la prueba sobre la base de las presuntio hominis que surgirían de la propia dañosidad que demostró el producto, que crea por tanto una presunción de que ha sido mal elaborado; y tendrá que ser entonces el fabricante quien, frente a la presunción que el juez va a aplicar, brinde una prueba de descargo y demuestre su falta de culpa, por haber tomado todas las medidas de seguridad para evitar el daño.

Sobre el punto vuelve también Bustamante Alsina en un trabajo posterior, publicado en la Revista Zeus, de Rosario, en el mes de febrero de 1980, en los números 1443 y 1444 de esa Revista⁹, donde trata de la pluralidad de sujetos civilmente responsables. Entonces, en uno de los capítulos de ese trabajo, señala que puede haber varios sujetos responsables frente a la víctima: el que vendió el objeto por la relación contractual; el fabricante, por la vía de la acción del 1109. Y ahí también, acota Bustamante Alsina, que, en contra de su opinión se han pronunciado otros autores que han escrito sobre el tema, y de manera coincidente Llambías.

En este camino que estoy recorriendo, vemos que la doctrina

⁹. Jorge BUSTAMANTE ALSINA, "La responsabilidad civil por daños causados por productos elaborados", Zeus, T. 24, D - 41.

nacional ha seguido luego inquietándose por los daños que ocasionan los productos riesgosos o defectuosos, y han sido dos jóvenes juristas de Buenos Aires, López Cabana y Lloveras -que pertenecían a la cátedra de Aníbal Alterini- quienes en un trabajo publicado en *El Derecho*, hacen asentar la responsabilidad del fabricante en el artículo 1113¹⁰.

La conclusión es interesante y seduce; debo decir que, antes de haber leído ese trabajo, reflexionando sobre el tema, en algún momento he llegado incluso a una conclusión similar. El artículo 1113 crea una responsabilidad de tipo objetivo que no admite prueba en contrario, ni hace necesario para la víctima el probar la existencia de culpa, y ella hace responsable al dueño o guardián de la cosa.

López Cabana y Lloveras dicen que esta responsabilidad del dueño o guardián de la cosa debe juzgarse no con relación al momento en que se produce el efecto dañoso, sino con relación al momento en el cual incorporaron a la cosa las posibilidades dañosas. Y la posibilidad del daño, la causa generadora del daño, se incorporó en el momento de elaborar el producto. Entonces debe responder quienes eran dueño o guardián del producto en el momento de la elaboración, aunque luego haya pasado a otras manos y haya llegado, incluso, a manos de la víctima¹¹.

La construcción es ingeniosa y puede facilitar a los jueces un arma útil para lograr el fin querido que es proteger a la víctima y hacer efectiva la garantía que debe el fabricante a la víctima. Pero es una construcción forzada. El texto del 1113 habla muy claramente de la responsabilidad del dueño o guardián, y el fabricante las más de las veces hace ya mucho tiempo que ha dejado de ser dueño y la guarda tampoco la tiene.

Llambías, les decía, critica esta posición de Lloveras y

¹⁰. Roberto M. LÓPEZ CABANA - Néstor L. LLOVERAS, *La responsabilidad civil del industrial. Régimen de reparación de daños causados por "productos elaborados"*, ED 64-549.

¹¹. Dicen que "es el dueño o guardián en el momento de introducir el riesgo quien debe responder", cit.

López Cabana, precisamente por esas razones; aquí ya no se está frente al dueño. Y siguiendo la línea trazada por Bustamante Alsina, procura fundar la responsabilidad del fabricante en el artículo 1109 y en la culpa del fabricante, y reitera aquello de que habría una presuntio hominis de culpa que surgiría del hecho mismo del daño causado; y estampa entonces la frase: "res ipsa loquitur", las cosas hablan por sí mismas, el daño está hablando por sí mismo y está indicando la culpa; lo que es francamente contradictorio con la posición de Llambías en materia de responsabilidad civil, porque es hablar de una responsabilidad por culpa sin culpa; por culpa que surge objetivamente del daño que se ha sufrido y nada más que de esto. Quiere decir que aquí los jueces deberán afinar el concepto de la culpa y llegar a la conclusión de que hay culpa siempre, pero estas culpas irrefragables no son de ninguna manera culpa.

En definitiva lo que sucede es que hay una insuficiencia normativa¹² porque todo nuestro código ha seguido aquella idea decimonónica de que la responsabilidad civil se fundaba principalmente en la culpa. Pero hay, sin embargo, algunos atisbos en el propio Código, de que la culpa no es el único factor de atribución de responsabilidad. No sólo lo encontramos en la reproducción de la vieja solución romana que atribuye responsabilidad al dueño del animal, lo encontramos también en muchos otros dispositivos que a lo largo del Código aparecen, o en otras leyes, por ejemplo, la responsabilidad de quien busca un tesoro, que aunque no obre culposamente, tiene que resarcir al propietario del te-

¹². Comentario del anotador: esta insuficiencia normativa fue solucionada por la Ley de Defensa del Consumidor (24.240 y sus modificatorias). Recomendamos ver: Ricardo Luis LORENZETTI, *Consumidores*, 2ª ed., Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2009, p. 541; Juan M. FARINA, *Defensa del consumidor y del usuario*, 4ª ed., Astrea, Buenos Aires, 2009, p. 451; Jorge M. BRU - Gabriel A. STIGLITZ, "Régimen de la responsabilidad civil por daños al consumidor", en Dante D. Rusconi (coord.), *Manual de Derecho del Consumidor*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2009, p. 392; Carlos A. HERNÁNDEZ - Sandra A. FRUSTAGLI, "Comentario al artículo 40", en Sebastián Picasso - Roberto A. Vázquez Ferreyra, *Ley de Defensa del Consumidor. Comentada y anotada*, t. I, La Ley, 2009, p. 491; Alberto J. BUERES - Sebastián PICASSO, "La responsabilidad por daños y la protección al consumidor", en Revista de Derecho Privado y Comunitario, 2009-1, *Consumidores*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2009, p. 31, entre otros (sólo citamos la bibliografía más reciente).

rreno todo el daño que esta búsqueda haya ocasionado. Estamos frente a un acto perfectamente lícito, autorizado por la ley y que sin embargo hace responsable al dueño de las consecuencias directas del actuar a pesar de ser consecuencias lícitas. O lo que sucede en las relaciones de vecindad, donde pese a que se haya autorizado la instalación de una industria, si esa industria ocasiona daños que exceden la normal tolerancia, puede tener que indemnizar a los vecinos; y estamos frente a una actividad lícita, autorizada administrativamente, y que sin embargo hace nacer una responsabilidad por el hecho dañoso.

Es que en el propio Código, cuando habla de las consecuencias de los hechos voluntarios, queda una reminiscencia de aquello de que el hombre debe responder siempre por los daños que cause con su actuar, aunque no esté actuando ilícitamente; aunque la ley le permita actuar, si con ello ocasiona víctimas, las víctimas deben ser resarcidas. Y fíjense ustedes que, no en el título de los actos ilícitos, sino cuando habla simplemente de los actos y hechos jurídicos y se ocupa de las consecuencias de esos hechos libres, dice sin distinguir si son lícitos o ilícitos, dos cosas: primero en el artículo 903, que las consecuencias inmediatas de los hechos libres son imputables al autor de ellos; no dice de los hechos ilícitos sino de los hechos libres; acá no ha establecido ninguna distinción, y sigue: las consecuencias mediatas son también imputables al autor del hecho cuando las hubiere previsto, y el factor de previsibilidad no indica culpa si el hecho es lícito, pero puede preverse; y cuando empleando la debida atención y conocimiento de las cosas haya podido preverlas.

En la actualidad de nuestra vida social el fabricante, que obtiene el provecho de su actividad industrial, está en condiciones de prever la posibilidad de ocasionar con los productos consecuencias dañosas, y por tanto, es él quien debe responder. Esta solución, además es socialmente útil, porque él está también en condiciones de tomar medidas para que se enjugue ese daño, contratando por ejemplo, los seguros de responsabilidad que permi-

tan, en el caso de que aparezcan, cosa que en una u otra oportunidad ha de darse, de acuerdo a la previsibilidad matemática, en el caso de que aparezcan consecuencias dañosas le permitan atender adecuadamente la reparación de los daños y evitar que pesen sobre la víctima inocente.

Les dije que iba a terminar, aunque este tema es un tema que nos permitiría hablar quizás muchas horas más, sobre todo si nos embarcásemos en el análisis del Derecho Comparado. Antes de finalizar quiero decirles que el Derecho Comparado nos brinda aquí una herramienta muy útil, porque nos está demostrando cómo en este siglo, no sólo en Occidente, sino también en los países de Oriente, esta problemática se está reproduciendo, y todos caminan por el mismo sendero: proteger a la víctima. Los países del Common law han podido adelantarse en virtud de que el juez es quien crea el Derecho. En países como los nuestros, de derecho continental y base romanísticas, donde está separada la función de crear el Derecho de la función judicial, es menester que el legislador atienda, y atienda con prontitud los problemas de este tipo, para dar normas suficientemente previsoras que permitan solucionar estos problemas que ahora, insisto, muchas veces tienen que solucionarse al margen de los Tribunales, en razón de la insuficiencia normativa vigente.