

## Doctrina

# Certezas y fábulas de la responsabilidad por productos



**Segundo J. Méndez Acosta**

Docente de la UBA en las materias "Derecho de las obligaciones", "Contratos Civiles y Comerciales" y "Derecho del Consumidor". Doctorando (UBA).

**SUMARIO:** I. Las tipologías legales y sus *rationes*.— II. La *fattispecie* genérica.— III. *Quid iuris* de la responsabilidad por productos.— IV. Entre la obligación de seguridad y la responsabilidad por productos.— V. El defecto y la culpabilidad.— VI. Los intermediarios en la sociedad de la información.— VII. Responsabilidad por cosas riesgosas.— VIII. Responsabilidad por actividades riesgosas.— IX. Notas sobre el art. 40 de la ley 24.240.— X. Un camino paradójico.

### I. Las tipologías legales y sus *rationes*

En nuestro país, el régimen legal de defensa del consumidor puede ser descripto como provechoso y enigmático. Evidencian lo primero las múltiples herramientas de protección de los distintos intereses del consumidor, al haberse agudizado la tutela tanto de su persona como de sus intereses económicos (1); sin que esto impli-

que —claro— ignorar los avances relativos a la implementación de sus derechos (2).

En cuanto a lo enigmático, merece decirse que la aplicación de dicho estatuto manifiesta algunas inconsistencias producto, quizá, de interpretaciones que no se avienen a las razones a las que responden las distintas categorías legales, lo cual —a su vez— puede deberse a una deficitaria labor legislativa.

No son pocos, ni de reducida relevancia, los problemas que esto ha generado, aunque todos se unen alrededor de un *quid* común: la disciplina carece de una adecuada sistematización de los distintos remedios (o sanciones) legales (3). La cuestión está lejos de ser baladí, máxime si se entiende que existe una crisis de la cooperación ajena (4).

Enlaza con esto último la temática de la responsabilidad civil, pues esta se encumbra

como uno de los ejes más inciertos del régimen de protección al consumidor. La doctrina y la jurisprudencia encuadran casos semejantes de manera sustancialmente dispar, al diferir tanto en sus fundamentos como en sus conclusiones (5).

En lo que sigue, nos proponemos dar algunas ideas elementales acerca del ámbito de aplicación del art. 40 de la Ley de Defensa del Consumidor (en adelante, LDC)

#### Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(1) La faz sustancial del estatuto del consumidor reconoce herramientas en dos sentidos: están las que atienden a la prestación principal ("interés de prestación"), y las que se dirigen a proteger a la persona del consumidor ("interés de protección"). Hacen notar el distinguido CASTRONOVO, Carlo, "La nuova responsabilità civile", Giuffrè, Milano, 1997, 2ª ed., p. 181, quien distingue, a la vez que les reconoce autonomía, entre las *obblighi di protezione* y las *obblighi di prestazione*; LORENZETTI, Ricardo L., en LORENZETTI, Ricardo L., LIMA MARQUES, Claudia, "Contratos de servicios a los consumidores", Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2005, p. 19, quien diferencia las "obligaciones nucleares" de los "deberes colaterales"; PREVOT, Juan M., "Ley de defensa del consumidor. Comentada y anotada", PICASSO, Sebastián, VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto A. (dirs.), La Ley, Buenos Aires, 2009, t. II, p. 620. Se trata de una tutela *satisfactiva* en un caso, y *resarcitoria* en el otro; aunque las referencias a la noción de "interés" —y, con ello, a la de obligación— pueden conspirar en contra de un adecuado distingo de dichas herramientas y sus propósitos.

(2) Lo provechoso de este régimen también lo pone de manifiesto el proceso de "generalización" de muchas de las soluciones normativas que en algún tiempo fueron únicamente disciplinares. Así, por ejemplo, en materia de obligación de saneamiento el Código Civil y Comercial (en adelante, Cód. Civ. y Com.) recogió soluciones propias de la LDC (conf. art. 7, ley 24.240 y art. 1038, Cód. Civ. y Com.); otro tanto ocurre en relación a las reglas sentadas por dicho código para los contratos de adhesión sujetos a cláusulas generales predisuestas (conf. arts. 37/39, ley 24.240 y arts. 984/989, Cód. Civ. y Com.). Advierten tal "generalización": HERNÁNDEZ, Carlos A., "El 'contrato de consumo' en el contexto de la 'teoría general del

contrato'. A propósito del Código Civil y Comercial (expresión de una nueva estructura tipológica)", JA 2016-I; PERAL, Santiago J., "La regulación de las cláusulas abusivas en el Código Civil y Comercial: la influencia de las normas del Derecho del Consumidor sobre el Derecho de los Contratos en general", RCCyC 2015 (noviembre), 181.

(3) Aludimos a los "remedios" o "sanciones" como las herramientas coactivas que el ordenamiento proporciona a un sujeto —acreedor— para satisfacer su interés. Preferimos dichas denominaciones a la de "acciones", dado que esta no alude a la sustancia —reacción jurídica—, sino a la facultad de poder pretender en sede jurisdiccional, con o sin fundamento. Identificar los conceptos implicaría, en cierto punto, no diferenciar entre el derecho, la acción y la pretensión (FALCÓN, Enrique M., "Tratado de derecho procesal civil y comercial", Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2013, t. I, p. 1060/1061; PALACIO, Lino E., "Manual de derecho procesal civil", Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1983, 5ª ed., ps. 116/120, n. 47).

(4) BETTI, Emilio, "Teoría general de las obligaciones", *Revista de Derecho Privado*, trad. por José Luis De los Mozos, Madrid, 1969, t. I, ps. 23/25.

(5) Dos supuestos, recurrentes en la jurisprudencia, corroboran la afirmación. I. Un consumidor contrata la adquisición de un vehículo con una concesionaria. Frente a la no entrega (o entrega tardía) del vehículo: i) Algunos tribunales descartan la responsabilidad de la concedente/fabricante, al menos con fundamento en el art. 40 de la LDC: CS, "Llop, Omar Mateo c/ Autolatina Argentina S.A.", 01/06/2004, JA 2005-I-273; CNCom., Sala D, "BG BPO S.A. y otro c/ Ford Argentina S.C.A. s/ ordinario", 11/2/2021, CNCom., Sala D, "Riggio, Rosario y otro c/ Ford Argentina S.A.", 23/10/2012, AP/JUR/3861/2012; ídem, Sala D, 3/5/2018, "Balembaum S.A. c/ Volkswagen Argentina S.A. s/ ordinario"; CNCom., Sala D, "La-

lanne, Gastón A. c/ Fiore S.A. y otro", 01/04/2020, AR/JUR/6150/2008; CNCom., Sala D, "Saucedo, Ernesto J. c/ Fiat S.A. de Ahorro para Fines Determinados y otro", 23/9/2008, 35025674; CNCom., Sala A, "Presas, Guerra J. c/ Ford Argentina S.A.", 15/6/2006, LA LEY, 2006-E, 509; SC Buenos Aires, "Bonacalza, Carlos J. c/ Fiat Auto de Argentina S.A. y otro s/ cobro de pesos por daños y perjuicios", 02/05/2013, AR/JUR/22702/2013; SC Buenos Aires, "García, Manuel E. c/ Hyundai Motor Argentina S.A. s/ resolución de contrato y daños y perjuicios", 13/6/2007LLBA 2007 (noviembre), 1138; SC Buenos Aires, "Iarritu, Marcos G. c/ Peugeot Citroën Argentina S.A. s/ daños y perjuicios", 18/6/2014, AR/JUR/33329/2014. ii) Otros consideran que la responsabilidad del fabricante/concedente surge de la referida norma, por integrar la "cadena de comercialización": CNCom., Sala B, "Sojo, Agustín c/ Plan Óvalo S.A. de Ahorro p/f Determinados y otro s/ sumarísimo", 10/9/2018; CNCom., Sala B, "Salem, Carlos Isaac c/ Guillermo Dietrich S.A. y otro s/ ordinario", 6/11/2015, RCyS 2016-V, 136; CNCom., Sala C, "Díaz, Paula Carolina y otro c/ Ford Argentina S.A. s/ ordinario", 04/09/2014; CNCom., Sala C, "Allemandi, Ana-lía Marina c/ Drago Beretta y Cía. S.A.C.I.F.E.I. y otros s/ sumarísimo", 13/10/2020, LA LEY, 2021-C; CCiv. y Com. y Minería, Gral. Roca, "Guiretti, Denise M. c/ Guspamar S.A. y otros s/ sumarísimo", 5/4/2019, LA LEY, 6/6/2019, 3; CCiv. y Com. 2ª, La Plata, Sala II, "Pavone, Fernando Rubén c/ Kiara Automotores S.A. y otro s/ daños y perjuicios", 19/8/2020, respecto de un vehículo que tenía desperfectos; CCiv. y Com., Mar del Plata, Sala III, "Llanos, Maximiliano Jorge c/ Volkswagen S.A. y otro s/ daños y perjuicios", 23/2/2021. iii) Están también quienes interpretan que la fabricante responde con fundamento en la conexidad contractual, lo cual permitiría una acción directa —tanto de cumplimiento como resarcitoria— con-

tra la automotriz: CNCiv., Sala K, "Litvac, Norberto M. c/ Volkswagen Argentina S.A. y otro s/ daños y perjuicios", 18/10/2010; SC Buenos Aires, "Quadro, Roberto c/ Abdala Auto S.A. s/ daños y perjuicios", 15/4/2009, pese a que luego su doctrina legal siguió la tesis expuesta *supra* en pto. I.i de esta nota. Algunos autores se han enrolado en esta opinión (entre otros: BARREIRO, Rafael F., "Prácticas abusivas recurrentes en el sistema de ahorro previo para la adquisición de automotores. Sobre la prevención y disuasión", LA LEY 6/6/2019, 3; JUNYENT BAS, Francisco, GARZINO, María C., "La tutela del consumidor en la capitalización y ahorro previo para fines determinados", LA LEY, 2013-C, 1065). iv) Por último, otra tesis indica que la responsabilidad solidaria de toda la cadena de comercialización resulta de la legítima apariencia generada en el consumidor: CNCom., Sala F, "Martínez Aranda, Jorge Ramón c/ Plan Óvalo S.A. de Ahorro p/f Determinados y otros s/ ordinario", 27/4/2017, RCyS 2017-IX, 176; CNCom., Sala F, "López, Hernán J. c/ Forest Car S.A. y otros s/ sumarísimo", 12/06/2018. II. Un consumidor celebra un contrato con un proveedor, en el cual interviene un sujeto como intermediario. Frente al incumplimiento de la parte proveedora, y sin que exista un producto o servicio defectuoso: i) Se ha resuelto que, en principio, no hay otro responsable más que el propio incumplidor: CNCom., Sala D, "Ruiz Martínez, Esteban c/ Garbarino S.A. y otro s/ ordinario", 22/3/2018, LA LEY, 2018-C, 435; ídem, Sala D, "Kosten, Esteban c/ Mercado Libre S.R.L. s/ ordinario", 22/3/2018, LA LEY, 2018-B, 526. ii) Para otros, además del incumplidor también responden los intermediarios por aplicación del art. 40 de la LDC: CNCom., Sala B, "Montini, Federico Salvador y otro c/ Iberia Líneas Aéreas S.A. y otro s/ ordinario", 12/6/2018; CNCiv., Sala J, "K., A. P. c/ Yahoo de Argentina SRL y otro", 31/8/2012, LA LEY, 2012-E, 662; CCiv. y Com., Mar del Plata, Sala III,

### Nota a fallo

#### Niño con discapacidad

Rechazo de la cobertura de un tratamiento biomédico. Límites de la cobertura fijados por ley. Disidencia.

CS, 08/04/2021. - B., M. A. y otros c. (OSDE) Organización de Servicios Directos Empresarios s/amparo ley 16.986. 8

### Idas y vueltas acerca del Derecho de la Salud y tratamientos experimentales

Martín Zambrano (h.) 9

### Jurisprudencia

#### Caducidad de instancia

Existencia de acto impulsorio. Interpretación restrictiva. Rechazo. CNCom., sala A, 28/05/2021. - Altavilla, Claudio Marcelo c. Sánchez, Javier Hugo s/ Ejecutivo. 12

y, con ello, deslindar su *ratio* de lo quimérico (6).

## II. La *fattispecie* genérica

La LDC no regula, aparte de sus arts. 5 y 40, otra hipótesis específica de responsabilidad por daños, por lo que los únicos supuestos respecto de los cuales se tiene establecido un régimen resarcitorio particular son los correspondientes a la obligación de seguridad y a la responsabilidad por productos. En efecto, las alusiones efectuadas en otras partes de la ley no son más que remisiones a las reglas generales sentadas por el Código Civil y Comercial (en adelante, Cód. Civ. y Com.), como lo hacen los arts. 10 *bis in fine* y 17 *in fine*.

Sobre esto, vale hacer algunas precisiones.

### II.1. Legitimación activa

Si se trata de un contrato de consumo, y lo que se pretende es el cumplimiento de las obligaciones principales —*id quod interest*—, el pretensor debe identificarse con el acreedor de dichas obligaciones, pues es este el único habilitado para reclamar su cumplimiento. Generalmente dicho interés solo lo tiene el contratante, pues las obligaciones relativas a las prestaciones características usualmente se enlazan con un contrato y, de allí, los beneficiarios y obligados en función de tal negocio —principio de relatividad de los efectos mediante— en principio son sus participantes. En estos confines, las nociones de “relación de consumo” y “contrato de consumo” se encuentran prácticamente encimadas.

Los daños sufridos como consecuencia del incumplimiento de ese tipo de obligaciones —*aestimatio rei*—, lógicamente, solo pueden ser reclamados por el acreedor respecto del cual se configuró —con ese hecho— la ilicitud y el criterio de atribución. Los terceros, en cambio, no pueden fundar, *sic et simpliciter*, su pretensión resarcitoria, debido a que deben a su vez acreditar los demás presu-

puestos de la responsabilidad extracontractual, en particular el factor de atribución (7).

Cuando lo que se incumple es un deber secundario de conducta —obligación accesoria—, lo anterior no varía, aunque sí es cierto que aquí el acreedor —legitimado activo— bien puede no revestir la calidad de contratante, dado que tales deberes —destinados a proteger más a la persona que a la prestación— se extienden más allá del contrato (8). Aquí, por ende, la relación de consumo desborda al contrato.

En los reclamos resarcitorios de fuente aquiliana, el legitimado activo —es obvio— es quien sufrió el perjuicio, en la medida en que acredite los demás presupuestos que hacen a la constitución de la obligación en cuestión (9).

### II.2. Legitimación pasiva

La regla general en la órbita extracontractual es que la responsabilidad es personal (art. 1749, Cód. Civ. y Com.), y no colectiva ni tampoco refleja, sin perjuicio de los importantes casos de excepción (v. gr., arts. 1753/1756, 1760/1762, Cód. Civ. y Com.; art. 40, ley 24.240; art. 31, ley 25.675). En el régimen contractual, por su lado, el correlato de ello lo conforma el principio de relatividad de los efectos del contrato y de las obligaciones.

De allí que, cuando se trata de una pretensión fundada en el incumplimiento de una obligación —principal o accesoria—, el legitimado pasivo es el deudor que no respetó el plan de conducta debido; y en los casos basados en una transgresión al *alterum non laedere* lo es el sujeto a quien le es imputable el hecho dañoso. Esto, claro, a menos que una disposición —como las mencionadas— establezca una mayor amplitud (10).

### II.3. Antijuridicidad

En la responsabilidad obligacional el presupuesto de la ilicitud tiene la particularidad de ser *relativo*, debido a que el incumplimiento lo es solo en relación para con la otra parte

que se vio afectada y que tenía interés en que la prestación sea realizada con corrección. Con relación a los terceros, vale decir que al tratarse de una obligación de la cual no forman parte, estos no pueden formular —como regla— pretensiones sustentadas en ese incumplimiento, ni tampoco ser pasibles de un reclamo.

Esto no descarta, sin embargo, que los terceros —ajenos a la obligación incumplida— puedan enderezar pretensiones resarcitorias contra el proveedor que desatendió la prestación. El *quid* es que deben, por ser terceros ajenos, perseguir la reparación del daño en base a las normas que rigen la responsabilidad aquiliana, lo cual importa la necesidad de acreditar un factor de atribución. En otros términos, mientras que para el que participa del vínculo le basta con el incumplimiento —que disciplina tanto la ilicitud como el criterio de atribución—, el que es extraño a esa relación jurídica debe indagar en los distintos factores de atribución previstos por el ordenamiento (11).

### II.4. Factor de atribución

Dado que en la órbita obligacional el factor de atribución se determina sobre la base de cuál es el alcance de lo debido, en los contratos de consumo —sin ser una excepción a esa regla— la responsabilidad puede ser tanto objetiva como subjetiva, según que la obligación sea de medios o de resultado (art. 1723, Cód. Civ. y Com.) (12). Lo propio, entonces, es discernir la prestación debida y, desde allí, determinar si es o no relevante en el juicio de responsabilidad la diligencia del deudor.

En materia aquiliana, la cuestión se reduce a analizar las circunstancias en las que ocurrió el hecho dañoso: si intervino una cosa o actividad riesgosa, un producto defectuoso, el hecho de un tercero por quien se deba responder, o un hecho propio.

### II.5. Previsibilidad contractual

En la responsabilidad estrictamente contractual, por respeto a la autonomía privada, la relación causal se juzga con base en el crite-

rio de la previsibilidad contractual (art. 1728, Cód. Civ. y Com.), lo cual implica una excepción a la regla de la adecuación causal (art. 1726, Cód. Civ. y Com.) (13).

Por lo tanto, este análisis consecuencial en los contratos de consumo corresponde ser juzgado de forma especial: la previsibilidad de la consecuencia se evalúa *in concreto* y tomando como referencia el momento de celebración del contrato.

Al respecto, se ha opinado que la previsibilidad contractual solo aplica a los contratos paritarios, con el argumento —peregrino, creemos— consistente en que en los de adhesión y en los de consumo no hay autonomía de la voluntad (14). Si bien discrepamos con tal parecer, señalamos dos aspectos.

De un lado, el análisis “en concreto” —según la previsión que tuvo el contratante incumplidor— se ve atemperado por la decadencia que ha vivenciado el voluntarismo jurídico en el ámbito del negocio jurídico patrimonial (15). Desde mediados del siglo pasado, como correlato del engrosamiento del orden público (16) y de la despersonalización que caracteriza a la contratación contemporánea (17), el acto jurídico se “objetivó”, al tender a desprenderse de la voluntad “real” de las partes y esforzarse —con impronta axiológica— por captar la “promedio” o “estándar” (18). Si bien tal circunstancia puede implicar un “ajuste” del referido criterio en comparación con sus aplicaciones del siglo XIX, esto no logra oscurecer el motivo fundante de este instituto, que refiere al riesgo contractual. Las partes, independientemente de la tipología contractual o de la forma de manifestar su consentimiento, realizan un cálculo jurídico tendiente a discernir los riesgos y beneficios que avizoran (prevén) con el acto en cuestión (19).

No hay, por ende, razones suficientes como para apartarse del criterio de la previsibilidad contractual, sin perjuicio de que en la actualidad el proceso intelectual de captación de la voluntad de los contratantes sea más objetivo que antes.

“Franco, Cristian M. c/ Royal & Sun Alliance Seguros Argentina y otro s/ daños y perjuicios”, 16/6/2020, AR/JUR/20466/2020.iii) Según una tercera interpretación, los que intermedían en los contratos de consumo responden con fundamento en la conexidad contractual: C4<sup>º</sup> Civ. y Com., Córdoba, “Mercado Libre S.R.L. c/ Dirección de Defensa el Consumidor y Lealtad Comercial -Rec. Apel. c/ decisiones autoridad adm. o pers. jurídica pub. no estatal (civil)”, 29/12/2016, LA LEY, 2017-B, 275; TSJ de Córdoba, Sala Civil y Comercial, “Mercado Libre S.R.L. c/ Dirección de Defensa el Consumidor y Lealtad Comercial- rec. apel. c/ decisiones autoridad adm. o pers. jurídica pub. no estatal (civil)”, 19/5/2020, AR/JUR/16523/2020.iv) Finalmente, se ha decidido que esa responsabilidad se funda en la apariencia y confianza generadas: CNCiv., Sala K, “Claps, Enrique M. y otro c/ Mercado Libre S.A. s/ daños y perjuicios”, 5/10/2012, RCyS 2014-I-27; TSCórdoba, Sala Civil y Com., “Francomano, Claudia Antonietta c/ Marín Norma Marcela y otro s/ abreviado - daños y perjuicios”, 29/9/2014, LLC 2015 (febrero), 63.

(6) Al margen, agregamos que algunos de estos inconvenientes se vinculan con una de las posiciones elaboradas respecto a las órbitas de la responsabilidad civil; en particular, con el monismo absoluto. Dicha tesis, que no distingue el régimen de la obligación resarcitoria según el ámbito donde tuvo lugar el hecho ilícito, no repara en que la identidad de finalidades y —en principio— de presupuestos no descarta la existencia de ciertas particularidades propias de cada régimen. Hay, según se dijo, “diversidad en la unidad” (PICASSO, Sebastián, ob. cit., p. 161; PICASSO, Sebastián, SÁENZ, Ricardo L. J., “Tratado de derecho de daños”, La Ley, Buenos Aires, 2019, t. I, p. 186). Lo anterior, en lo que a la responsabilidad por productos concierne, se evidencia con aquella hermenéutica que considera aplicable el factor de atribución “riesgo creado” a hipótesis estrictamente contractuales (GALDÓS, Jorge M., en *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, LORENZETTI, Ricardo L. (dir.), Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2015, t. VIII, p. 585; ya presente en las conclusiones de la comisión n.º 2 de las XII Jornadas Nacionales de Derecho

Civil, 1989, San Carlos de Bariloche). Esa *reductio ad unum*, sin reparo de las singularidades del ámbito obligacional, es la que permite justificar la solución de problemas estrictamente contractuales mediante el art. 40 de la LDC. En jurisprudencia, un caso reciente que evidencia dicha yuxtaposición de regímenes: CNCiv., Sala K, “V., M. B. y otros c/ K., B. s/ daños y perjuicios”, 02/06/2020, RCCyC 2021 (febrero), 167. El desvío también por momentos es inverso: en ciertos casos se dilata la aplicación de la obligación de seguridad a supuestos que no le son propios, eclipsando el régimen extracontractual. De allí la necesidad de modular, coordinadamente, la extensión de la obligación de seguridad con la responsabilidad aquiliana; sobre esto, remitimos *infra* apartado IV.

(7) CNCiv., Sala D, “BG BPO S.A. y otro c/ Ford Argentina S.C.A. s/ ordinario”, 11/2/2021.

(8) Esto llevó a que se acaben las discusiones en torno si, por ejemplo, los daños sufridos por la persona que se encuentra por subir al colectivo son regidos por la órbita contractual o extracontractual; o el caso de quien aún no cruzó el molinete correspondiente a la estación del transporte subterráneo, pero estaba descendiendo las escaleras de modo de ingresar a ella. Sobre la amplitud de la obligación de seguridad: PICASSO, Sebastián, ob. cit., p. 271. En la actualidad, la cuestión pasa por conocer los límites de la relación de consumo, la cual discierne los límites del deber de seguridad en el marco de tales vínculos. Sobre esto, remitimos *infra* ap. IV.

(9) Ampliar en: HERNÁNDEZ, Carlos A., “La noción de consumidor y su proyección sobre la legitimación para accionar”, RDPyC, 2009-1-257.

(10) Para mayor extensión, consultar: FRUSTAGLI, Sandra, “Conexiones entre la noción de proveedor y los legitimados pasivos en la ley de defensa del consumidor”, RDPyC, 2009-1-225.

(11) Dejamos a salvo la opinión contraria que sobre esto tiene la Corte de Casación francesa. Ver, sobre esto: PICASSO, Sebastián - Sáenz, Ricardo L. J., ob. cit., t. I, p. 240 y ss., en donde los autores efectúan una profusa exposición del criterio de dicho tribunal, sin compartir su solución.

Consultar, más recientemente: Corte de Casación, Asamblea Plenaria, 13/1/2020, Dalloz 2020.416, con nota de BORGHETTI, Jean-Sébastien. Para un reflexivo comentario de este último precedente: PICASSO, Sebastián, “Responsabilidad del deudor frente a terceros damnificados por el incumplimiento contractual. Estado de la cuestión en Francia y en la Argentina”, RCCyC 2020 (octubre), 73.

(12) Las obligaciones accesorias, como la de seguridad o de información, por caso, son de resultado (arts. 4/6, LDC). Las principales, por su lado, se definen en base a lo convenido por las partes o las demás circunstancias de la obligación (art. 1723, CCyC).

(13) Sus antecedentes son bien antiguos, al encontrarse presente en un texto de Paulo de antes de la Edad Media (19.1.21,3), luego en el antiguo derecho francés, aludida por Pothier (Pothier, Robert J., *Tratado de las obligaciones*, Heliastra, Buenos Aires, 2007, p. 87/97, n. 159/172), presente en el *Code Civil* gallo (viejo art. 1150 y actual 1231-3) y en el argentino derogado (arts. 520/521). Contemporáneamente, distintos instrumentos internacionales también la refieren (art. 74, Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías; art. 7.4.4 de los Principios de Unidroit sobre los Contratos Comerciales Internacionales).

(14) Ver, por ejemplo, los fundamentos del proyecto de Código Civil y Comercial, en donde se postula la inaplicabilidad de dicho criterio a los contratos de consumo (*Proyecto del Poder Ejecutivo Nacional redactado por la Comisión de Reformas designada por Decreto Presidencial 191/2011*, La Ley, Buenos Aires, 2012, p. 571). Creemos que no es posible reafirmar tal tesis, principalmente por dos razones: primero, en orden a una clásica regla de hermenéutica jurídica, según la cual *ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus*; por otro lado, debido a que el riesgo contractual —que se conforma, digámoslo así, por el paquete de informaciones que tuvo cada contratante al momento de concertar el negocio— se encuentra presente en todo tipo de contrato, independientemente de la tipología a la cual pertenezca.

(15) Sería un exceso extender la afirmación al terreno del acto jurídico extrapatrimonial, en donde la autonomía de la voluntad penetra cada vez con más fuerza (TOBIÁS,

José W., “La protección de la voluntad en la contratación contemporánea”, LA LEY, 2010-B, 966).

(16) RIPERT, Georges, “Le régime démocratique et le droit civil moderne”, LGDJ, Paris, 1936, p. 273 y ss., n. 140 y ss., y su versión en español El régimen democrático y el derecho civil moderno, ed. José M. Cajica J., trad. por José M. Cajica Jr., Puebla, 1951, p. 221, n. 139 y ss.; SPOTA, Alberto G., “Instituciones de derecho civil. Contratos”, Depalma, 1974, vol. I, p. 21, n. 14, quien habla de un “dirigismo” contractual; MESSINEO, Francesco, “Doctrina general del contrato”, Ejea, trad. por R. O. Fontanarrosa - S. Sentís Melendo - M. Volterra, Buenos Aires, 1952, t. I, p. 20/21, n. 11.

(17) REZZÓNICO, Juan C., “Contratos con cláusulas predisuestas”, Astrea, Buenos Aires, 1987, p. 5, n. 3; ZANNONI, Eduardo A., “Responsabilidad por productos elaborados”, en Seguros y responsabilidad civil. 5, TRIGO REPRESAS, Félix A., STIGLITZ, Rubén S. (dirs.), Astrea, Buenos Aires, 1984, p. 250; TOBIÁS, José W., “La protección de la voluntad en la contratación contemporánea”, ob. cit.

(18) DE LORENZO, Miguel F., “El daño injusto en la responsabilidad civil”, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1996, p. 14, nota n.º 4; APARICIO, Juan M., Contratos/1. Parte general, Hammurabi, Buenos Aires, 1997, ps. 207/208, n. 178 y la nota n.º 13, quien hace notar que los cambios producidos por la revolución industrial erosionaron el papel de la voluntad, y se tradujeron en un predominio del momento objetivo de la declaración y de los valores sobre los cuales esta se sustenta (buena fe y seguridad jurídica).

(19) LORENZETTI, Ricardo L., “La responsabilidad precontractual como atribución de riesgos de la negociación”, LA LEY 5/4/1993; RISOLÍA, Marco A., “Soberanía y crisis del contrato en nuestra legislación civil”, Valerio Abeledo editor, Buenos Aires, 1946, ps. 117/122, quien en su tiempo decía que el hecho de prestarse el consentimiento por adhesión no quita el carácter contractual del acto. La aseveración de este último autor conserva actualidad, al servir para explicar que el riesgo contractual no está ausente en los contratos de adhesión, ni tampoco en los de consumo, más allá de la modalidad mediante la cual se manifiesta en esos casos la voluntad.

Por otra parte, podría argumentarse que el punto de referencia fijado para analizar la previsibilidad —este es, el de la celebración del contrato— no correspondería ser aplicado en todos los contratos de consumo, dado que en la actualidad no son pocos los negocios que no nacen para extinguirse. La “cautividad” que caracteriza a ciertos vínculos contractuales actuales puede conspirar en contra de la tarea de analizar la previsibilidad de una consecuencia, debido al extenso lapso que puede existir entre la gestación del contrato y su incumplimiento.

Sin embargo, en muchos de esos casos las condiciones contractuales —y, con ello, el riesgo— se renuevan periódicamente (v. gr., seguros), a lo que se añade, por un lado, que actualmente la forma de captar la voluntad de las partes —según dijimos— es más objetiva que subjetiva y, además, tal hipotética distancia temporal no puede —por sí sola— desplazar la pauta de previsibilidad discipulada de la seguridad jurídica.

### II.6. Daños resarcibles

No hay límites a la hora de evaluar las consecuencias resarcibles, más allá de las restricciones generales vinculadas con la previsibilidad y la cualidad del interés que se pretende reparar (20).

### III. Quid iuris de la responsabilidad por productos

Con permisible simplificación, puede decirse que la responsabilidad civil —como el derecho de los contratos— evoluciona al ritmo de dos frentes: de un costado el modelo de producción, y del otro la *iusfilosofía*.

Así, el sistema del responder actual refleja los avances del capitalismo, aunque —con cierto “dirigismo”— mediante un enfoque “social” (21).

La técnica de distribución de los daños en sociedad tensiona principalmente entre dos valores: por un lado, aquel que conduce a socorrer a quienes sufren un perjuicio; por otro, desde el costado *debitor*, el concerniente a la libertad (patrimonial). Este último enlaza con la seguridad jurídica, que en la responsabilidad civil es mayormente significada mediante estándares —objetivos y subjetivos— de “previsibilidad”; en tren de esto, parece generalmente haber —aunque no siempre de forma explícita— un análisis de las aptitudes del pretensor responsable, tanto de dominar como de soportar la contingencia que se le quiere trasladar (22).

Debe, en todos los casos, existir un *fundamento* que permita tal transmisión; de lo contrario, se carecería de la habilitación legal que justifique el deber de reparar, lo que implicaría una restricción a la libertad (patrimonial) de una persona sin razón válida (art. 19, Const. Nac.).

Pues bien, lo que motoriza a la responsabilidad por productos, y a su vez justifica el traslado del nocimiento, es el riesgo de seguridad del producto (23). De allí que la noción de “defecto” —o de “vicio”— se halle en la inseguridad; al mismo tiempo, no cualquier imperfección del producto es considerable como un defecto en el sentido del presente régimen, pues estarán aquellas que no arriesguen la seguridad de las personas.

damento de la propia responsabilidad por productos defectuosos pasa por el peligro que estos generan al introducirse en el mercado” (PRIETO MOLINERO, Ramiro J., “Ley de Defensa del Consumidor. Comentada y anotada”, PICASSO, Sebastián - VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto A. (dirs.), La Ley, Buenos Aires, 2009, t. II, ps. 750/751).

(24) Fármaco alemán comercializado entre 1957 y 1963 para calmar las náuseas durante los primeros tres meses de embarazo, y su consumo produjo miles de malformaciones congénitas.

(25) El *dietilestilbestrol* (DES) se trató de un fármaco comercializado principalmente en los Estados Unidos, que se lo utilizaba para disminuir el riesgo de aborto en las mujeres embarazadas, así como también para tratar problemas de próstata. El medicamento provocaba graves daños en la salud de las hijas de las mujeres que lo habían consumido durante su embarazo. Esto llevó al conocido precedente del Tribunal Superior de California en donde se recurrió a la doctrina del *market-share*, ante la falta de prueba contundente acerca quién había sido el dañador de entre todos los laboratorios que habían comercializado el producto (“Sindell v. Abbott Laboratories”, 26 Cal. 3d 588, 1980).

(26) Se trata de un grupo de minerales utilizados en gran variedad de productos manufacturados, pero su peligro para la salud (al provocar asbestosis y cáncer) condujo a que su utilización se reduzca.

(27) La *encefalopatía espongiiforme bovina* (EEB) fue una enfermedad que se transmitió a los seres humanos a raíz del consumo de animales infectados.

(28) Durante las décadas del ‘70 y ‘80 se descubrió que miles de pacientes hemofílicos estaban infectados con VIH y hepatitis C, a raíz de que habían recibido sangre contaminada.

(29) El sistema empezó a girar alrededor del defecto y, así, desembarazarse de justificativos obligacionales (v. gr., *implied warranties*). Esto, a la vez, implicó —en principio— la irrelevancia en el juicio de responsabilidad de la subjetividad del agente a quien se pretende imputar el hecho.

(30) La jurisprudencia anglosajona ha dado cuenta de esas dos cuestiones, al haber considerado particularmente que esos agentes —los fabricantes— podrían soportar —mediante el mecanismo del seguro, por ejemplo— este tipo de infortunios. Ilustran lo dicho los fundamentos del juez Traynor, en la conocida sentencia “Escolla v. Coca-Cola Bottling of Fresno”, 24 Cal. 2d 453, 150 P. 2d 436: “Against such a risk [refiere al riesgo de que se comercialicen productos defectuosos que ponen en peligro la vida y la salud de las personas] *there should be general and constant protection and the manufacturer is*

Así, se viene a resolver el problema de los daños sufridos como consecuencia de un producto que adolece de un defecto de seguridad. La segunda parte del siglo pasado brinda numerosos ejemplos: la *thalidomida* (1957-1963) (24), el DES (1950) (25), el amianto o asbesto (1970) (26), la enfermedad de las *vacas locas* (1986) (27), o los pacientes de hemofilia contaminados con H.I.V. o hepatitis C (1970-1980) (28).

Si bien el siglo XX atestiguó grandes cambios tanto en el ámbito de la antijuridicidad como en el de los factores de atribución, en el supuesto que aquí tratamos el avance se dio en este último campo, pues las víctimas, en la lógica tradicional —por la inflexibilidad del principio general de la culpa— debían acreditar la negligencia del fabricante para lograr su responsabilidad.

En el proceso de objetivar y, al mismo tiempo, “extracontractualizar” esta *fattispecie*, todo viró hacia el defecto (29).

El *quid* está en la falla del producto, al punto que es esta la contingencia que el ordenamiento traslada. En orden a ello, puede afirmarse —sin aventura— que el régimen presupone un dominio del fabricante, al ser quien interviene en el proceso en donde se gestan —aunque no todos— los vicios de los que puede adolecer un producto; a su vez, estaría reconociendo su posibilidad de soportar tal riesgo (30).

Añadimos, por otro lado, que amén de los intentos efectuados desde el ámbito contractual, se impuso una solución eminentemente aquiliana: el fabricante es responsable, respecto de toda persona,

*best situated to afford such protection*”. Misma consideración, aunque en materia de obligación de seguridad, hizo la Corte Suprema de Justicia de la Nación, cuando expresamente señaló que en el caso “la carga indemnizatoria puede ser mejor distribuida por el prestador, tanto disminuyendo los accidentes, como contratando un seguro” (CS, “Bianchi, Isabel del Carmen Pereyra de c/ Buenos Aires, Provincia de y Camino del Atlántico S.A. y/o quien pueda resultar dueño y/o guardián de los animales causantes del accidente s/ daños y perjuicios”, 7/11/2006, Fallos: 329:4944, cons. 5º). En un estudio sobre el tema, se señaló que los principales argumentos que justifican la responsabilidad objetiva —en particular para el caso de las actividades riesgosas— son dos: por un lado, el “dominio” que tiene el agente respecto del hecho y, por otro, el beneficio económico que se obtiene a raíz de la actividad desarrollada, lo que permitiría en la generalidad de los casos trasladarle el accidente, al encontrarse en mejores condiciones de prevenir el hecho o, cuando no, de absorberlo (BASOZABAL ARRUE, Xabier, “Responsabilidad extracontractual objetiva: parte general”, Colección Derecho Privado, Madrid, 2015, p. 62). Después de todo, hay siempre un análisis económico de los factores de atribución (FABRE-MAGNAN, Muriel, “Droit des obligations. 1. Responsabilité civile et quasi-contracts”, Thémis, Paris, 2007, p. 49, con alusiones al análisis económico del derecho con relación al riesgo creado), como lo hay también de todo el sistema de la responsabilidad civil (CALABRESI, Guido, “The Cost of Accidents”, Yale University Press, New Heaven and London, 1970), o de los derechos en general (HOLMES, Stephen, SUNSTEIN, Cass R., “The Cost of Rights. Why Liberty Depends on Taxes”, Norton & Company, 2000).

(31) Bustamante Alsina lo señalaba del siguiente modo: “En cuanto a los daños que motivan el presente análisis no son aquellos perjuicios que pueda experimentar la cosa objeto de la prestación en sí misma, sino los que son susceptibles de ser ocasionados por esta a las personas o a otros bienes, a causa de defectos o fallas de fabricación que las tornan nocivas” (BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, “Teoría general de la responsabilidad civil”, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1997, 8ª ed., p. 429, n. 1089. En el mismo sentido, más recientemente: SÁENZ, Luis R. J. - SILVA, Rodrigo G., “La responsabilidad por productos en el derecho argentino. Aplicaciones jurisprudenciales y derecho comparado”, *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, año 17, n.º 1, noviembre, 2019, p. 207 y ss.; FERRER de FERNÁNDEZ, Esther H. S., “La responsabilidad por productos elaborados y el riesgo del desarrollo en el contexto del derecho del consumidor”,

por los daños que causa el defecto de un producto que comercializó. Este enfoque permite comprender —además del hecho de que se tutela a todo damnificado con independencia de su posicionamiento jurídico—, que los daños resarcibles sean solo los producidos en la persona o en los bienes distintos al de la prestación; por lo que quedan excluidos los llamados daños intrínsecos (31).

En relación con esto último, relativo a los daños resarcibles, propio es indicar que este instrumento no viene a suplantar otros distintos, ni a entrometerse en la tutela satisfactoria. De allí que el producto en sí mismo, por integrar la prestación, no resulte protegido por la responsabilidad por productos, en virtud de tratarse de una cuestión ajena a la responsabilidad civil y propia de la ejecución del objeto de la obligación principal (v. gr., arts. 10 *bis*, 11/18, 23 y 24, ley 24.240) (32).

### IV. Entre la obligación de seguridad y la responsabilidad por productos

En el afán de proteger a la persona se han elaborado distintas técnicas, dentro de las cuales se destacan la obligación de seguridad y la responsabilidad por productos defectuosos. Se trata, sin embargo, de alternativas excluyentes y no acumulativas.

Si bien ambas encuentran fundamento en la seguridad de las personas y en el deber general de no dañar, lo cierto es que los condicionamientos de una y otra no son los mismos; lo cual, en parte, se debe a que en un caso nos encontramos ante un régimen obligacional y en otro aquiliano (33).

RDCO 276, 35). Es esta, por lo demás, la solución mayoritaria en el derecho comparado. El *Restatement (Second) of Torts* (1965), dispone que quien vende un producto en una condición defectuosa “is subject to liability for physical harm thereby caused to the ultimate user or consumer, or to his property” (§ 402.A). El Código del Consumo italiano, por su lado, dispone que en estos casos los daños resarcibles son: “a) il danno cagionato dalla morte o da lesioni personali; b) la distruzione o il deterioramento di una cosa diversa dal prodotto difettoso, purché di tipo normalmente destinato all’uso o consumo privato e cosí principalmente utilizzata dal danneggiato” (art. 123). A su turno, el Código galo prescribe que las normas relativas a la responsabilidad por el hecho de productos defectuosos se aplican a “la réparation du dommage qui résulte d’une atteinte à la personne”, como así también a la reparación de un daño “qui résulte d’une atteinte à un bien autre que le produit défectueux lui-même” (art. 1245-1). La Directiva 85/374/CEE hace lo propio, al disponer que son resarcibles los daños causados por muerte o lesiones corporales, y los causados a una cosa que no sea el propio producto defectuoso (art. 9).

(32) De todos modos, nuestro ordenamiento tiene la particularidad de que el régimen de garantías de cosas muebles no consumibles importa la responsabilidad de toda la cadena de comercialización (art. 13, ley 24.240). Por lo tanto, si bien la amplitud en la legitimación pasiva del art. 40 de la LDC no aplica para los casos en los que se pretenda reparar la cosa —en virtud de una falla de seguridad, o de otra causa—, lo cierto es que tal legitimación pasiva se conserva —aunque con fundamento en el citado art. 13— cuando se trata de bienes muebles no consumibles. Como ejemplo, puede verse el caso en el que, en aplicación del art. 17 inc. “c” de la LDC, se condenó a una empresa automotriz y a una concesionaria a restituir al comprador de un automóvil cero kilómetro el 30% del valor del precio abonado, dado que el producto había presentado fallas que no pudieron ser satisfactoriamente reparadas (CNCom., Sala A, “Sapas, Patricia Noemí c/ Forest Car S.A. y otros s/ ordinario”, 31/05/2013, AR/JUR/26074/2013).

(33) La obligación de seguridad es, precisamente, un deber accesorio de conducta, que opera en el marco de lo vincular (RINESI, Antonio J., “El deber de seguridad”, Rubinzal-Culzoni, 2007, Santa Fe, p. 45; LORENZETTI, Ricardo L., “Las reglas de conducta y los contratos”, JA 2003-IV, 1417). Dejamos a salvo, claro, los casos en los cuales esa prestación protagoniza la relación —v. gr., contrato de depósito, de caja de seguridad, o en internaciones psiquiátricas—.

Mientras la obligación de seguridad actúa como una garantía de indemnidad, que habilita la pretensión resarcitoria desde el momento en que se sufre un daño en ocasión del vínculo, independientemente del hecho que lo haya producido; el régimen de responsabilidad por productos requiere, para que se constituya el deber de reparar, que el daño lo haya causado un defecto del producto. En un caso las circunstancias en las que ocurrió el hecho son irrelevantes, mientras que en el otro cobran importancia.

Con esto, se comprueba que la obligación de seguridad es un instrumento de mayor tutela que el restante, pues importa plena inmunidad, y vuelve responsable al deudor (proveedor) desde que el acreedor (consumidor) sufre un daño, independientemente de las condiciones en las que ocurrió. Añadimos, para más, que si bien nuestro ordenamiento no reconoce un deber genérico de resarcir ante la sola materialización del perjuicio, esta obligación es lo más cercano a tal extremo.

Lo anterior no basta en la responsabilidad por productos, pues en este supuesto es necesario acreditar, además del perjuicio, que este fue causado por un defecto del producto.

Los ámbitos de aplicación de uno u otro instrumento dependen del dominio o control que tienen los agentes sobre el hecho. Cuando una persona está sometida al devenir de una determinada actividad, que se la supone controlada por otra, se ha dispuesto la traslación de los daños sufridos por aquella al agente “dominante” con incumbencia en ese espacio, mediante el reconocimiento

de la obligación de seguridad. Este crédito ha vuelto obligacionales a supuestos extracontractuales, así como también ha significado la creación de vínculos allí donde no hay contratos. Incluso, ese avance del referido crédito pone en duda la utilidad de la categoría de actividades riesgosas, actualmente regulada por los arts. 1757/1758 del Cód. Civ. y Com. (34).

En nuestro medio, el ámbito de aplicación de esta obligación sigue parámetros más espaciales que contractuales, dado que este último elemento ha dejado de ser dirimente a los fines de conocer los límites de tal deber (35).

En cambio, cuando la persona no está dentro del aludido ámbito espacial, sino en uno que excede todo control razonable, la referida garantía queda desplazada por otro esquema de responsabilidad, enfocado en el defecto del producto (36). En estos casos, la injerencia (el control) no está en un espacio físico determinado, sino en las cualidades de un producto, razón por la cual el defecto de este pasa a ser el elemento que habilita la traslación patrimonial pretendida.

Con cierta benevolencia científica, puede decirse que, en términos consecuenciales, en un caso es suficiente con el contacto de la persona con la actividad —o, mejor, con el vínculo jurídico—; y en el otro dicha relación debe ser entre la persona y el defecto.

Extender la obligación de seguridad a ámbitos en los que el proveedor no tiene ningún tipo de injerencia ni control resulta excesivo, por lo que se conviene regir su responsabilidad en función de un “hecho” particular (extracontractual) respecto del cual sí tiene tal dominio:

la inocuidad del producto. Por el contrario, cuando se trata de hechos dañosos que tienen lugar dentro del ámbito de incumbencia del proveedor, se coloca un estándar más elevado que mantiene relación con las circunstancias.

Entendemos, de esa manera, que la obligación de seguridad halla su límite en el ámbito de injerencia o actuación física del proveedor. Todos aquellos sujetos que se encuentren en ese espacio —hayan contratado, utilizado o simplemente estado— son acreedores de esa obligación, por lo que los daños que sufran en esas circunstancias se rigen por la responsabilidad obligacional.

A contrario sensu, quienes no se encuentren en ese ámbito espacial, y sufran un daño en su persona o en sus bienes —distintos al de la prestación—, habrán de plantear la constitución de la obligación resarcitoria con base en las normas propias de la órbita aquiliana. Eventualmente, cuando el daño lo causó un defecto en el producto se aplicará el régimen de referencia.

Podemos decir, entonces, que la obligación de seguridad agota sus efectos una vez atravesado ese límite físico, que ha de coincidir con el establecimiento comercial y, en algunos casos, incluso con sus alrededores (37). Traspasado ese ámbito, la seguridad de los consumidores (*rectius*: de las personas (38)) se rige por las distintas tipologías (extracontractuales) de responsabilidad, dentro de las cuales se exalta el régimen por productos defectuosos. De no ser esto así, se generaría una inconveniente superposición de herramientas, sin cuidado de sus *rationes* (39).

(34) Algunos incipientes desarrollos en: MÉNDEZ ACOSTA, Segundo J., “Actividades riesgosas ¿Una categoría en eclipse?”, LA LEY, 2019-F, 859.

(35) A modo de ejemplo, el proyecto de Ley de Defensa del Consumidor del año 2019 presentado por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos y el Ministerio de Producción y Trabajo prevé expresamente que la obligación de seguridad se extiende a ese “ámbito de incumbencia” (art. 117). Para un comentario de esa norma, compulsar: CARESTIA, Federico S., “Comentarios al Anteproyecto de Ley de Defensa del Consumidor”, SANTARELLI, Fulvio G. - CHAMATROPULOS, Demetrio A. (dirs.), La Ley, Buenos Aires, 2019, ps. 518/520. De todos modos, no parece haber si esta la interpretación que hizo (por mayoría) la Corte Suprema de Justicia de la Nación en un reciente precedente, al haber citado tanto la obligación de seguridad como el régimen de responsabilidad por productos —entendiendo, así, aplicables a ambos instrumentos al caso que allí se trataba—, pese a que el daño lo había sufrido una persona en su hogar como consecuencia —presumiblemente— de una errónea instalación del servicio de gas (CS, “Vela, Marcia Andrea y otros c/ Gas Natural Ban S.A. y otros s/ daños y perjuicios”, 22/12/2020).

(36) No quiere decir esto, claro, que no existan otros fundamentos que permitan transmitir el nocimiento. Dentro del estatuto del consumidor, sin embargo, son esos dos —uno obligacional (obligación de seguridad) y otro aquiliano (defecto del producto)— los que disciplinan la tutela resarcitoria de la persona.

(37) Esta interpretación es la que ha seguido la jurisprudencia ampliamente mayoritaria, al responsabilizar en numerosas oportunidades a proveedores por daños sufridos fuera del establecimiento, aunque siempre dentro de su “ámbito de incumbencia”. Así, por ejemplo, cuando un joven había sufrido un daño fuera de un local bailable a raíz de una pelea que tuvo al retirarse del mismo con personal del establecimiento (C5° Civ., Com., Minas, de Paz y Tributaria, Mendoza, “Ibáñez, Sebastián H. c/ Campoy, Carmen C. s/ daños y perjuicios”, 29/07/2013, LLGran Cuyo 2013 (octubre), 1006); cuando una persona sufrió daños causados por elementos arrojados desde un estadio de fútbol, pese a encontrarse afuera del mismo sin intención si quiera de ingresar (CS, “Mosca, Hugo A. c/ Provincia de Buenos Aires y otros”, 06/03/2007Fallos: 330:563); cuando una persona fue dañada por recibir un disparo a consecuencia de un enfrentamiento en las cercanías de un evento deportivo (ST Jujuy, Sala Civil, Comercial y de Familia, “T., N. D. c/ Club Atlético Gimnasia y Esgrima de Jujuy y El Surco Cía. de Seguros S.A. s/ ordinario”, 22/10/2019, RCyS 2020-IV, 86); el daño sufrido fuera del estadio donde había tenido lugar el evento, aunque dentro del estacionamiento de las insta-

laciones (CNCiv., Sala G, “S., A. y otro c/ Club Social y Deportivo Flandria y otros s/ daños y perjuicios”, 13/12/2018, RCyS 2019-IV, 151); o quien padeció un perjuicio como consecuencia de un robo en un cajero automático (SC Buenos Aires, “G., M. F. c/ Banco de Galicia y Buenos Aires s/ daños y perjuicios”, 11/08/2020, RCyS 2020-X, 87).

(38) Decimos esto debido a que, según creemos, las herramientas de protección de la persona contenidas en la LDC no aplican únicamente a quienes hayan contratado o utilizado el bien o servicio, sino también a los denominados *bystanders*. Por esto, resulta inconveniente referir, en estos casos, a la protección del “consumidor”, pues en principio tal calificación comprende únicamente a quien “adquiere” o “utiliza” (*vid.* la definición a la voz “consumidor” de la Real Academia Española). En el sentido que propiciamos lo hace el ya aludido Proyecto de Ley de Defensa del Consumidor del año 2019 (art. 117). El *bystander* o tercero expuesto, entendemos, rige tanto en el ámbito de la obligación de seguridad como en el de la responsabilidad por productos, además de los casos que derivan del art. 1096 del Cód. Civ. y Com. La relación de consumo, en cuanto a la seguridad de las personas, tiene esos alcances según la interpretación constitucional elaborada al respecto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CS, “Mosca, Hugo A. c/ Provincia de Buenos Aires y otros”, 06/03/2007, Fallos: 330:563; art. 42, Const. Nac.). De lo contrario, el “expuesto” estaría sometido a la prueba del peligro o riesgo de la actividad desarrollada —dado que, naturalmente, su reclamo quedaría sometido a las reglas que rigen la “actividad riesgosa”; arts. 1757/1758, Cód. Civ. y Com.—, mientras que el que había contratado o estaba con intenciones de hacerlo tendría más allanadas las condiciones de su reclamo. Tal distinción no luce razonable, en orden a que ambos sujetos sufrieron un daño en idénticas circunstancias y en el mismo “ejido de control” del proveedor.

(39) Esto no descarta, es obvio, que de un mismo hecho ilícito puedan seguirse acciones resarcitorias con distinto fundamento. Ejemplificamos: una persona, que se encontraba dentro de un supermercado mirando una heladera que estaba a la venta, sufre una descarga eléctrica que le proviene de dicho producto; frente a ello, tendrá una acción resarcitoria contra el establecimiento fundada en la obligación de seguridad (art. 5, LDC), y otra contra los demás integrantes de la cadena de comercialización basada en el defecto del producto (art. 40, LDC).

(40) CASTRONOVO, Carlo, ob. cit., p. 299, en donde el autor pone de manifiesto que, si bien la Directiva 85/374/CEE prescinde de la culpa en lo concerniente a las condiciones de imputación, no lo hace al tratar las causas de su exclusión. Puntualiza luego (p. 313), con relación al riesgo de desarrollo, que la hipótesis de un riesgo *non calculabile* sería

extraña a la responsabilidad por riesgo, que —aparentemente— se apoyaría sobre un análisis estrictamente causal.

(41) Alterini indicó, en relación a la teoría del riesgo, que esta “por lo general no desplaza totalmente a la culpa, sino que se ubica a su vera y coexiste con ella” (ALTERINI, Atilio A., “Responsabilidad civil. Límites de la reparación civil”, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1992, 3ª ed., p. 108, n. 121); a la vez que Bueres ha puesto de manifiesto contradicciones que a veces evidencia la doctrina al tratar el caso fortuito y la falta de culpa (BUERES, Alberto J., “Derecho de daños”, Hammurabi, Buenos Aires, 2001, ps. 415/416). Más actualmente, incluso, algún autor se ha interrogado —tentando una respuesta afirmativa— acerca de si la responsabilidad objetiva se encuentra en un proceso de retroceso (ROPPO, Vincenzo, “Pensieri sparsi sulla responsabilità civile (in margine al libro di Pietro Trimarchi)”, *Questione Giustizia*, 2018, 1). Al mismo tiempo, se ha afirmado que el hecho de haberse superado la máxima senza colpa nessuna responsabilità no implica, bien entendida la cuestión, que en los casos de responsabilidad objetiva el análisis sea puramente causal (CASTRONOVO, Carlo, ob. cit., p. 63). Vale hacer notar que los tribunales, en no pocas oportunidades, “subjetivizan” la responsabilidad objetiva mediante un análisis subjetivo de la causalidad, en donde la fractura del nexo causal se presenta, más que como tal, como la ausencia de culpa. Naturalmente, la relación causal, por la resonancia que tiene allí la noción de previsibilidad —enviada de la seguridad jurídica—, ha sido un espacio permeable a esas valoraciones. Solo a modo de ejemplo, recientemente: SC Buenos Aires, “G., M. F. c/ Banco de Galicia y Buenos Aires s/ daños y perjuicios”, 11/08/2020, RCyS 2020-X, 87.

(42) Podría decirse que, en rigor, en todos esos casos no hay una responsabilidad objetiva, sino más bien “agravada” (así lo indica COMANDÉ, Giovanni, “Los criterios de imputación de la responsabilidad civil en Italia”, en AA.VV., Estudios contemporáneos de derecho privado. Responsabilidad civil, propiedad, contratos y obligaciones, Universidad Católica de Colombia, Bogotá, 2018, p. 121, quien culmina diciendo —con referencias al ordenamiento italiano— que la frecuente ósmosis entre “responsabilidad por culpa” y “responsabilidad sin culpa” conduce a preguntarse cuál es el significado actual de los términos culpa, riesgo y responsabilidad objetiva).

(43) DÍEZ-PICAZO, Luis, “Derecho de daños”, Civitas, Madrid, 1999, p. 37.

(44) Al riesgo creado —se dijo— lo trasciende un justificativo axiológico: “Es decisivo para lograr soluciones justas, que el daño deba también encontrarse encuadrado en una relación racional que atiende de una parte al riesgo creado por la cosa y, de otra, a la esfera exigible de cuidado o con-

## V. El defecto y la culpabilidad

Se tiene dicho, a propósito de la responsabilidad por productos, que no es fácil desvincular el riesgo de empresa con la falta de culpa (40). El aserto se debe, quizá, al hecho de que la responsabilidad objetiva, después de todo, no existe con la pureza con la que a veces se la ensaya (41).

Así como es ficticio aseverar que no hay supuestos de responsabilidad sin culpa, también lo es afirmar que hay dos regímenes, sin grises, que se distinguen por el hecho de que en uno es relevante la subjetividad del agente y en el otro no. En puridad, son numerosos los casos que integran ese espacio grisáceo, caracterizado por evidenciar una fusión entre ambos criterios. Se formulan supuestos de responsabilidad que, en la constitución de la obligación en cuestión, se cruzan estándares objetivos y subjetivos (42).

Incluso, según se ha señalado, las propias leyes por momentos entremezclan las nociones de riesgo y culpa (43), lo cual se debe, primordialmente, a que siempre hay un análisis acerca de la dominación o control que tiene el agente respecto del riesgo o peligro (*rectius*: hecho) que se intenta imputar. En el régimen de la responsabilidad por el riesgo de la cosa o de la actividad, particularmente, la cuestión se evidencia tanto en los presupuestos “activantes” de ese supuesto —el riesgo (44)—, como en aquellos “claudicantes” —liberación (45)—. Hay una inexorable relación de dominio entre el hecho y el agente, lo que constituye la frontera de una prudente responsabilidad (46).

Precisamente, en distintos precedentes la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha

trol que el propietario o guardián deben realizar durante la actividad que desarrolla” (ZAVALA de GONZÁLEZ, Matilde, “Personas, casos y cosas en el derecho de daños”, Hammurabi, Buenos Aires, 1991, p. 50, n. 12, quien luego manifiesta —p. 61, n. 17— que “el riesgo creado no es ‘cualquier’ riesgo circunstancial”, y su dilucidación —continúa la autora— remite a connotaciones valorativas). Así, no todas las cosas o actividades *a priori* calificables como riesgosas o peligrosas son subsumibles en el art. 1757 del CCyC; hay, en esa labor hermenéutica, una delicada valoración que incluye, como es natural, las condiciones del agente y las circunstancias del caso. Además, al ser los conceptos jurídicos un producto de la elaboración de cada época, sería ingenuo pensar que el “riesgo creado” del siglo XXI es el mismo que el pergeñado a mediados de la centuria pasada. Lo anterior explica por qué distintas actividades que podrían ser calificables como riesgosas no son regidas por el aludido régimen. Se evade su aplicación, en algunos casos, para apaciguar la sanción resarcitoria y promover el desarrollo de determinadas actividades (v. gr., medios masivos de comunicación, intermediarios en la sociedad de la información, profesionales liberales); mientras que en otros, al contrario, se lo hace para elevar los estándares en pos de la protección de la víctima (v. gr., obligación de seguridad en el transporte, en el contrato de trabajo o en las relaciones de consumo). Puede decirse, con Ripert, que ese privilegio encuentra su justificativo en el orden de la política legislativa, más que en el de la técnica jurídica: “Los juristas pueden muy bien tratar de justificar la obligación de reparar el daño, por la creación del riesgo (...); pueden muy bien invocar la solidaridad social, que no debe tolerar la ruptura del equilibrio de un medio impasible. Todas estas son teorías científicas, para explicar una solución política. Lo que en realidad persiguen el legislador y el juez, es el desplazamiento del riesgo. Se trata de trasladarlo de la víctima a otra persona, y escoger a quien declarar responsable, únicamente a causa de su aptitud para soportar la carga” (RIPERT, Georges, “El régimen democrático y el derecho civil moderno”, ob. cit., ps. 290/291, n. 181).

(45) El Código Civil italiano es una buena muestra de ello, pues en su art. 2050 establece que quien ocasiona un daño a otro llevando a cabo una attività pericolosa, es responsable “se non prova di avere adottato tutte le misure idonee a evitare il danno”. Se ha dicho que en la práctica, de todos modos, esa prueba liberatoria es rigurosa y se asimila al caso fortuito (COMPORTI, Marco, “Fatti illeciti: le responsabilità oggettive”, en *Il Codice Civile. Commentario*, Piero Schlesinger (dir.), Francesco D. Busnelli (cont.), Giuffrè, Milano, 2009, p. 211).

(46) LARENZ, Karl, ob. cit., t. II, p. 666, n. 71. Es usual, y propio del buen sentido, evaluar las condiciones actua-

reparado, a fin de determinar si corresponde aplicar un criterio de atribución subjetivo u objetivo, en la posibilidad del agente de prever los riesgos de su actividad (47); que no es muy distinto a aquel otro criterio —utilizado a los mismos efectos— basado en la “aleatoriedad” del resultado (48), o en su probabilidad (49).

Esto también ocurre en materia de responsabilidad por productos, en donde la prueba del daño no alcanza para que advenga la responsabilidad del proveedor de forma automática; el nocimiento, para ser resarcido, requiere estar vinculado causalmente con el defecto (50). Esta última noción, aunque —presuntamente— escindida de valoraciones subjetivas, presupone la posibilidad del sindicado como responsable de poder controlar o dominar ese hecho —cual es, la falla de seguridad del producto—; y, cuando no, al menos de prever la contingencia en función de la actividad que se lleva a cabo (51).

También hay sombras en el terreno de las causales de exoneración, como ocurre con el riesgo de desarrollo. Sin embargo, vale decir que nuestro ordenamiento —en línea con la opinión vernácula dominante— niega efectos liberatorios a los hechos que, aunque imprevisibles, son propios de los riesgos de la actividad (art. 1733, inc. “e”, Cód. Civ. y Com.).

Por lo demás, las tendencias norteamericanas sobre el particular, que actualmente resuelven la problemática en base a distintas pautas, algunas —aparentemente— objetivas y otras derechamente subjetivas, dan cuenta de que, al final, es delgada la línea que separa ambos criterios de atribución (52).

En fin, estos planteos —algunos de entrada triunfal, otros de menor popularidad— puede que en alguna medida evidencien un movimiento parabólico de la responsabilidad civil (53).

## VI. Los intermediarios en la sociedad de la información

No se duda de que en el mundo actual los intermediarios ocupan un importante

protagonismo, tanto en el ámbito de la contratación como por fuera de esta. Se han creado, gracias a los desarrollos en el campo de la tecnología, canales de circulación de la información de una sofisticación tal que han hecho, de esta, prácticamente un *commodity* (54).

En esas circunstancias, no faltan pretensores que reclaman responsabilizar objetivamente, de forma solidaria, por extensión o por vía refleja, a quienes intermedian en la circulación de esa información, con argumento —inane, por cierto— en que del otro lado hay un hecho ilícito.

Para el terreno contractual, basta con decir que —a salvo los casos de excepción; v. gr., conexidad contractual— los incumplimientos surten efectos *inter partes*. Los terceros, en esas condiciones, requieren acreditar —además del incumplimiento— un factor de atribución.

En lo extracontractual, propio es indicar —aunque sea obvio— que siempre debe haber un criterio de atribución que permita transmitir el perjuicio. Naturalmente, la cuestión pasa por determinar cuál es ese criterio, máxime cuando —como ocurre frente a muchos de estos casos— la legislación no brinda pautas puntuales sobre el tópico (55).

Solo queda aquí decir que el art. 40 de la LDC resuelve únicamente el caso de quienes sufren un daño por un producto o servicio defectuoso, y no otro.

## VII. Responsabilidad por cosas riesgosas

El régimen de responsabilidad por el hecho de cosas riesgosas no es asimilable al que aquí tratamos. Esto, que puede resultar obvio, no lo es tanto; el desarrollo histórico que tuvo la responsabilidad por productos en nuestro medio permite la confusión.

Antes de la sanción de la ley 24.999 —que modificó el art. 40 de la LDC y le brindó la redacción vigente—, la jurisprudencia y la doctrina, a la problemática de los daños causados por un defecto del producto, ensayaban una respuesta a través del art. 1113 del código derogado (56). En aquellos tiempos el vacío legal justificaba tal interpretación, pues no había una norma que resuelva este

supuesto propio de la industrialización. Actualmente, el citado art. 40 solventa —aunque deficitariamente— dicha laguna.

Parece pertinente señalar la falta de aplicabilidad del régimen de responsabilidad por el hecho de cosas riesgosas a los daños causados por productos defectuosos, máxime cuando, en algunos casos —según la postura que se adopte en torno a la noción de relación de consumo— el régimen del art. 40 de la LDC no resultaría aplicable (57).

Ante todo, las problemáticas que se pretenden resolver en uno y otro caso difieren. Juntamente con los accidentes laborales, los daños producidos por vehículos propulsados y los causados por productos defectuosos comercializados masivamente han sido los tres grandes supuestos de responsabilidad que irrumpieron con el proceso de industrialización.

La idea de “riesgo creado” —importada de la jurisprudencia francesa— resuelve primordialmente el segundo de los problemas mencionados, aunque lo sea mediante una norma genérica y abstracta que, por su diseño legislativo, permita su extensión a otros supuestos no tan semejantes (58).

Las diferencias en la legitimación pasiva evidencian lo anterior; mientras que en uno se exaltan las nociones de guarda y propiedad, en el otro la de fabricante —que, en general, no es ni dueño ni guardián—.

De esto se sigue, naturalmente, que no sea lo mismo definir el “riesgo” de la cosa que el “defecto” del producto.

Asimismo, pretender regir a la responsabilidad por productos mediante el art. 1757 del Cód. Civ. y Com. implicaría entender que todos los productos son riesgosos, cuando —siguiendo consensuados criterios sobre el particular— tal carácter solo lo tienen las cosas (o actividades) que generalmente presentan un peligro para terceros (59). Al mismo tiempo, siguiendo esta última interpretación, el dispositivo solo aplicaría —por ejemplo— para aquellos daños producidos por vehículos —respecto de los cuales se tiene reconocido su carácter de cosa riesgosa;

art. 1769, Cód. Civ. y Com. —, pero no para aquellos que fueron causados por un celular o una computadora, dado que estos últimos en principio no cuadran como riesgosos.

Y si bien a esto se podría contraargumentar que la noción de “vicio” podría suplantar la de defecto, lo cierto es que la legitimación pasiva en estos casos evidencia la distancia que hay entre la *fattispecie* referida por este régimen con el que corresponde a los productos defectuosos (60).

Consecuentemente, poco tienen que ver el régimen del art. 1757 del Cód. Civ. y Com. con el previsto por el art. 40 de la LDC.

## VIII. Responsabilidad por actividades riesgosas

Tampoco parece atinado subsumir a la hipótesis de referencia en el marco de la responsabilidad por actividades riesgosas (arts. 1757/1758, Cód. Civ. y Com.).

Primero, porque ese régimen aporta desde la inmaterialidad, cuando aquí —por el contrario— tenemos un producto. Hay más semejanzas, desde esta óptica, con el régimen de las cosas riesgosas.

Además, el daño al que aludimos es causado por un defecto, y no por una actividad calificable como riesgosa. Así, si bien —verbigracia— podría considerarse que comercializar automotores es una actividad riesgosa, ello no adelanta conclusión alguna respecto de la responsabilidad por los daños causados por haber utilizado tales vehículos, dado que lo dirimente a tales fines es que estos tengan una falla, independientemente de la calificación que se pueda hacer de la actividad que permitió su ingreso en el mercado.

En rigor, la actividad riesgosa, como categoría de responsabilidad, podría tener una fértil aplicación cuando se trata de daños sufridos en ámbitos espacialmente determinados, en los que hay pura inmaterialidad (actividad). Empero, en el derecho del consumidor —al igual que en el laboral (art. 75, ley 20.744), o en el transporte de personas (arts. 1289, inc. “c” y 1291, Cód. Civ. y Com.)— la categoría aludida no ofrece mayores aportes, debido a que la obligación de

les de la actividad que desarrolla el agente que se pretende responsabilizar y, en orden a su nivel de previsión, extraer conclusiones acerca de su responsabilidad. Esta tarea, que resuena en el marco de los factores de atribución, es generalmente abordada por el legislador; sin embargo, no son pocos los casos en los que, últimamente, los aplicadores han definido —por falta de disposición legal, o por medio de su ineludible labor interpretativa— el criterio de atribución aplicable.

(47) Así lo hizo, en particular, para discernir si la obligación es de medios o de resultado: CS, “Ferreyra, Víctor Daniel y Ferreyra, Ramón c/ V.I.C.O.V. S.A. s/ daños y perjuicios”, 21/3/2006, Fallos: 329:646, del voto del Dr. Lorenzetti; CS, “Bianchi, Isabel del Carmen Pereyra de c/ Buenos Aires, Provincia de y Camino del Atlántico S.A. y/o quien pueda resultar dueño y/o guardián de los animales causantes del accidente s/ daños y perjuicios”, 07/11/2006, Fallos: 329:4944; CS, “Arregui, Diego Maximiliano c/ Estado Nacional - PFA - y otros s/ daños y perjuicios”, Fallos: 340:1940, del voto del Dr. Lorenzetti.

(48) PICASSO, Sebastián, “La singularidad...”, ob. cit., ps. 253/254; PREVOT, Juan M., “Ley de defensa del consumidor. Comentada y anotada”, ob. cit., t. II, p. 638.

(49) Así lo indicó Zavala de González, quien luego de señalar que a la culpa y al riesgo los une un mismo antecedente —el deber de prever y evitar daños—, afirmó: “El riesgo supone la introducción en la comunidad de un elemento que acentúa la expectativa de perjuicios y lleva a cuestras, por dicho motivo, la ineludible carga de adoptar todas las precauciones para que los daños no ocurran. Carga que es intensa por serlo la probabilidad de que estos sucedan” (ZAVALA de GONZÁLEZ, Matilde, ob. cit., p. 51, n. 12).

(50) En las VIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil (La Plata, 1981) se concluyó que en estos casos existe una “culpa del elaborador [que] surge *in re ipsa*” (comisión n.º 2).

(51) Algo no muy distinto ocurre con la teoría de las expectativas, según la cual todo juicio de responsabilidad supone la defraudación de una expectativa, es decir, de un comportamiento que era esperado (FIGUEROA RUBIO, Sebastián, “Expectations and Attribution of Responsibility”, *Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law*, n.º 26, 2015, p. 93 y ss.; SHINA, Fernando, “La creación de expectativas. Un nuevo factor atributivo de responsabilidad”, 1/8/2019, SAIJ: quien —pese a proponerlo derechamente como un factor de atribución objetivo, lo cual resulta controvertible— vincula a la expectativa falsamente generada con el dolo).

(52) Con la adopción en el año 1998 del *Restatement (Third) of Torts: Products Liability*, en el derecho norteamericano se avanzó —en función de interpretaciones jurisprudenciales que así lo sostenían— a una responsabilidad por productos más allegada a la negligencia. Concretamente, en el § 2 de dicho documento se distinguen los distintos tipos de defectos, y solo en los de diseño se mantiene la *strict liability*, mientras que en los de fabricación e información se volvió al terreno de la *negligence* (TONIOLLO, Javier - SOZZO, Gonzalo C. - BERRIOS, María V. - BIANCHI, Lorena - FILLIPÓN, Carolina - KHUN, Soledad - PODHAINY, Juan S. - REYNA, Carlos A. - SBRESSO, Luciana - TARDIVO, Lucena S., “Desarrollo de la responsabilidad por productos elaborados en Estados Unidos”, *Papeles del Centro de Investigaciones*, FCJS, Universidad Nacional del Litoral, Santa Fe, 2013, n.º 14, p. 29). Al respecto se ha dicho que la adopción del llamado “risk/utility analysis”, utilizado para evaluar cuándo un producto es defectuoso, produjo que la *strict liability* termine siendo sujeta a principios propios de la culpabilidad (CUPP, Richard L. Jr. - POLAGE, Danielle, “The rhetoric of strict products liability versus negligence: an empirical analysis”, *New York University Law Review*,

octubre, 2002, Vol. 88:874, p. 874, quienes luego afirman —ps. 877/878— que los tribunales, independientemente de la etiqueta de la acción intentada, resuelven los casos mayormente mediante un mismo análisis, basado en la culpa. Ver también: TOKE, Michael J., “Restatement (Third) of Torts and Design Defectiveness in American Products Liability Law”, *Cornell Journal of Law and Public Policy*, Vol. 4, Iss. 2, p. 242, notas n.º 15/16).

(53) BUSNELLI, Francesco D., “La parabola della responsabilità civile”, *Rivista Critica di Diritto Privato*, año VI, n.º 4, 1988, p. 643 y ss.

(54) Hace un tiempo, hacían notar el fenómeno: VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto A., “Responsabilidad por daños (elementos)”, Depalma, Buenos Aires, 1993, p. 9; ZAVALA de GONZÁLEZ, “Resarcimiento de daños”, Hammurabi, Buenos Aires, 1996, t. 2d, p. 215, n. 71, quien ponía de resalto la relevancia sociopolítica de la actividad informática. La cuestión de la informática, huelga decir, es de una amplitud considerable, al comprender todo tratamiento automatizado que de ella se hace, lo cual incluye su entrada, procesamiento y transmisión (MOLINA QUIROGA, Eduardo, en “La Responsabilidad Civil de los Intermediarios en Internet”, PALAZZI, Pablo A. (coord.), Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2012, p. 143).

(55) Precisamente, la judicatura al resolver asuntos de esta índole, sin incurrir en desvíos extranjerizantes, ha abrevado de la experiencia del derecho comparado. Por ejemplo: CS, “Rodríguez, María Belén c/ Google Inc. s/ daños y perjuicios”, 28/10/2014, Fallos: 337:1174; CNCiv., Sala A, “Rodríguez, María Belén c/ Google Inc. s/ daños y perjuicios”, 13/5/2013; ídem, Sala A, “Maiorana, Analía c/ Yahoo de Argentina SRL y otros s/ daños y perjuicios”, 19/4/2018; CNCom., Sala D, “Kosten, Esteban c/ Mercado Libre S.R.L. s/ ordinario”, 22/3/2018, LA LEY, 2018-B, 526. Algunas ideas recientes sobre esto, con especial re-

ferencia a los proveedores de servicios en el marco de la economía colaborativa: SILVESTRE, Norma O. - WIERZBA, Sandra M., “Economía colaborativa. Concepto, regulación y responsabilidad civil”, LA LEY 5/10/2020, 1 y ss.; VELTANI, Juan D., en AA.VV., “Aspectos jurídicos de las aplicaciones de plataformas”, VELTANI, Juan D., (dir.), La Ley, Buenos Aires, 2020, cap. I.

(56) En este sentido, pueden consultarse: CNCiv., Sala H, “Ryan Tuccillo, Alan M. c/ Cencosud S.A. y otros”, 26/03/1997, JA, 19/8/98, 16; CNCom., Sala E, “Severino, Carlos O. c/ Boris Garfunkel e Hijos”, 22/8/86, LA LEY, 1986-E-642; ZANNONI, Eduardo, ob. cit., p. 322.

(57) Referimos, particularmente, al caso del ya aludido “tercero expuesto” (*vid. supra* nota n.º 38). Este sujeto —no contratante ni tampoco usuario—, podría ser excluido del régimen del art. 40 y, desde allí, verse a la suerte de las reglas generales de la responsabilidad extracontractual. De todos modos, por lo que diremos luego (infra ap. IX), y como ya adelantamos en la nota citada, entendemos que ese sujeto se encuentra comprendido dentro de los legitimados activos previstos por la referida norma.

(58) Así lo indican sus antecedentes (PIZARRO, Ramón D., “Responsabilidad civil por riesgo creado y de empresa”, La Ley, Buenos Aires, 2006, t. II, p. 116, n. 87).

(59) Ya sea por su naturaleza o por las circunstancias (por todos: PIZARRO, Ramón D., ob. cit., t. II, p. 120, n. 87).

(60) En un estudio reciente, se ejemplificó a las “cosas viciosas” como aquellas que adolecen de un “defecto congénito”: “defectos de fabricación, montaje o información” (MOLINA SANDOVAL, Carlos A., “Responsabilidad objetiva”, RCCyC 2020 (octubre), 41. En sentido semejante, y desde antes: PIZARRO, Ramón D., ob. cit., t. II, p. 124, n. 88).

seguridad ha monopolizado la solución de tales casos (61).

#### IX. Notas sobre el art. 40 de la ley 24.240

El art. 40 de la LDC es la norma que regula al supuesto de responsabilidad que aquí tratamos. Textualmente, el precepto reza: “Si el daño al consumidor resulta del vicio o riesgo de la cosa o de la prestación del servicio, responderá el productor, el fabricante, el importador, el distribuidor, el proveedor, el vendedor y quien haya puesto su marca en la cosa o servicio. El transportista responderá por los daños ocasionados a la cosa con motivo o en ocasión del servicio. La responsabilidad es solidaria, sin perjuicio de las acciones de repetición que correspondan. Solo se liberará total o parcialmente quien demuestre que la causa del daño le ha sido ajena” (62).

##### IX.1. El producto “riesgoso o vicioso”

La norma evidencia una impropia influencia del régimen de la responsabilidad por el hecho de las cosas riesgosas o viciosas, cuando aquí no hay “cosas riesgosas” sino productos defectuosos (63).

Por “cosa” queda claro que debe entenderse producto, dado que de lo contrario solo aplicaría a aquellos bienes materiales susceptibles de valor económico (art. 16, Cód. Civ. y Com.), lo que dejaría afuera —por ejemplo— a los softwares, a los implantes en el cuerpo de las personas (art. 27,

ley 24.193), o a los elementos derivados del cuerpo humano —como la sangre; art. 4, ley 22.990— (64).

Al mismo tiempo, parece de buena hermenéutica exaltar la noción de “vicio” por sobre la de “riesgo”, dado que esta última —ya explicamos— no refiere al asunto aquí planteado sino a uno diverso, regulado por los arts. 1757/1758 del Cód. Civ. y Com. (65).

La contingencia que la norma pretende solventar es la que afecta a la seguridad de las personas. El producto vicioso, entonces, es aquel que no ofrece la seguridad a la que toda persona tiene derecho a esperar, lo cual podrá deberse a su fabricación, diseño, información o conservación (66). No es defectuoso, por ende, aquel imperfecto que no reviste tal cualidad (67).

##### IX.2. ¿Cuándo un producto es vicioso (recitius: defectuoso)?

A los efectos de calibrar esa “merma de seguridad”, han de analizarse distintas circunstancias: presentación del producto, el uso y el riesgo que puede esperarse del mismo, la época en que fue colocado en circulación, expectativas generadas, el uso o empleo que le dio la persona, la información provista, etc.

Dable es mencionar que en cuanto a la determinación del defecto de diseño

cit., p. 226, en donde los autores dicen que la noción de “cosa” es más amplia que la de “producto”, pues esta última solo referiría a la cosa que es el resultado de un proceso de producción. Creemos, de todos modos, que la noción de producto no se restringe a la de “producto elaborado”.

(65) Sin embargo, se ha opinado que, si bien la noción de vicio debe asimilarse a la de defecto, la de riesgo no debe ser absorbida por aquella, pues correspondería dejar la posibilidad al caso en que medie una actuación autónoma de la cosa (LORENZETTI, Ricardo L., ob. cit., p. 415; HERNÁNDEZ, Carlos A. - FRUSTAGLI, Sandra A., “Ley de Defensa del Consumidor. Comentada y anotada”, ob. cit., t. I, p. 494/495; SÁENZ, Luis R. J. - SILVA, Rodrigo G., “La responsabilidad por productos en el derecho argentino...”, ob. cit., p. 226).

(66) Es usual clasificar a los productos defectuosos según el origen o causa de la cual provenga la falla. La experiencia anglosajona demuestra esta tendencia: si bien el *Restatement (Second) of Torts* (1965) solo refería genéricamente a los productos defectuosos —sin distinguir los distintos tipos de defectos—, la diversidad de situaciones que presentó la práctica llevaron a que el *American Law Institute* decida, luego, clasificar a los defectos (*vid. el Restatement (Third) of Torts*, 1998). Lo mismo hace el Código de Defensa del Consumidor brasileño (art. 12). En el *Restatement* del año 1998, se dispone que “A product is defective when, at the time of the sale or distribution, it contains a manufacturing defect, is defective in design, or is defective because of inadequate instructions or warnings” (§ 2). Al respecto, ver: TOKE, Michael J., “Restatement (Third) of Torts and Design Defectiveness In American Products Liability Law”, cit., p. 242 y ss.; HENDERSON, James A. Jr., TWERSKI, Aaron, “A Proposed Revision of Section 402<sup>a</sup> of the Restatement (Second) of Torts”, Cornell Law Faculty Publications, 9-1992, p. 1512 y ss.; SCHWARTZ, Victor E., “The Restatement (Third) of Torts: Products Liability. The American Law Institute’s Process of Democracy and Deliberation”, *Hofstra Law Review*, Vol. 26, lss. 3, p. 748 y ss. I. El defecto de fabricación es el que surge en un producto individualmente considerado, dentro de una serie o conjunto; hay un error, humano o mecánico, que deriva en un defecto en uno de los productos fabricados (v. gr., la máquina que ensamblaba el producto funciona mal por unos minutos; una persona que controlaba una etapa del proceso se distrae). II. El de diseño, en cambio, afecta a toda la serie (v. gr., el vehículo que tiene el tanque de nafta colocado en un lugar peligroso; el protector solar que por sus componentes daña la piel). Es paradigmático el caso del *Ford Pinto* (Corte de Apelaciones de California, 29/5/1981, “Grimshaw v. Ford Motor Co.”, 119 Cal. App. 3d 757). III. El de información alude al caso en que no se anoticiaron adecuadamente las características del producto, de modo que la perso-

en el derecho comparado campeon dos criterios: el *consumer expectations test* y el *risk-utility test*. El primero, que rige mayormente en los países europeos, se basa en aquellas expectativas que legítimamente se tenían de ese producto (68); mientras que el segundo —difundido en el derecho anglosajón— realiza el juicio según si los riesgos del producto podían ser reducidos mediante la adopción de un diseño alternativo más seguro (69).

##### IX.3. ¿Un servicio puede ser defectuoso?

Los antecedentes comparados demuestran que, en general, la cuestión ha sido tratada respecto de productos y no de servicios. La exclusión es comprensible, pues la problemática que se intenta solventar es la de los daños producidos por productos inseguros que son comercializados a escala masiva. Los servicios no pasan por los mismos procesos por los que transitan los productos o, al menos, no del mismo modo (diseño, producción, conservación, distribución, utilización).

Los antecedentes históricos que forzaron esta regulación, y la diferencia de las contingencias que se presentan en uno y otro caso, han llevado a que no se regulen ambas cuestiones de manera conjunta. Lo que aquí se trata no es más que de repartir los riesgos inherentes a la producción técnica moderna (70).

na sufre un daño por no haber tenido las instrucciones correspondientes (v. gr., el medicamento que produce un efecto secundario sin habérselo informado). Aquí la falla no cala en el producto mismo, sino en la deficitaria información provista. Así se planteó en un caso en el cual se habían sufrido daños como consecuencia de una falta de información en implantes mamarios, aunque la alzada interpretó que se encontraba acreditado el hecho del damnificado (CNCiv., Sala A, “J. de M., M. E. c/ Dow Corning de Argentina S.A.I.C. y otros”, 08/03/2006, LA LEY, 2006-C, 786). IV. El de conservación, finalmente, refiere a aquel defecto que se produce por una falla en esa particular etapa. Así ocurrió, por ejemplo, en el caso en que el consumidor había ingerido carne de cerdo infectada con triquinosis, lo que condujo al tribunal a responsabilizar al dueño del restaurante (CNCiv., Sala A, “Ferradas, Olga B. c/ Restaurant Turuleca de José Luis Barbero González”, 21/11/2006, AR/JUR/7571/2006).

(67) No sería defectuoso el aire acondicionado que no refrigeraba ni calefaccionada como era esperado, pese a que en un precedente se lo consideró como tal (CN-Com., Sala F, “Mastrangelo, Carlos A. c/ Samsung Electronics Argentina S.A. s/ ordinario”, 19/4/2018, LA LEY 11/6/2018, 9).

(68) Así lo establecen: art. 6, Directiva 85/374/CEE; art. 1245-2, Código Civil francés; art. 117, Código del Consumo italiano; art. 12, Código de Defensa del Consumidor brasileño.

(69) El *Restatement of Law Third: Products Liability* (1998) establece que un producto “is defective in design when the foreseeable risks of harm posed by the product could have been reduced or avoided by the adoption of a reasonable alternative design by the seller or other distributor, or a predecessor in the commercial chain of distribution, and the omission of the alternative design renders the product not reasonably safe” (§ 2.b).

(70) Baste con remitir a los considerandos de la Directiva 85/374/CEE.

(71) Se ha dicho, justamente, que es un error tratar de regular bajo un mismo régimen el hecho de los productos defectuosos y el de los servicios, al tratarse de problemáticas que no son asimilables (PRIETO MOLINERO, Ramiro J., “Ley de Defensa del Consumidor. Comentada y anotada”, ob. cit., t. II, p. 751).

(72) HERNÁNDEZ, Carlos A. - FRUSTAGLI, Sandra A., en “Ley de Defensa del Consumidor. Comentada y anotada”, cit., t. I, p. 499; SÁENZ, Luis R. J. - SILVA, Rodrigo G., “La responsabilidad por productos en el derecho argentino...”, cit., p. 229. Es esta, a su vez, la línea seguida por el ya citado proyecto de Ley de Defensa del Consumidor del año 2019, que habla tanto de producto como de servicio defectuoso (art. 108), y define a este último como aquel que “no ofrece la seguridad que cabría legítimamente esperar, teniendo en cuenta todas las circunstancias, y

Sin embargo, en nuestro ordenamiento los servicios están tratados bajo el mismo régimen (71).

Podría pensarse que la norma no trata acerca de los servicios “riesgosos o viciosos”, sino de todo tipo de servicio. La interpretación, mirada desde sus implicancias, no persuade: entendemos —bajo un análisis de conjunto— que solo quedan comprendidos aquellos daños que se causen mediante la prestación de servicios defectuosos, entendiendo por tales a aquellos que se presenten con una falla de seguridad (72).

Por consiguiente, en los casos en los que el servicio no adolece de tal deficiencia, la responsabilidad se rige por las reglas generales (73).

##### IX.4. Régimen aquiliano

Es válido interrogarse cuál es la órbita de la responsabilidad aplicable. Tradicionalmente, antes de la entrada en vigor del art. 40 de la LDC, se distinguió, de un lado, la relación consumidor-vendedor, y del otro, la relación consumidor-fabricante; en la primera regiría la órbita contractual y en la segunda la extracontractual (74).

Con la sanción de esa norma, a esas dos posturas se les adicionó una más, según la cual en el derecho del consumidor el distinguirse pierde trascendencia, al operar un tratamiento unificado e indistinto de su fuente generadora (75).

en especial, el modo de proveerlo, los riesgos previsible de su realización, el tiempo en que fue suministrado, y la información proporcionada acerca de sus características y los riesgos que representaba” (art. 111). Un ejemplo de servicio defectuoso puede ser el *service* realizado respecto de un automóvil o, como ocurrió en un caso, el arreglo que decide hacer la automotriz respecto de un determinado grupo de vehículos y, una vez efectuada esa modificación, el adquirente se encuentra con un defecto derivado de una defectuosa reparación (CNCiv., Sala I, “Mirás, Fernán G. c/ Grupo 3 Servicios S.A. y otro”, 28/08/2003, JA 2003-IV-253).

(73) Huelga decir que la responsabilidad por servicios no siempre es objetiva, pues ello depende de las circunstancias de la obligación y de lo convenido por las partes (art. 1723, Cód. Civ. y Com.). Esto contradice la opinión según la cual, con fundamento en la primer parte del art. 10 bis, la responsabilidad en el marco del derecho del consumidor es siempre objetiva (LORENZETTI, Ricardo L., ob. cit., p. 344). Coincidimos con quienes, en cambio, entienden que no hay aquí una excepción a aquella clásica distinción entre obligaciones de medios y de resultado, lo cual discierne el tema del incumplimiento: GAMARRA, Jorge, “Tratado de derecho civil uruguayo”, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2003, t. XX, p. 153 y ss.; PRIETO MOLINERO, Ramiro J., “Ley de Defensa del Consumidor. Comentada y anotada”, ob. cit., t. II, p. 751).

(74) Se ha entendido que el consumidor tiene contra quien le suministró el producto una acción de naturaleza contractual, para algunos fundada en la obligación de seguridad del art. 5 de la LDC (PICASSO, Sebastián - WAJNTRAUB, Javier H., “Las leyes 24.878 y 24.999: consolidando la protección del consumidor”, cit.; ALTERINI, Atilio A. - AMEAL, Oscar J. - LÓPEZ CABANA, Roberto H., “Derecho de obligaciones”, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2008, 2ª ed., p. 825, n. 1915). Por otra parte, en relación a la acción resarcitoria dirigida contra los restantes integrantes de la cadena de comercialización, la doctrina vernácula tradicional tenía consensuado que la acción es extracontractual (BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, ob. cit., p. 434/435, n. 1110/1111; ZANNONI, Eduardo, ob. cit., p. 315 y ss.; GALDÓS, Jorge M., “La responsabilidad del fabricante frente al consumidor no contratante”, JA 1997-III-680; ANDORNO, Luis O., “Responsabilidad civil por productos elaborados”, JA 1997-III-651; KELLY, Julio A., “Responsabilidad del fabricante”, Heliasta, Buenos Aires, 1987, p. 36). De todos modos, en el derecho comparado esto no fue siempre así, pues la experiencia anglosajona, la francesa o la alemana dan cuenta de que la cuestión, principalmente en sus comienzos, merodeó la lógica del contrato (LAMBERT-FAIVRE, Yvonne, ob. cit., p. 360/361).

(75) SOZZO, Gonzalo, “El estado actual de la problemática de los riesgos derivados del consumo”, RDPyC,

Entendemos, por nuestra parte, que actualmente el régimen es en todos los casos extracontractual. En efecto, lo que se regula es un “hecho dañoso” y no una prestación incumplida. Para que la responsabilidad sea contractual (*rectius*: obligacional) debe verificarse la existencia de una obligación previa a cargo de los responsables, lo cual aquí no puede ser comprobado. Se sigue, de esto, que la ruptura del nexo causal no se halla en la imposibilidad de cumplir la obligación —pues aquí no hay tal vínculo; art. 1732, Cód. Civ. y Com.—, sino en aquellos hechos que evidencian que quien se pretende responsabilizar no fue el autor del ilícito (arts. 1729/1731, Cód. Civ. y Com.).

Respecto de quien suministró el producto (v. gr., vendedor), debe memorarse lo señalado *supra* con relación a que la obligación de seguridad deja de actuar cuando se activa la responsabilidad por productos. Ese “deber accesorio” tiene una vocación eminentemente espacial, relacionado con la actividad y los servicios prestados *in situ*, más que con los acontecidos o devenires (ulteriores) que extralimitan ese ámbito; de lo contrario, el objeto de la obligación tendría un contenido imprevisible o, incluso, imposible (“*impossibile nullum obli-gatio*”).

En función de lo anterior, en caso de que ese deber de indemnidad rija en la relación “consumidor-proveedor directo”, entre ellos la obligación resarcitoria quedará comprendida lógicamente por el régimen obligacional (art. 5, ley 24.240) (76). Si el siniestro se encuentra excluido de dicha obligación, la cuestión se desplaza al art. 40, cuyo hecho generador no es otro que la transgresión al *neminem laedere*.

A más, carecería de lógica que el art. 40 establezca un doble régimen, obligacional y aquiliano, pues ello implicaría, por un lado, que la *fattispecie* de la norma sería múltiple —dado que en un caso se reconocería la existencia de una relación jurídica patrimonial previa y en otro no—, y además, que no todos responderían por las mismas consecuencias, debido a que entre los contratantes regiría el criterio de la previsibilidad contractual (art. 1728, Cód.

Civ. y Com.) y entre los restantes el de la causalidad adecuada (arts. 1726, Cód. Civ. y Com.).

#### IX.5. Legitimados activos: todo damnificado

Al ser un supuesto eminentemente extracontractual, a través del cual se tratan las consecuencias dañosas producidas por un producto inseguro, resulta de toda lógica extender su aplicación a cualquier damnificado, sin interesar el vínculo que tenga este con la cosa que causó la lesión. Este mecanismo está pensado para proteger al gran público, al público en general, pues todos tienen derecho a que se proteja su integridad física y sus bienes (77); no hay razones que justifiquen, ante un mismo acontecimiento, tratar distinto a quien compró de quien se vio afectado *par ricochet* (78).

Se impone destacar que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha ensanchado la noción de relación de consumo cuando lo que está en juego es la seguridad, en línea con las tendencias en el derecho comparado. Tanto la obligación de seguridad como la responsabilidad por productos, aunque en sus respectivos ámbitos, alcanzan una protección prescindente del contrato.

Esto se justifica, al menos, por dos razones. Ante todo, debido a que si lo que motoriza a este supuesto de responsabilidad es la falla de seguridad de un producto, lo cierto es que tal falencia pone en riesgo a todas las personas por igual. Se trata de un peligro que no lo soportan solo los que contrataron o utilizaron el producto, sino la sociedad entera. Si lo que se quiere —justamente— es solucionar ese riesgo, haciéndoselo cargar a quien lo crea o se beneficia, resulta de toda lógica que a dichos agentes se los responsabilice por los daños que cause ese particular producto, con independencia de la situación jurídica del damnificado.

Por otra parte, si se optase por restringir la tutela únicamente a los consumidores enumerados en el art. 1 de la LDC, ocurriría que quienes sufrieron un daño por un producto defectuoso, pero no encuadran dentro de las categorías enunciadas por dicha norma no podrían recurrir a este

régimen y, consecuentemente, se verían en una posición no tan distinta a la que se encontraban las víctimas frente a este tipo de casos en el siglo XIX y principios del XX.

Así, pues, entendemos que la relación de consumo, en lo que a la seguridad de los productos concierne, se extiende a todos aquellos afectados por el defecto (79), incluso comerciantes (80). Ese riesgo (o peligro) de seguridad, desde el momento en que se coloca al producto en el mercado, es trasladado a la sociedad en su conjunto, con independencia de su posicionamiento. Si se permite que pueda liberarse de soportar ese riesgo quien utilizó como destinatario final ese producto, no se justifica por qué no pueda hacer lo mismo quien simplemente se vio afectado, aunque sin haberlo adquirido ni utilizado.

En esa inteligencia, consideramos que el art. 40 de la LDC aplica a los consumidores contratantes, a los equiparados y a todos los expuestos; en los dos primeros casos con fundamento en los arts. 1 de la LDC y 1092 del Cód. Civ. y Com., y en el tercero en el art. 42 de la Const. Nac. (81)

#### IX.6. Legitimados pasivos

La norma establece que responderán el productor, el fabricante, el importador, el distribuidor, el proveedor, el vendedor y quien haya puesto su marca en la cosa o servicio. Asimismo, también responderá el transportista “*por los daños ocasionados a la cosa con motivo o en ocasión del servicio*”.

Primero, corresponde señalar que se trata de una enumeración enunciativa, al entenderse como una referencia a todos aquellos que integran la cadena de comercialización (82).

Por otro lado, la norma consagra la responsabilidad del “proveedor aparente”, es decir, quien puso su marca en la cosa o servicio. Es un supuesto particular de las relaciones de consumo, aunque no aislado en el derecho, en el cual se preferencia a la confianza generada por encima de la realidad de las cosas (83).

Asimismo, la norma establece que su responsabilidad es solidaria, aunque es lugar

común entenderla como concurrente por no haber unidad de causa o título (art. 850, Cód. Civ. y Com.).

Por último, con relación al transportista el precepto es sumamente confuso. En su interpretación, se lo salva entendiendo su responsabilidad se verifica en la medida en que el defecto del producto hubiere surgido “con motivo o en ocasión” del transporte (84).

#### IX.7. Daños resarcibles: lo “extraprestacional”

Este régimen permite resarcir aquellos daños que no se identifican con el bien objeto del contrato, por lo que se reparan los perjuicios ocasionados en la persona o en bienes distintos al de la prestación (85).

#### IX.8. La prueba y el deber de colaboración

Para la admisión de su pretensión, el damnificado debe probar el daño, el defecto y la relación de causalidad entre ambos (art. 377, Cód. Proc. Civ. y Com.) (86). Sin embargo, en muchos casos la prueba del defecto y su relación causal no son tarea sencilla, en virtud de lo cual corresponde resaltar dos cuestiones.

Ante todo, que juegan aquí un rol importante las presunciones judiciales u *hominis*, en la medida que existan indicios graves, precisos y concordantes (art. 162, Cód. Proc. Civ. y Com.) (87).

Es pertinente destacar aquí el deber de colaboración que pesa sobre la parte proveedora en los procesos de consumo (art. 53, ley 24.240). Se le exige a esta que aporte la prueba que obre en su poder, so riesgo de generarse una presunción en su contra. Este deber, sin embargo, no importa el reconocimiento de la teoría de las cargas probatorias dinámicas (88).

En efecto, ante la dificultad del pretensor de poder acreditar la deficiencia del producto presuntamente defectuoso, debe tenerse especial consideración de aquel deber y de las posibilidades del demandado de poder aportar al proceso aquellos elementos de prueba que permitan esclarecer la realidad de los hechos (89).

2009-1-367; HERNÁNDEZ, Carlos A. - FRUSTAGLI, Sandra A., en Ley de Defensa del Consumidor. Comentada y anotada, cit., t. I, p. 501; PICASSO, Sebastián - WAJNTRAUB, Javier H., “Las leyes 24.878 y 24.999: consolidando la protección del consumidor”, ob. cit.; MOLINA SANDOVAL, Carlos A., “Responsabilidad objetiva”. Ob. cit.; FERRER de FERNÁNDEZ, Esther H. S., “La responsabilidad por productos elaborados y el riesgo del desarrollo en el contexto del derecho del consumidor”, ob. cit.

(76) Remitimos al ejemplo dado *supra* nota n.º 38 y, a la vez, aprovechamos a decir que si la persona se retiró del supermercado (mejor: de su ámbito de incumbencia), la responsabilidad del establecimiento estará regida por la misma norma que el resto de los integrantes de la cadena de comercialización (art. 40, ley 24.240), pues el crédito de indemnidad del art. 5 de la LDC ya no estará presente.

(77) Esta opinión ya la sostenían, entre otros: PICASSO, Sebastián - WAJNTRAUB, Javier H., “Las leyes 24.878 y 24.999: consolidando la protección del consumidor”, cit., en particular nota n.º 44; ANDORNO, Luis O., “Responsabilidad civil por productos elaborados”, ob. cit. Durante los tiempos en que el art. 1 de la LDC establecía que también eran considerados como consumidores quienes estuvieran “expuestos a una relación de consumo” (período 2008-2015), consideraban lo mismo que lo indicado en el texto: HERNÁNDEZ, Carlos A. - FRUSTAGLI, Sandra A., en “Ley de Defensa del Consumidor. Comentada y anotada”, ob. cit., t. I, p. 506. Luego de la modificación realizada por la ley 26.994 a esa parte del artículo primero de la LDC, se ha cuestionado que se haya quitado al “expuesto” para este tipo de casos

(ÁLVAREZ LARRONDO, Federico M., en “Manual de Derecho del Consumidor”, ÁLVAREZ LARRONDO, Federico M. (dir.), Erreius, Buenos Aires, 2017, p. 81 y ss.).

(78) Así lo deja evidenciado la Directiva 85/374/CEE en sus considerandos. El ordenamiento francés, por su parte, regula a la cuestión derechamente en el Código Civil (arts. 1245/1245-17).

(79) La alternativa, que consistiría en aplicar el art. 40 de la LDC solo a los consumidores contratantes y, en todo caso, a quienes hayan utilizado el producto o el servicio, no goza de buen sentido. Por hipótesis, quien adquirió el vehículo y sufre daños como consecuencia de que los frenos no se hayan activado (por un defecto) podrá reclamar su reparación a todos los integrantes de la cadena de comercialización. En cambio, los familiares que se encontraban dentro del vehículo al momento del accidente únicamente podrán obligarlos a reparar los daños sufridos en la medida en que acrediten su culpa; les quedará, en todo caso, la posibilidad de demandar al dueño y/o al guardián del vehículo —que generalmente coincidirá con el propio consumidor— por los daños sufridos en ocasión del transporte benévolo.

(80) Podría pensarse el caso del taxista que mientras circulaba no logra frenar debido a un defecto en los frenos, o que sufre un daño a causa de que el tanque de gas explota por una instalación mal realizada; o también el del profesional que se intoxica en virtud de un servicio de comidas que contrató para su estudio, o que sufre lesiones en su falda por sobre calentarse la *notebook* con la que trabaja. En ninguno de esos casos puede decirse que existe un destinatario final del producto o servicio contratado; no obstante lo cual, no creemos que ello sea un obstáculo para aplicar el régimen del art. 40 de la LDC.

Lo mismo ocurre en relación a la obligación de seguridad; basta con recordar que “Mosca” era un chofer (CS, “Mosca, Hugo A. c/ Provincia de Buenos Aires y otros”, 06/03/2007, Fallos: 330:563).

(81) Es esta, por lo demás, la solución que presenta el proyecto de Ley de Defensa del Consumidor del año 2019 (art. 112).

(82) HERNÁNDEZ, Carlos A. - FRUSTAGLI, Sandra A., en Ley de Defensa del Consumidor. Comentada y anotada, cit., t. I, p. 509; RUSCONI, Dante D., “La confianza del consumidor como factor de atribución de responsabilidad del proveedor aparente”, JA 2007-204; PICASSO, Sebastián - WAJNTRAUB, Javier H., “Las leyes 24.878 y 24.999: consolidando la protección del consumidor”, cit.

(83) En un caso se responsabilizó al titular de una marca por tratarse de un sello que garantiza la calidad del producto. Se trataba del Instituto Verificador de Elaboración de Soda en Sifones, cuya marca había sido utilizada en un sifón de soda que había explotado y dañado a la actora (CNCiv., Sala F, “luele de Pinotti, Bárbara L. c/ Soda Profesional S.A. y otro”, 19/05/2007, RCyS 2007, 968. Lo mismo en: CNCiv., Sala J, “Zubiría, María del Carmen c/ Día Argentina S.A. s/ daños y perjuicios”, 22/9/2005, LA LEY, 2006-B, 301).

(84) PICASSO, Sebastián - WAJNTRAUB, Javier H., “Las leyes 24.878 y 24.999: consolidando la protección del consumidor”, cit.

(85) Remitimos *supra* nota n.º 31.

(86) BRUN, Philippe, ob. cit., p. 669, n. 753; art. 4, Directiva 85/374/CEE.

(87) Así se lo hizo notar en un precedente en el cual se había reclamado la reparación de los daños sufridos

por una prótesis que se le había colocado a una paciente. Se trató allí la cuestión acerca de si la ruptura de la prótesis se debió a un defecto de la misma o a otra causa: “*toda vez que se encuentra acreditado que la prótesis se rompió, y que no se ha probado, en cambio, que ese hecho pueda deberse a alguna otra causa, estimo procedente presumir, en los términos del art. 163 inc. 5 del CPCCN, que la ruptura se produjo como consecuencia de un defecto en el producto en cuestión*” (CNCiv., Sala A, “C., L. C. c/ Biotrom S.A. y otros s/ daños y perjuicios”, 15/11/2013, RCyS 2014-VII, 89). Sobre la posibilidad de recurrir a presunciones: LORENZETTI, Ricardo L., ob. cit., p. 523; HERNÁNDEZ, Carlos A. - FRUSTAGLI, Sandra A., en “Ley de Defensa del Consumidor. Comentada y anotada”, cit., t. I, p. 522/523; SOZZO, Gonzalo, “Daños sufridos por consumidores (jurisprudencia y cambios legislativos)”, DPyC, 2002-I-563.

(88) SÁENZ, Luis R. J., “Distribución de la carga de la prueba en las relaciones de consumo”, LA LEY, 2015-C, 512; y en *Ley de defensa del consumidor. Comentada y anotada*, PICASSO, Sebastián - VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto A. (dirs.), La Ley, Buenos Aires, 2009, t. I, p. 670.

(89) No son pocos los casos en los que se ha resuelto desestimar la demanda por falta de prueba, dado que —por ejemplo— el consumidor no logró acreditar que su intoxicación se debió al consumo de la bebida comercializada por la demandada (CNCiv., Sala E, “G. J. B. y otro c/ C. y M. Q. Saica y G. s/ daños y perjuicios”, 07/06/2019, AR/JUR/5077/2019), o que la tapa de la botella se haya disparado al momento de apoyarla sobre una mesa (CNCiv., Sala B, “Núñez, Wenceslao c/ Cervecería y Maltería Quilmes S.A.J.C.A. y G.”, 07/03/2006, JA 2006-III-228).

Esto último, vale decir, se exalta en los casos de defectos de diseño, información o conservación, en los que es esperable que el fabricante —y, eventualmente, los demás intervinientes— tengan en su poder constancias que den cuenta de aquellas etapas de la comercialización (90). En cambio, cuando se trata de defectos de fabricación, en los que la falla se presenta de forma aislada en un producto individualmente considerado, puede que su posibilidad de aportar elementos de prueba se vea amenguada.

#### IX.9. Caducidad

En el derecho comparado se tiene consensuada la necesidad, por razones de seguridad jurídicas, de establecerle un límite temporal a este régimen. Se entiende que no es razonable esperar que los productos sean inocuos *in aeternum*, por lo que esta responsabilidad, que impone una garantía de inocuidad, se disipa una vez traspasado ese límite.

A diferencia de la Directiva 85/374/CEE, que establece que las acciones con fundamento en ella se extinguen una vez transcurridos diez años a partir de la fecha en que se hubiera puesto en circulación el producto, el art. 40 de la LDC nada dice (91).

Vale pensar la posibilidad, por analogía, de aplicar a estos casos el plazo decenal de caducidad de la responsabilidad del constructor de una obra realizada en inmueble destinada a tener larga duración (art. 1275, Cód. Civ. y Com.) (92).

(90) Así ocurrió en un caso resuelto por la Casación bonaerense, en el que se reclamaba la reparación de los daños sufridos como consecuencia de haber ingerido alimentos contaminados con la bacteria "Escherichia coli". El tribunal valoró la conducta de la empresa, que había sustraído el material —en el caso, las "patitas de pollo"— que resultaba indispensable para verificar si el producto estaba efectivamente contaminado (SC Buenos Aires, "G., A. C. c/ Pasema S. A. y otros s/ daños y Perjuicios", 01/04/2015, LA LEY, 2015-C, 512).

(91) Una omisión semejante se evidencia con el derecho al arrepentimiento (*ius poenitendi*), en donde la LDC originariamente —a contrario de la experiencia foránea— no establecía un límite temporal de caducidad frente a la no información de su existencia al con-

#### IX.10. Eximentes

Si bien en el derecho comparado se han incluido varias eximentes relacionadas con las particularidades de este régimen, la norma nacional se rige por las reglas generales sentadas por el Cód. Civ. y Com. en cuanto a la causa ajena (arts. 1729/1731, Cód. Civ. y Com.).

Resulta menester señalar, aunque sea ocioso decirlo, que en las relaciones de consumo el criterio para valorar el hecho del damnificado es más estricto que en los casos genéricos. Así lo ha dicho reiteradamente la Corte Suprema de Justicia de la Nación (93).

Por otro lado, añadimos que si bien el hecho de un tercero quiebra el referido nexos, no cabe entender como "terceros" a los distintos integrantes de la cadena de comercialización, pues de lo contrario la responsabilidad concurrente instaurada por la norma se desvanecería (94). Se trata, en esos casos, de terceros respecto de los cuales sí deben responder.

#### IX.11. Riesgo de desarrollo

En estos casos, el riesgo de desarrollo refiere a aquella nocividad del producto que resultaba imprevisible de conocer al tiempo de su comercialización, y que se revela con posterioridad a dicho momento. Frente a tal hipótesis, la respuesta puede ser considerar al hecho como un caso fortuito, debido a su imprevisibilidad, como ocurre en ciertos ordenamientos extranjeros —aunque algunos restringen tal regla a

sumidor (arts. 32/35, ley 24.240). Esto fue justamente criticado y, de *lege lata*, se proponía tomar como plazo de caducidad el semestral establecido para la garantía de cosas muebles no consumibles (DE LORENZO, Federico M., "Contrato de consumo y derecho al arrepentimiento", LA LEY, 2004-A, 790). Sin embargo, el Cód. Civ. y Com. actualmente dispone —en una solución no poco controvertible— que ante la falta de información de tal derecho el *ius poenitendi* nunca se extingue (art. 1111, Cód. Civ. y Com.).

(92) En línea con esta propuesta, el citado proyecto de Ley de Defensa del Consumidor del año 2019 establece un plazo de caducidad de 10 años (art. 116).

(93) Por todos: CS, "Ledema, María Leonor c/ Metrovías S.A.", 22/04/2008, Fallos: 331:819. El criterio

ciertos ámbitos, como el alimenticio o farmacéutico—.

En la doctrina vernácula es difundida la opinión según la cual estos casos no interrumpen el nexo de causalidad. El Cód. Civ. y Com. refrenda esta tesis, pues su art. 1733 prescribe que el deudor es igualmente responsable si el hecho constituye una contingencia propia del riesgo de la actividad (art. cit., inc. "e") (95).

#### X. Un camino paradójico

Podemos decir que, en nuestro ordenamiento, la responsabilidad civil por productos defectuosos transita un camino paradójico.

En un primer momento, el legislador nada decía y los tribunales, que advertían que el régimen de las cosas riesgosas no daba adecuada respuesta, responsabilizaban con enjundiosos esfuerzos interpretativos a los fabricantes, sin eludir en su análisis a la existencia de un defecto en el producto. Actualmente, en cambio, la legislación llamativamente emparenta el asunto con el régimen de responsabilidad por el hecho de cosas riesgosas y, a la vez, parte de los aplicadores condenan a la cadena de comercialización sin reparar en la *fattispecie* que le es propia a este supuesto.

Si bien la responsabilidad civil —desde siempre— se ocupa por determinar la transferencia de los riesgos en sociedad, el mecanismo —como es natural— es permeable a estímulos sociales que modu-

es refrendado por nuestra doctrina más aguda: PICASSO, Sebastián, "La culpa de la víctima en las relaciones de consumo. Precisiones de la Corte Suprema", cit.; PICASSO, Sebastián - SÁENZ, Luis R. J., ob. cit., t. I, p. 360. En relación a esto, puede verse el caso en el que no se había podido determinar la causa que produjo el estallido del envase de cerveza y el tribunal, ante distintas hipótesis posibles, descartó aquella que conducía a entender que el actor había manipulado imprudentemente el producto (CNCom., Sala F, "Correa, Carlos M. c/ Cervecería y Maltería Quilmes S.A. s/ daños y perjuicios", 12/5/2015, LA LEY, 2015-E, 566).

(94) En sentido contrario, en un caso en el que se demandada por la reparación de los daños derivados de un paquete de orégano que tenía un roedor muerto

en su "sanción". En esa labor, se suceden planteos en direcciones opuestas; algunos promueven reglas allegadas al *casum sentit dominus*, mientras que otras transferencias ilimitadas que merodean la fantasía.

Podemos decir, en estas breves e inacabadas ideas, que en el supuesto que aquí se trata se evidencia un proceso legislativo y jurisprudencial de expansión de la responsabilidad, que ha alcanzado un nivel crítico (96).

Cita on line: TR LALEY AR/DOC/1694/2021

#### Más información

Fossaceca (h.), Carlos A. - Moreyra, Pilar.

"Aproximaciones a la responsabilidad civil por la utilización de inteligencia artificial y derecho de los robots. Una mirada jurídica", RCyS 2020-VIII, 20, Cita: LALEY AR/DOC/2254/2020

Quaglia, Marcelo C. - Raschetti, Franco.

"La obligación de informar en el ámbito de las relaciones de consumo. Alcances y extensión (ámbito objetivo y subjetivo)", SJA 20/05/2020, 15, JA 2020-II, AR/DOC/3472/2019

#### Libro recomendado

Estatuto del Consumidor Comentado

Autor: Chamatropulos, Demetrio A.

Edición: 2ª, 2019

Editorial: La Ley, Buenos Aires

en su interior, se resolvió que el vendedor no era responsable debido a que no había sido él quien causó el defecto, sino el fabricante (CNCom., Sala C, "Varettoni, Daniel A. c/ Viuda de Menoyo e Hijos S.A.", 29/5/2009, cita online 80067793).

(95) Lo mismo se observa, aunque más expresamente, en el citado proyecto de Ley de Defensa del Consumidor del año 2019 (art. 115).

(96) Algo semejante advertía Busnelli hace ya varias décadas, aunque respecto de la evolución de todo el sistema de responsabilidad civil en Italia (BUSNELLI, Francesco D., "La parabola della responsabilità civile", ob. cit.).

## Nota a fallo

### Niño con discapacidad

Rechazo de la cobertura de un tratamiento biomédico. Límites de la cobertura fijados por ley. Disidencia.

1. - Habida cuenta del indudable carácter experimental del tratamiento biomédico reclamado en favor de un niño con discapacidad —autismo—; y toda vez que el juez ha soslayado que, conforme las constancias de la causa, la autoridad sanitaria no ha otorgado suficiente autorización para que los agentes de salud prescriban y apliquen las nuevas prácticas y tratamientos, corresponde descalificar el pronunciamiento recurrido en cuanto ha ordenado su cobertura.
2. - No aparece demostrado que las limitaciones y topes fijados en la res. 428/1999 del Ministerio de Salud y Acción Social

y en la 1126/2004 de la obra social recurrente importen el menoscabo o la desnaturalización del derecho a la salud del actor. No ha sido acreditado que los valores de los servicios asistenciales fijados en las normas y en las resoluciones que los actualizan periódicamente resulten insuficientes para afrontar las necesidades de aquel (de la doctrina de la Corte sentada en "D. G., C. E.", Fallos: 340:1995, AR/JUR/105629/2017, a la cual remite).

3. - No corresponde atender los agravios relacionados con el reconocimiento de las prestaciones biomédicas por parte de la Alzada, pues constituyen una mera discrepancia con el criterio del juzgador, ineficaz para sustentar la arbitrariedad alegada. La Alzada no ha omitido examinar las pruebas a que alude la recurrente, sino que las ha interpretado de manera diversa a las postuladas por la

empresa de medicina prepaga (del voto en disidencia del Dr. Rosatti).

4. - Los planteos que objetan la obligación de solventar prestaciones domiciliarias que exceden las autorizadas en el citado nomenclador de la res. 428/1999 tampoco pueden prosperar. La demandada no demuestra el perjuicio concreto que la decisión le ha causado, pues no pretende que se eliminen dichas sesiones a domicilio, sino que se incorporen a otra modalidad de prestación (módulo de rehabilitación) sin justificar la concreta significación patrimonial que subyace en su petición (del voto en disidencia del Dr. Rosatti).
5. - Si al presentar el informe del art. 8º de la ley 16.986 la demandada señaló que, en materia de reintegros de gastos de salud, no estaba obligada a respetar los aranceles de la res. 428/1999,

sino que solo debía abonar aquello que figurara en el plan de los actores —en este caso el plan 310 y en la actualidad, el 410—, el agravio que introduce entonces ante esta instancia resulta inadmisible, por ser contrario a la posición mantenida durante todo el juicio y por ser el fruto de una reflexión tardía, que intenta reabrir un debate que quedó clausurado en etapas anteriores del proceso (del voto en disidencia del Dr. Rosatti).

CS, 08/04/2021. - B., M. A. y otros c. (OSDE) Organización de Servicios Directos Empresarios s/amparo ley 16.986.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/6754/2021]

[El fallo *in extenso* puede consultarse en Atención al Cliente, <http://informacionlegal.com.ar> o en Preview]

# Idas y vueltas acerca del Derecho de la Salud y tratamientos experimentales



## Martín Zambrano (h.)

Abogado, egresado de la Pontificia Universidad Católica Argentina. Coordinador y Docente del Curso de Posgrado de Instituciones de Derecho de la Salud de dicha misma Universidad. Miembro del Instituto de Derecho Sanitario del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal. Ejerce liberalmente la profesión. Autor de diversos artículos referido al Derecho de la Salud.

**SUMARIO:** I. Introducción.— II. La vía adjetiva del amparo. El grado de certeza de conocimiento en los amparos de salud.— III. El programa médico obligatorio y nociones referidas a tratamiento experimental.— IV. Resolución de la Corte Suprema. Pronunciamientos pretorianos similares.— V. Conclusiones.

### I. Introducción

Recientemente el más Alto Tribunal ha dictado sentencia en el expediente judicial en el cual tramitó Recurso de Queja por denegatoria de Recurso Extraordinario en los autos “B., M. A. y otros c/ (OSDE) Organización de Servicios de Servicios Directos Empresarios s/ amparo de ley 16.986” (Expediente N° 51530/2014) que tramitó por ante la Justicia Federal con asiento en la ciudad de La Plata, Provincia de Buenos Aires.

El auto resolutorio en cuestión, que resolvió el recurso de queja incoado por la demandada, de fecha 08/04/2021, impetra un precedente que entra en ostensible contradicción con otros pronunciamientos judiciales.

De esta manera, se declaró procedente el recurso extraordinario que había denegado el *a quo*, y dejó sin efecto parcialmente la sentencia apelada, en lo que se refiere a un “tratamiento biomédico” consistente “en una dieta libre de gluten, caseínas, oxalatos, conservantes y colorantes y en el suministro de probióticos, suplementos y productos de limpieza e higiene personal específicos provenientes de Estados Unidos”. La demandada “...impugn (ó) la admisión del tratamiento biomédico respecto del cual sostiene que no debe hacerse cargo pues es experimental y no se encuentra en el P.M.O.” Y además alego que la Sala III de la Cámara Federal de La Plata “...no valoró debidamente que el Cuerpo Médico Forense y la Academia Nacional de Medicina fueron contestes en afirmar que no existía evidencia de que el tratamiento prescripto al menor, basado en una dieta libre de gluten y caseína, (que) resultara beneficioso para mitigar los efectos del trastorno de espectro autista que padece”. Por lo cual ordena dejar “... sin efecto la sentencia apelada con el alcance indicado.”

La denegación al “tratamiento biomédico” (como nuestro Excelentísimo Tribunal se encarga de definir en autos) al cual le endilga un carácter de tipo “experimental”, implica una denegación al derecho de la salud de la parte actora. Que en otros casos análogos si se ha asistido a razón a dichos tratamientos, a los cuales procederemos a tomar repaso.

Presentaré la visión de la Corte Suprema de Justicia de la Nación sobre el derecho de las personas a recibir tratamientos experimentales, y analizar lo que yo considero que son aspectos criticables. Y asimismo haré énfasis en algunos aspectos procesales (propios de la vía adjetiva del amparo) que se presentaron en el desarrollo del juicio, que podrían enriquecer la cuestión.

### II. La vía adjetiva del amparo. El grado de certeza de conocimiento en los amparos de salud

#### II.1. Nociones generales sobre el grado de certeza del conocimiento en los pleitos de los amparos de salud

La acción de amparo es una “actio” a la cual puede corresponder distintas vías procesales adjetivas, de acuerdo a si se interpone en distintos poderes judiciales provinciales o nacionales.

En el orden procesal nacional, contamos con dos vías adjetivas a imprimir (siguiendo los lineamientos del *leading case* “Siri” y por otra parte “Kot”): si la acción de amparo se incoa contra una acción u omisión de la Autoridad Pública, corresponderá la aplicación de la Ley N° 16.986 (en adelante, “Ley Amparo”). Si la versa contra acción u omisión de un particular, corresponde la aplicación de la vía del proceso sumarísimo, conforme lo establece el artículo 321 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (en adelante, Cód. Proc. Civ. y Com.), vía que se encuentra sucintamente reglada en el art. 498 del mismo cuerpo ritual.

Tanto una como otra son juicios de conocimiento más abreviado. Lo cual implica que no puedan plantearse excepciones de previo y especial pronunciamento, no procedan recusaciones sin causa, no corresponda la reconvencción, tienen plazos más cortos, no se acepten cierto tipo de pruebas, no tengan alegatos, no tengan restricciones en las vías recursivas, etc. Lo cual no conlleva que no haya un grado de conocimiento pleno como en un juicio ordinario. Dice la jurisprudencia que la “La estructura rápida o acelerada de los procedimientos nada tiene que ver con el grado de conocimiento que tiene el juez sobre el fondo del litigio, y así, tanto el proceso sumario como el sumarísimo (arts. 486 y 498, Cód. Procesal), tienen una estructura diferente respecto del proceso ordinario (art. 330), en cuanto resultan notoriamente más abreviados, pero, en definitiva, en punto al grado de conocimiento, resultan similares: los tres son conocimiento pleno. (Del dictamen del Fiscal de Cámara que el tribunal comparte) (CNCom., sala A, “Empresa Ferrocarriles Argentinos c. Distribuidora de Frutas Argentinas, S. A”, 27/06/1980, LA LEY, 1981-C, 571; CNFed. Cont. Adm., sala V, “Craviotto, Gerardo A. y otros c. Ministerio de Justicia de la Nación”, 05/03/1997, LA LEY, 1997-D, 720).

“Si bien no se afecta el pleno conocimiento que el juzgador posee sobre el fondo del litigio, resulta de tal modo similar al proceso ordinario en cuanto al grado de conocimiento (CNFed. Cont. Adm., sala V, “Canero, Her-

mino F. c. Estado Nacional”, 20/03/2000, LA LEY, 2000-E, 369)”.

#### II.2. Ordinización de los amparos de salud

Ante la controversia que puede generarse sobre el debido proceso adjetivo referido a cuestiones sanitarias, en lo que se refiere a los amparos en materia de derecho de la salud debemos reconocer el fenómeno que el suscripto define como “la ordinización de los amparos de salud”. La experiencia que denota la duración de este tipo de procesos en la Justicia Civil y Comercial Federal de la Nación, así como de otras instancias, resulta ostensible e indiscutible largo. Procesos que pueden extenderse hasta la conclusión de la etapa probatoria a los tres años y dictarse sentencia en cuatro o cinco años en primera instancia. Tal como puede acontecer en un juicio civil ordinario derivado por responsabilidad civil por mala praxis médica, supuesto que se menciona en orden a la similitud que se puede establecer con los amparos de salud.

Por lo cual, las críticas a los amparos de salud, que se derivan de quienes plantean el fenómeno de la “judicialización de la salud” (que podría ser la antípoda al hecho que plantea el suscripto) por no poder tratar adecuadamente un conflicto sanitario entre un paciente y el Sistema Público, Obras Sociales o Empresa de Medicina Prepaga (en orden a la complejidad que versa sobre los actos médicos en litigio) no se condice con la realidad actual de lo que se actúan en este tipo de proceso.

En la actualidad no resulta acertado sostener que no pueda resolverse un pleito en salud con fundada probanza. Hasta a los efectos del dictado de las medidas cautelares (que acompañan a la *petitio* de los amparos), los demandados cuentan con un “fenómeno procesal de bilateralización de las medidas cautelares”. A pesar de que las medidas cautelares son de naturaleza jurídica *inaudita pars*, varios jueces han estilado emplear su traslado. Sin fundar ello en derecho (1). Por lo cual, hasta en dichas escuetas instancias procesales, las partes intervinientes cuentan con un mínimo proceso de conocimiento.

El caso en estudio demuestra acabadamente lo expuesto. Desde que se planteó la demanda hasta la sentencia de primera instancia transcurrieron casi tres años y medio. La acción de amparo se interpuso en fecha 05/12/2014. La sentencia de primera instancia se dictó en fecha 05/06/2018.

Veremos todos los datos que recabaron para resolver conforme a derecho.

### II.3. Desarrollo del amparo

#### II.3.a. Objeto

La acción de amparo inicia con un pedido de medida cautelar para que se ordene el otorgamiento de “.cobertura integral (100%) de las siguientes prestaciones... 1) Tratamiento interdisciplinario Intensivo en domicilio de 72 horas mensuales ... 2) Integración escolar 3) Tratamiento biomédico (...dieta específica libre de gluten, caseínas, oxalatos, conservantes, colorantes, Suministro de probióticos y suplementos y productos de limpieza e higiene personal (y) Estudios de laboratorio a realizar en Laboratorio “The Great Plains”... 4) Tratamiento de terapia ocupacional ... 5) Cobertura del tratamiento Intensivo del método fonoaudiológico PROMPT que se realizó en la Pcia. de La Rioja...” (sic) al menor O., V. J, (en adelante, me referiré a él como V.) representado por su madre, en estos autos, la Sra. Mariana Andrea Benitez. Coincide la *petitio* de la acción del amparo íntegramente con la medida cautelar, contemplando que se autoricen futuros cambios en las prestaciones.

La medida cautelar fue otorgada en riguroso tenor a lo peticionado.

Habiéndose proveído la acción de amparo, e impreso la vía adjetiva de la Ley de Amparo, OSDE produjo el informe de su artículo 8 (de naturaleza jurídica de contestación de demanda). Rechazando y negando la procedencia de la acción. En lo substancial, relacionado al tratamiento experimental, alego que “...En lo que respecta al tratamiento biomédico indicado al menor, dicho tratamiento carece de evidencia científica en cuanto a su efectividad y se encuentra en etapa experimental, y no se encuentra comprendido en normativa alguna para los agentes del seguro de salud, como le fuera notificado a los actores”.

#### II.3.b. Etapa probatoria. Dictamen del Cuerpo Médico Forense

Luego de la contestación de demanda, se abrió la causa a prueba, proveyendo la prueba de la demandada, en lo que se refiere al libramiento de oficios a la Superintendencia de Servicios de Salud de la Nación, a la Academia Nacional de Medicina. A los efectos de que se expida sobre la procedencia de las coberturas experimentales, así como la designación de Peritos psiquiátrico y gastroenterólogo.

Con las respuestas de las oficiadas, y en orden a las sucesivas designaciones frustradas de los especialistas requeridos, se le dio intervención al Cuerpo Médico Forense, a fin de que realicen las pruebas periciales ofrecidas por la parte demandada.

### Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(1) El art. 198 del Cód. Proc. Civ. y Com. dice “Las medidas precautorias se decretarán y cumplirán sin audiencia de la otra parte.” Suele emplearse una mala práctica del “reclamo previo” para el dictado de la medida cautelar, que viene de una perspectiva administrativista. Esto ha sido rebatido en antecedentes pretorianos “Abbruzzese, Nélica c/ Galeno Argentina

y otro s.a. s/ amparo de salud” (exp. N° 9125/2016) donde el juzicante previo al dictado de la medida cautelar impetrada de autos, dijo que “Toda vez que de autos no surge que se haya efectuado el reclamo ante la obra social demandada, de modo que, no es posible examinar si la conducta de aquella lesiona, restringe, altera o amenaza con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta el derecho a la salud de la actora, no

corresponde decidir, por ahora, la medida cautelar solicitada” (ver auto de fecha 03/01/2017), auto interlocutorio que fue apelado, y la alzada dijo que “El diferimiento del pedido cautelar resuelto por el juez debe ser revocado. Por un lado, es obvio que los requisitos previstos en los artículos 23, 25 y 32 de la ley 19.549 no son aplicables al *sub lite*... Por ello, el Tribunal resuelve: Revocar la resolución de fs. 62 y devolver las

actuaciones al juez de Feria para que se expida de inmediato sobre la pretensión cautelar de la demandante (fs. 60/61), sirviendo la presente de atenta nota de envío. Regístrese, notifíquese y oportunamente, publíquese. Firmas: Guillermo A. Antelo, María Susana Najurieta y Graciela Medina, jueces de Cámara” (auto de fecha 13/01/2017).

En fecha 04/10/2016 dicho cuerpo cumplió con la encomienda que el juez de Primera Instancia solicitó a fojas 178.

Al igual que otros informes médicos que produce dicho cuerpo, el galeno interviniente realiza un inventario de informes, diagnósticos e informes médicos obrante en autos, y reproduce el contenido del Certificado de Discapacidad estableciendo que V. padece de “Trastorno del Espectro Autista y Trastorno Generalizado del Desarrollo” cuyas siglas son TEA y TGD, de tipo no especificado, con abordaje integral, intensivo e interdisciplinario.

El forense ponderó las prescripciones sobre el Tratamiento Integral de 72 horas semanales como el de integración escolar y ocupacional de su médica tratante (Dra. Russo), así como lo manifestado por el Dr. Christian Plebst (otro de los médicos tratantes), que interviene en su carácter de Médico Psiquiatra Infanto-Juvenil, quien ordenó, en fecha 24 de junio de 2014, un módulo intensivo del método fonaudiológico “Prompt” y de distintas terapias que lo ayudan (ver fs. 49). Este módulo apunta a objetivos musculares, orales y fonéticos, que favorecen el desarrollo del habla. Porque en el Instituto María de la Paz, en la Provincia de La Rioja.

También recalcó en la historia vital que V. a los cinco años comenzó a presentar problemas con la comida y presentar problemas de constipación. Se le retiró lácteos de la dieta por presentar intolerancia a la caseína. Y que, a partir de una dieta prescrita por la Dra. Marcela Ronald, la cual ordenó el suministro de suplemento GABA (ácido aminobutírico), probióticos, Sulfur 300.000, y con una dieta libre de gluten y azúcares, el menor mejoró.

Luego empieza a detallar los “Tratamientos Biológicos del Autismo y Dietas de Eliminación”, sobre los cuales se suscita la controversia que llega al Recurso de Hecho. Dice al respecto que las “...investigaciones han venido señalando las posibles relaciones entre la alimentación y una serie de trastornos que van desde las alergias, las intolerancias alimenticias, y últimamente, los efectos opiáceos de algunos componentes del trigo y la leche de vaca o cabra”. Y que “Ya en la década de los sesenta, el inglés Bernard Rimland, fundador del Instituto para la investigación del Autismo, se manifestaba acerca de la posible relación entre deficiencias alimentarias y algunos síntomas conductuales de los niños dentro del espectro autista”. Diversos estudios “...han podido precisar algunos elementos importantes que merecen ser considerados al momento de realizar una intervención terapéutica en niños que presentan trastornos del desarrollo dentro del espectro autista, e incluso, en el cuadro de Déficit Atencional”. Específicamente, las principales evidencias apuntan a los siguientes factores:

a.- *Probable acción de opiáceos externos:* La leche de vaca y de cabra, junto con el del trigo, el centeno y la cebada, poseen ciertas proteínas (caseína y gluten), cuya estructura o partes de esta, al no ser digeridas completamente, presentan propiedades opiáceas (como la morfina), que si bien se metabolizan, se ha propuesto que en la población de niños autistas, existiría una mayor tendencia a presentar errores del metabolismo que impiden degradar esas moléculas y/o presentan mayor permeabilidad en las barreras naturales, por lo que esas morfina externas (exorfinas) llegarían a sitios del cerebro que se relacionan con el desarrollo del lenguaje, la comunicación, las relaciones sociales y la modulación de sensaciones y percepciones (lóbulos frontales, temporales, parietales), alterando el funcionamiento de todos los procesos implicados en la cognición y la comunicación. Los niños que presentan estas deficiencias, tienden a manifestar características tales como bajo nivel de atención,

dificultad con las relaciones sociales, irritabilidad, trastornos del sueño, retraso de lenguaje, trastornos alimentarios, trastornos digestivos y regresión o pérdida de habilidades y conductas previamente adquiridas.

b.- *Alergias e intolerancia alimenticias:* Rimland (1978), Sattock (1997), Shaw (1998), entre otros y organizaciones como el laboratorio Great Plains (EE.UU.) han señalado que muchos niños del espectro autista presentan alergias, intolerancia o hipersensibilidad a diversos alimentos, incluyendo los colorantes de dulces y diversos productos de fantasía, los cuales provocan una serie de alteraciones intestinales, manifestaciones cutáneas y fiebres inexplicables, entre otras. Tales alteraciones tendrían efectos que se relacionan a su vez con problemas conductuales, irritación y llanto inmotivado, problemas de atención y autoagresión. Habría que correlacionar estas hipótesis con el tipo de conducta que presentan las personas que padecen de enfermedad celíaca o intolerancia alimenticia.

c.- *Infecciones por hongos o bacterias y flora intestinal:* Las dietas ricas en carbohidratos simples, dulces, colorantes y bebidas de fantasía, frecuentemente se asocian al aumento de hongos, levaduras y bacterias en el tracto digestivo. La acción de hongos, levaduras y bacterias, deteriora no solo la flora bacteriana, sino que además debilita el sistema inmune y hace que las paredes intestinales se vuelvan más permeables al paso de diversas sustancias nocivas, que no han sido digeridas previamente (por ejemplo, las exorfinas descritas anteriormente, por lo que frecuentemente los problemas asociados a la ingesta de gluten y caseína, se asocia a la presencia de infecciones del tracto digestivo).

Sin perjuicio de estas proposiciones, el médico forense señala que “El problema de los estudios es que la bibliografía consultada muestra estudios en poblaciones muy reducidas o particulares, con el aval del testimonio de las familias. (...) desde un punto de vista metodológico, no podemos considerar lo testimonial como evidencia científica. Sin contar con un fuerte diseño metodológico, con poblaciones estadísticamente significativa, como con el curso de tratamiento, el seguimiento de casos, exceso de testimonio no especializados”.

“No quiero desanimar a nadie a no intentar todo por sus hijos, pero como clínico no puedo recomendar lo que no está apoyado por evidencia fuerte. Yo mismo he probado con nuestro hijo dietas y suplementos, sin mayores resultados, como también ha acontecido a la mayoría de mis pacientes durante más de 25 años”.

Si bien por lo dicho, como clínico el galeno perito, no puede recomendar lo que no tiene sustento en evidencia científica fuerte, que avale su utilidad “...consideramos deberían ser los médicos tratantes (quienes son los que más conocen al paciente y sus respuestas terapéuticas) los que elijan o aconsejen el mejor tratamiento a seguir por el mentor y lo que más beneficie en función de su evolución clínica/neurología, conforme su patología de base”. Esto último es determinante, porque más allá de lo informado por la Superintendencia de Servicios de Salud y la Academia Nacional de Medicina, que corroboran la falta de evidencias sobre los efectos coadyuvantes del tratamiento experimental en cuestión, lo cierto es que el médico forense pondera por sobre la discusión de la evidencia científica, la pericia de los médicos tratantes en el caso particular de V.

Resulta imperante el criterio sostenido en este sentido, en reiteradas oportunidades, acerca de que es el profesional de la medicina que trata al paciente, quien, previo efectuar los estudios correspondientes,

prescribe la prestación que proporciona mejores resultados (CFed. San Martín, Sala I, Causa 3340/2017/CA1, del 5/11/18, 94/13, del 19/2/13, entre otras y Sala II, Causa 131283/107/CA1, del 16/5/18 entre otras).

### II.3.c. Autos a sentencia

Si bien esta última conclusión forense fue impugnada por la demandada, lo cierto es que, en fecha 5 de junio de 2018, los autos pasaron a sentencia, sin haber sido este resuelto (la certificación de prueba de fecha 22/03/2018 corrobora esto).

A los efectos de proceder a resolver, el juez de primera instancia estableció que “...ha de recordarse que los jueces no están obligados a analizar todas y cada una de las argumentaciones de las partes, sino tan solo aquellas que son conducentes y poseen relevancia para resolver el caso (Fallos: 258:304; 262:222; 265:301; 272:225, entre otros). Y, en sentido análogo, tampoco es su obligación ponderar todas las pruebas agregadas sino solo aquellas que estimen apropiadas para resolver el caso (Fallos: 274:113; 280:320, entre otros)”.

En los considerandos de la sentencia, establece que “...Asimismo, respecto del alcance de la cobertura médica asistencial prescrita a la accionante, surge claro de la pericia producida por el Cuerpo Médico Forense de la Corte Suprema (obranante a fs. 351/378), entre otras cuestiones, que: “...si bien no hay evidencia científica cierta que avale su utilidad, consideramos deberían ser los médicos tratantes (quienes son los que más conocen al paciente y sus respuestas terapéuticas) los que elijan o aconsejen el mejor tratamiento a seguir por el menor y lo que más lo beneficie en función de su evolución clínica/neurológica; conforme su patología de base...”; por lo que cabe colegir, es justamente el tratamiento prescripto por el médico tratante, el que hay que cumplir en pos del progreso psicofísico de V...” Esto se funda en el art. 8 de la Ley N° 26.527, que jerarquiza la orden médica que extiendan los distintos integrantes de los equipos interdisciplinarios, y que el art. 37 de la ley 24.901 que establece el deber de otorgar por parte de las agentes de salud de “la cobertura, (d)el costo total de los tratamientos prolongados, ya sean psicofarmacológicos o de otras formas terapéuticas”.

No se deja de recalcar por parte del suscripto en el *Visto*, la información obrante a fojas 314/332 sobre el informe del expediente administrativo acompañado por la Administración Nacional de Medicamentos, Alimentos y Tecnología Médica (ANMAT) n° 1-0047-0000-003064-16-4, el cual da cuenta de los nutrientes que resultan necesarios para afrontar los tratamientos en pacientes con patologías asociadas a TGD y trastornos de epilepsia, que, si bien no fue considerado por su Señoría, motiva la resolución que asiste al derecho de la parte actora.

Por lo cual, la sentencia resuelve ordenando el otorgamiento de “...la cobertura completa e integral del tratamiento médico/interdisciplinario prescripto por los profesionales tratantes, convirtiendo en definitiva la medida cautelar dictada en autos a fs. 105/109”.

### II.3.d. Actuación en segunda instancia

Se alza la demandada contra el auto en cuestión por contener vicios en la aplicación de las normas, la expresión de los hechos, y en la valoración de las pruebas producidas. Respecto al tratamiento experimental (lo que hace al objeto de estudio de autos), el demandado se agravia al considerar que, si debió tratar con mayor amplitud lo informado por Superintendencia de Servicios de Salud y la Academia Nacional de Medicina,

que fueron contestes con el dictamen del médico forense, respecto a que los tratamientos biomédicos no tenían fundada su evidencia científica. Por lo cual no habría óbice para que de cualquier forma imperara la conclusión forense, sobre que, más allá del desarrollo de las investigaciones experimentales del tratamiento biomédico, a fin de cuentas, es el médico interviniente o el equipo interdisciplinario interviniente el que debe ponderar los aciertos o desaciertos en los efectos terapéuticos de tal o cual acto médico.

Resulta interesante el agravio que introduce la demandada (en orden a la falta de alegatos en los juicios de amparo), vinculado que no correspondería el tratamiento biomédico por ser “de uso compasivo” y la cuestión sobre que se estaría realizando una investigación en los términos del art. 58 del Código Civil y Comercial de la Nación (en adelante, Cód. Civ. y Com.). Esto se condice con el informe ANMAT mencionado en autos.

Pasados autos al acuerdo, en fecha 25/09/2018, el voto principal de la Sala III de la Cámara Federal de La Plata dijo que “Las circunstancias relevantes que se encuentran acreditadas en la causa (reconocimiento ministerial de la incapacidad del niño, el diagnóstico de su estado de salud, las prescripciones de las medicaciones, tratamientos y terapias, los gastos afrontados por los actores y los sucesivos pedidos de cobertura a OSDE, sin respuestas concretas) fueron suficientemente relatadas en la anterior intervención del Tribunal (v. considerando “II.2.5” de la resolución de fs. 216/219 y vta.), a la que me remito en honor a la brevedad”. Y que “...Sentado ello, adelanto que no advierto que la sentencia de primera instancia haya omitido toda consideración de las pruebas relevantes aportadas al expediente y/o que haya silenciado las opiniones vertidas por los facultativos. Por el contrario, la lectura del considerando “IV” revela que el señor juez de grado hizo mérito tanto del singular cuadro sanitario del hijo de los amparistas, como de la parte pertinente del informe del Cuerpo Médico Forense, que propicia remitir al criterio de los profesionales que atienden al niño por ser quienes mejor conocen sus respuestas terapéuticas conforme su patología de base (v. fs. 541)”. Y que en esto “...el encargado del tratamiento al que es sometido el hijo de los amparistas posee una amplia libertad para escoger el método, técnica o medicamento que habrá de utilizarse para afrontar su dolencia, y tal prerrogativa queda limitada tan solo a una razonable discrecionalidad y consentimiento informado del paciente en este caso, el de sus representantes legales)” (Exp. N° 84505/2017/CA1, Sala III de la Cámara Federal de La Plata, “Lamanna, Sandra Beatriz —curadora de su hijo— c/ PAMI s/ amparo ley 16.986”).

Es decir, no hubo tal falta de ponderación o interpretación de la prueba informativa rendida en autos.

Y, además, respecto al alcance del deber de cobertura, que hace al contenido del derecho de la salud: “...debe señalarse que la cualidad de experimental de un fármaco o de un procedimiento en materia de salud no implica, sin más, que las obras sociales o las empresas de medicina prepaga no deban inexorablemente cubrirlos. Ello es así porque en el examen y la decisión de ese punto, directamente emparentado con la tutela de la salud de los individuos, también intervienen otros indicadores como la razonabilidad en la ecuación riesgo-beneficio (en los términos que demandan los puntos 16 y 17 de la Declaración de Helsinki promulgada por la Asociación Médica Mundial, el art. 58 inc. “e” del Código Civil y Comercial de la Nación y la res. 6677 de la ANMAT) y —nuevamente— el criterio del profesional que tiene conocimiento directo del paciente”.

Y que “En este orden de ideas, el dato general de que no se hayan encontrado “cambios significativos en los niños que siguieron estas dietas” (según las referencias citadas en el informe de la Academia Nacional de Medicina), contrasta —en el caso— con las afirmaciones de los amparistas cuando alegaron que “con los suplementos y dietas V (...) ha avanzado y dio grandes pasos”. Esa aseveración no es aislada, sino que se conecta con las consideraciones médico-legales que emanan del dictamen del Cuerpo Médico Forense de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el que se destaca —respecto de los tratamientos biológicos y dietas de eliminación— que si bien “aún no existe un cúmulo de investigaciones que permita afirmar fehacientemente la utilidad de tales procedimientos, no obstante, el reporte de familias, asociaciones de padres de niños con trastornos del desarrollo e importantes especialistas, se refieren a que una gran cantidad de niños se habrían beneficiado con tales intervenciones”. Entre los aludidos progresos se destacan mejoras en la atención, en la capacidad de vincularse y en la intencionalidad comunicativa, a la vez que disminuyen el comportamiento agresivo o autoagresivo, el llanto inmotivado o impredecible y manifestaciones como estereotipias o movimiento constante (v. fs. 371).2.4. No es un dato menor que la misma autoridad sanitaria autorice el uso compasivo de los productos aludidos. Esta excepción, regulada por la Disposición 840/1995 de la ANMAT, opera cuando no existe un tratamiento específico, cuando hay intolerancia a todo tratamiento existente, cuando media incompatibilidad con drogas disponibles y/o cuando existe una terapia convencional pero el paciente no respondió favorablemente con su aplicación. Y a diferencia de lo que señala el apelante, el diagnóstico de la enfermedad de V (...) sí encuadra en alguna de las contingencias contempladas en el art. 1 de la mentada disposición (patologías que incapaciten permanentemente y/o que deterioran la calidad de vida) que habilitan acudir a esta vía”.

Hasta aquí, se puede ponderar, por todo lo actuado, que no hubo arbitrariedad en los hechos, derecho y prueba producida. Procederemos a analizar en el capítulo siguiente otros puntos que hacen a la cuestión substantiva, para ponderar el auto resolutivo definitivo de segunda instancia en contraste de lo resuelto por nuestro más Alto tribunal.

### III. El programa médico obligatorio y nociones referidas a tratamiento experimental

Otro de los puntos de agravio (que se mencionó con anterioridad) es la extensión del objeto del deber del derecho de la salud.

Arraigada se encuentra la cuestión sobre si el deber de coberturas accesibles, suficientes y oportunas para las obras sociales (art. 27 de la Ley N° 23.661) y para las empresas de medicina prepaga (art. 7 de la ley 26.682) se traduce en el *vademécum* del Programa Médico Obligatorio (en adelante PMO), como un máximo, o este resulta una base de cobertura, como un mínimo, sobre las cuales dichas entidades de salud deben dar servicios médicos, aunque expresamente no se las haya incluido.

La alzada invoca la postura unánime (no es un “techo de coberturas”, sino una “base”) sobre que “... esta Sala tiene dicho en numerosos precedentes (ver, por muchos, expte. 14.876 “Castro, María José c/ UPCN s/ Ac-

ción de Amparo”) que el Estado Nacional ha definido el “Programa Médico Obligatorio” señalando que constituye “un conjunto de servicios de carácter obligatorio como piso prestacional por debajo del cual ninguna persona debería ubicarse en ningún contexto”. Y que “...apreciaciones sobre el carácter dinámico del piso prestacional obligatorio también sustenta el rechazo del agravio referente a que en el listado de suplementos dietarios que detalla la ANMAT no se incluyen productos y sustancias reclamadas por los amparistas.” o no incluidas en el PMO mismo.

Es que además debe tenerse en cuenta, que más allá de su modificación parcial con la incorporación de tratamientos para enfermedades crónicas (Res N° 310/2004-MSAL) y de modificaciones por manda legislativa, muchas técnicas del PMO son obsoletas, e incluso más costosas y menos efectivas y más invasivas que las actuales (2).

Por lo cual, siguiendo la postura jurisprudencial, no solo tratamientos aprobados en las cuatro fases de investigación corresponden al derecho de la salud, sino que, incluso, por el dinamismo del desarrollo de la medicina correspondería otras.

En ese sentido, Tobías dice: “Se ha afirmado que la finalidad de la terapia experimental es una manifestación del derecho del paciente a valerse de terapias innovativas aún no generalizadas o aprobadas (el avance de los conocimientos científicos es mayor que el de los procedimientos administrativos) y de la correlativa facultad del profesional de practicarlas con base en su propia valoración para un caso individual —aunque sustentada, como se verá, en respaldos científicos— insertada en una relación de colaboración y confianza con el paciente. Asimismo, que constituye uno de los instrumentos de adecuación constante de los conocimientos en el ámbito médico tendientes a resguardar las particulares necesidades de un paciente individual” (3).

Es decir, no nos encontramos en una investigación clínica, sino en la implementación de un tratamiento experimental, que es el galeno prescripto del menor V... es el que mejor puede establecer su procedencia o rechazo. Por lo cual, no se aplica el argumento acerca de que el caso de autos estaría sometido a V... a una investigación clínica (conforme argumenta en su apelación la demandada, en los términos del art. 58 del Cód. Civ. y Com.).

En orden a lo expuesto, es que se confirma la apelación de primera instancia.

### IV. Resolución de la Corte Suprema. Pronunciamientos pretorianos similares

La demanda interpuso en tiempo y forma recurso extraordinario contra la sentencia de segunda instancia dictada el 24/09/2018. La tilda de arbitraria, “...en tanto no aplica el derecho vigente y desconoce las pruebas producidas” - (i) omite considerar pruebas conducentes, que se han rendido en el proceso; (ii) valora arbitrariamente la prueba producida; (iii) irrazonabilidad de la interpretación efectuada a la luz de sus consecuencias”.

Fue denegada por la Sala Federal interviniente, entre otras razones, por no aplicarse la doctrina de la arbitrariedad, y porque en definitiva solo se “... trata del diferente criterio de apreciación de los hechos de la causa y del derecho aplicable, que, por ser así con-

figuran la mera discrepancia del apelante con la forma en que los jueces de la causa han ejercido su ministerio, perdiéndose de vista que el recurso interpuesto no tiene por finalidad lograr la apertura de una tercera instancia revisora (Fallos: 307:74 y 1875)”.

La Corte Suprema decide entender en la queja incoada *a posteriori*, y adelanta en su considerando 7°: “Que, en tales condiciones, los señalamientos de la apelante referidos a las limitaciones dispuestas por el decreto 1193/98 y la citada resolución 428/1999 encuentran adecuada respuesta en la doctrina emergente de los precedentes “V. I., R. c/ Obra Social del Poder Judicial de la Nación” (Fallos: 340:1269) y “D. G., C. E. c/ Obra Social del Poder Judicial de la Nación” (Fallos: 340:1995), a cuyos fundamentos corresponde remitir en razón de brevedad. La decisión apelada, pues, en este aspecto, ha de ser descalificada”. Esta invocación no resulta del todo exacta, ya que, en lo que se refiere a la obligatoriedad de cobertura de la Obra Social del Poder Judicial de la Nación, rigen otras cuestiones referidas a su “cautividad”, en tanto no estaría alcanzada por las leyes 24.901, 23.661, 26.682, etc., por lo cual debería invocarse algún antecedente referido más bien a una obra social nacional, o empresa de medicina prepaga.

Recalca en el *considerando* octavo y noveno lo que ya se había expuesto sobre los informes de la Superintendencia de Servicios de Salud y la Academia Nacional de Medicina, que fueron “subsumidos” por el informe pericial. En el décimo considerando se recalca la cuestión del informe tocante a los informes, pero no la conclusión del perito.

Consecuentemente la Corte Suprema se despega de mencionar la parte más importante de la pericia médica. Que fundamento lo actuado tanto en primera como en segunda instancia.

Por otra parte, lo resuelto entra en contradicción con diversos pronunciamientos en la materia.

En un trabajo de los Dres. Graciela Medina e Ignacio González Magaña, titulado “Derecho a la salud. Derecho de los pacientes a tratamientos no autorizados. Los medicamentos de uso compasivo”, se realiza un extensivo repaso de fallos referidos a tratamientos experimentales, constitutivos del derecho de la salud, y obligatorios en su cobertura.

En el caso “Arribillaga”, la actora que padecía un cuadro patológico oftalmológico complejo, que le producía un déficit de visión que la afectaba en sentido progresivo, que requería el medicamento *Adalimumab*, no aprobado por el ANMAT. El Cuerpo Médico Forense dictaminó que de todas formas este tipo de medicamento era utilizado para el tratamiento de patologías como la que presentaba la actora y que no se encontraba contraindicado, a pesar de no estar autorizado, y finalmente que la paciente debería estar debidamente informada de los riesgos y beneficios brindando el pertinente consentimiento informado. Algo muy parecido a lo que acontece con el menor de nuestro caso en estudio.

De lo precedentemente expuesto, concluyó el decisorio que, si bien es cierto que el medicamento requerido por la actora no estaba aprobado por la ANMAT, no resultaba óbice dicha circunstancia para denominarlo como un tratamiento “experimental” y, tal como lo señala el forense, que pueda ser utilizado para la patología de la actora con el debido consentimiento prestado por ella.

Algo parecido aconteció con el caso “Sureda”, donde se obligó a la Obra Social del Poder Judicial a prestar cobertura íntegra de la terapia con vacuna *T-linfocitaria*, donde

la segunda instancia del Civil y Comercial Federal de la Capital Federal revocó la decisión de primera instancia y acogió la acción, haciendo pie básicamente en los siguientes fundamentos:

a) la ANMAT informó que no autoriza terapias, por lo que la exigencia de reconocimiento de ese organismo es improcedente;

b) el carácter experimental no obsta al derecho del actor de contar con una esperanza de mejora de su cruel enfermedad, en tanto la terapia fue prescripta por un médico especializado en neurología y

c) el PMO constituye un límite inferior del universo de prestaciones exigibles y no su tope máximo.

Lo resuelto por la Alzada motivó Recurso Extraordinario por parte de la accionada, por lo que se procedió a remitir la causa al Superior Tribunal de la Nación, que declaró procedente el recurso extraordinario y se dejó sin efecto la sentencia apelada, como aconteció en el caso de autos. En conclusión, expresó que el sentido y relevancia de la omisión reseñada en el marco de las características de la situación fáctico-jurídica planteadas en esta causa, debía conducir a la descalificación de lo resuelto en la anterior instancia, por lo que declaró procedente el recurso extraordinario en lo que atañe a la arbitrariedad acusada y ordenó dictar nuevo fallo con arreglo a lo expresado precedentemente. Tal cual acontece en el caso bajo estudio.

Luego de ser sorteada una nueva Sala, el a quo remitió la causa al Cuerpo Forense, con el objeto de que dictamine respecto del estado de salud del actor, tratamiento y medicación requerida en base a su enfermedad. Limitando la cuestión a resolver a determinar si los tratamientos prescriptos al Sr. Sureda consistentes en Vacuna T Linfocitaria y Trasplante Antólogo de Medula deben ser cubiertos por la Obra Social demandada.

En primer término, desarrolló el fallo reseñado los aspectos más salientes del dictamen del Cuerpo Médico Forense, señalando que —como indicara el informe aludido—, al actor le fue diagnosticada su patología en 1996, encontrándose en aquel momento en estado de discapacidad motora estable y grave. Conforme a estas características clínicas, su condición no cumplía con los criterios delineados para ser receptor de TACPH (4) según las recomendaciones efectuadas por la EBMT. Asimismo, señaló el Cuerpo Médico Forense que no había indicación suficiente para aplicar los procedimientos solicitados en el caso de autos, salvo en el marco de un protocolo de investigación aprobado por el ANMAT, para el que tendría que haber cumplido criterios predefinidos de inclusión y exclusión

Sumado a ello, surgió de los datos relevados del expediente administrativo correspondiente al Ministerio de Salud y res. 276/2008 del 01/09/2008 del INCUCAI, la descalificación de la metodología empleada para el tratamiento de patologías como la del amparista, por lo que en resumidas cuentas la situación a resolver implicaba reconocer o no la cobertura por parte de la Obra Social del Poder Judicial de la Nación de un tratamiento sujeto a ensayo clínico.

Sobre la base de las consideraciones expuestas se concluyó que el tratamiento requerido por el actor revestía carácter experimental (no aprobado por las autoridades sanitarias), cuyos costos debía ser soportados por los investigadores o sus patrocinantes y que, según las conclusiones del Cuerpo Médico Forense, no resultaba indicado para su cuadro, debiéndose optar por los tratamientos convencionales.

(2) Para ver más nociones referido a estos aspectos del PMO, consultar: ZAMBRANO (h.), Martín - CIRES, Etcheverry, Julia: “La justa distribución de los recursos estatales en la salud argentina frente al impacto de nuevas prestaciones médicas y tecnologías sanitarias El Dere-

cho, [266] - (15/03/2016, nro. 13.915) [2016]

(3) TOBIAS, José W. “La terapia experimental y la pandemia”, LA LEY 02/02/2021, 1, AR/DOC/3234/2020.

(4) Trasplante autólogo de células progenitoras hematopoyéticas.

## V. Conclusiones

La Corte Suprema ha demostrado una postura rigurosa frente al derecho a los tratamientos experimentales. De las probanzas de autos, y de lo dictaminado por el Cuerpo Médico Forense en su conclusión, no se ha rebatido que lo prescripto por los médicos tratantes de V. son quienes mejor pueden determinar que se emplee un tratamiento médico u otro. Si bien la demandada impugno esta última conclusión, no

impulsó y perdió la instancia procesal en este sentido. Y toda la prueba rendida fue debidamente valorada en todas las instancias. Recalco el voto de la disidencia del doctor Rosatti en este sentido: "Por último, no corresponde atender los agravios relacionados con el reconocimiento de las prestaciones biomédicas por parte de laalzada, pues constituyen una mera discrepancia con el criterio del juzgador, ineficaz para sustentar la arbitrariedad alegada (Fallos: 340:1542 y 341:883, disidencia

del juez Rosatti). En efecto, la alzada no ha omitido examinar las pruebas a que alude la recurrente, sino que las ha interpretado de manera diversa a las postuladas por la empresa de medicina prepaaga".

En lo substancial, lo cierto es que si bien el Derecho a la Salud, no es absoluto como ningún derecho, los tratamientos de naturaleza "experimentales" no debe ser rechazada por nuestro Más Alto Tribunal por el mero hecho de revestir dicho carácter, con-

forme la doctrina que emerge de los Fallos: 340:1269 y 340:1995. Sino que debe primar la opinión del médico tratante. Sustentado ello en el carácter dinámico de la medicina y su exponencial desarrollo, y que las agencias regulatorias no siempre están a la altura o en la dinámica regulatoria que un acto médico en un caso particular demanda cobertura médica.

Cita on line: TR LALEY AR/DOC/1696/2021

## Jurisprudencia

## Caducidad de instancia

## Existencia de acto impulsorio. Interpretación restrictiva. Rechazo.

Frente al troquel acompañado por el apelante, con el que intentó acreditar la recepción del mandamiento librado por la Oficina de Mandamientos y Notificaciones, el juez de grado, ante las dudas que le generaba la veracidad de dicha pieza, a los fines de corroborar sus dichos, debió haber ordenado el libramiento del oficio ofrecido por el accionante al contestar el traslado de la caducidad. Dichas constancias representan un acto que exterioriza el propósito del accionante de impulsar su trámite, mediante una expresa y concreta actuación tendiente a continuar la relación procesal, con prescindencia de su resultado o eficacia, máxime ponderando el carácter restrictivo de la caducidad de instancia.

CNCom., sala A, 28/05/2021. - Altavilla, Claudio Marcelo c. Sánchez, Javier Hugo s/ Ejecutivo.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/63593/2021]

## Costas

Se imponen en el orden causado.

2ª Instancia.- Buenos Aires, mayo 28 de 2021.

Vistos: 1. Apeló la parte actora la resolución dictada el 18/03/2021, mediante la cual el Sr. Juez *a quo* declaró, a pedido del demandado, la caducidad de la instancia en este proceso.

Para así decidir, el juez de grado juzgó que, desde la última actuación hábil existente en el expediente, que data del 25/09/2020 (libramiento electrónico de mandamiento) y hasta el acuse de la perención del 12/03/2021, había transcurrido el plazo legal previsto por el art. 310, inc. 2, Cód. Proc. Civ. y Comercial.

Los fundamentos de su apelación obran desarrollados en el escrito presentado el 05/04/2021, siendo contestados por la demandada el 07/04/2021.

2. El recurrente se quejó de la decisión adoptada en la anterior instancia con sus-

tento en que no medió en el caso la inactividad procesal que le fue imputada. Indicó que antes de cumplimentarse el plazo de perención estipulado para este tipo de procesos, con fecha 19/11/2020, presentó el mandamiento librado en el presente expediente a la Oficina de Mandamientos y Notificaciones de Morón. A tal fin, acompañó constancia de recepción del ingreso del mandamiento, al momento de contestar el traslado del acuse de caducidad (ver escrito del 17/03/2021).

Afirmó que esta circunstancia importaba, en definitiva, un acto impulsorio susceptible de interrumpir el curso de caducidad, quejándose al respecto de que el *a quo* hubiera desestimado el comprobante acompañado por falta de certeza de la efectiva recepción del mandamiento y no hubiera pedido información a la mencionada oficina, como fuera propuesto por su parte en forma subsidiaria. En esa línea, al momento de presentar los agravios en esta instancia, acompañó un informe emitido por dicha oficina, con fecha 29/03/2021, en donde da cuenta del extravío de dicho mandamiento (ver escrito del 05/04/2021).

Por último, sostuvo que el instituto en cuestión debía ser interpretado restrictivamente aplicándose, en caso de duda, el principio de conservación procesal.

3. La caducidad de la instancia constituye un modo de extinción del proceso que tiene lugar cuando no se cumple acto impulsorio alguno durante el plazo establecido en el ordenamiento ritual, que, para este tipo de proceso, es de tres (3) meses (art. 310, inc. 2 Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación), pesando sobre la parte que da vida a la acción la carga de urgir su sustanciación y resolución, carga que se justifica, porque no es admisible exponer a la contraparte a la pérdida de tiempo que importa una instancia indefinidamente abierta.

Además, la instancia constituye "un conjunto de actos procesales que se suceden desde la interposición de una demanda, hasta la notificación del pronunciamiento final hacia el que dichos actos se encaminan" (conf. Palacio, L., "Derecho Procesal Civil y Comercial", T. IV, p. 219), de donde se deduce que solo son actos interruptivos del plazo de caducidad aquellos que impulsan el trámite del proceso para posibilitar el dictado de sentencia.

4. Sentado ello, en el caso, el actor al contestar el planteo de caducidad y a los fines de demostrar que estuvo activando el proceso, acompañó un troquel con el que intentó acreditar la recepción del mandamiento

librado en autos por la Oficina de Mandamientos y Notificaciones de Morón —de fecha 19/11/2020—.

Tal comprobante fue objetado por el accionado y desestimado por el juez, por falta de certeza sobre el documento, habiéndose denegado el pedido realizado en subsidio por la parte actora, de oficiar a la señalada oficina de mandamientos, a fin de que informe la efectiva recepción, y el destino del mandamiento de intimación de pago presentado, declarando así la caducidad de instancia de las presentes actuaciones.

Ahora bien, la parte actora acompañó con su memorial, un informe emitido el 29/03/2021 por la Oficina de Mandamientos y Notificaciones de Morón, que da cuenta de que el mandamiento de intimación de pago ingresado a dicha dependencia el 19/11/2020, se encontraba extraviado.

En este marco, estíbase que dichas constancias tornan verosímil y suficiente la alegación de la actividad denunciada por el apelante, concretada durante el plazo de perención acusado. En efecto, dichas constancias representan un acto que exterioriza el propósito del accionante de impulsar su trámite, mediante una expresa y concreta actuación tendiente a continuar la relación procesal, con prescindencia del resultado o eficacia de la misma, máxime ponderando, como fuera dicho, el carácter restrictivo del instituto que aquí se trata (cfr. arg. esta CNCom., esta Sala A, 24/11/2009, "BASF Argentina SA c. Ledesma, Miguel A. s/ ordinario", íd., 23/03/2011 "De Wavrin, Juan R. M. y otros c. Uranga Cabral Hunter SA s/ ordinario").

En efecto, advierte esta Sala que, frente al troquel acompañado por el apelante, el juez de grado, ante las dudas que le generaba la veracidad de dicha pieza, a los fines de corroborar sus dichos, debió haber ordenado el libramiento del oficio ofrecido por el accionante al contestar el traslado de la caducidad.

## Edictos

El Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil y Comercial Federal N° 8, secretaría N° 15, sito en Libertad 731 7º piso de esta ciudad, informa que JORGE LUIS PARRA CADENAS de nacionalidad Venezuela con DNI 95.411.863 ha iniciado los trámites tendientes a obtener la ciudadanía argentina. Por ello cualquier persona que tuviere conocimiento de

algún acontecimiento que estimara podría obstar a dicha concesión, deberá hacerlo saber a este Juzgado. Publíquese por dos días.

Buenos Aires, 7 de mayo de 2021  
Felipe J. Cortés Funes, sec.  
LA LEY: I. 17/06/21 V. 18/06/21

El Juz. Fed. Civ. y Com. N° 1 de la Cap. Fed. hace saber que OROPEZA

ARAPE OMAR DAVID de nacionalidad venezolana, DNI N° 95.671.041 ha solicitado la concesión de la ciudadanía Argentina. Se deja constancia que deberán publicarse por 2 (dos) veces dentro del plazo de quince días en el diario "LA LEY".

Buenos Aires, 2 de junio de 2021  
Ana Laura Bruno, sec.  
LA LEY: I. 17/06/21 V. 17/06/21

