

RESPONSABILIDAD OBJETIVA DERIVADA DE LA GENERACION DE CONFIANZA

Atilio Aníbal Alterini*
Profesor titular de Obligaciones
Civiles y Comerciales
Universidad de Buenos Aires y
Universidad de Belgrano

En el presente artículo el autor realiza un análisis respecto de la responsabilidad generada como consecuencia de la producción de daños y el tratamiento que merece dicha responsabilidad en diversas legislaciones. En particular, menciona la teoría de la responsabilidad objetiva en materia de daños provocados en productos, así como la responsabilidad de quien es sólo productor aparente, el carácter vinculante del contenido de los anuncios respecto de los productos en el ejercicio de la actividad publicitaria, las obligaciones del vendedor respecto de las promesas o afirmaciones realizadas en el envase y el régimen tuitivo establecido en favor del consumidor, entre otros temas.

1. LA REFERENCIA DEL DAÑO A UN RESPONSABLE: PANORAMA HISTORICO.

a) Con terminología moderna es dable afirmar que los legitimados pasivos, en materia de responsabilidad civil, han sido tradicionalmente: el autor material del hecho; quien es llamado a responder por hecho ajeno en ciertas circunstancias; o quien se halla en determinada relación real con una cosa de la que proviene el daño. Tal resulta no sólo del sistema de la Ley de las XII Tablas¹ y de la Ley Aquilia² sino también del emergente de las acciones de *effusis et dejectis*³ y de *positis et suspensis*⁴, y subsiste en el adoptado por el Código Civil francés⁵

* Este artículo fue preparado en homenaje al Profesor Doctor Félix A. Trigo Represas. Agradecemos al Dr. Carlos Cardenas Q. por entregárnoslo para su publicación.

¹ Actio de pauperie, contra el dueño del animal que daña una cosa ajena (Inst. 4,9, Dig. 9,1); actio de pastu pecoris, contra el dueño del animal que pasta en fundo ajeno (Dig. 19, 5, 14, 3). Véase Iglesias, Juan, Derecho romano. Instituciones de Derecho privado, Ariel, Barcelona, 1972, 112, p.482; Rizzi, Miguel A., Tratado de Derecho privado romano, J. Menéndez, Buenos Aires, 1936, p.508.

² Cabe acotar que la deducción de la idea del *damnum injuria datum* del eneniciado puntual de esta ley no obsta a lo expresado en el texto. Véase von Ihering, Rudolf. El espíritu del Derecho romano, trad. E. Príncipe y Satorres. Casa Editorial Bailly-Baillere, Madrid, s/f., t.III, p.129.

³ Se trata del daño causado por cuerpos duros o materias líquidas echadas desde una habitación (Inst. 5,1; Dig. 9,3,1), generador de una obligación in solidum a cargo de todos los habitantes de la casa, con la consiguiente acción recursoria, véase Maynz, C., Curso de Derecho romano, trad. de A.J. >Pour y Ordians, Jaime Molinas Editor, Madrid, 1892, t.II & 279, p.548. n.3.

⁴ Inst. 4,5,1; Diz. 9,3,5,6-13; 9,3,6,2; 44,7,5,5. Véase Maynz, C., Curso..., cit. & 279. p. 549.

⁵ Según la interpretación del art. 1384, 1er. pár. del Código Napoleón, realizada por las Cámaras Reunidas de la Corte de Casación en la sentencia del 13 de febrero de 1930, en el caso «*Veuve Jeand heur c/Les Galeries Belfortaises*» (D. 1930.1.57; S.19301.121; GP. 19301.393), en cuanto consideró que aquél involucra al «hecho de la cosa que se tiene bajo la guarda». La huella de ese criterio fue señalada por la sentencia de la Cámara Civil de la Corte de Casación del 16 de noviembre de 1920, en el caso «*Cie. Francaise des Tranwavs Electriques et Omnibus de Bordeaux c/Chemin de Fer du Midi*» (D. 1920.1.169; d.1922.1.97) en la cual afirmó que la responsabilidad se vincula «a la guarda de la cosa». Mazeaud, Henri y León, y Tunc, André, Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual, trad. L. Alcalá-Zamora y Castillo, Ejea, Buenos aires, 1962, t.II, vol.1, N°1 145 p. 123, entienden que la responsabilidad del guardián resulta establecida por la ley del 7 de noviembre de 1922 pues, al consagrar una derogación del Derecho común para un caso particular, implicó el alcance absoluto de dicho art. 1384, 1er. párrafo.

por Código Civil argentino⁶.

En lo que aquí interesa, el criterio corriente ha asignado responsabilidad por daños causados con intervención de cosas al titular de cierta relación real con ella, esto es a quien reviste la calidad de guardián, la cual es presumida en el dueño⁷.

Yendo más allá - en el que parecía ser el punto máximo de extensión del concepto-, se ha abarcado en la responsabilidad por hecho de las cosas a quien, no siendo su guardián al tiempo de producción del daño, lo era sin embargo cuando fueron creadas o puestas en circulación en el mercado⁸; dicho causante del riesgo es, por otra parte, quien «se sirve» de ellas en los términos del art. 1113, la parte, del Cód. Civil⁹.

b) Ese límite propio de la doctrina tradicional, resulta actualmente superado, puesto que en el Derecho moderno también se llega a responsabilizar por daños provenientes de cosas a quien ha generado una expectativa de confianza.

2. RESPONSABILIDAD OBJETIVA DEL PRODUCTOR APARENTE.

a) La atribución objetiva

1) En el Derecho norteamericano, la Sec. 402-A del «Restatement of Torts 2nd» establece la strict liability del vendedor de un producto defectuoso que sea «irrazonablemente peligroso para el usuario o consumidor o para su propiedad», careciendo de relevancia que «haya ejercido todo el cuidado posible en la preparación o venta del producto», o que el usuario o consumidor no haya tenido «ninguna relación contractual» con él. Ese criterio proviene de conocidos leading cases de la jurisprudencia. En 1960 la Suprema Corte de Nueva Jersey declaró la responsabilidad del vendedor de un automóvil por daños resultantes de la rotura de la dirección, no obstante haberse pactado una cláusula que limitaba la responsabilidad al reemplazo de las partes defectuosas¹⁰ y en 1963 la Suprema Corte de California estableció la strict liability en un caso de daños provocados por una herramienta para madera¹¹.

⁴ Doc. art. 1124, Cód. Civil y agregado de la ley 17.711 a su art. 1113. Sobre la interpretación el sistema con anterioridad a esta ley de reformas, véase, por todos, Pizarro, Ramón D., Responsabilidad civil por el riesgo o vicio de las cosas. Universidad. Buenos Aires, 1983, p.282.

⁷ «Pesa sobre el propietario una 'presunción de guarda' «: Mazeaud, Henri y Léon, y Tunc, André, Tratado..., cit., t.II, vol. I, No. 1163.p. 159. «En principio, el dueño es guardián de sus cosas. El es quien tiene el derecho de poseer, usar, gozar, disponer»: Kemelmajer de Carlucci, Aída, en Belluscio, Augusto C. (dir.), y Zannoni, Eduardo A. (coord.) Código Civil y leyes complementarias, comentado, anotado y concordado, Astrea, Buenos Aires, 1984. t.5.p. 473, com. art, 1113, No. 21-a.

⁸ López Cabana, Roberto M; y Lloveras, Néstor L; La responsabilidad civil del industrial. Régimen de reparación de daños causados por «productos elaborados», ED, 64-549, No. 44; Quesada Zapiola, Héctor, La teoría del riesgo y la acción contra los fabricantes de automotores, LL, 147-1026 (en p. 1028, 2ª col.); Trigo Represas, Félix A; La responsabilidad civil del fabricante en las VIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, LL, 1982-B-663, ap. IV, y sus citas de la n. 74; Pizarro, Ramón D; Responsabilidad..., cit., p. 561; Kemelmajer de Carlucci, Aída, en Belluscio, Augusto C. (dir.), y Zannoni, Eduardo A. (coord.), Código..., cit., No. 22; Zannoni, Eduardo A., Responsabilidad por productos elaborados, Astrea, Buenos Aires, 1984, p. 267; Alterini, Atilio Aníbal, y López Cabana, Roberto M., Responsabilidad civil por daños al consumidor, LL, 1987-A-1040; íd., Cuestiones modernas de responsabilidad civil, La Ley, Buenos Aires, 1988, p. 247, ap. III-B, y sus citas de la n. 28; Alterini, Atilio Aníbal, La responsabilidad civil por productos: estado de la cuestión en el Derecho argentino, LL, 1989-E11178; íd. en Alterini, Atilio Aníbal, y López Cabana, Roberto M., Derecho de daños, La Ley, Buenos Aires, 1992, p. 337, No. 8-C.

⁹ Trigo Represas, Félix A., La responsabilidad..., cit., ap. IV; Zannoni, Eduardo A., Responsabilidad..., cit., p. 323; Stiglitz, Rubén S., y Stiglitz, Gabriel A., Efectos relativos de los contratos y responsabilidad del fabricante, LL, 1986-C-2, ap. IX. En palabras de Aguiar, Henocho D., Hechos y actos jurídicos, Tea, Buenos Aires, 1950, t. III: «Actos ilícitos. Responsabilidad civil», vol. 2, p. 250. No. 141: «el hecho dañoso de la cosa puede sernos atribuido, en algún modo, a virtud de su señorío y gobierno; o de la utilidad que nos reporta su tenencia y su explotación».

¹⁰ «Henningsen v. Bloomfield Motors, Inc.». 32 N.J.358, 161 2D.69.

¹¹ «Greenman v. Yuba Power Products, Inc.». 59 Cal. 2d.57.27 Cal Rptr.697.337 P. 2d.897. La strict liability fue aplicada con relación a la loción capilar empleada en un tratamiento («Newmark v. Gimbel's, Inc.» . 1969.54 N.J.585.258 A. 2d.697), a la sangre humana que contenía un virus («Cunningham v. Mc Neal Memorial Hospital», 1970.4 III. 2d.443,266 N.E. 2d.897) y a la electricidad («Ransome v. Wisconsin Electric Power». Wisconsin.1970).

La directiva del Consejo de la Comunidad Económica Europea sobre responsabilidad por el hecho de productos defectuosos, del 25 de Julio de 1985 (85/374/CEE), por su parte, consagra objetiva (arts. 4 y 7) en términos severos, pues aplica también la teoría de la indiferencia de la concausa (art. 8, inc. 1)¹².

2) Entre nosotros¹³, y en lo que aquí interesa, se enfoca «la seguridad prometida al consumidor o razonablemente esperada por éste respecto de la inocuidad del producto»¹⁴, sosteniéndose asimismo que... el fabricante asume frente al adquirente un deber de seguridad por los daños que el producto pueda causar»¹⁵.

En este orden de ideas se predica el carácter objetivo de la responsabilidad emergente¹⁶, y que por lo tanto sólo se la excluye demostrando «la existencia de una causa ajena que interrumpa o desvíe el nexo causal»¹⁷. Este criterio ha sido aplicado, o implicado, en algunos de los escasísimos precedentes que registra la jurisprudencia¹⁸.

El proyecto de Ley de defensa del consumidor aprobado por la Cámara de Diputados el 29 de septiembre de 1990 previó, congruentemente, que «sólo se liberará total o parcialmente de responsabilidad quien demuestre que ha sido ajeno a la causación del daño» (art. 41, 3 parte). Ese texto ha sido reproducido en la sanción del Senado del 24 de

septiembre de 1992 (art. 44). La teoría de responsabilidad objetiva tiene, pues, clara recepción en materia de daños provocados por productos.

b) Aplicación al productor aparente

1) La Directiva europea de 1985 dispone que «el productor es responsable del daño causado por un defecto de su producto» (art. 1º), e incluye en ese concepto a «toda persona que se presenta como productor colocando en el producto su nombre, su marca o cualquier otro signo distintivo» (art. 3º, inc. 1º). Esta solución de la Directiva tiene como antecedentes la Convención Estrasburgo del Consejo de Europa del 27 de enero de 1977 (art. 3º, inc. 2º) y la propuesta de Directiva presentada por la Comisión al Consejo de la Comunidad Económica Europea el 1º de octubre de 1979 (art. 2º, 1er pár.)¹⁹. De alguna manera fue anticipada en Francia por la ley 78-12 del 4 de enero de 1978, modificatorio del art. 1792-4 del Cod.Civ. que, en materia de locación de obra, involucra como responsable a quien se ha presentado como constructor, «haciendo figurar su nombre, su marca de fábrica o cualquier otro signo distintivo».

Conforme al art. 19, inc. 1º, de la Directiva, los Estados miembros se debieron adecuar a ella, a más tardar el 30 de julio de 1988, sin perjuicio -claro está- de su operatividad directa como Derecho comunitario²⁰.

¹² El citado art. 8, inc. 1, de la Directiva, dispone: «La responsabilidad del productor no resulta reducida cuando el daño es causado conjuntamente por un defecto del producto y por la intervención de un tercero». Sobre la teoría de la indiferencia de la concausa, véase Alterini, Atilio Anfibal, y López Cabana, Roberto M., Presunciones de causalidad y de responsabilidad. LL, 1986-E-981; id., Cuestiones...cit., p.31, ap. 3-d; compárese, sin embargo, con los arts. 2 y 7, inc. c, de la ley 24.028.

¹³ Sobre la cuestión, véase Alterini, Atilio Anfibal, La responsabilidad..., cit., y Alterini, tilio Anfibal, La responsabilidad..., citado.

¹⁴ «IV Jornadas Rioplatenses de Derecho». Punta del Este. Uruguay, 1986, Com. no.3, Rec. II.1. Sobre el concepto insistieron ligeramente las «Jornadas sobre Responsabilidad...», cit n.to.

¹⁵ «VIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil», La Plata, provincia de Buenos Aires, 1981, Com. no. 2, Rec II.

¹⁶ «IV Jornadas Rioplatenses...», cits.Com. No.1, Rec. II.2; «I Congreso Internacional de Derecho de Daños en Homenaje al profesor Doctor Jorge Mossete Iturraspe». Buenos Aires, 1989. Com.n 4, Desp A-4-c; II-B-1; «Jornadas Marplantenes sobre Responsabilidad Civil y Seguros», Mar del Plata, provincia de Buenos Aires, 1989, Com n 2, Despa. 4-a: «Jornadas de Responsabilidad Civil y Seguros», Mar del Plata, prvincia de Buenos Aires, 1989, Com. n 2, Desp. 4-a: «Jornadas de Responsabilidad por Daños en Homenaje al Profesor Doctor Jorge Bustamante Alsina», Buenos Aires, 1990, Coml n 5 Rec. 19.

¹⁷ «IV Jornadas Rioplatenses...», cits.Com. No.1, Rec. II.5; «

¹⁸ «CI°Civ. y Com. Córdoba. LL.Dig.Jur.IV-1580-n°123 (Los dos últimos fallos aplicaron la regla res ipsa loquitur, que entiende probada la culpa por el mero hecho de haber lanzado al mercado el producto defectuoso). Pero en otros fallos se ha sostenido, aunque obiter dicta, que la prueba de la propia diligencia (falta de culpa) tendría virtualidad liberatoria (SCBA,LL,199-383:LL,1988-III-496), y también se ha exigido una diligencia especial o culpa profesional (CNCom.,SalaBLL,1986-C-6).

¹⁹ Véanse sus textos en «Responsabilidad Civil de Productos», publicación del Comité de Gestión de AIDA (Asociación Internacional de Derecho de Seguros), Sección Española, Madrid, 1983,p.140.

²⁰ Sobre esa operatividad, art. 101 del tratado de Roma del 25 de marzo de 1957, y sentencias de la Corte de Justicia de la Comunidad Económica Europea del 5 de febrero de 1963 («Van Gend & Loos»), del 15 de julio de 1964 («Costa v. en Al»), del 9 de marzo de 1978 («Simmenthal»).

En Italia, la adecuación resulta del decr.224 del Presidente de la República, del 14 de mayo de 1988 (art. 3º, inc.3º), y en Alemania, de la ley del 15 de diciembre de 1989 (art. 4º, inc. 1º)²¹.

En España, el art. 27, inc. c de la ley de 19 de julio de 1984 ya había establecido la responsabilidad de quien figura «en la etiqueta, presentación o publicidad» de productos «envasados, etiquetados y cerrados con cierre íntegro».

En el Derecho norteamericano la solución es semejante. La «Model Uniform Product Liability Act» de 1979²² prevé que en el concepto de fabricante queda comprendido quien -a pesar de no serlo- «se presenta (holds itself out) como un fabricante» (Sec. 102 -B-). La «Model Uniform Product Liability Act» de 1988, a su vez, incluye como fabricante al que «se presenta como un fabricante ante el usuario del producto» (Sec. 214-5-C-). Estos criterios son aceptados por la jurisprudencia²³.

2) En la Argentina, el citado proyecto de Ley de defensa del consumidor introdujo la responsabilidad de «...quien haya puesto su marca en el producto o servicio» (art. 41, 1ª parte, en la sanción de la Cámara de Diputados, y art. 44,1ª parte, en la del Senado). De tal modo, y conforme a lo visto en el punto 2, ap. a, nº 2, resulta consagrada la responsabilidad objetiva del productor aparente²⁴.

c) La ampliación del catálogo

1) Esta extensión de la responsabilidad objetiva a quien es sólo productor aparente importa una novedad conceptual. Dicho productor aparente no se encuentra en ninguna de las situaciones en las que venía siendo aplicada la responsabilidad objetiva en la versión del riesgo creado: no es ni dueño ni guardián de la cosa (el producto), ni realiza actividad riesgosa, porque carece de participación activa en el proceso de producción y comercialización. Sólo se vincula con ese proceso en cuanto ha generado confianza en el público a través del empleo de su marca, y ello resulta razón suficiente para hacerlo responsable.

De allí que esta atribución de responsabilidad sea derivada de la noción de riesgo provecho²⁵, que nutre a su vez la concepción del riesgo de empresa de la doctrina italiana²⁶.

El nuevo criterio, que abarca a «los grandes distribuidores que venden productos sin otra marca que la suya y de tal modo asumen la responsabilidad del productor»²⁷, adecúa a las circunstancias de mercado moderno. En este mercado el oferente enlaza una «vinculación directa» con el consumidor «mediante la propaganda»²⁸, y «la publicidad es el producto», porque la gente lo adquiere «tal como lo percibe mediante la publi-

²¹ Véanse sus textos en el apéndice de Patti, Salvatore (coord.), *Il danno da prodotti*. In Italia, Austria, República Federale de Germania, Svizzera. Cedam, Padova, 1990.

²² Véase su texto en Keeton, W. page; Owen, David G.; Montgomery, Jhon E., y Green, Michael D., *Products Liability and safety* (Statutory Supplement), Westbury, New York, 1989, p.219; asimismo en Anexo nº 1 de Marée, Perrine, *Nouveaux développements de la responsabilité du fait des produits en Droit Américain*, Paris, 1985. Hay una traducción española en «Responsabilidad Civil de Productos», cit., p.110.

²³ Keeton, W Page; Dobbs, Dan B.; Keeton, Robert E., y Owen, David G. *Prosser and Keeton on Torts*, 5ª ed., St. Paul, Minn 1984, p. 705, y fallos cit. en n.27, así como en la actualización 1988 Pocket Part, St. Paul, Minn., 1988, p.97, n.27.

²⁴ Véase Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo, «La responsabilidad de los fabricantes en la Directiva de las Comunidades Europeas del 25 de julio de 1985», en Bercovitz Alberto, y Bercovitz Rodrigo. *Estudios jurídicos sobre protección de los consumidores*, Tecnos, Madrid, 1987, p.262, ap. III-2; Makovits, Yvan, *La directive C.E.E. du 25 juillet 1985 sur la responsabilité du fait des produits défectueux*, Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, Paris, 1990, nº237; Legnani, Andrea, *Prodotti difettosi. La responsabilità per danno*, Maggiore Editore, Rimini, 1990, p.37.

²⁵ Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo, «La responsabilidad...», cit., en Bercovitz, Alberto, y Bercovitz, Rodrigo, *Estudios...cit.*, nº2. Dice: se imputa «el riesgo derivado de un producto a quien se beneficia con el mismo; en este supuesto hasta el punto de presentarlo y distribuirlo como propio».

²⁶ Legnani, Andrea, *Prodotti...*, cit., p.42. Sobre la base del aforismo *cuius commoda eius et incommoda*, afirma que «tal riesgo constituye uno de los múltiples aspectos del más genérico y amplio riesgo de empresa que, a su vez (...), representa, en otro modo, el reverso de la medalla de la actividad empresarial».

²⁷ Ghestin, Jacques, «La directive communautaire et son introduction en Drit Français», en Ghestin, Jacques (dir.), *Securité des consommateurs et responsabilité du fait des produits défectueux*, Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, Paris, 1987, p.111; cita es de p.115.

²⁸ Santos Briz, Jaime, *La responsabilidad civil (Derecho sustantivo y Derecho procesal)*, Montecorvo, Madrid, 1986, p.641.

cidad», un producto «es ante todo su imagen», vale decir, «lo que millones de consumidores creen que es, o lo que asocian con ella»²⁹. En el mercado moderno, además, existen «compañías que no hacen nada, salvo cobrar derechos por el uso de sus atractivos nombres»³⁰, con lo cual «los productos se revisten de una diferencia aparente», que sólo proviene de que hay una «propiedad de la marca», que «no reside en lo que el producto es, sino en lo que hace y sugiere la publicidad», pero que constituye un elemento «singular, memorable e indisolublemente asociado con esa marca y con ninguna otra»³¹.

2) En el sistema clásico, cuando el vendedor asegura «la calidad» del producto, o afirma que «está exento de defectos, o que tenía ciertas calidades», otorga al adquiriente garantías tácitas, pero esta solución queda confinada por la estrecha virtualidad que se le asigna a la oferta a persona indeterminada (art. 1148, Cód. Civ.; art. 454, Cód. de Comercio).

En el sistema moderno se va mucho más allá: asumiendo jurídicamente que la publicidad es el modo de captar al consumidor potencial³², se establece al carácter vinculante del contenido de los anuncios, aunque no haya sido reproducido en el contrato: así lo dispone el art. 8º, inc. 1º, de la ley española de 1984, y al art. 20 del decreto legislativo peruano de 1991, y lo prevé el art. 8º del proyecto de ley de defensa del consumidor aprobado por el Senado argentino, que trasiega el art. 10 del

proyecto sancionado por la Cámara de Diputados.

En el Derecho norteamericano, a su vez, el vendedor queda obligado «por las promesas o afirmaciones de hecho realizadas en el envase o la etiqueta» («Uniform Commercial Code», Sec.2-314-2-d-), y responde a las afirmaciones inexactas hechas al público «por la justificable confianza» que haya creado, aunque obre sin culpa o el consumidor no tenga relación contractual con él («Restatements of Torts 2nd.», Sec. 402-B); la jurisprudencia aplica la noción de garantía cuando se le asegura en la publicidad³³, o aun implícitamente si el producto resulta defectuoso³⁴.

Esta línea de ideas, que sustenta la atribución de responsabilidad que nos ocupa, parte de la base de que ese deber de reparar es «la contrapartida de la apariencia creada por el producto, y la contrapartida de una necesaria seguridad»³⁵. Desde el punto de vista de los empresarios, se objeta que el titular de la marca «no tiene medios para evitar que el licenciatario ponga en el mercado un producto peligroso y contribuya de tal modo a responsabilizarlo»³⁶. Pero los consumidores entienden justificado que responda quien «se presenta como el fabricante a los ojos del público»³⁷.

Dicha discrepancia viene planteada desde trincheras sectoriales: afirmados en ellas, los productores pasan por alto el riesgo provecho, y los consumidores insisten en otorgar virtualidad a la apariencia. Para quien la conclusión no quede atrapada por la pugna de intereses parciales,

²⁹ Clark, Eric, *Los creadores de consumo*, trad. C. Gardini, Sudamericana, Buenos Aires, 1989, ps. 23 y 24.

³⁰ Clark, Eric, *Los creadores...*, cit., p.26, quien ejemplifica con las marcas Fruit of the Loom y Stetson.

³¹ Clark, Eric, *Los creadores...*, cit., p.25, transcribiendo a Barry Day, vicepresidente de McGann-Erickson Worldwide.

³² De esta manera lo designa la Sec. 137.2 de la «Fair Trading Act» británica de 1973.

³³ Parabrisas presentado como irrompible que se fracturó: «Baxter y Ford», 1932, 179 Wash. 123.35p. 2d.1090.

³⁴ Explosión de una botella de gaseosa: «Escola y. Coca Cola Bottling Co. of Fresno», 1944 24 Cal. 2d.453, 150p.2d.436.

³⁵ Markovitz, Yan, *La Directive...*, cit., n° 237. Cabe señalar que -asumiendo los distinguos entre responsabilidad contractual y extracontractual que aún perviven- se ha sostenido que la responsabilidad del fabricante frente al consumidor es contractual cuando se trata de un producto de marca: Pardo Alberto Juan, *responsabilidad civil por los productos elaborados*, ED, 122-985. Sobre la dilución de esos distinguos, en el actual Derecho vivo, véase Alterini, Atilio Aníbal, y López Cabana, Roberto M., *responsabilidad contractual y extracontractual: de la diversidad a la unidad*, LL, 1989-C-1186; id., *Derecho de daños*, cit., p.33; sobre la caracterización de la denominada responsabilidad contractual, véase López Cabana, Roberto M., *El contrato de transporte terrestre sometido al régimen de responsabilidad extracontractual. Trastornos que causa la subsistencia de una norma arcaica*, LL, 1991-B-300. id., en Alterini, Atilio Aníbal, y López Cabana, Roberto M., *Derecho de daños*, cit., p.49, ap.IV.

³⁶ Simón, Joelle, «Observations des professionnels sur l'introduction en Droit Français de la directive européenne sur la responsabilité du fait des produits défectueux», en Ghestin, Jacques (dir.), *Securité...*, cit., p.197, ap III-B, 1°.

³⁷ Genes, Bernard, «Observation des consommateurs sur la directive européenne Responsabilité du fait des produits défectueux», en Ghestin, Jacques (dir.), *Securité...*, cit., p.211, ap.I.

propongo revisar ahora cuáles son las columnas de sostén del actual sistema de responsabilidad civil.

3. INSERCIÓN DEL CRITERIO EN EL NUEVO SISTEMA DEL DERECHO DE DAÑOS.

El criterio expuesto, que atribuye responsabilidad objetiva a quien quedó obligado en razón de haber generado confianza, enraiza en las nuevas orientaciones jurídicas que, con el marco del nacimiento de una nueva era³⁸, implican «una modificación profunda del Derecho Clásico de obligaciones»³⁹. Desde ese perfil se aviene armónicamente con el sistema actual, en cuanto éste se alinea con el débil jurídico, y asigna preponderancia a la víctima⁴⁰.

a) El fuerte y el débil⁴¹. El experto y el profano⁴².

1) La clásica -y debatida- regla favor debitoris es comprendida por nuestra doctrina moderna en un sentido distinto del tradicional. Actualmente se considera «que debe ser entendida en el sentido de protección de la parte más débil de un contrato» y, de lege ferenda, se propicia incorporar al Código Civil un principio de «protección a la parte más débil, sin distinguir si se trata de un deudor o acreedor»⁴³.

Pero como cualquier intervención del legislador en favor de alguna de las partes «sólo puede existir en provecho de uno a costa del otro (...), para escoger, antes es necesario descubrir cuál de los dos es el débil a quien ha de protegerse»⁴⁴.

³⁸ Alterini, Atilio Aníbal, Desmasificación de las relaciones obligacionales en la era post-industrial, LL, 1989-C-995; id., en Alterini, Atilio A., y López Cabana, Roberto M., Derecho de daños, cit., p. 63.

³⁹ Baudoin, J.L., cit., Por Ghestin, Jacques, Traité de Droit Civil: Les obligations. Le contrat, Librairie de Droit et Jurisprudence, Paris, 1980, n°60, n.35. Menger, A., El Derecho Civil y los pobres, Librería General de Victoriano Suárez, Madrid, 1898, p.302, señalaba como imperativo ético «que el Derecho privado venza su atrasado espíritu conservador», pero su reproche carece de actualidad en esta fluida materia.

⁴⁰ El tema del presente trabajo resulta especialmente apropiado para este homenaje, pues ensayé por primera vez igual explicación al disertar sobre «Responsabilidad por daños causados por intervención de cosas», el 7 de setiembre de 1992, en la Suprema Corte de Buenos Aires, en un curso sobre «Responsabilidad civil objetiva» que, precisamente, fue dirigido por el profesor Trigo Represas.

⁴¹ Sobre la cuestión véase Alterini, Atilio Aníbal, «El estatuto del consumidor» En Trigo Represas Félix A., y Stiglitz, Rubén S. (dirs.), Contratos. Homenaje al profesor doctor Jorge Mosset Iturraspe, La Rocca, Buenos Aires, 1989, p.419; Alterini, Atilio Aníbal, y López Cabana, Roberto M., La debilidad jurídica en la contratación contemporánea, Doc. Jud., 1989-I-817; id., Derecho de daños, cit., p.85; id., «Contratación contemporánea y defensa patrimonial del deudor (Sistema argentino: criterios vigentes y legislación en curso)», en Tendencias actuales y perspectivas del Derecho privado y el sistema jurídico latinoamericano, Cultural Cuzco Editores, Lima, Perú, 1990, p.267; id., La autonomía de la voluntad en el contrato moderno, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1989.

⁴² Sobre el tema véase Alterini, Atilio Aníbal, y López Cabana, Roberto M., Responsabilidad profesional. El experto frente al profano. LL, 1989-E-847; id., Invalidez de las cláusulas limitativas en la responsabilidad profesional, LL, 1989-D-916; id., Derecho de daños, cit., p.303.

⁴³ «X Jornadas Nacionales de Derecho Civil», Corrientes, 1985, Com. n°2, Rec.I y Rec. de lege ferenda, respectivamente. Véase: Borda, Guillermo A., La regla «favor debitoris» en las X Jornadas Nacionales de Derecho Civil, LL, 1985-D-896; Casillo, Juan J., La regla de interpretación «favor debitoris», LL, 1985-C-1227; Gianfelici, Mario C., La interpretación de una regla de interpretación: La regla «favor debitoris», LL, 1985-D-1133; Lezana, Mario H., La regla «favor debitoris» en las X Jornadas Nacionales de Derecho Civil, LL, 1985-D-916. Josseland, Luis, La protección de los débiles por el Derecho, «La Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración», Montevideo, diciembre de 1947, año XLV, n°12, especialmente en la página 319, había destacado que la defensa del débil en sentido jurídico es preocupación esencial del Derecho moderno. En la encíclica Populorum progressio, n°59, S.S. Pablo VI expresó: «La enseñanza de León XIII en la Renum Novarum conserva su validez: el consentimiento de las partes, si están en situaciones demasiado desiguales, no basta para garantizar la justicia del contrato; y la regla del libre consentimiento queda subordinada a las exigencias del derecho natural». En Centesimus Annus, n°36, S.S. Juan Pablo II destacó «que hoy el problema no es sólo ofrecer una cantidad de bienes suficientes, sino el de responder a una demanda de calidad de los servicios que se disfrutan; calidad del ambiente y de la vida en general», esto es, «la demanda de una existencia cualitativamente más satisfactoria y más rica».

⁴⁴ Ripert, Georges, El régimen democrático y el Derecho civil moderno, trd. J. M. Cajica Jr. Puebla, 1951, n° 92. En el n° 81 Había señalado que, en esta materia, «la debilidad puede entenderse diversamente», pues es dable «que el acreedor sea más débil y más desafortunado que el deudor. La protección legal debe dirigirse entonces del lado del acreedor».

2) Una categoría que recibe especial amparo del sistema es la del consumidor⁴⁵, en situación que ha sido señalada como paralela a la del trabajador⁴⁶. Al respecto, las «IV Jornadas Rioplatenses de Derecho» (Punta del Este, Uruguay, 1986), recomendaron «que el Estado implemente mecanismos adecuados para la efectiva tutela de los derechos de los consumidores» (Rec.V-1).

Conforme al citado proyecto de ley de defensa del consumidor in fieri, son consumidores «las personas físicas o jurídicas que contratan para su consumo final o beneficio propio o de su grupo familiar o social, la adquisición o locación de bienes o la prestación de servicios» (art. 1°).

En ese alcance, tiene aplicación la siempre recordada frase del Presidente de los Estados Unidos de América, John Fitzgerald Kennedy quien, en su mensaje al Congreso del 15 de marzo de 1962, afirmó que «consumidor, por definición, nos incluye a todos». Concordantemente, en el «Programa preliminar para una política de protección y de información a los consumidores» de la Comunidad Económica Europea (hoy Unión Europea), del 14 de abril de 1975, se precisó que el concepto de consumidor comprende antes que todo a «una persona a la que conciernen los diferentes aspectos de la vida social que pueden afectarle directa o indirectamente como consumidor».

Vale decir, el sistema estatutario del consumidor se ha expandido hasta abarcar a la persona como

tal⁴⁷ y está en tránsito a los códigos de fondo⁴⁸. Cabe destacar que el ya mencionado proyecto de Ley de defensa del consumidor (art. 7° del texto de la Cámara de Diputados, y art. 9° del texto del Senado -oferta a persona indeterminada-, art. 41 del texto de la Cámara de diputados, y art. 40 del texto del Senado -cláusulas abusivas y criterio de interpretación-) coincide con los arts. 1147, 1149, y 1197, inc. 3°, del Código Unico Civil y Comercial sancionado por el Parlamento como ley 24.032, a la cual, sin embargo, el Poder Ejecutivo vetó íntegramente por decr. 2719/92.

3) Uno de los derechos reconocidos al consumidor es el de ser protegido en los intereses económicos, vale decir, el «...que tiene el adquirente de bienes y servicios a contratar en condiciones equitativas»⁴⁹. El consiguiente régimen tuitivo es establecido preferentemente en su favor (favor debilis), a cuyo fin la ley «fija un mínimo o un máximo de protección», que puede ser dejado de lado siempre «que sea a favor de la parte protegida»⁵⁰; «la sanción más eficaz de la regla legal consiste en dejar a una de las partes dueña del contrato», en tanto «la otra sabe que debe todo: será forzada a cumplir si el contrato le resulta desventajoso y no podrá ella exigir el cumplimiento si tiene interés en él»⁵¹. Que es, precisamente, lo que resulta del antes mencionado proyecto de ley de defensa del consumidor -art. 40 del texto sancionado por la Cámara de Diputados, y art. 41 del texto sancionado por el Senado-, puesto que «el consumidor tendrá derecho a demandar, según sea

⁴⁵ Véase el desarrollo de la cuestión en Alterini, Atilio Aníbal, «El estatuto...», cit., en Trigo Represas, Felix A., y Stiglitz, Rubén S. (dirs.), *Contratos...*, cit. Asimismo en Alterini, Atilio Aníbal; López Cabana, Roberto M., y Stiglitz, Gabriel A., *La protección del consumidor en el marco de un proyecto de ley*, LL, 1989-B1002; Alterini, Atilio A., y López Cabana, Roberto M., *Derecho de daños*, cit., p.313; id., *Proyectos de ley de defensa del consumidor*, «Revista Jurídica de Buenos Aires», 1991-I/II-155; id., *La urgente necesidad de sancionar una ley de defensa del consumidor*, «Jurisprudencia de Entre Ríos», octubre 1991, n° 45, p.11. En los dos últimos trabajos se incluyen un cuadro comparativo realizado por Eliana A. Núñez, que señala la medida en que los criterios del proyecto de ley que elaboramos con los doctores López Cabana y Stiglitz, y que hizo suyo el diputado Marcos Di Caprio, vienen siendo aceptados por ambas Cámaras del Parlamento.

⁴⁶ Barrera Graf, Jorge, *La responsabilidad del producto en el Derecho mexicano*, RDCO, Depalma, Buenos Aires, 1978, n° 11, p. 702.

⁴⁷ Puesto que de «la protección del individuo particular en el mercado» se ha pasado a «la protección del individuo particular», sin complemento circunstancial alguno: Bercovitz, Alberto, y Bercovitz, Rodrigo, *Estudios...*, cit., p. 28.

⁴⁸ Polo, Eduardo, *La protección del consumidor en el derecho privado*, Civitas, Madrid, 1986, p.22, llega a expresar que «todo, hoy día, es derecho del consumidor». Sobre la posibilidad de extender ciertas técnicas de la legislación del consumidor a la teoría general del contrato propia del Derecho común, véase Perret, Louis, *L'incidence de la nouvelle «Loi sur la protection du consommateur» sur le Droit positif des contrats et perspective de réforme du Code Civil*, «Revue de Droit», Université de Sherbrooke, 1985, vol. 15, n°2, p.255.

⁴⁹ Bercovitz, Alberto, y Bercovitz, Rodrigo, *Estudios...*, cit., p.145.

⁵⁰ Ghestin, Jacques, *Traité...*, cit., n°123; Viney, Genevieve, *La responsabilité. Conductions*, Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, Paris, 1982, n°496, y citas de n. 90.

⁵¹ Ripert, Georges, *El régimen...*, cit., n°144.

de su interés y corresponda, la nulidad total de contrato, o la de una o más cláusulas». Esta prerrogativa de atenerse a la nulidad parcial, va de suyo, también funciona con miras a «la protección de la parte débil»⁵².

Además, el art. 3º de dicho proyecto del Senado -trasegado del art. 5º del proyecto de la Cámara de Diputados- dispone «la interpretación más favorable para el consumidor».

4) El cortejo de resguardos deriva del denominado orden público económico que -por oposición al tradicional orden público moral fundado en las buenas costumbres⁵³ -toma en cuenta «el cambio de los bienes y servicios considerados en sí mismos», y no « el cambio en razón de sus consecuencias frente a las instituciones». Y, funcionalmente, procura «imponer de manera positiva cierto contenido contractual», reemplazando de este modo la antigua virtualidad esencialmente negativa que era propia del orden público en la comprensión clásica⁵⁴.

En la versión de orden público económico de protección, que aquí interesa, tiende a tutelar «a una de las partes, y particularmente al equilibrio interno del contrato»⁵⁵.

Y es propio de su operatividad que proliferen los contratos, o cláusulas contractuales, prohibidos, reglamentados, controlados e impuestos⁵⁶, como una de las reglas de favor que son frecuentes en el sistema jurídico⁵⁷; en el caso, la de favor debilis.

Esa protección tiende a «la restauración de la libertad contractual del lado donde era amenazada» y, claro está, no deriva de ninguna «imbecilidades del consumidor», ni tampoco permite «inferir de ella la del buen padre de familia (el mismo hombre, apreciado burgués)»⁵⁸ del sistema tradicional.

5) Antes bien, el eje del tema anida una tensión notoria en la realidad actual: la que se da en las relaciones jurídicas que vinculan a un experto con un profano.

Al respecto, se predica «la inferioridad de los profanos frente a los profesionales», y que por lo tanto éstos «tienen una superioridad considerable en las relaciones contractuales»⁵⁹.

Por lo demás, en los contratos en que una de las partes tiene superioridad técnica, se entiende que «la otra se halla en situación de inferioridad jurídica»⁶⁰, y se enfatiza que «el principio de igualdad jurídica no significa la igualación indiscriminada, desatentas a las diferencias socio-económico-culturales de las personas», agregándose que «su consagración debe atender a la descalificación de toda las formas de aprovechamiento y de abuso, al respecto de la relación negocial de equivalencia, y la interpretación conforme a la finalidad del acto»⁶¹.

No obstante, aquella supremacía rige solamente en el área de la especialidad propia del profesional, porque cualquier profesional, frente a otro de una especialidad distinta, también es un simple pro-

⁵² Jordano Fraga, Francisco, *La responsabilidad contractual*, Civitas, Madris, 1987, p.415.

⁵³ Farjat, Gérard, *L'Ordre pubiqué économique*, Tesis, 1963, nros 14,121.

⁵⁴ Ghestin, Jacques, *Traité...*, cit., nros 113 y 129.

⁵⁵ Ghestin, Jacques, *Traité...*, cit., n° 128.

⁵⁶ Sobre estos aspectos, véase, Alterini, Atilio Aníbal, «El estatuto...», cit., en Trigo Represas, Félix A., y Stiglitz, Rubén S. (dirs.), *Contratos...*, cit., punto 3, ap.j.

⁵⁷ Sobre el empleo de la regla de favor en beneficio de algunos de los intereses en juego, véase Alterini, Atilio A., «La presunción legal de culpa como regla de favor victimae», en Universidad del Museo Social Argentino, *Responsabilidad por daños. Homenaje a Jorge Bustamante Alsina*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1990, vol.I, p.195.

⁵⁸ Rémy, Ph., «Droit des contrats: questions, positions, propositions», en Cadiet, Loic (coord.), *Le Droit contemporaine des contrats*, Paris, 1987, n°26.

⁵⁹ Ghestin, Jacques, *Traité...*, cit., n° 59, p.36.

⁶⁰ «III Jornadas Bonaerenses de Derecho Civil, Comercial y Procesal», Junín, 1988, Tema «B», Rec.I,3.

⁶¹ «XIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil», Bariloche, 1989, Com. n°8, Rec.I-9.

fano⁶² que, como tal, es considerado en situación de inferioridad⁶³.

Interesa destacar asimismo que la protección del profano frente al experto tiene una clara manifestación en materia de vicios redhibitorios, cuya regulación en los códigos es notoriamente inapropiada para las relaciones del consumo. En el viejo sistema, el vendedor queda libre de responsabilidad frente a un comprador profesional (art. 2170, Cód. Civ.), y sólo responde por los daños extrínsecos cuando es de mala fe y el comprador demanda la rescisión del contrato (art. 2176, Cód. Civ.)⁶⁴.

Hoy, el vendedor profesional es asimilado al de mala fe⁶⁵ y, precisamente, en la legislación del consumidor in fieri antes recordada, el art. 19 del proyecto del Senado establece que en su área el art. 2176 del Cód. Civ. es aplicable de pleno derecho, y que el art. 2170 es inoponible al consumidor, y el art. 45 hace resarcible las consecuencias inmediatas y mediatas previsibles así como el daño moral, que es nivel de responsabilidad asignado en el Derecho común a la inejecución maliciosa (art.521, Cód. Civil); esos textos han sido calcados de los arts. 20 y 43 del proyecto de la Cámara de Diputados.

Por otra parte, las cláusulas eximentes o limitativas de responsabilidad profesional son miradas con

disfavor⁶⁶.

b) La óptica centrada en la víctima

1) En el año 1939, y haciendo referencia a la «evolución del Derecho civil francés en los últimos cincuenta años», Ripert afirmó que «el Derecho contemporáneo mira del lado de la víctima y no del lado del autor»⁶⁷.

La relectura del viejo sistema comenzó, pues, hace un siglo, aun que el cambio de óptica haya pasado inadvertido, muchas veces, o mucho tiempo.

Dos lúcidas expresiones doctrinarias pueden ser exponentes del molde de las nuevas ideas:

Un trabajo de José María López Olaciregui, publicado en 1978⁶⁸, expuso como idea básica que se debe responder no sólo por el daño injustamente causado, sino también por el que ha sido injustamente sufrido, vale decir, cuando «es injusto que lo soporte quien lo recibió», haya o no ilicitud en el obrar del llamado a responder.

Un ensayo de Yvonne Lambert-Faivre, publicado en 1987⁶⁹ -cuya tesis fue confirmada por la ulterior evolución del pensamiento jurídico francés-, demuestra cómo la responsabilidad, de ser tratada como deuda del autor, evolucionó hasta adquirir virtualidad de crédito de la víctima. En el viejo

⁶² Cas, Gérard, y Ferrier, Didier, *Droit de la consommation*, Presses Universitaires de France, Paris, 1986, n° 8. p.9.

⁶³ Véase Alterini, Atilio Anbal, y López Cabana, Roberto M., *Invalidez...*, cit., LL, 1989-D-916; íd., *Derecho de daños*, cit., p. 287. Allí (n°8) se afirma: «el más hábil industrial es un ignorante respecto de la falla de su automóvil sobre la cual dictamina su mecánico, el más lúcido abogado es un lego frente al médico que aconseja una intervención quirúrgica», en tanto «el mecánico y el médico son expertos, en automóviles y en servicios de salud, respectivamente».

⁶⁴ Trigo Represas, Félix A., *La responsabilidad...*, cit., p.676.

⁶⁵ Ghestin, Jacques, *Conformité et garanties dans la vente (Produits mobiliers)*, Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, Paris, 1983, n°255.

⁶⁶ Las «V Jornadas Rioplatenses de Derecho», San Isidro, provincia de Buenos Aires, 1989, Rec.11 de lege lata, Com.1 de Derecho Civil, declararon que «las cláusulas eximentes o limitativas de responsabilidad son inválidas cuando las prohíbe la ley, dispensan el dolo o la culpa grave, o se refieren a daños a la vida o a la integridad corporal. Las contenidas en condiciones generales son también inválidas cuando el aceptante no tiene intención real de renunciar. Esta intención queda excluida si se halla en situación de debilidad jurídica (v.gr., por limitaciones a su poder de negociación), o se afecta la relación negocial de equivalencia. La nulidad es absoluta y parcial y, en su caso, corresponderá la integración judicial del contrato» (véase Alterini, Atilio Anbal, y López Cabana, Roberto M., *Invalidez...*, cit., LL,1989-D-916).

⁶⁷ Ripert, Georges, *El régimen...*, cit., n° 169.

⁶⁸ López Olaciregui, José M., *Esencia y fundamento de la responsabilidad civil*, RDCO, Depalma, Buenos Aires, agosto de 1978, t. 11, p.941.

⁶⁹ Lambert-Faivre, Yvonne, *L'évolution de la responsabilité civile d'une dette de responsabilité à une créance d'indemnisation*, «Revue Trimestrielle de Droit Civil», 1987-1, p.1 (La evolución de la responsabilidad civil de una deuda de responsabilidad a un crédito de indemnización, trad. española de Eliana A. Núñez, como exordio a la obra de Alterini, Anbal, y López Cabana, Roberto M., *Derechos de daños*, cit., p. XIII).

concepto, desde que el damnificado estaba precisado a establecer la existencia de una deuda a cargo del demandado, le incumbía romper el principio de inercia jurídica probando la ocurrencia de todos los presupuestos de responsabilidad civil: la antijuridicidad, el daño, la culpa, la relación causal. Pero, entendiéndose ahora que la producción del perjuicio es causa fuente de un crédito a favor de quien lo sufre, ese mismo principio de inercia actúa en sentido contrario: el crédito a favor de la víctima subsiste mientras el sindicato como responsable no demuestre lo necesario para desvirtuarlo. Además, existe todo un cortejo de mecanismos alternativos de la responsabilidad civil⁷⁰, que en definitiva responden a la idea de que cuando «la justicia conmutativa de la responsabilidad es imponente para reparar la fatalidad de la desgracia, la justicia distributiva de la solidaridad debe tomar el relevo»⁷¹

2) La concepción actual de los juristas, con su alto rigor técnico y con su nítido perfil filosófico, coincide puntualmente con los reclamos del hombre contemporáneo, quien se ha dejado de inclinar resignadamente «ante el azar nefasto»⁷², y por ello exige indemnización de los daños que sufre.

Cualquier observador de la realidad está en condiciones de percatarse de que, al presente, «en la conciencia del público enraiza la idea de que todo damnificado debe poder reclamar una reparación del autor del hecho dañoso»⁷³.

Y es el caso que, conforme al criterio de la Corte Suprema de Justicia de la Nación⁷⁴, el «sentido de justicia de la sociedad» es relevante para verificar la compatibilidad de las normas -sus interpretaciones o sus aplicaciones- con la Constitución nacional.

⁷⁰ Lambert-Fraivie, Yvonne, *L'évolution...*, cit., ps. 19 y XXXVII, respectivamente.

⁷¹ Mazeaud, Henri y Léon, y Tunc, André, *Tratado...*, cit., t. I, vol. I, p. 12 con cifra de Ripert. Conf. Alterini, Atilio Anibal, *Desmasificación...*, cit., ap. IV-b.

⁷² Trabucchi, cit., por Barcellona, Pietro, *Diritto privato e processo economico*, Jovene Editore, Napoli, 1984, p. 293.

⁷⁴ CSJN, 5/8/86, LL, 1987-A-442, Cons. 7°.



BANCO DE LIMA

GRUPO CREDIT LYONNAIS