

## Uso De Protector Solar Dermatitis Responsabilidad Del Fabricante

### JURISPRUDENCIA

### Uso de protector solar. Dermatitis. Responsabilidad del fabricante

Se reduce el monto indemnizatorio por daño moral, establecido en la sentencia que hizo lugar a la demanda por los daños derivados de la afección dermatológica sufrida por la hija del actor cuando contaba con ocho meses de edad, a consecuencia de la aplicación de un protector solar que luego fue retirado del mercado y suspendida su comercialización. En la ciudad de Mar del Plata, a los 4 de Julio de 2018, habiéndose practicado oportunamente en esta Sala Primera de la Cámara de Apelación Civil y Comercial el sorteo prescripto por el artículo 263 del Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia, del cual resultó el siguiente orden de votación: 1º) Dr. Alfredo Eduardo Méndez y 2º) Dr. Ramiro Rosales Cuello, se reúnen los Señores Magistrados en acuerdo ordinario a los efectos de dictar sentencia en los autos "FRESNO DIEGO GONZALO C/ LABORATORIOS ANDROMACO SAICI S/ DAÑOS Y PERJUICIOS INCUMPL CONTRACTUAL" Instruidos los miembros del Tribunal, surgen de autos los siguientes ANTECEDENTES: A fs. 715/27 dictó sentencia la Señora Jueza de Primera Instancia en la que resolvió: 1.- Hacer lugar a la demanda promovida por Diego Gonzalo Fresno, por sus derechos y en representación de su hija menor Elena Fresno, contra Laboratorio Andrómaco S.A.I.C.I. por daños y perjuicios y, en consecuencia, condenar a este último a abonar a los primeros el importe de \$ 91.155 con más intereses y costas; y 2.- Hacer lugar a la excepción de falta de legitimación pasiva (ver aclaratoria de fs. 730) y defensa de falta de seguro opuesta por Allianz Argentina S.A. con costas a ambos litigantes principales quienes se alzaron con postura controversial. A fs. 733 apeló la demandada y a fs. 735 lo hizo el actor. Este último expresó sus agravios a fs. 754/56 y la primera lo hizo a fs. 758/63. El actor respondió a fs. 766/72, la demandada a fs. 773/74 y la aseguradora a fs. 775/79. Agravios de la actora Vincula su queja a la imposición de costas a ?ambos litigantes principales?, pretendiendo ser eximida de cargar con ellas y solicitando se impongan al demandado vencido. Argumenta al respecto que su parte provocó la citación en tanto en el formulario de ingreso de datos presentado en Receptoría General de Expedientes se acredita que el único demandado era Laboratorios Andrómaco SAICI, y que la posterior citación obedeció a que al celebrarse la primera audiencia de mediación la apoderada del mencionado laboratorio denunció la existencia de contrato de seguro, lo que motivó la fijación de una nueva audiencia con la participación del tercero citado. Aduce que las constancias de lo ocurrido obran en poder de la mediadora, pero que surge del acta de cierre que en representación de ?Allianz Argentina S.A.? compareció el Dr. Juan Luciano Aicega. Es por ello, agrega, que al interponer la demanda se plasmó en el punto V que la citación se efectuaba en base a lo informado por el hoy demandado, quien nunca negó dicho extremo al contestar el traslado conferido. Advierte en otro tramo, que al momento de interponer la defensa, la aseguradora hizo saber que informó a la aquí demandada mediante carta documento CD ? de fecha 9/4/2014 de la falta de cobertura en casos similares al presente, lo que aconteció antes de la audiencia de mediación. En definitiva, considera que fue la demandada la única responsable de la citación de la aseguradora y es ella quien debe cargar con las costas de su citación. Agravios de la demandada ?LABORATORIOS ANDROMACO S.A.I.C.I.?. Primer agravio: ausencia de acreditación del nexo de causalidad Considera que el actor no acreditó el nexo de causalidad entre la utilización del producto y el daño padecido por su hija, afincándose, principalmente, en el informe pericial en el cual la Perito Médica indicó que ?no es posible afirmar que una cosa fuera consecuencia de la otra?. Entiende que si la causa de la supuesta dermatitis hubiera sido el producto, los médicos deberían haber consignado que se trataba de una dermatitis de contacto de tipo irritativa, pero contrariamente tacharon la palabra ?de contacto?. Cuestiona luego que el a-quo basara su fundamentación haciendo referencia a supuestos de defectos en medicamentos cuando aquí se trata de un producto cosmético, cuya normativa y controles son totalmente diferentes. Resalta que el actor no acreditó con fotos las lesiones de la menor, ni surge de los certificados acompañados a la demanda, sumado a que la propia médica pediatra consignó en el certificado que lo que padecía la menor era hongo. Segundo agravio: cuantificación del daño moral. Estima el apelante que la irritación padecida por un bebé por un período menor a un mes jamás podría determinar un padecimiento espiritual de la magnitud del evaluado por la a-quo, máxime cuando es normal en niños el padecimiento de alergias y dermatitis debido a la delicadeza de su piel. Observa que del examen pericial surge que la niña se encuentra en buen estado general y no presenta lesiones en la piel, lo que demuestra que aún cuando el hecho pueda serle atribuible al producto, éste no dejó marcas o secuelas que la puedan haber dañado espiritualmente. Se agravia, además, de que en la sentencia no se establezcan claramente cuáles fueron los parámetros utilizados para su cuantificación, cuando éste es un requisito indispensable para la C.S.J.N. Solicita se desestime la indemnización pretendida. Tercer agravio: No extensión de la condena a Allianz Manifiesta que el daño moral es consecuencia directa del daño físico y como tal debe ser cubierto por la póliza contratada. Pone en foco, finalmente, que la póliza hace referencia a tres requisitos: errores, negligencia e impericia; pero que en el caso ello no se demuestra.

Por el contrario, echa mano a la sentencia dictada por el Juzgado en lo Penal Económico N° 10 en autos "Laboratorios Andrómaco S.A.I.C.I. s/ Infracción ley 16463" en la cual se revocó la sanción impuesta por la ANMAT a LASA y a su Director Técnico. Para así resolver, advierte que el Juzgado tuvo en cuenta que el producto en cuestión fue debidamente inscripto ante la autoridad sanitaria correspondiente, en este caso la ANMAT y aquel habría sido aprobado por el mencionado organismo en el marco de las facultades de contralor. El organismo de control consideró que el producto cumplía con los requisitos exigidos de forma previa a su puesta en circulación. En base a ello, los Señores Jueces resolvieron plantear y votar las siguientes: CUESTIONES: 1ª) ¿Es justa la sentencia de fs. 715/27 y su aclaratoria de fs. 730? 2ª) ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar? A LA PRIMERA CUESTIÓN PLANTEADA EL SEÑOR JUEZ DR. ALFREDO EDUARDO MÉNDEZ DIJO: AGRAVIOS DE LA DEMANDADA. Responsabilidad. Relación de causalidad. Esta litis halla su génesis en la afección dermatológica sufrida por la hija del actor cuando contaba con ocho meses de edad, a consecuencia de la aplicación de un protector solar que luego fue retirado del mercado y suspendida su comercialización. La a-quo, afincada en la doctrina mayoritaria, encuadra la cuestión en el ámbito de la responsabilidad extracontractual, con la imputación objetiva que el riesgo creado por la cosas elaboradas conlleva (art. 1113 CC). A su vez considera que la demandada no ha probado la inexistencia de la relación causal, en tanto el laboratorio demandado debió destruir la presunción de causalidad que la responsabilidad objetiva le atribuye y no lo ha logrado. Efectivamente la Ley de Defensa del Consumidor en su artículo 40 dispone que "Si el daño al consumidor resulta del vicio o riesgo de la cosa...responderá el productor...Sólo se liberará total o parcialmente quien demuestre que la causa del daño le ha sido ajena" (Javier Wajrtrub "Régimen Jurídico del Consumidor Comentado" Ed. Rubinzal-Culzoni, pág. 245). Es que quien pone en circulación productos elaborados suscita una legítima expectativa y confianza en el mercado, basada en la apariencia y estimulada por la publicidad, que el ordenamiento debe tutelar. Por consiguiente la causación del daño traduce per se el incumplimiento de los deberes de diligencia, cuidado y vigilancia a que está obligado el industrial fabricante (Isidoro Goldenberg "Responsabilidad Civil por productos elaborados" Ponencia de las "VIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil"; cit. en mismo autor "Indemnización por daños y perjuicios - Nuevos perfiles desde la óptica de la reparación" Ed. Hammurabi pág. 299/300). La apelante se agravia por cuanto el actor no acreditó la relación de causalidad, desentendiéndose de lo hasta aquí evaluado: existe una presunción de causalidad que debió ser demolida por la demandada. Si bien refiere solapadamente a lo expresado en la sentencia (v. fs. 759 p. III.1.2.) juzga improbadamente la causa de la supuesta dermatitis, argumentando que los médicos tacharon la palabra "de contacto" y que la Perito Médica en sus conclusiones indicó "si bien podría asociarse el daño a la utilización del producto, no es posible afirmar que una cosa fuera consecuencia de la otra". En definitiva, lo que considera el apelante es que no se ha probado el contacto físico de la cosa con la víctima y que ese contacto derivara en la dermatitis padecida por la menor. Es cierto que a quien demanda le incumbe primeramente demostrar la causa física del daño que, conforme las II Jornadas Bonaerenses de Derecho Civil, Comercial y Procesal (Junín 1986), consiste en el contacto físico o material entre la conducta (o la cosa) y un resultado (Alterini-Ameal-López Cabana "Derecho de las obligaciones civiles y comerciales" Ed. Abeledo-Perrot, 2° reimp. 1996 pág. 221); pero también lo es que imponerle al reclamante la carga de demostrar el momento preciso de la aplicación del producto y como a partir de allí se produjo la dermatitis, resulta una exigencia diabólica de imposible consecución, lo cual implicaría traicionar el sentido visceral de la responsabilidad objetiva y desvirtuar el principio de la causalidad presumida. La víctima ha probado el vicio o riesgo de la cosa, la adquisición del producto, el daño y que existía la probabilidad de que este último obedeciera a la utilización del producto; vale decir, que existe prueba presuncional suficiente del contacto físico habido entre la cosa y la víctima. Observo que si bien en la constancia obrante a fs. 18 de la Guardia de la Clínica "25 de Mayo" se encuentra tachada la palabra "contacto"; en el informe luego producido a fs. 521/22 se consigna: "Motivo de consulta: dermatitis de contacto". La Perito Médico, Dra. Nancy Cecilia Bellusci, refiere que Elena Fresno, nacida el 8/3/2013, sufrió lesiones en la piel, redondeadas y grandes que abarcaban gran parte del cuerpo, en el verano 2013-2014 cuando tenía 8 meses de edad; que los pediatras que la atendieron indicaron antibióticos, cremas, hidratación y protector solar; que el Presidente del Colegio de Farmacéuticos en aquella época alertó a la población sobre los efectos adversos que generó en la piel de los bebés el producto Dermaglos FPS 70 (describe la reacción como una dermatitis alérgica en niños); que según el Presidente del Colegio de Farmacéuticos el producto generaba manifestaciones en piel: inflamación y enrojecimiento de la piel generando molestias y pudiendo provocar fiebre; y que Elena presentó lesiones en piel, extensas, principalmente en piernas, irritabilidad con episodios febriles en el período que estaba usando el producto.; que este último pertenece al lote que, según el anuncio, se retiró de la venta; que luego de que a la actora no se le aplicara más el mismo presentó mejoría clínica lo cual es sugestivo de que sea esa la causa del proceso cutáneo, ya que al ceder el estímulo la piel vuelve a su normalidad (arts. 375, 384, 457 y cc CPC). Si bien la Perito refiere que el daño se puede asociar al uso del mismo pero no se puede afirmar que fuera consecuencia de éste; ello resulta lógico pues, obviamente, no existen constancias del momento preciso en que el producto fue aplicado, pero -tal como dije en otro tramo de esta decisión- ello puede ser presumido o asociado en función de la prueba aportada

por la actora. El informe de SAMI (fs. 496/97) da cuenta que entre diciembre de 2013 y enero de 2014 Elena Fresno tuvo 5 consultas pediátricas y compra de medicamento. A fs. 529 declara Alberto Alejandro Florio, dice conocer al actor hace 8 años porque tiene una carpa en el balneario donde ambos veranean. Afirma que en la temporada en que ocurrió el evento veranean en Piedra Marina y que el actor no fue la mayor parte de los días; que tuvo un problema con la beba, una reacción de la piel, que tenían que cuidarla o ir al médico; que usaba un protector marca Dermaglós y que eso le provocó un brote que le impedía tomar sol, estaba enferma, toda brotada y se sentía mal. Dice saber lo expuesto por haber estado en presencia de la nena con el brote (arts. 375, 384, 424 y cc CPC). A fs. 530 Carlos Barciela relata compartir carpa con el actor, que la nena tuvo un brote y que desde que pasó eso prácticamente no fue más a la playa, que usaba Dermaglós y que esa partida estaba mal. Similar relato realiza Matías Gerónimo Suluja a fs. 541: alquila carpa en el mismo balneario, la nena estaba brotada, irritada, no paraba de llorar, que salió el tema del protector solar y que después de eso no estuvieron yendo a la playa. A fs. 539 declara María del Pilar López quien, en su calidad de Pediatra atendió a Elena. Manifiesta, entre otras cosas, que al principio la atendió por una "sexta enfermedad" que es una enfermedad febril con brote y después por otro tipo de brote dermatitis tipo urticaria; que recuerda que hubo un problema con el protector que estaba relacionado con los chicos; que es difícil saber el origen del brote pero cuando sacan de la venta el producto ahí es cuando lo relacionan con éste (arts. 375, 384, 424 y cc CPC). A fs. 503/04 obra recorte periodístico del Diario La Capital en el que informan: "Prohíben la venta y el uso de un protector solar para bebés", tratándose el mismo de Dermaglós FPS, que causó dermatitis y alergias a varios niños. El colegio de Farmacéuticos alertó a la población sobre los efectos adversos que generó en la piel de los bebés. Obsérvese que si bien la ANMAT informó que la fórmula estaba dentro de los dosajes máximos permitidos, también dijo que los ingredientes no coincidían con los declarados para su admisión, en tanto la AVOBENZONA (filtro UVA) fue sobredosado en un 10% (v. fs. 196). En el informe emitido por la referida institución de contralor (fs. 574) se hizo saber que analizó varios lotes del referido producto, mediante el ensayo de irritación primaria dérmica, resultando su formulación "mínimamente irritante", por lo que se concluyó que el producto no es apto para el uso propuesto. Se imputó a la firma "Laboratorios ANDROMACO SAICI" la presunta infracción a las normas de aplicación en la materia. La prueba analizada es suficiente para convencerme de que el agravio debe rechazarse, sin que tenga atinencia el hecho de que el producto en cuestión fue debidamente inscripto ante la autoridad sanitaria (ANMAT) y aprobado por ella; habida cuenta que es ella misma quien, luego, ordena retirarlo del mercado. Daño moral. Le asiste razón al apelante en cuando considera elevada la suma otorgada por la partida en tratamiento; no así en cuanto pretende su desestimación. En primer lugar cabe señalar que hemos dicho en casos análogos que carece de entidad el agravio que exhibe una mera disconformidad con la ausencia de las variables tenidas en cuenta para fijar el monto de la partida indemnizatoria (arg. CC0102 LP c. 217605 Reg. 175, 27/9/94). Por tal razón es que corresponde desestimar el argumento que se basa en la ausencia de los parámetros utilizados para la cuantificación del perjuicio. En cuanto al resto, hay que tener en cuenta que lo que aquí se está resarcando es el padecimiento experimentado por Elena Fresno durante la afección de dermatitis, que fuera provocada por la utilización del producto defectuoso. En otras palabras, aquí los progenitores demandaron por el padecimiento espiritual sufrido por su hija y no en nombre propio; con lo cual todas las vicisitudes relacionadas con la imposibilidad de concurrir a la playa el verano en que ocurrió el suceso, o las incomodidades de escuchar el llanto de la beba a consecuencia del prurito producido por la reacción alérgica no conforman parámetros valorables a la hora de justipreciar el daño. Me circunscribiré a apreciar las molestias sufridas por la beba, desde que, pese a tratarse de un daño "in re ipsa", existen pruebas que así lo demuestran. La Perito Médica manifiesta que presentó lesiones en piel extensas, irritabilidad con episodios febriles en el verano 2013-2014 (fs. 655 vta.). El testigo Carlos Barciela afirma que lo ocurrido les alteró la vida cotidiana, la nena no podía ir a la playa, estaba toda brotada; y Matías Gerónimo Suluja destaca que la nena de Diego estaba brotada, irritada, no paraba de llorar, no se podía mantener una conversación de lo que lloraba (fs. 530 vta y 541; arts. 375, 384, 424 y cc CPC). Evidentemente debió haber sido molesta e incómoda la irritación de la piel, sumado a los episodios febriles, todo lo cual pudo haberse evitado de no haberse aplicado el producto que fuera retirado, luego, del mercado (art. 1078 CC). No obstante, al justipreciar el daño moral en un bebé de ocho meses entiendo que el mismo habrá de circunscribirse al fastidio que le causó la dermatitis, pues a esa edad no es consciente, por ejemplo, del hecho de haberse visto privado de ir a la playa. También cabe evaluar que al momento de la pericia no se constataron secuelas ni lesiones en la piel y la niña presentaba un buen estado general y de nutrición (fs. 654/67; arts. 375, 384, 457 y cc CPC). Analiza Matilde Zavala de González que debe ponderarse la edad de la víctima y evaluarse el menoscabo a la intangibilidad de la persona en función de ésta. Cuando lo sufre un menor pequeño, todavía no tiene clara noción del daño y de las restricciones que éste le causa (arg. aut. cit. "Daños a las personas - Integridad psicofísica" Tº II-a Ed. Hammurabi pág. 472 inc. "d"). Es por ello que considero excesiva la suma fijada por el a-quo. Tango en cuenta que la irritación en la piel duró poco más de un mes (v. pericia fs. 655 inc. "d"), la situación fue superada sin secuelas, la corta edad de la menor hace que la misma no tenga conciencia real del riesgo. Propongo en consecuencia y en atención a lo evaluado, fijar la suma de \$ 65.000 (PESOS SESENTA

Y CINCO MIL) para resarcir el daño moral experimentado por la actora. No extensión de la condena a ?Allianz Argentina S.A.?

Lo analizado por el a-quo y finalmente resuelto en cuanto a la exclusión de cobertura, a mi modo de ver, es correcto. Las cláusulas de exclusión de cobertura o no seguro, ya sean de fuente normativa o convencional, importan una delimitación del riesgo, excluyendo o restringiendo los deberes del asegurador por la no asunción de alguno o algunos riesgos (SCBA LP c. 106051 sent. del 15/7/2015). En el presente caso, la póliza excluye responsabilidades derivadas y/o relacionadas con la eficacia del producto (falla del producto para cumplir sus funciones específicas) (fs. 44); también los daños morales no consecutivos de lesiones amparadas bajo la cobertura de la póliza (fs. 46). La cláusula tercera de las condiciones particulares establece que quedan excluidas las responsabilidades emergentes como de errores, negligencias impericias en la concepción técnica de fórmulas, diseños, etc. (fs. 69).

La Pericia contable afirma lo recién plasmado cuando analiza los alcances de la relación de seguro. Coincido con el a-quo de que el presente caso cabalga sobre los perjuicios causados por el defectuoso diseño de una fórmula, la cual incorpora elementos que irritan la piel. Lo ocurrido es un riesgo excluido expresamente en el contrato, pese a que éste -tal como dice el recurrente- cubre la responsabilidad civil por productos-. Es cierto lo afirmado por este último en cuanto a que el daño moral es consecutivo de la lesión, pero tal como consigné al evaluar la póliza el daño moral en este caso no es consecutivo de una lesión amparada bajo la cobertura, desde que fue provocada por un defecto de la fórmula; con lo cual no resulta viable el argumento utilizado. Por otra parte, no se muestra abusiva ni contraria a la buena fe la póliza emitida en los términos analizados en cuanto las exclusiones se conectan con el riesgo asegurado y con la ecuación económica del contrato, no traslada un desequilibrio entre los derechos y cargas del asegurado y las obligaciones y cargas del asegurador. Propongo, por lo expuesto, confirmar este tramo de la decisión.

**AGRAVIOS DE LA ACTORA** Costas por la citación de ?Allianz Argentina Cia. de Seguros S.A.?. Le asiste razón a la apelante. La actora bien pudo haberse creído con derecho a citar en garantía a la aseguradora de la demandada. A fs. 482 obra copia de la Carta Documento que le remitiera esta última a su asegurado, ?Laboratorios ANDROMACO S.A.?, el 11/4/2014, en la que le comunicaba la exclusión de cobertura con relación al siniestro que aquí se inspecciona. La misma fue cotejada por el Correo Argentino y comprobada su autenticidad (fs. 480). Sabiendo tal circunstancia, de todos modos, la demandada citó a su aseguradora en la instancia de mediación, cuya audiencia fue celebrada ante la Mediadora Dra. Gabriela M. Martín el 16/5/2014 (v. fs.5). Además, la demandada al absolver posiciones jura como es cierto que ?la compañía aseguradora ha sido debidamente traída a juicio por mi mandante? (pos. 10° (fs. 548/49). Teniendo en cuenta tales circunstancias, pierde atingencia el hecho de haber sido la actora quien la citó al proceso en su escrito de demanda, en tanto fue la demandada quien, con su conducta, a sabiendas de la exclusión, provocó la incorporación a esta litis. Con lo cual, considero que están dadas las condiciones para eximir a la actora de cargar con las costas generadas por la citación de la aseguradora, debiendo cargar con ellas en su totalidad la demandada (art. 68 in fine CPC). Propongo, entonces, modificar este tramo de la sentencia. Con las modificaciones propuestas voto por la

**AFIRMATIVA. EL SEÑOR JUEZ DOCTOR RAMIRO ROSALES CUELLO VOTÓ EN IGUAL SENTIDO POR LOS MISMOS FUNDAMENTOS. A LA SEGUNDA CUESTIÓN PLANTEADA EL SEÑOR JUEZ DR. ALFREDO EDUARDO MÉNDEZ DIJO:** Corresponde: 1.- CONFIRMAR la sentencia de fs. 715/28 y su aclaratoria de fs. 730, modificándola únicamente en cuanto al monto otorgado en concepto de ?daño moral? el que se reduce a la suma de \$ 65.000 (PESOS SESENTA Y CINCO MIL) y en cuanto a las costas generadas por la citación en garantía, debiendo cargar con ellas el demandado (art. 68 in fine CPC); y 2.- IMPONER costas del siguiente modo: a.- por el primero y segundo agravio del demandado: 50% a la actora y 50% al demandado (art. 71 CPC); b.- por el tercer agravio del demandado (rechazo de la citación en garantía respondido por la aseguradora a fs. 775/79): costas al apelante (art. 68 CPC); y c.- por el recurso de la actora: costas al demandado por resultar vencido (art. 68 CPC). **ASÍ LO VOTO.- EL SEÑOR JUEZ DR. RAMIRO ROSALES CUELLO VOTÓ EN IGUAL SENTIDO Y POR LOS MISMOS FUNDAMENTOS.** Con lo que terminó el acuerdo dictándose la siguiente: **SENTENCIA** Por los fundamentos consignados en el precedente acuerdo, **SE RESUELVE:** I) CONFIRMAR la sentencia de fs. 715/27 y su aclaratoria de fs. 730, modificándola únicamente en cuanto al monto otorgado en concepto de ?daño moral? el que se reduce a la suma de \$ 65.000 (PESOS SESENTA Y CINCO MIL) y en cuanto a las costas generadas por la citación en garantía, debiendo cargar con ellas el demandado (art. 68 in fine CPC); y II) IMPONER costas del siguiente modo: a.- por el primero y segundo agravio del demandado: 50% a la actora y 50% al demandado (art. 71 CPC); b.- por el tercer agravio del demandado (rechazo de la citación en garantía respondido por la aseguradora a fs. 775/79): costas al apelante (art. 68 CPC); y c.- por el recurso de la actora: costas al demandado por resultar vencido (art. 68 CPC). NOTIFÍQUESE personalmente o por cédula (art. 135 CPCC). DEVUÉLVASE.-

033320E