

Responsabilidad De Laboratorio Producto Defectuoso Uso De Protector Solar Reaccion Alergica

JURISPRUDENCIA

Responsabilidad de laboratorio. Producto defectuoso. Uso de

protector solar. Reacción alérgica Se modifica el monto de condena establecido en la sentencia que hizo lugar a la demanda por los daños que sufrieran las hijas de los accionantes por una reacción alérgica causada por el uso de un protector solar elaborado por el laboratorio demandado. En la ciudad de Mercedes, Provincia de Buenos Aires, a los 9 días del mes de octubre del año dos mil dieciocho, reunidos en Acuerdo Ordinario los Sres. Jueces de la Sala III de la Excm. Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial Mercedes, Dres. CARLOS ALBERTO VIOLINI y LUIS MARIA NOLFI, con la presencia del Secretario actuante, para dictar sentencia en el Expediente N° 4.528, en autos caratulados: ?SISINNI, ANALIA LEONOR Y OTRO C/ LABORATORIOS ANDROMACO SAICIF S/ DAÑOS Y PERJUICIOS?.- La Cámara resolvió votar las siguientes cuestiones de acuerdo con los artículos 168 de la Constitución y 266 del Código Procesal. PRIMERA: ¿Se ajusta a derecho la sentencia dictada a fs. 377/385, en cuanto es materia de apelación y agravios? SEGUNDA: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar? Practicado el sorteo de ley, dio el siguiente resultado para la votación: doctores Luis María Nolfi y Carlos Alberto Violini (v. fs. 420 vta.).- Luego de sucesivos trámites, incluído el llamamiento de ?autos para sentencia?, tras el sorteo, éste expediente quedó en condiciones de ser votado. A LA PRIMERA CUESTIÓN PLANTEADA el Dr. Luis María Nolfi dice: VOTACION 1.- La sentencia de fs. 377/385, admitió la demanda entablada por Analía Leonor Sisini y Walter V. (fs. 33/35 vta.) por sí, a raíz de daños que alegan haber padecido sus hijas menores M. P. y S. V. (cfr. fs. 44/45). Contra dicho pronunciamiento se alzan la citada en garantía por medio de su apoderado Dr. Laborde cuestionando la cuantificación decidida (v. agravios de fs. 405/407 vta.) y la parte demandada Laboratorios Andrómaco S.A.I.C.I. con la representación de Marcela Inés Giordano, cuestionando la atribución de responsabilidad, la relación causal establecida por el primer sentenciante (cfr. fundamentación de fs. 408/413). Ambas presentaciones, no respondidas por la parte actora (v. fs. 415 párrafo I). Por su lado, la Asesora de Incapaces se expidió a través del dictamen electrónico del 25 de junio de 2018 y el Sr. Fiscal de Cámara a fs. 418/419 solicitando ambos, la confirmación del pronunciamiento. 2.-AGRAVIOS. SÍNTESIS. La queja de la parte demandada que por un orden lógico se impone al primer análisis, se centra en los siguientes aspectos. En el capítulo rotulado como ?preliminar? subraya que respecto de una de las niñas -omitiendo aclarar cuál de ellas- no hay demostración del daño padecido (v. tercer párrafo de fs. 409). A continuación señala que en la parte dispositiva no se determina la distribución del monto condenado en función de los daños efectivamente sufridos. Mas adelante explica que de acuerdo a la falta de prueba la indemnización sólo podría proceder en relación a M. P. y por la mitad del monto de la condena. Finalmente aclara que los agravios se referirán únicamente a la menor haciendo extensivas las consideraciones respecto de su hermana en el caso de no ser compartida esa posición por esta Alzada. En el capítulo subsecuente cuestiona el análisis del nexo de causalidad. Señala que en la contestación de oficios enviada por el Ministerio de Salud de San Martín de los Andes se indica que M. P. y S. V. el 16 de enero de 2014 fueron atendidas y diagnosticadas con quemadura solar no especificada no mencionándose alergia, ni irritación por la utilización del producto. Puntualmente, alienta la idea de que la afectación se debió a la exposición solar y de no haber sido así se debió haber diagnosticado una dermatitis de contacto de tipo irritativa. Así, sella el argumento en torno a la indemostrada relación de causalidad. Acto seguido plantea que no se acredita defecto alguno en el producto. Acto seguido, subraya que respecto de la menor no se acreditó incapacidad alguna, rechazándose ese resarcimiento y sólo se condenó por daño moral. Afirma a continuación, que no se acreditan documentalmente las lesiones de la menor, que el informe del Hospital Ramón Carrillo informa quemaduras solares, que la empresa nunca admitió un defecto en el producto sino que ante un número poco usual de consultas decidió retirarlo del mercado y que la prueba de ello es que a Administración Nacional de Medicamentos, Alimentos y Tecnología Médica no impuso multa alguna y la sentencia del día 29 de septiembre de 2016 dictada en el marco de la causa. ?Laboratorios Andrómaco SAICI y otro s/ Infracción ley 16.463. Denunciante ANMAT? dejó establecido que el producto fue debidamente inscripto y ante la autoridad sanitaria y aprobado. Concluye, por tanto, en la ausencia de demostración del nexo de causalidad entre el daño moral de las menores y la aplicación del producto. 3.-PORTICO. EJERCICIO DE LA REPRESENTACIÓN. Los actores demandan por sí sin invocar la representación de sus hijas menores M. P. y S. (v. fs. 33/35). La parte demandada omite plantear temporánea y formalmente la excepción procesal que obtura ese defecto procesal de proponibilidad. No obstante, la parte demandada lo advierte en el capítulo V-2 de la contestación de la demanda. No lo replantea en la presentación de los agravios. Más allá de cualquier consideración formal, el Ministerio Público de Menores asumió la intervención por M. P. y S. V. en fs. 49 (septiembre 2 de 2015), quedando -a mi ver- integrada la representación

genérica de las niñas en el proceso (doctrina art. 59 del C. Civil y arg. art. 38 de la ley 14.442/12 vigentes al momento del hecho).

4.-LA RESPONSABILIDAD. 4-1.-La parte actora relata que adquirió el producto ?Dermaglós? Solar, presentación por 150 gr.; identificado mas adelante como Solar FPS 70, protector solar con muy alta protección UVA y UVB, Lote N° 0026, con fecha de vencimiento el mes de julio de 2016 (presentación de 150 gr.) y Lote 0001 (presentación de 30 gr.), con igual fecha de vencimiento (v. disposición de la ANMAT Nro. 0467 del 16 de enero de 2014 que prohíbe su comercialización y uso). Expone que el día 1 de enero de 2014, emprendieron sus vacaciones con destino al sur del país y el 2 de enero arribaron a Villa Traful (Neuquén). Que el 11 de enero cruzaron hacia Chile desde Villa La Angostura, se alojaron en Frutillar y las niñas comenzaron a observar manifestaciones cutáneas, picazón, hinchazón en piernas manos brazos y tronco. Que el 16 de enero regresaron a San Martín de los Andes y en el Hospital Ramón Carrillo de esa ciudad había otros pacientes que sabían del problema del dermaglós 70. Que la doctora que los atendió ordenó la aplicación de decadron a cada una y les prescribió unas gotas con corticoide. Prosigue contando que, el 17 de enero emprendieron el viaje de regreso y en la ciudad fueron atendidas por el Dr. Barsotti, pediatra, quien les diagnosticó una reacción al protector. Manifiesta en un pasaje que en Chile no pudieron tomar conocimiento de la información suministrada por la ANMAT. El laboratorio demandado, Laboratorio Andrómaco S.A.I.C.I., en oportunidad de contestar esta acción, señaló, en primera medida, que los protectores solares, no se categorizan como medicamentos, sino como un producto cosmético, que son aquellas preparaciones constituidas por sustancias naturales o sintéticas o sus mezclas, de uso externo, con el objeto exclusivo o principal de perfumarlas, cambiar su apariencia, protegerlas o mantenerlas en buen estado. Admitió que estos productos cosméticos, pueden en un limitado número de casos llegar a producir reacciones alérgicas a las que genérica y clínicamente se conoce como dermatitis por contacto. Desarrolló también las diferencias entre la dermatitis irritativa por contacto y la dermatitis alérgica por contacto, explicando las características de cada una. Rechazó el reclamo de los actores, al referir que no surge probada la conexión entre el cuadro diagnosticado y la utilización del bloqueador solar. Negó en consecuencia el nexo de causalidad, entre la alegada aplicación del producto, y la reacción que sufriera la menor.

4-2.-Así las cosas, me referiré en primer término al marco normativo en el que corresponde encuadrar la cuestión a decidir. En efecto, estamos en presencia de una relación de consumo que vinculó a los actores y a la demandada, esta última en su calidad de productor del protector solar. Es oportuno destacar que el hecho ocurrió entre el 10 y el 15 de enero de 2014, fecha en la que se encontraba vigente la ley 24.240 de defensa del consumidor, ya reformada para ese entonces mediante la ley 26.361 - publicada en el Boletín Oficial el 7 de abril de 2008-. El art. 7° del Código Civil y Comercial de la Nación dispone lo siguiente: ?A partir de su entrada en vigencia, las leyes se aplican a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes. Las leyes no tienen efecto retroactivo, sean o no de orden público, excepto disposición en contrario. La retroactividad establecida por la ley no puede afectar derechos amparados por garantías constitucionales. Las nuevas leyes supletorias no son aplicables a los contratos en curso de ejecución, con excepción de las normas más favorables al consumidor en las relaciones de consumo?. Al respecto, la Dra. Aída Kemelmajer de Carlucci explica que los hechos cumplidos están regidos por la ley vigente al tiempo en que se desarrollaron y, a su vez, que el nuevo ordenamiento no se proyecta atrás ni altera el alcance jurídico de las situaciones y consecuencias de los hechos y actos realizados y agotados en un momento bajo un determinado dispositivo legal. Asimismo, respecto a las normas del derecho del consumo, la mencionada jurista señaló que la regla se invierte en el sentido que, al contrato de consumo en curso de ejecución, le son aplicables las nuevas leyes supletorias que puedan sancionarse, siempre y cuando, obviamente, por fidelidad a un principio cardinal que informa la materia, sea más favorable al consumidor. O sea, las leyes de protección de los consumidores, sean supletorias o imperativas, son de aplicación inmediata. No dispone la aplicación retroactiva de la ley sino su aplicación inmediata a los contratos en curso de ejecución (Kemelmajer de Carlucci, Aída; La aplicación del Código Civil y Comercial a las Relaciones y Situaciones Jurídicas Existentes, 1a edición, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2015, ps. 30/31, y 60/61). Por tanto, dado que la relación de consumo se encuentra concluida, se deben aplicar las normas vigentes a la fecha del contrato y del accidente, es decir la ley 24.240, reformada por la ley 26.361.

4-3.-Efectuadas dichas aclaraciones, diré que la relación jurídica de consumo es una definición normativa y su extensión surgirá de los límites que la legislación le establezca a sus elementos: sujeto, objeto, fuentes. Coincido en que debe definirse la relación de consumo ?de modo que abarque todas las situaciones en que el sujeto es protegido: antes, durante y después de contratar; cuando es dañado por una ilicitud extracontractual, o cuando es sometido a una práctica del mercado; cuando actúa individualmente o cuando lo hace colectivamente. Siendo la relación de consumo el elemento que decide el ámbito de aplicación del derecho del consumidor, debe comprender todas las situaciones posibles. Si bien el derecho del consumidor regula fundamentalmente materia contractual, existe una buena cantidad de disposiciones que otorgan prerrogativas a los sujetos aún sin estar vinculados contractualmente con proveedores. De esta manera, una noción acotada de la relación de consumo no dejaría sin poder considerar estos supuestos expresamente contemplados por la legislación. Además, teniendo su fundamento principal en la normativa constitucional, esta amplitud de criterio es la que mejor se adecua a una correcta hermenéutica. Por su parte, el objeto de la relación

jurídica de consumo es el que se configura por la operación jurídica considerada o los bienes a los cuales se refiere, que son los productos y los servicios (Wajtraub, Javier, 'Los derechos de los consumidores?', en 'Constitución de la Nación Argentina. Análisis doctrinal y jurisprudencial?', Dirección de Daniel Sabsay, Editorial Hammurabi, Tomo 2, páginas 306/05). Ahora bien, la relación que une a un consumidor con quien elabora un producto es típicamente de consumo, lo que la encuadra en los artículos 1 y 2 de la ley 24.240, y la responsabilidad del último frente a los daños sufridos por el primero se ubica en el régimen contractual. De tal relación convencional deriva la relación de obligación objetiva de seguridad por resultado, a cargo del laboratorio que fabrica el producto -en este caso el protector solar-, y el incumplimiento de esa obligación origina que el fabricante sólo pueda liberarse demostrando una causa ajena. (art. 40 de la ley 24.240 -incorporado por ley 24.999). Las normas de la ley 24.240 son correctoras, complementarias o integradoras para el supuesto especial de tener que aplicarse al contrato para consumo y no sustitutivas de la regulación general contenida en los códigos y demás legislación vigente. Concretamente, la ley no contiene una regulación completa de los actos que puedan dar nacimiento a un contrato para consumo según sus previsiones, sino que trata de corregir y evitar los abusos a que podría dar lugar la aplicación de la legislación ordinaria general preexistente en perjuicio de quien actúa como consumidor, pues es la parte estructuralmente más débil de las relaciones de consumo y perjuicios. En las relaciones de consumo, la obligación de seguridad tiene en todos los casos el carácter de un deber de resultado, pues la ley hace garantes a los proveedores de bienes y servicios que comercializan que no dañen al consumidor. La mera presencia de un daño en el ámbito de la relación de consumo -naturalmente, por fuera de los que puedan ocasionarse mediante el incumplimiento de los deberes de prestación a cargo del proveedor- basta entonces para tener por incumplido este especial deber calificado, lo que obliga al proveedor a acreditar la existencia de una imposibilidad de cumplimiento objetivo y absoluta, causada por caso fortuito, para eximirse de responder (Picasso, Sebastián, 'Requiem para la obligación de seguridad en el derecho común?', La Ley Online AR/DOC/2127/2015). En suma, la protección al consumidor o usuario del servicio queda resguardada por el deber de seguridad preceptuado por el art 5 de la ley 24.240 que se integra con las demás normas de nuestro sistema legal conforme se desprende del art. 3 de dicha ley, normativa que torna operativa la protección otorgada por el art. 42 de la Constitución Nacional a los consumidores o usuarios. Como concepción más amplia la relación de consumo, ¿abarca todas las situaciones en que el sujeto- consumidor o usuario- es protegido antes, durante y después de contratar, cuando es dañado por un ilícito extracontractual, o cuando es sometido a una práctica de mercado, cuando actúa individual o colectivamente? (Conf. Lorenzetti, Ricardo L. 'Consumidores?', Editorial Rubinzal Culzoni, Santa F, 2003, pág. 74). A mayor abundamiento, el art. 40 de la normativa mencionada prevé que 'si el daño al consumidor resulta del vicio o riesgo de la cosa o de la prestación del servicio, responderán el productor, el fabricante, el importador, el distribuidor, el proveedor, el vendedor y quien haya puesto su marca en la cosa o servicio. La responsabilidad es solidaria, sin perjuicio de las acciones de repetición que correspondan. Sólo se liberará total o parcialmente quien demuestre que la causa del daño le ha sido ajena'. En definitiva, el sistema de defensa al consumidor, pone en cabeza del proveedor una obligación de seguridad de resultado (art. 5), y complementa esa regulación disponiendo, en su art. 40, que si el daño resulta 'del vicio o riesgo de la cosa o de la prestación del servicio' la legitimación pasiva se amplía a todos los sujetos que han intervenido en la cadena de producción y comercialización del producto o servicio, quienes responden objetivamente y en forma solidaria. (conf. Picasso, Sebastián, Ley de Defensa del Consumidor comentada y anotada, LA LEY, Buenos Aires, 2009, t. I, p.162/163). Por añadidura, para que resulte procedente su pretensión, la actora debe acreditar haber sufrido un daño, y que ese daño sea consecuencia de la utilización del producto, extremo que, de probarse debidamente, desplaza sobre la demandada la carga de alegar y probar la existencia de una causa ajena. A partir de estos postulados, avanzaré en el análisis de los elementos reunidos en el caso. 4-4.- Manuel Cuiñas Rodríguez, en su producción 'Responsabilidad por productos elaborados defectuosos?' (La Ley 1996-C, 839), expresa que por producto elaborado 'se entiende toda aquella cosa que es el resultado de la transformación de otras cosas por la actividad del hombre aplicada a [ellas]' (Conf. Bustamante Alsina, Jorge, 'Responsabilidad civil por productos elaborados en el Derecho Civil Argentino, La Ley, 143-870)?'. Este autor - entrando al concepto de riesgo o vicio de la cosa-, también afirma que 'el producto elaborado de que se trate, para ser considerado 'defectuoso', debe ser portador latente de un 'vicio' que determine su 'potencialidad dañosa' para la persona o los bienes del consumidor o usuario. Vicio será todo defecto oculto -desde la óptica del consumidor o usuario- de la cosa que la haga impropia para su destino?'. Ahora bien haré una breve reseña de la prueba producida a fin de esclarecer cómo se sucedieron los hechos, y las consecuencias que acarrearón. De las constancias de autos, surgen como muestras conducentes, las siguientes: A fs. 12/24 se incorporan placas fotográficas que revelan el producto que señalan haber aplicado los actores a sus hijas y supuestos resabios de la crisis alérgica padecida por las niñas (art 375 del C. Procesal). A fs. 25/27 obran certificados emitidos por médico pediatra Néstor Barsotti M.N. ... M.P. ..., en los cuales describe las afectaciones de las niñas M. P. y S. V.. A fs. 28/32 se integran la suspensión de la comercialización del producto 'Dermaglós. Protector Solar. FPS. 70-Bebés-Crema?' (enero 15 de 2014), un recordatorio informando acerca de la continuación de la suspensión (diciembre 18 de 2014) y la disposición Nro. 0467 del 16 de

enero de 2014 prohibiendo la comercialización y uso de Dermaglós Protector Solar FPS Bebés. Crema por 150 gr. Lote 0026 y por 30 gr. Lote 0001, con vencimiento en el mes de junio de 2016; todas emitidas por la Administración Nacional de Medicamentos, Alimentos y Tecnología Médica. A fs. 267 consta contestación de oficio por parte de Canal 9 informando acerca de material vinculado con el caso emitido el 15 de enero de 2015 a las 19 y el 16 de enero al amanecer y mediodía. Asimismo informan que adjuntan DVD. A fs. 272/273 constan fojas de la historia clínica correspondientes a S. y a M. P. V. donde se asienta el diagnóstico de quemadura solar no especificada (16 de enero de 2014) firmadas por el Sr. Director del Hospital de San Martín de los Andes, con su pertinente oficio de estilo (v. fs. 274, abril 25 de 2016). A fs. 277 y 279 se agregan copias de los diarios Clarín (única publicación -v. fs. 281.3-; sección Sociedad, p. 39, enero 18 de 2014) y de La Nación (sección Política, p. 17, enero 18 de 2014) que acreditan la comunicación pública de Laboratorios Andrómaco en referencia al retiro de circulación del producto y haciendo expresa referencia a la recepción de reclamos de algunos clientes por cuadros de alergia (art. 421 del C. Procesal). A fs. 285 consta informe del Dr. Barssoti destacando haber atendido el 20 de enero de 2014 a las niñas M. P. y S. V. presentado cuadro de exantema cutáneo con características de dermatitis de contacto expresando que según referencia materna habían utilizado Dermaglós como protector solar. Es importante destacar que el profesional les prescribió hidratación y un tratamiento sistémico con bloqueante histaminérgico (carbinoxamina). A fs. 291/295 se observan planillas emitidas por la Dirección Nacional de Migraciones documentando la entrada al país de la familia V.-Sisini. A fs. 298 se agrega copia del diario La Nación, sección política, página 9, del 7 de febrero de 2014 que revela la solicitada publicada por la parte demandada ofreciendo asesoramiento y atención médica gratuita en referencia al incidente ocurrido con el producto (art. 421 del C. Procesal). A fs. 328/330 se expide Miguel Ángel Rementería, Licenciado en Química, indicando que los actores declaran haber adquirido el producto en el mes de diciembre de 2013, que está aprobado por la ANMAT, que tiene un vencimiento desde su fabricación de 36 meses y equívocamente refiere que un año después (en verdad días después, en enero de 2014), se lo aplican a su hija. (en realidad los actores refieren que se lo aplicaron a sus dos hijas). Destaca que el producto se encontraba en período de uso adecuado para seres humanos. En lo que concierne al análisis químico del producto determina que dado que el producto no es una muestra representativa porque no se encuentra en condiciones aptas para dar a luz un exámen indubitable (vencimiento, cadena de frío). En definitiva nada dijo en torno a la posible relación de causalidad entre la aplicación del fotoprotector y las crisis de las niñas (art. 474 del C. Procesal). Es significativo que la ANMAT, a través de la citada disposición N° 467, de fecha 16 de enero de 2014 prohibió la comercialización y uso, en todo el territorio nacional, de todos los lotes, en todas las presentaciones, del producto Dermaglós Protector Solar FPS Bebés Crema. A su vez, en dicha comunicación, indicó que habiéndose analizado diferentes lotes del producto referido, mediante el ensayo de irritación primaria dérmica, se concluyó que el producto no es apto para el uso para el que se había propuesto, por resultar su formulación ?mínimamente irritante?. Ahora bien, como se dijo y se reafirma con lo informado por la autoridad administrativa de control, en el presente no se encuentra discutida la existencia de un vicio del fotoprotector. No solo sus efectos nocivos fueron denunciados ante el laboratorio por diversos usuarios (conforme fuera expuesto en la contestación de demanda), lo que resultó en su retiro preventivo del mercado, sino que luego de realizarse los estudios correspondientes por el ente de control, se mantuvo dicha medida prohibitiva, alcanzando a todos los formatos en los que se comercializaba el producto. A la vista de ello, juzgo que resulta un indicio ineludible que las niñas -quienes de acuerdo a lo que surge del proceso no tenían antecedentes de reacciones como la que sufrieran el mes de enero de 2014-, padecieran la crisis alérgica a la fecha de utilizar el protector solar fabricado por la demandada, que no era apto para su uso, por lo que fue retirado del mercado por la autoridad de aplicación. La correspondencia temporal entre los síntomas que desarrollaron y la utilización del bloqueador solar, demostrado nocivo, y la imposibilidad también temporal de haber conocido o podido conocer la publicación de advertencia acerca del producto emitida por la firma demandada por haber sucedido antes de ello su aplicación, convergen como indicio suficiente para tener por acreditado que los daños se produjeron por su utilización. Si bien es cierto que el experto en química no puede expedirse por la inaptitud de la muestra a los fines de su abordaje pericial no desautoriza la interpretación que precede. En estos términos, entiendo que las consideraciones que acabo de efectuar, basadas en los elementos de prueba obrantes en autos, resultan eficaces a los fines de desentrañar el origen de la afección que observaron las menores. No debe perderse de vista que la causalidad puede ser presumida sobre la base de indicios, cuando su prueba directa es dificultosa y su existencia aparece como razonable de acuerdo a las circunstancias de la causa (CNCiv, Sala A, 22/08/2012, ?Rein, Flavio Eduardo c. Bayer S. A. y otros s/Daños y Perjuicios?, L. no 584.026) Como argumenté, acreditado el nexo adecuado de causalidad entre el vicio del producto y el daño causado en las niñas, la demandada debía probar la causa ajena para promover su exoneración. No resulta suficiente acreditar que en los laboratorios y en los estudios previos el producto, había superado los análisis y tests a los que fuera sometido, teniendo en cuenta los indicios ya mencionados. La circunstancia de que es un establecimiento habilitado para la elaboración de productos cosméticos y especialidades farmacéuticas, que cumple con los lineamientos generales de buenas prácticas de fabricación para elaboradores de medicamentos según disposición de ANMAT N° 2819/2004, resulta

irrelevante en el marco de este proceso, si tomamos en consideración que el producto no resultó apto para su uso de acuerdo a los análisis realizados por la ANMAT, que tuvieron como consecuencia la resolución de fecha 16 de enero de 2014 que prohibió su comercialización. Todo lo hasta aquí expuesto me hace sostener que la demandada no ha cumplido con la carga de demostrar que la causa del daño le fue ajena, a fin de lograr eximirse de responsabilidad. En síntesis, ante la demostrada patología que sufrieran las niñas M. P. y S. V. (de 7 y 3 años de edad a la fecha del hecho), su contemporaneidad con el uso del producto, la no demostración por parte de la demandada de que la utilización de dicho producto -que resultaba vicioso-, no influyó en el desencadenamiento del daño, determinan que habrá de soportar sus consecuencias. Pues porque todo vicio entraña riesgo y derivan de ello las consecuencias de la objetivación del factor de atribución de responsabilidad y la inversión de la carga probatoria. (arts 901, 906 y 1113 segundo párrafo, segunda parte del C. Civil, vigente al momento del hecho). En cuanto al riesgo del desarrollo, invocado en subsidio como defensa por la demandada, entiendo que no estamos frente a un supuesto que permita alegar tal extremo. Se entiende por riesgo de desarrollo al que deriva del defecto de un producto que al tiempo de su introducción era considerado inocuo, a la luz de los conocimientos técnicos y científicos existentes a ese momento, resultando su peligrosidad indetectable, pero cuya nocividad es puesta de manifiesto por comprobaciones posteriores. Dicho de otro modo: ¿son riesgos de desarrollo los causados por un defecto de un producto que no era reconocible a la luz del estado de los conocimientos científicos y técnicos existentes en el momento de la comercialización del producto de que se trate?. (Pizarro, Ramón Daniel, Responsabilidad Civil por Riesgo Creado y de Empresa. Contractual y extracontractual. Parte Especial. Tomo II, La Ley, pág. 391y ss.). Graciela Messina de Estrella Gutiérrez expresa que pueden describirse como los daños que no pudieron ser previstos por el responsable al tiempo en que la cosa riesgosa o viciosa fue puesta en circulación o la actividad ejercida, porque los conocimientos técnicos del momento impedían advertir su peligrosidad. Agrega que el tema adquiere relevancia en la responsabilidad por productos elaborados y en relación puntual a los farmacéuticos y medicinales: en muchos casos muestran su efectiva nocividad varios años después de su fabricación y puesta en el mercado. (Riesgo de la empresa. Responsabilidad civil del empresario, Lexis Nexis, pág. 113) Más allá de si los riesgos de desarrollo pueden ser considerados como una eximente de responsabilidad, entiendo que en el caso no se encuentra configurado el supuesto de hecho que permita invocarlo. En ese sentido, queda claro que la demandada no ha acreditado que el estado del conocimiento científico a la fecha de efectuar los análisis previos al lanzamiento del bloqueador solar al mercado hiciera imposible detectar sus efectos nocivos, atento al escaso tiempo transcurrido entre su salida al mercado y los análisis que finalmente dieron cuenta del vicio del producto. Como expresé, en el caso estamos en presencia de un elemento defectuoso, sea que la falla se haya producido en el diseño de la fórmula o en su proceso de fabricación, lo cierto es que en ambos casos, no se ha probado la imposibilidad de conocimiento de su nocividad, la que fue demostrada meses después por la ANMAT. Por ello, sostengo que esta defensa tampoco habrá de prosperar. Antes del cierre, preciso que respecto de la niña C. V. (v. copia del cert. de nacimiento de fs.46), no existe ninguna evidencia en el proceso acerca de que haya observado similar padecimiento al de sus hermanas (arg. art. 375 del C. Procesal) En virtud de lo hasta aquí expuesto, propongo al acuerdo, que se mantenga en esta parte la sentencia en crisis; con el preciso alcance que se desprende de las consideraciones fácticas y jurídicas precedentemente relacionadas y en concreta referencia a las niñas M. P. y S. V.. (arts 901, 906 y 1113 segundo párrafo, segunda parte del C. Civil, vigente al momento del hecho, 375, 384, 421, 474 del C. Procesal). 5.-LA INDEMNIZACIÓN.- Los accionantes reclamaron la suma de \$ 160.000 (v. fs. 33/35 vta.). Ahora bien, a la luz de la confusión que generó la no discriminación rubral y la divergencia entre el monto expresado en el sumario y el asentado en la demanda, el magistrado anterior resolvió a fs. 368, aclarar dicha circunstancia, con fuente en las facultades emergentes del artículo 34 inciso segundo del C. Procesal; actuando de conformidad la parte actora a fs. 369 y vta. Más allá de este déficit y del vinculado con la omisión de argumentar el pedido de este nocimiento (v. presentación inaugural) la sentencia lo admite, no sin antes rechazar la condena por incapacidad. Esta última decisión no viene cuestionada. Sí se objeta la procedencia del daño moral por parte de la demandada y su cuantificación por la citada en garantía (v. fs. 405/407 y fs. 408/412 vta.). El fundamento del primer sentenciante lo encuentra en las dolencias sufridas por las menores como consecuencia de la alergia despertada con la utilización del producto, el hecho de que se encontraran fuera del país vacacionando y las particulares circunstancias que rodearon al grupo familiar. Dijo la suma de \$ 150.000. Aplicó el artículo 1741 del C. Civil y Comercial. En cuanto a la explicación de la repercusión del evento de autos en las niñas, como lo anticipo, se desprende del contenido de los capítulos ¿hechos? y ¿responsabilidad? de fs. 33 vta. y 34 y vta (en cuanto a este último, el primero de dos expuestos en la demanda). Se revela que las niñas estaban en el sur del país, cruzaron hacia Chile, donde ya manifestaron sus primeros síntomas, regresaron a San Martín de los Andes, allí recibieron la primera atención y luego regresaron a la ciudad de Mercedes donde fueron atendidas por el Dr. Bassotti. Tal, es el escenario fáctico. No hay evaluación psicológica de las niñas. La citada en garantía considera que la indemnización resulta improcedente, desmedida y no acorde con las circunstancias del caso produciendo un enriquecimiento incausado. Aunque al finalizar su alocución afirma que es desajustado el monto condenado. Introduce, sin ejercer

petición alguna, la idea de que los padres se presentaron por derecho propio. La demandada comienza su queja cuestionando la cuantificación que se decide y luego solicita que se desestime el rubro. Cuadra remarcar que atento al contrato de consumo que la actora celebrara al adquirir el bloqueador solar, el artículo 1078 del C. Civil no resulta de aplicación, pues esta prevista para supuestos de responsabilidad extracontractual. En materia de responsabilidad contractual, de acuerdo con el art. 522 del Código Civil, el juez está facultado para condenar al responsable a la reparación del agravio moral, de conformidad con la índole del hecho generador de la responsabilidad y las circunstancias del caso. En el ámbito contractual, no cualquier daño moral origina la responsabilidad del autor del hecho, sino un verdadero agravio. Por ello, siendo excepcional, corresponde al actor la prueba de que verdaderamente hubo daño moral (cfr. Borda, Guillermo, ¿La Reforma del Código Civil-Responsabilidad Contractual?, en E.D. 29-763); en otras palabras, es necesaria la acreditación de la existencia de una lesión a los sentimientos, afecciones o de la tranquilidad anímica, que no puede confundirse con las inquietudes propias y corrientes del mundo de los pleitos y de los negocios (cfr. Huberman, Carlos, ¿El daño moral en la responsabilidad contractual?, en L.L.149-522). No obstante el criterio restrictivo en materia de reparación del daño moral en la órbita de la responsabilidad contractual, si un producto nocivo le causó daños a una menor, es indudable que ello provocó una lesión en los sentimientos de las reclamantes, más allá de su corta edad y de que no alcances quizás a registrar recuerdos mortificantes. El art. 522 del Cód. Civil deja librado a criterio del juez en caso de incumplimiento contractual, la posibilidad de condenar a la reparación del agravio moral, según la índole del hecho generador y las circunstancias del caso. Es cierto -y de allí el carácter restrictivo de su aplicación- que esa facultad no puede ser ejercida en forma caprichosa o arbitraria, sino que debe otorgarse la reparación, cuando por el incumplimiento contractual aparece configurada una lesión de cierta importancia a los sentimientos de la víctima, o cuando es violado alguno de los derechos que protegen como bien jurídico a los atributos de la personalidad del hombre como tal, o cuando hay una lesión cierta a un interés no patrimonial reconocido a la víctima por el ordenamiento jurídico. En la especie, no es dudoso concluir que el hecho de que el producto se encontrara viciado, y que de dicho vicio se derivara una patología que se prolongó durante varios días, produjo un detrimento espiritual evidente, no sólo derivado de los propios sufrimientos físicos, lo cual afirmo con contundencia por haberlos padecido; sino también por la frustración de sus vacaciones, causalmente vinculada. Recuerdo que las máximas de experiencia también llamadas en el derecho anglosajón estándares de actuación son juicios hipotéticos de contenido general independientes del caso concreto a decidir en el proceso, y que han sido adquiridos mediante la verificación (empírica) de su reiteración en el tiempo aunque son autónomos de los casos singulares de cuya observación se infieren. Vienen a ser un juicio lógico obtenido del examen de casos semejantes, y que tienen el valor de juicios, reglas o normas de comportamiento que tienen un valor complementario pudiendo ser utilizadas por el Juez. Obviamente no son verdades urbi et orbi aplicables al caso concreto, pero sí tienen el valor de ser un criterio de interpretación que con carácter auxiliar pueden ayudar al Juez en la toma de su decisión teniendo el valor de corroborar la decisión adoptada por el Juez en el caso concreto. Integran el marco valorativo que delinea la sana crítica. (arg. art. 384 del C. Procesal). Para estimar pecuniariamente la reparación del daño moral falta toda unidad de medida, pues los bienes espirituales no son mensurables en dinero. Sin embargo, al reconocerse una indemnización por este concepto, no se pone un precio al dolor o a los sentimientos, sino que se trata de suministrar una compensación a quien ha sido injustamente herido en sus afecciones íntimas (cfr. Orgaz, Alfredo, ¿El daño resarcible?, pág. 187; Brebbia, Roberto, ¿El daño moral?, No 116; Mosset Iturraspe, Jorge, ¿Reparación del dolor: solución jurídica y de equidad?, en L.L.1978-D- 648). Por otra parte, su definición no se halla sujeta a parámetros objetivos, pues las aflicciones se producen en el ámbito espiritual de la víctima, por lo que su valoración debe efectuarse según la cautelosa discrecionalidad del juzgador ceñido a considerar la situación personal de aquella (arts. 163, inc. 5°, 165, 384 y concs., Cód. Procesal Civil y Comercial; arts. 1078 en función el 522 del Cód. Civil). Además, la indemnización por este concepto tiene carácter autónomo y no tiene por qué guardar proporción con los daños materiales (cfr. Sala G, 01/03/2000, Zalazar, Mario A. c. Transporte Metropolitanos General Roca S. A.). Está demostrado que las niñas M. P. y S. V. sufrieron una crisis alérgica durante casi 10 días, la que luego curó plenamente. De esa situación e salud causada por la aplicación el producto fabricado por la parte demandada se derivaron las atenciones médicas durante el periodo vacacional, la interrupción de éste, la atención médica en Mercedes. Más los tratamientos terapéuticos en pos de su sanación, aplicación e inyecciones (decadron), consumo de medicación antihistamínica; todo este contexto penoso, en el marco del marco de la persistencia de los síntomas graves, aflictivos y desconsoladores. Desde esta perspectiva, considero que debe otorgarse la partida para responder a este rubro en función del dolor y la angustia que el episodio provocó a S. y M. P. V., en la suma de \$ 30.000 para cada una de ellas. (art. 522 del C. Civil, 165 y 384 del C. Procesal).- Es decir que en esta parte se modifica la sentencia apelada y se reduce el monto condenado. 6.-Las costas de Alzada habiendo sido sustancialmente derrotadas las partes que impugnan, se aplican a la parte demandada y a la citada en garantía (art. 68 del C. Procesal). Converge con lo decidido, la estricta gratuidad en el trámite procesal que impone el artículo 53 de la L.D.C. En efecto, el tercer párrafo de dicha norma prevé: ¿Las actuaciones judiciales que se inicien de conformidad con la presente

ley en razón de un derecho o interés individual gozarán del beneficio de justicia gratuita?. 7.-Por lo expuesto, con las variantes de fundamentación dadas, propongo al modificar la sentencia y reducir el resarcimiento del daño moral respecto de M. P. y S. V., a la suma de \$ 30.000 para cada niña, confirmándola en todo lo que demás decide y es materia de agravios. (cfr. Ley de Defensa del Consumidor, 24.240, arts. 522 y 1113 del C. Civil). Por los fundamentos expuestos en los considerandos precedentes, a ésta primera cuestión VOTO PARCIALMENTE POR LA AFIRMATIVA.- A LA MISMA PRIMERA CUESTION: El Sr. Juez, Dr. Carlos Alberto Violini, aduciendo iguales razones, dio su voto PARCIALMENTE POR LA AFIRMATIVA.- A LA SEGUNDA CUESTION PLANTEADA, el Sr. Juez Dr. Luis María Nolfi dijo: En mérito al resultado de la votación que antecede, el pronunciamiento que corresponde dictar es: 1°) MODIFICAR la sentencia de fs. 377/385 y reducir el monto condenado por daño moral respecto de M. P. y S. V. a la suma de \$ 30.000 para cada una de ellas (Ley de Defensa del Consumidor, Nro. 24.240, arts. 522 y 1113 del C. Civil). 2°) CONFIRMARLA en todo lo demás que decide y es materia de apelación y agravios.- 3°) IMPONER las costas de alzada a la parte demandada y citada en garantía (art. 68 del CPCC). ASI LO VOTO.- A LA MISMA SEGUNDA CUESTION, el Sr. Juez Dr. Carlos Alberto Violini, aduciendo análogas razones dio su voto en igual sentido.- Con lo que se dio por terminado el acuerdo, dictándose la siguiente SENTENCIA Mercedes, 9 de octubre de 2018.- Y VISTOS: CONSIDERANDO Que el Acuerdo que precede y en virtud de las citas legales y jurisprudenciales y doctrinales, ha quedado establecido que la sentencia apelada es parcialmente justa y debe ser modificada.- POR ELLO y demás fundamentos consignados en el acuerdo que precede SE RESUELVE: 1°) 1°) MODIFICAR la sentencia de fs. 377/385 y reducir el monto condenado por daño moral respecto de M. P. y S. V. a la suma de \$ 30.000 para cada una de ellas . 2°) CONFIRMARLA en todo lo demás que decide y es materia de apelación y agravios.- 3°) IMPONER las costas de alzada a la parte demandada y citada en garantía. REGISTRESE. NOTIFIQUESE Y DEVUELVA.- 039348E