

DFA-0005-000417/2013 SEF-0005-000097/2013

**Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 2 Turno.**

T., P. y otros c/ C. & H. SACI - DAÑOS Y PERJUICIOS.

Ministro Redactor: Dr. John Pérez Brignani

Ministros Firmantes: Dr. Álvaro José França Nebot, Dr. Tabaré Sosa Aguirre, y Dr. John Pérez Brignani.

Montevideo, 5 de junio de 2013

**VISTOS**, para sentencia definitiva de segunda instancia los presentes autos caratulados: "T., P.; Y OTROS C/ C. & H. SACI; Y OTROS. DAÑOS Y PERJUICIOS." (IUE: 0002-022277/2011) venidos a conocimiento de esta Sede en virtud del recurso de apelación deducido contra la sentencia Nro. 81/2012 dictada por la Sra. Jueza Letrada de Primera Instancia en lo Civil de 15º Turno, Dra. Teresita Maccio Ambrosoni, y

**RESULTANDO:**

I) Que se da por reproducida la relación de hechos formulada por la a-quo por ajustarse a las resultancias del presente expediente.

II) Que por sentencia Nro. 81/2012 se ampara parcialmente la demanda condenándose a C. & H. Saci (en adelante, C&HS) a abonar a los actores \$ 78.082 por concepto de gastos varios, \$ 210.000 por concepto de daño extrapatrimonial padecido por el coactor A. N. T., \$80.000 por idéntico concepto a los coactores P. T. y A. N., y \$60.000 por el mismo ítem a la coactora L. N. T.. Con reajuste del decreto ley 14.500 desde la fecha del insuceso e interés legal desde la fecha de promoción de la demanda, calculados ambos hasta la fecha de su pago. Desestima la demanda en lo demás y en tanto se dirige contra R. R.. Todo sin especiales sanciones procesales en el grado.

III) Contra el mencionado fallo la codemandada C&HS interpone recurso de apelación expresando en lo sustancial:

a) que la recurrida no tuvo presente hechos de importancia y particular relevancia para resolver el caso, como fue la inexistencia de combustión del producto. Pericialmente, se demostró que los hechos no ocurrieron como lo relata la Sra. T. cuando dice que estando aplicándole loción pediculicida (producto para piojos denominado "Piojisar") a su hijo y verificándose un corte de luz ingresó al baño con una vela encendida y cuando intentó colocarla sobre el lavatorio la cabeza del menor prendió fuego. No existe así un defecto o ausencia de información con decisiva relevancia causal que amerite una condena.

Lo ocurrido sólo se explica porque el niño acercó su pelo a la vela y ello fue lo que causó el accidente,

b) que la impugnada ignora injustificadamente el informe pericial que probó con claridad la inexistencia de combustión así como la falsedad de la causalidad invocada por la actora respecto de los daños causados. Si bien el informe elaborado por la Q.F. P. S. no es más que un asesoramiento de parte, la hostigada omite relevar que el dictamen pericial se remite a él por entenderlo correcto,

c) que se efectúa una confusión entre responsabilidad objetiva y presunción de causalidad, realizándose además una errónea interpretación del art. 33 de la ley 17.250. Tales consideraciones hicieron que no se le exigiera a la actora prueba de la relación de causalidad y, lo que es peor, que se haya presumido la misma apartándose de la jurisprudencia y doctrina más recibida en el tema.

Cuando hay responsabilidad objetiva lo que se exige de probar es la culpa y no el nexo causal. La interrogante en el caso está dada por determinar si fue por falta de información que se causó el daño y la prueba de tal afirmación debe ser producida por la parte actora; ni ésta ni la sentencia dicen una sola palabra presumiendo por error la causalidad,

d) que la apelada no considera en forma específica la relación causal entre el deber de informar y el daño. En el caso, debió considerarse la causalidad adecuada ponderando el daño según lo razonable o probable que pudo ocurrir a partir del supuesto ilícito,

e) que la impugnada no aplica las máximas de la experiencia y el sentido común en lo que resultó probado en autos (arts. 140 y 141 CGP) existiendo claros indicios de culpa de la víctima (art. 1600 Código Civil). Lo más probable es que, atento a la larga cabellera del menor, el acercamiento de la vela a la misma fue la causa eficiente y adecuada del fuego, sin perjuicio que no se respetaron las instrucciones de uso del producto. Considera de relevancia lo declarado por la madre del menor cuando a fs. 790 expresa que no sabe lo que pasó, discurso inverosímil ya que anteriormente planteó la demanda,

f) que tampoco la apelada considera que la actora no respetó lo que indica el prospecto del “Piojisar” respecto a la forma de uso, existiendo en este aspecto verdadera culpa de la víctima. Se trata de un producto para aplicar al cuero cabelludo y, en el caso, éste no quedó en nada afectado según surge de la historia clínica (“el cuero cabelludo rasurado no evidenció quemaduras”) y el informe del médico del SEMM. Aplicado el producto como enseña el prospecto sobre el cuero cabelludo éste debió haber entrado en contacto con el fuego. La recurrente sostiene que fue aplicado sobre los hombros, el pabellón auricular, la nuca, las manos, o el dorso del cuerpo donde finalmente resultaron las quemaduras. Destaca que es la propia accionante quien en el numeral 36º de su demanda postula que la loción se aplicó sobre el cabello del hijo,

g) que no puede pretenderse que en un producto farmacéutico aparezca más información que la que obligatoriamente exige el MSP y menos se puede requerir que aparezca lo que el MSP (a iniciativa de la parte actora) dispone cronológicamente “después” del insuceso. La hostilizada no repara en que la fecha en que el MSP se pronuncia sobre el tema es posterior al evento, sus dichos o exigencias no pueden obligar con efecto retroactivo. La actora indujo a error al presentar como hecho nuevo algo que no lo era. Es un absurdo sostener que normas de relaciones de consumo facultarían para modificar las exigencias reglamentarias del MSP. El fabricante debe respetar las normas vigentes y el consumidor no puede, interpretando normas de consumo, inventar exigencias que la propia autoridad pública no exige. El derecho del consumo no puede tomarse como un “comodín” para corregir el derecho vigente que se entienda erróneo o incompleto en materia de etiquetado de medicamentos pues eso llevaría a la inseguridad jurídica y al caos. Se transgrede un principio elemental que establece que con normas generales no se puede dejar sin efecto lo que se establece imperativamente en normas particulares. La norma particular deroga a la norma general. No se ha transgredido el deber de informar,

h) que considera agravante que se haya estimado como hecho nuevo posterior a lo que quedó probado lo generado por la parte actora después de iniciado el proceso. En realidad esa documentación no es hecho nuevo e indujo a error a la Sede ya que si bien por resolución del MSP se ordena que en el etiquetado del “Piojisar” se estipule que el mismo es inflamable, tal norma es de fecha posterior al hecho ventilado en la causa. Tampoco se repara en que esa resolución ministerial fue tomada a iniciativa de la coactora P. T. a través de una petición. No se trata de un hecho nuevo de los regulados por el art. 121 CGP pues éstos para ser tales deben ser imprevisibles y no causados por la parte interesada. Además, se trata de prueba pre constituida a

iniciativa de parte (el presente proceso ya existía cuando se formuló la petición administrativa), fuera del ámbito judicial y sin posibilidad de contralor de su parte,

i) que al momento de evaluar los daños se pasó de la discrecionalidad a la arbitrariedad actuándose sin el fundamento jurisprudencial o documental necesario, especialmente en los daños morales, sin perjuicio de existir claros errores de cálculo. En efecto, entiende que se consignaron gastos inexistentes que fueron asumidos por la "a quo" como reales. Si bien coincide que en algunos casos y para ciertos rubros puede ser admisible una estimación atento a la dificultad que a veces presenta aportar prueba documental, en materia de gastos por honorarios profesionales tal criterio no puede admitirse sin más ya que deben facturarse y tributarse en consecuencia) y pretender cobrar por una erogación no demostrada es un proceder ilícito que no puede ampararse. En total, entre honorarios profesionales y otros gastos no documentados, los que aparecen sin respaldo suman \$47.910. No es procedente condena por baño y dormitorio avaluada en \$10.000; en el peor de los casos hubo hollín que limpiar en el baño, pero no se prendió fuego la casa. Tampoco procede abonar daños a la hermana de A. como ser colegio, club, y "otros", que no se sabe qué son, ni pagar almuerzos y cenas por \$8.000. Se inventa una seña de un supuesto cumpleaños de la cual no existe comprobante. No corresponden gastos a la hermana del accidentado por \$4.000, ni consultas particulares no se sabe a quién porque no se dice por la friolera de \$49.300. Todos estos sub rubros y montos recurridos debieron ser objeto de prueba documental ya que no presentan dificultades para obtener su comprobante; asimismo, los que se presentan son por cifras muchísimo menores y algunos con fechas anteriores al evento.

Considera que el justiprecio de los daños morales es excesivo y carente de fundamento en el precedente judicial. Analizando el daño moral del menor A. estima que no puede superar los U\$S 6.000 según casos análogos que cita. Respecto a la cifra a favor de la hermana y los padres tampoco hay referencias a precedentes jurisprudenciales. Los montos fijados se compadecen más bien con el fallecimiento de un hermano, citando jurisprudencia en respaldo de su postura,

j) que no corresponde imponer como ámbito de aplicación el decreto ley 14.500. A su juicio, la actualización monetaria opera desde la demanda y no desde el hecho ilícito. La estimación a la fecha de la sentencia constituye un mecanismo de ajuste de las obligaciones puesto que tiene en cuenta la desvalorización monetaria ocurrida hasta el momento en que se efectuó la determinación,

k) que debió tenerse presente el art. 1346 del Código Civil e impedirse la resarcibilidad de daños imprevisibles. La sentencia no se pronuncia sobre el tópico. De acuerdo con el art. 34 de la ley 17.250 la responsabilidad del proveedor se rige de conformidad con

el régimen dispuesto en el Código Civil. A contrario de lo dicho en la demanda, la norma de consumo no deroga a la del Código Civil sino que aquélla se remite a ésta. Entonces, el deudor no responde de los daños que se han previsto o podido prever al tiempo del contrato cuando no haya provenido de dolo suyo la falta de cumplimiento de la obligación. No existiendo dolo sólo se puede pretender la reparación de los daños que sean previsibles y consecuencia directa de un incumplimiento.

IV) Por auto Nro. 3255/2012 se confirió traslado del recurso de apelación deducido.

V) A fs. 849/859 evacuó el traslado conferido la parte actora abogando por la confirmatoria.

VI) Por auto Nro. 3713/2012 se concedió el recurso de apelación deducido.

VII) Que recibidos los autos en la Sala se dispuso pasaran los autos a estudio sucesivo de los diferentes Ministros.

VIII) Realizado el estudio y acuerdo correspondiente se decidió dictar decisión anticipada en virtud de darse en la especie los supuestos del art. 200 CGP designándose Ministro redactor al Dr. John Pérez Brignani.

#### **CONSIDERANDO:**

I) Que el Tribunal con el voto unánime de sus miembros naturales habrá de confirmar parcialmente la sentencia objeto de impugnación , salvo en cuanto al montos establecidos por daño emergente y daño moral establecido para la menor L. N. T., por carecer los restantes agravios de recibo

II) En tal sentido cabe resaltar en primer termino que conforme a lo claramente preceptuado por la ley 17250, normativa aplicable en el caso , la demandada tenia la obligación de informar sobre las características del producto y en especial la peligrosidad que el mismo aparejaba

Como afirma el Dr. Ordoqui en su tratado de derechos de daños:"En el ámbito de las relaciones de consumo y de los posibles daños resarcibles, el deber de informar, asume un protagonismo muy peculiar que es necesario ponderar adecuadamente, pues

una omisión o error en la información puede llevar a una apreciación equívoca de la oferta y ser la causa de daños al consumidor con relevancia resarcitoria, ... El deber de la información de la ley 17250 no aparece como algo dependiente de un contrato sino como un deber autónomo principal y general que abarca a todas las relaciones de consumo , cualquiera sea su naturaleza.. y en la función de productos defectuosos o peligrosos al tenor de lo dispuesto por los art 7,8 o 10 de la ley 17250 no se trata solo de informar para poner en conocimiento del consumidor datos sobre el producto , sino que la norma exige advertir ante riesgos o peligros posibles ... Y como afirma mas adelante el citado doctrino "la información debe ser :a) cierta o sea ajustada a la realidad y por tanto veraz . A ello aluden los arts 6 literal C, 20 y 24 , b) debe ser suficiente o completa , lo que implica que el consumidor debe contar con todos los elementos que puedan ser determinantes .....J) Brindar la información adecuada implica no solo hacer referencias a las cualidades o calidades del producto o servicio sino también se debe aludir a la eficacia y seguridad y a las garantías del mismo " ( Cfm Ordoqui Castilla , Gustavo . Derecho de Daños volumen I Edit la Ley Uruguay , 2012 Págs. %0 a 63).

Por consiguiente la información omisa incorrecta o falaz en cualquiera de sus aspectos no solo constituye un obstáculo para ejercer el libre derecho de elección , sino que le impide que conozca y dimensione adecuadamente los riesgos que su utilización puede traer aparejada.

El vendedor está obligado a advertir al comprador de los riesgos de uso del producto que se vende cuando es peligroso, máxime como en la especie que se trata de un producto farmacéutico que compromete la salud y seguridad de los consumidores.

En ese orden como afirma el Dr. Ordoqui en su libro Derecho del consumo :. Desde un punto de vista objetivo , el producto en si es peligros cuando tiene la potencialidad de causar daños . El criterio rector en el tema pasa por considerar que , según el "Riesgo creado con la comercialización de tal o cual producto, será la exigencia de prevención que se requiera para evitar accidentes de el consumo . ... Adviértase que en el caso del art 7 lo único exigible es la información sobre el riesgo o peligro. En consecuencia , en aplicación de esta norma solo podrá responsabilizarse al proveedor por falta de información adecuada ....Si el producto tiene riesgos no previsibles o que no puedan ser conocidos por el consumidor existe el deber de informar " (Cfm Ordoqui Castilla Gustavo Derecho de consumo ley 17250. Ediciones del Foro 2000 pag 63,64 ).

Y como afirma el Dr. Andres Mariño "En el Derecho del Consumo, el paradigma de la precaución incide con particular fuerza. No sólo en la específica inhibición de conductas potencialmente dañosas (tutela inhibitoria) y en la imputación causal sin certeza científica absoluta (causalidad verosímil), sino también, en la obligación de

informar al consumidor. Se amplia el elenco de sujetos que están obligados a informar, así como el de los individuos que deben ser informados. Se modifica su contenido: la información debe comprender los daños plausibles o potenciales para una parte significativa de la comunidad científica. Y en concordancia con esta línea tuitiva, se exige que se informe el riesgo específico y las acciones a seguir una vez acaecido el daño para minimizar sus efectos." ( Cfm Mariño López, Andrés. La transformación de la obligación de informar al consumidor. Incidencia del paradigma de la precaución en el derecho del consumo LJU ).

En suma : Existe la obligación del prevenir el daño y en consonancia se debe informar sobre los posibles riesgos para la salud y seguridad que implica la utilización del producto que ofrece a la venta.

Se tiene por parte tanto del productor , como del vendedor del producto la obligación de advertir de los peligros del bien vendido y las precauciones que deben adoptarse para su uso o manipulación.

III) Ahora bien en la especie, al momento de acontecer el evento dañoso que da lugar al presente accionamiento, el recurrente no proporcionaba a los consumidores, una información detallada de los posibles riesgos que implicaba la manipulación del producto en virtud de tratarse de un producto inflamable. En efecto dicha información es proporcionada al consumidor, luego de acontecido el accidente y sin que se hubieren producido modificaciones en la composición del producto que motivaran la advertencia, con motivo de una evaluación, del producto, efectuada por el MSP ante la denuncia de los hechos que motivan la presente causa como surge de la contestación del oficio librado al MSP que obra agregado de fs 604 a 778.

En este orden y con relación a los agravios introducidos respecto de la admisibilidad de la prueba referida caber señalar que la hoy recurrente no se opuso en la etapa procesal oportuna respecto de su agregación.( fs 602) sino posteriormente ( fs 783). Por consiguiente mal puede agravarse respecto de una prueba que el mismo admitió. Asimismo cabe señalar que la misma encuadra dentro de las hipótesis del Art. 121 del CGP .

IV) De lo expresado en el considerando que antecede podemos concluir que el hoy recurrente introdujo en el mercado un producto inflamable sin advertir los posibles riesgos que tal extremo conllevaba.

Dicha deficiencia de información fue la que determinó en definitiva que se produjera la combustión que motiva las presentes actuaciones.

Adviértase que si los reclamantes tuvieran conocimiento de tal extremo el accidente no se habría producido porque a lo sumo, un defecto de manipulación de la vela, en el caso que hubiere existido, podría ocasionar alguna pequeña quemadura por la caída de cera y nada más.

Ello por cuanto según se desprende de la información que proporciona actualmente el producto no es necesario la colocación de una fuente de calor en forma indirecta ya que una chispa puede producir la combustión.

En tal sentido cabe señalar que no puede exigirse a la actora -como postula el recurrente- un pormenorizado relato de la manipulación de la vela puesto que se trata de acciones banales frente a las cuales corrientemente no se pone atención; seguramente lo que se recuerda y lo exigible de la relación de hechos es el hecho del lavado y la necesidad de iluminarse con la vela, nada más.

No debemos perder de vista que el tema central y clave que dio origen al incendio del cabello del menor que es que no proporciono la información en forma como legalmente correspondía acerca del carácter inflamable del producto.

V) En cuanto a la inexistencia de relación de causalidad cabe recordar que como enseña Gamarra: "...la relación de Causalidad es un puente entre el evento dañoso y su autor, este ligamen tiene la particularidad de que el primero es efecto o consecuencia del hecho del segundo, y éste es causa de aquél.

Ahora bien, para que pueda hablarse de causa, la misma ha de estar ligada al efecto por una relación de necesidad, o sea, que debe determinar el efecto ..." (Jorge Gamarra, Tratado de Derecho Civil Uruguayo, t. 19, pág. 310).

Y en la especie es claro, a juicio del Tribunal, que el comportamiento del reclamante fue el que ocasionó claramente el perjuicio ya que de haber tenido conocimiento de lo inflamable del producto no se habría producido el evento dañoso en virtud del cual se acciona.

Ello por cuanto esa omisión voluntaria de informar adecuadamente la característica de inflamable del producto constituye una condición apta o adecuada para que el accidente se produzca.

No debemos perder de vista que las pruebas deben ser interpretadas conforme a las reglas de la sana crítica que no son otras que "las reglas del correcto entendimiento humano; contingentes y variables con relación a la experiencia del tiempo y del lugar; pero estables y permanentes en cuanto a los principios lógicos en que debe apoyarse la sentencia"(Cfm COUTURE, Eduardo (1979): Estudios de Derecho Procesal Civil (Buenos Aires, Ediciones Depalma) t. II: 478pp Pág. 195 ). Por consiguiente mal puede argüirse que de haber tenido un conocimiento de lo inflamable del producto, no

hubiere tomado las precauciones adecuadas ya que no es lógico siquiera pensar que va a exponer a su hijo y al resto de la familia a un accidente como el que aconteció.

VI) En cuanto a los agravios introducidos respecto a que la actora habría utilizado en forma inadecuada el producto cabe señalar que a juicio del Tribunal no existe prueba acabada de tal extremo. Asimismo no puede extraerse como pretende el recurrente de las quemaduras la conclusión referida, por cuanto influyeron en la producción de las mismas diversos factores, largo del cabello de la víctima, intensidad del fuego, etc. y no existen elementos probatorios que determinen en que medida influyeron los mismos. No emerge a juicio de la Sala de una valoración, conforme a las reglas de la sana crítica, de las pruebas producidas la existencia de un hecho de la víctima que determinara aun en forma parcial la producción del evento dañoso en virtud del cual se acciona.

VII) En cuanto a los agravios introducidos respecto a la cifra objeto de condena por concepto de daño emergente cabe señalar que los mismos son de total recibo por lo que se irá a su acogimiento. En efecto asiste razón al recurrente que la a-quo omitió descontar, algunas de las consultas reclamadas y que existen gastos que no se acreditaron debidamente ni guardan relación directa con las lesiones sufridas. Por consiguiente teniendo en cuenta las probanzas agregadas y los gastos que razonablemente guardan relación con los padecimientos sufridos se habrá de fijar la suma a indemnizar por tal concepto en \$ 54532.

VIII) Respecto a los agravios deducidos por el monto del daño moral fijado con relación a los padres y al menor el Tribunal entiende que los mismos carecen de asidero ya que las sumas fijadas por la a-quo se ajustan a las circunstancias del caso y los padecimientos efectivamente sufridos.

Asiste razón al recurrente en cambio respecto de la indemnización, por concepto de daño moral establecida respecto de L. N. T.. En efecto el Tribunal entiende que la suma establecida es claramente excesiva, atento a la naturaleza del vínculo, y la edad de la reclamante al momento de producirse los hechos por lo que habrá de fijar la suma objeto de condena en \$ 40000.

IX) En cuanto a los agravios introducidos respecto al carácter de imprevisibles de los daños objeto de condena cabe señalar que los mismos carecen del menor asidero por lo que corresponde su rechazo. En efecto no puede considerarse imprevisible la ocurrencia del evento dañoso, cuando la actora no tenía conocimiento de la

inflamabilidad del producto como consecuencia de la falta de información proporcionada por la demandada al respecto. Asimismo los daños objeto de condena guardan estrecha relación con el mismo lo que determina el rechazo anunciado. .

X) Con relación a la fecha de que debe considerarse a efectos de la actualización cabe señalar que los agravios carecen de recibo, por lo que se habrán de desestimar los mismos . En este orden cabe señalar que no emerge de la sentencia impugnada que los daños se hayan fijado a la fecha de la demanda ni de la sentencia como aduce. Por consiguiente habiéndose estimado los mismos a la fecha de la ocurrencia del hecho ilícito, según se desprende de los considerandos, es desde la mencionada fecha deberá efectuarse la actualización correspondiente.

XI) Que la conducta procesal de las partes no amerita sanción procesal especial en el grado.

En virtud de lo expuesto y de lo que disponen los arts 688 del CC, 139,140 y ss del CGP, la ley 17250 EL TRIBUNAL FALLA:

**Revócase parcialmente la sentencia objeto de impugnación en cuanto al monto fijadas por concepto de daño emergente y por concepto de daño moral fijado a favor de la menor L. N. T. y en su mérito fíjase el monto a indemnizar por concepto de daño emergente en \$ 54532 y la cifra a indemnizar por concepto de daño moral a L. N. T. en \$ 40000.**

**Confírmase la sentencia en los restantes puntos sin especial condenación en el grado.**

**Fíjase los honorarios fictos a los efectos fiscales en 3 BPC para cada parte.**

DR. TABARE SOSA AGUIRRE  
MINISTRO

DR. JOHN PEREZ BRIGNANI  
MINISTRO

DR. ALVARO JOSÉ FRANÇA NEBOT  
MINISTRO

Esc. Rodolfo Benzano  
Secretario Letrado