



TRABAJO FINAL DE GRADO

Carrera: Abogacía

“EL STATUS JURÍDICO DEL RIESGO POR DESARROLLO”

Reparación de daños vs. Irresponsabilidad

Octubre de 2016

Franco Borello

A mis padres, sin ellos no sería posible

A Marisol, por su estoico tesón

“Las verdades teóricas no sólo son discutibles, sino que todo su sentido y fuerza están en ser discutidas; nacen de la discusión, viven en tanto se discuten y están hechas exclusivamente para la discusión...”.

José Ortega y Gasset

CONTENIDO

RESUMEN.....	4
ABSTRACT.....	5
INTRODUCCIÓN	6
CAPÍTULO I - CONTORNOS CONCEPTUALES.....	9
1. NOCIÓN	10
2. REQUISITOS.....	14
2.1. ¿CUÁNDO UN PRODUCTO ES DEFECTUOSO?	16
2.1.1. LA NOCIÓN DE PRODUCTO.....	16
2.1.2. PRODUCTOS DEFECTUOSOS	16
2.1.3. CLASES DE DEFECTOS	17
2.2. <i>EL ESTADO DE LOS CONOCIMIENTOS CIENTÍFICOS Y TÉCNICOS.</i>	19
2.2.1. CIENCIA Y TECNOLOGÍA.....	19
2.2.2. TECNOLOGÍA Y TÉCNICA.....	21
2.3. <i>ESTADO DE CONOCIMIENTOS CIENTÍFICOS Y TÉCNICOS. EL CRITERIO DE LA INCOGNOSCIBILIDAD DEL DEFECTO.</i>	22
2.4. <i>CONCEPCIONES SOBRE LA ACTIVIDAD CIENTÍFICA.</i>	24
2.5. <i>LÍMITE ESPACIAL: EL CRITERIO DE LA ACCESIBILIDAD.</i>	25
2.6. <i>LÍMITE TEMPORAL DEL ESTADO DEL CONOCIMIENTO.</i>	27
2.7. <i>EL MÁS RECIENTE ESTADO DE CONOCIMIENTOS CIENTÍFICOS.</i>	29
2.8. <i>CAMBIOS POSTERIORES A LA PUESTA EN CIRCULACIÓN DEL PRODUCTO. DEBERES DE OBSERVACIÓN Y SEGUIMIENTO</i>	31
2.9. <i>LA PREVISIBLE EVOLUCIÓN DE LOS CONOCIMIENTOS CIENTÍFICOS Y LOS RIESGOS DE DESARROLLO</i>	31
3. DIFERENCIA CON EL CASO FORTUITO O FUERZA MAYOR.....	32
4. EL ÁMBITO DE LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA	33
CAPÍTULO II - ANTECEDENTES	36
1. DOCTRINA Y LEGISLACIÓN NACIONALES	37

1.1.	<i>ENCUENTROS, JORNADAS Y CONGRESOS</i>	37
1.1.1.	LAS VIII JORNADAS NACIONALES DE DERECHO CIVIL (LA PLATA, 1981).	37
1.1.2.	LAS IV JORNADAS RIOPLATENSES DE DERECHO (PUNTA DEL ESTE, 1986).	38
1.1.3.	LAS I JORNADAS SOBRE RESPONSABILIDAD POR PRODUCTOS FARMACÉUTICOS Y MEDICINALES (MORÓN, 1987).....	38
1.1.4.	JORNADAS MARPLATENSES DE RESPONSABILIDAD CIVIL Y SEGUROS (MAR DEL PLATA, 1989).	39
1.1.5.	I JORNADAS INTERNACIONALES DE ESTUDIANTES DE DERECHO (CÓRDOBA, 1992).....	40
1.1.6.	PRIMERAS JORNADAS DE DERECHO CIVIL DE MORÓN (1994).	40
1.1.7.	SÉPTIMAS JORNADAS RIOPLATENSES DE DERECHO (PUNTA DEL ESTE, 1994).	40
1.1.8.	JORNADAS NACIONALES DE DERECHO PRIVADO (CORRIENTES, 1994)	41
1.1.9.	II CONGRESO ARGENTINO DE DERECHO DEL CONSUMIDOR Y I ENCUENTRO NACIONAL DE DEFENSA DEL CONSUMIDOR Y USUARIO (ROSARIO, 1994).	42
1.2.	<i>LEGISLACIÓN NACIONAL</i>	42
1.2.1.	EL ARTÍCULO 40 DE LA LEY 24.240.....	43
1.2.2.	DECRETO REGLAMENTARIO N° 1798/94.....	44
1.2.3.	LEY NACIONAL DE MEDICAMENTOS, N° 16.463	46
2.	<i>DERECHO COMPARADO</i>	48
2.1.	<i>UNIÓN EUROPEA – LA DIRECTIVA 85/374 DE LA CEE</i>	48
2.2.	<i>ALEMANIA</i>	51
2.3.	<i>ITALIA, LUXEMBURGO Y FINLANDIA</i>	52
2.4.	<i>FRANCIA</i>	53
2.5.	<i>ESPAÑA</i>	54
2.6.	<i>ESTADOS UNIDOS</i>	55
2.7.	<i>BRASIL</i>	56
 CAPÍTULO III - POSTURAS ANTAGÓNICAS		59
1.	<i>LOS RIESGOS DE DESARROLLO COMO EXCEPCIÓN A LA RESPONSABILIDAD</i>	59
1.1.	<i>EL RIESGO DE DESARROLLO Y EL CONTRATO DE SEGURO</i>	60
1.2.	<i>INNOVACIÓN TECNOLÓGICA Y SEGURIDAD EN LOS PRODUCTOS</i>	63
1.3.	<i>LA RESPONSABILIDAD SIN ATENUANTES NO FOMENTA MAYOR SEGURIDAD</i>	64
1.4.	<i>EL CRITERIO DEL RIESGO-UTILIDAD</i>	66
1.5.	<i>EL CRITERIO DE LA EXPECTATIVAS DEL CONSUMIDOR</i>	66
2.	<i>EL RECHAZO A LA EXCEPCIÓN</i>	67
2.1	<i>EL RIESGO DE DESARROLLO Y EL CONTRATO DE SEGURO</i>	68
2.2	<i>LA OBLIGACIÓN DE SEGURIDAD</i>	68

2.3	<i>LA VÍCTIMA COMO EPICENTRO DEL SISTEMA DE DAÑOS</i>	70
2.4	<i>OTRAS RAZONES</i>	71
CAPÍTULO IV - ¿HAY VIDA FUERA DEL DERECHO DE DAÑOS?		73
1.	EL DERECHO DE DAÑOS COMO UN DERECHO POCO PLÁSTICO	73
1.1.	<i>LAS CAUSAS DE LA FALTA DE PLASTICIDAD</i>	73
1.2.	<i>LA SALIDA: EL PLURIFUNCIONALISMO</i>	75
1.3.	<i>EL DERECHO DE DAÑOS COMO MOSAICO</i>	76
2.	POSIBLES IDEAS REGULATORIAS DEL PROBLEMA DE LOS RIESGOS DEL DESARROLLO	77
2.1.	<i>LA REGULACIÓN DE LOS RIESGOS EN EL ÁMBITO DEL DERECHO DEL CONSUMIDOR</i>	77
2.2.	<i>MEDIO AMBIENTE Y CONSUMO</i>	78
2.2.1.	<i>LA DIRECTIVA DEL CONSUMO SUSTENTABLE</i>	79
2.2.2.	<i>PUNTOS EN COMÚN ENTRE EL DERECHO DEL CONSUMIDOR Y EL DERECHO AMBIENTAL</i> ..	79
2.2.3.	<i>DIFERENTES HERRAMIENTAS TÉCNICAS EMPLEADAS POR AMBAS REGULACIONES</i>	81
3.	LOS RIESGOS DEL DESARROLLO DESDE EL DERECHO AMBIENTAL: ¿ES POSIBLE APLICAR EL PRINCIPIO DE PRECAUCIÓN?	82
3.1.	<i>NOCIÓN DEL PRINCIPIO DE PRECAUCIÓN</i>	83
3.2.	<i>LA DIFERENCIA PREVENCIÓN - PRECAUCIÓN</i>	85
3.3.	<i>LA ESTRATEGIA DE INTEGRACIÓN/COORDINACIÓN</i>	86
3.4.	<i>LA NATURALEZA HÍBRIDA DE LOS RIESGOS DEL DESARROLLO COMO ESTRATEGIA</i>	86
3.5.	<i>LA ESTRATEGIA DE CONSIDERAR LOS RIESGOS DEL DESARROLLO COMO UN PROBLEMA POLÍTICO</i> ...	87
3.6.	<i>LA ESTRATEGIA PREVISIONAL</i>	88
CAPÍTULO V - JURISPRUDENCIA		89
EPÍLOGO		95
BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA		98
1.	DOCTRINA	98
2.	JURISPRUDENCIA	104

RESUMEN

La posibilidad de ser víctima de daños ocasionados por productos y servicios defectuosos que al momento de salir al mercado parecían inofensivos y cuya dañina potencialidad fue descubierta con posterioridad por el avance de la ciencia y la técnica, es una realidad innegable en la sociedad actual. El presente trabajo está dedicado a exponer qué es el llamado riesgo de desarrollo y a determinar a qué cuadro de categorías jurídicas pertenecen, esto es, si estamos en presencia de una causa eximente de responsabilidad civil o, si, por el contrario, se trata de una de las tantas manifestaciones del factor objetivo de atribución riesgo creado.

ABSTRACT

The possibility of being a victim of damage caused by defective products and services that, when leaving the market, seemed harmless and whose harmful potentiality was discovered after the advance of science and technology, is an undeniable reality in today's society. This paper is dedicated to expose what is the so called development risk and determine which legal categories belong, that is, if we are in the presence of the so-called 'state of the art defense' or, on the contrary, it is one of the many manifestations of the objective factor of attribution 'created risk'.

INTRODUCCIÓN

Es posible que, ante el desarrollo de la ciencia y la técnica, estemos expuestos a sufrir daños. Ahora bien, ¿cómo deberían concebirse, desde un punto de vista jurídico, estos riesgos? El llamado “riesgo por o de desarrollo”, hace referencia a los daños provocados principalmente –aunque no exclusivamente– por productos o servicios que, al momento de su introducción al mercado o puesta en circulación, eran inofensivos según el estado de la ciencia y la técnica pero que luego y por obra del desarrollo técnico y científico se manifiestan como nocivos o dañinos para las personas o los bienes (Tallone F. C., 2006).

Una vez que admitimos que es posible la generación de este tipo de daños, resta determinar cuál es el estatus jurídico que debemos adscribirle. De ahí que, tanto en nuestro país como en el extranjero, la discusión académica respecto de esta figura finca en determinar si estamos frente a un supuesto de exoneración de responsabilidad que permite al agente que causa un daño en las condiciones mencionadas salir indemne ante cualquier reclamación en su contra; o si, por el contrario, nos enfrentamos a una forma específica del factor objetivo de responsabilidad civil riesgo creado, que ensancha el horizonte frente al cual debe responder quien ocasiona un daño. Como puede comprobarse a simple vista, las consecuencias de una u otra calificación jurídica son diametralmente opuestas.

En nuestro ordenamiento, al igual que en la mayoría de las legislaciones latinoamericanas, la cuestión se agudiza y oscurece dado que la normativa vigente no hace referencia expresa al riesgo por desarrollo. Es por ello que la presente investigación estará enderezada a determinar a qué categoría jurídica de nuestro ordenamiento pertenece la institución –si es que puede ubicarse en alguna de las existentes– y, en tal caso, si pertenece a una sola de ellas, o si –dependiendo del ámbito de responsabilidad en que nos encontremos– puede “mutar su esencia” y servir para un propósito opuesto.

Es partir de todo esto que, entonces, se pretenderá con esta investigación responder las siguientes preguntas: ¿Cuál es el status jurídico del riesgo por desarrollo en el ordenamiento jurídico argentino? ¿Es un eximente de responsabilidad civil o representa una variante del factor de atribución objetivo riesgo creado?

Para su respuesta, los objetivos trazados por esta investigación son generales y específicos. El objetivo general de la investigación será determinar si, en el derecho positivo argentino, el denominado “riesgo por desarrollo” debe considerarse un supuesto autónomo de responsabilidad o bien si, por el contrario, debe ser entendido como un supuesto de exoneración. Mientras que, por otra parte, los **objetivos específicos serán: i.** explicar qué se entiende por riesgo por desarrollo y cuáles son sus condiciones de existencia; **ii.** distinguir los riesgos de desarrollo del caso fortuito o fuerza mayor; **iii.** exponer el tratamiento que otras legislaciones le han dado al instituto; **iv.** analizar los argumentos por los que se sostiene que la figura es parte del factor objetivo de responsabilidad “riesgo creado”; **v.** analizar los argumentos por los que se sostiene que el riesgo por desarrollo se encuadra dentro de las llamadas “modernas eximentes de responsabilidad; **vi.** verificar si la relación de causalidad es la misma que para los “daños comunes”; **vii.** explorar si el ámbito del derecho de daños es el único, o por los menos el más adecuado, campo de aplicación de esta figura; y, por último, **viii.** verificar si el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación –sancionado el 1º de octubre próximo pasado– ha modificado el actual panorama respecto del instituto bajo análisis.

Para alcanzar estos objetivos este trabajo deberá asentarse sobre una metodología de tipo cualitativa dado que esta investigación no tiene pretensiones de cuantificar datos; sino determinar de qué hablamos cuando hacemos referencia a los riesgos que el desarrollo técnico y científico trae aparejado. De allí que la observación de los datos obtenidos a partir del estudio de las diferentes corrientes doctrinarias y jurisprudenciales, sea la principal herramienta de trabajo. En función de lo cual serán seleccionadas las fuentes primarias –básicamente, se analizarán artículos del Código Civil que se ocupan de la responsabilidad en general y la ley 24.240 de defensa del consumidor con su decreto reglamentario–, y secundarias –las diferentes posturas doctrinarias expuestas en libros, revistas especializadas y artículos publicados en la web–.

El trabajo final de graduación se dividirá en cuatro grandes bloques: el primero, formado por los capítulos I y II, tendrá como finalidad exponer los contornos conceptuales de la figura elegida para servir como primer acercamiento al tema planteado y ayudar a comprender sus características y requisito de existencia así como su tradicional ubicación dentro de la órbita del derecho del consumidor –cap. I–, para luego presentar un

panorama actual de lo que sucede en otras legislaciones que se han ocupado expresamente de los riesgos del desarrollo –cap. II–.

El segundo eje o bloque del TFG, conformado por el capítulo III, estará encaminado a exponer los argumentos planteados por las diferentes posturas doctrinales respecto al objetivo principal de la obra: determinar el status jurídico de este tipo de riesgos. Allí se verán principalmente dos antagónicas corrientes de opinión; por un lado, quienes entienden que estamos frente a una mera causa de eximición de responsabilidad y por otro, quienes sostienen que nos encontramos ante una nueva variante del factor de responsabilidad riesgo creado y que por lo tanto los riesgos de desarrollo son una causa más por la que deben responder quienes causen daños al producir bienes o servicios.

En la tercera parte de la obra, capítulo IV, se estudiará la posibilidad de ensanchar el ámbito de aplicación de la figura en cuestión –tradicionalmente confinada a las lindes del derecho de daños y en particular al capítulo dedicado a los consumidores y usuarios– para verificar si puede aplicarse en otras ramas de la disciplina jurídica.

Para finalizar, se expondrán las conclusiones a las que se arriben luego de haber estudiado y expuesto el tema. Se intentará, además, validar la hipótesis de trabajo planteada de que no se puede afirmar que los riesgos por desarrollo pertenezcan, a priori, a la categoría jurídica factor objetivo de atribución, ni sostenerse válidamente que sólo constituyan una causa eximente de responsabilidad. También, y con la idea de enriquecer la comprensión del tema, se anexarán varios extractos de diferentes sentencias judiciales que, si bien no tienen como *thema decidendum* a los riesgos de desarrollo, se pronuncian tangencialmente sobre la cuestión.

CAPÍTULO I - CONTORNOS CONCEPTUALES

Sirva un ejemplo foráneo, extraído de la obra de Vadillo Robredo (1998), para ilustrar de qué hablamos cuando nos referimos a los riesgos del desarrollo. En los Estados Unidos de América, en la década del 70' y luego de concienzudos estudios médicos, la Administración de Alimentos y Drogas –FDA por sus siglas en inglés– pudo determinar las nocivas consecuencias producidas por un fármaco conocido como DES (Diethylstilbestrol). El DES era una hormona femenina sintética que se suministró a millones de mujeres entre los 1945 y 1971 como tratamiento para problemas durante el embarazo, especialmente para prevenir abortos prematuros. Las primeras investigaciones científicas, indicaron que la hormona tenía efectos tóxicos cuando se suministraba en grandes cantidades. Sin embargo, al reducir las dosis, los efectos dañinos, aparentemente, se eliminaban, razón por la cual el medicamento fue aprobado. En 1971, el equipo médico del Hospital General de Massachusetts de Boston informó de un grupo significativo de casos de adenocarcinoma vaginal en mujeres menores de 23 años de edad. Antes del surgimiento de esos casos la patología indicada era casi una rareza en mujeres de franja etaria. Luego de los estudios de rigor sobre estas mujeres, se descubrió un factor común: la madre de cada una de ellas había ingerido DES durante el embarazo. La FDA ordenó entonces a las empresas del sector el cese en la fabricación y distribución de la droga, y obligó a que se informara a médicos y público en general que la hormona en cuestión no debía ser utilizada por mujeres embarazadas dado el potencial peligro que significaba para los fetos. Luego de la orden del organismo estatal aparecieron en los tribunales los primeros casos de DES –otros similares en el mismo país fueron la talidomida¹ y el MER 29²– y en ellos surgió la pregunta de si se podía atribuir responsabilidad por un defecto imposible de descubrir según conocimientos científicos y técnicos existentes en el momento de su puesta en circulación

¹ Fármaco comercializado entre 1957 y 1963 como sedante y calmante de las náuseas durante los tres primeros meses de embarazo (hiperémesis gravídica). En un principio, se creyó que no presentaba efectos secundarios y, en caso de ingestión masiva, no resultaba letal. Sin embargo, provocó miles de nacimientos de bebés afectados de focomelia, anomalía congénita que se caracterizaba por la carencia o excesiva cortedad de las extremidades.

² Medicamento cuya principal finalidad fue el tratamiento del colesterol en la sangre. Introducida al mercado en la década de los 60', afectó la visión de más de cinco mil personas provocando muchos casos de cataratas y cegueras. Cientos de miles de consumidores de la droga tuvieron secuelas tales como pérdidas de la piel o del cabello.

A través de ejemplos como este, y muchos otros que encontramos, sobre todo en la industria farmacológica y de alta tecnología, que la existencia de una categoría conceptual llamada “riesgos del desarrollo” es una realidad innegable desde hace ya mucho tiempo, –aunque podríamos fijar como punto de arranque al discurso del por entonces presidente de los Estados Unidos de América, J. F. Kennedy, el día 15 de marzo de 1962 y su célebre frase ante el Congreso: *“Por definición, el término Consumidores, nos incluye a todos ... son el grupo económico más amplio que afecta y es afectado por casi cada decisión económica pública o privada.”*–. La posibilidad de que la ciencia y la técnica pongan de manifiesto o evidencien la existencia de peligros –y sus consecuencias dañosas– en los productos y servicios que circulan con mayor o menor facilidad en el mercado es una realidad con la convivimos ya sin ningún pudor. Hemos aceptado, o al menos parece que lo hemos hecho, que los procesos de manufacturación de bienes y servicios no son aquella “puerta dorada” de entrada a una mejor y más fácil calidad de vida como se pensaba hasta hace no mucho tiempo atrás. Sin embargo, la tentación de oponer “desarrollo versus calidad de vida”, constituye una falacia que debe ser evitada a toda a costa, pues nos hará perder el foco de la discusión.

Actualmente somos conscientes que existe una porción de esas manufacturas que, por alguna causa bastante difícil de explicar para los científicos, serán defectuosos y tendrán la potencialidad de generar daños a la salud o a los bienes de las personas que tengan la “mala fortuna” de ser sus consumidores o usuarios –hay quienes se refieren a ello como “daños en serie (Agoglia, Boragina, & Meza, 1995)–. Ahora bien, una parte de ese margen dañino –incierto en la mayoría de los casos– se manifestará con posterioridad a la puesta en circulación de los diferentes bienes como resultado no de su nocividad, sino de nuevos avances técnicos y científicos. Este fenómeno se conoce en la doctrina jurídica como: “los riesgos que el desarrollo técnico y científico pone en evidencia” o simplemente “los riesgos de o por o del desarrollo”.

1. NOCIÓN

Dentro de la temática del desarrollo científico tecnológico y la protección al consumidor, se ha planteado y se ha intentado dar respuesta a la cuestión del riesgo de desarrollo, habiendo sido captado en tal sentido por el moderno derecho de daños con su visión

centrada en la defensa de la víctima de los daños –mirada estrecha para algunos (Sozzo, 2006)–, pero dada la polémica existente sobre su reparabilidad la cuestión no está en absoluto terminada. El tema se polariza aún más –especialmente en nuestro medio– en la doctrina y en la jurisprudencia al no existir, en muchos ordenamientos jurídicos, una consagración de la “excepción del avance de la ciencia” y si bien en nuestro país son casi inexistentes los casos en los que se ha planteado, en los pocos que se han ocupado del tema el abordaje ha sido, cuanto menos, confuso (Garrido Cordobera & Barocelli, 2008).

En un primer acercamiento a la figura bajo análisis puede decirse que el riesgo de desarrollo se configura como las consecuencias dañosas de un producto que, siendo desconocidas con la utilización de las técnicas científicas idóneas al momento de su producción en masa, autorización para el consumo y comercialización, son luego, con el avance propio de la ciencia y de la técnica consecuencia directa de la utilización de dicho producto (Garrido Cordobera, 2006). Pero en virtud de que en la realidad el riesgo de desarrollo tiene un alcance más técnico que en el derecho privado vemos, que Prieto Molinero aclara en su tesis que son situaciones que se producen cuando ocurre un daño como consecuencia de un defecto que resultaba imposible de ser establecido debido a que el estado de la ciencia y de la técnica existente al momento de la puesta en circulación sencillamente no brindaba elementos para conocer o siquiera sospechar el potencial dañino del producto (Prieto Molinero R. J., 2006).

Para Salvador Coderch y Sole Feliu, son riesgos desarrollo los daños causados por 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 (Coderch, y otros, 2001).

Según Parra Lucán la terminología usada “riesgo” alude a los riesgos de daños como consecuencia del insuficiente desarrollo de la ciencia o de la técnica en el momento en que el producto ha sido puesto en circulación, pero se trata de una expresión desacertada ya que el desarrollo de la ciencia, lejos de configurar un riesgo, constituye el elemento más idóneo para su eliminación (Parra Lucán, 2011).

Por su parte Andorno, sostiene que con la expresión “riesgo de desarrollo” se hace referencia al “riesgo” como consecuencia del insuficiente desarrollo científico y tecnológico en el momento en que el producto ha sido puesto en circulación, y, tal como ha

enseñado la doctrina europea, de esta manera, los llamados riesgos de desarrollo tienen como presupuesto el carácter defectuoso de un producto del que, sin embargo, no se conocían ni se podía conocer su potencialidad dañosa y es posteriormente cuando una vez causados los daños, los desarrollos científicos y técnicos permiten calificar un producto defectuoso (Andorno, 1997).

Agoglia, Boragina y Meza, afirman que por riesgo de desarrollo debe entenderse aquel que no puede ser científicamente conocido por el elaborador al momento del lanzamiento del producto al mercado llegando a ser descubierto después de su consumo (Agoglia, Boragina, & Meza, 1995).

A partir de estas primeras aproximaciones se pueden establecer ciertos elementos comunes presentes en la figura bajo análisis: la dañosidad del producto no podía ser conocida por el productor al momento de la comercialización debido a que el estado de la ciencia no permitía hacerlo en ese momento; por otro lado se reconoce que el daño se encuentra en relación de causalidad con el producto y por ello es necesario establecer jurídicamente si cabe la responsabilidad del fabricante o corresponde algún tipo de excepción por avance de la ciencia, o –para algún sector que no reconoce la figura– por entender que se trata de una situación de fuerza mayor.

Entonces, en pos del objetivo en ciernes, veamos ahora con mayor detenimiento la conceptualización de esta tipología de riesgo. Acabamos de ver que, en una primera aproximación a la figura, se vislumbra que el problema se refiere a productos o servicios defectuosos o peligrosos al momento de su entrada al mercado que, por ello, han causado un daño, pero cuya nocividad no era cognoscible por parte del productor, comercializador o prestador del servicio. En palabras de Pablo S. Coderch, estamos ante “(...) *la responsabilidad derivada de la concreción de aquellos riesgos que el estado de la ciencia y la técnica no permitían prever en el momento de llevarse a cabo la actividad causante del daño. ...*” (2001, pág. 6).

Si tomamos como punto de partida esta idea, tenemos entonces –siguiendo a J. F. Márquez y L. Moisset de Espanés (2008)–, que dos son los problemas a desentrañar. En primer lugar, cuándo se puede considerar que existe riesgo de desarrollo y cuáles los requisitos para su configuración. Después de ello, determinar su ubicación en el cuadro

de categorías del Derecho Civil, en otras palabras, si el productor o prestador es responsable por los daños causados por los defectos o peligros desconocidos o si, por el contrario, configuran una causa de eximición de su responsabilidad; también trataré –muy brevemente– de diferenciarlo del caso fortuito. De la primera cuestión me ocuparé en este capítulo; la última constituye el objetivo principal del TFG y por ello constituirá nuestro núcleo de análisis a lo largo de toda la obra.

Hasta aquí expuse sucintamente lo que algunos autores piensan acerca de los riesgos que el desarrollo pone de manifiesto. Ahora, para aumentar la precisión en la conceptualización de la figura, veamos que dice textualmente la doctrina que se ocupa del tema. Antes permítaseme decir algo que siento desde que comencé a estudiar la carrera de abogacía en pos de mi título de grado. Desgraciadamente y debido –la mayor de las veces– a un desmesurado apego al argumento de autoridad, suele suceder en el ámbito de las ciencias jurídicas, que la mayoría de los autores se limita a repetir, cuando no a remitir, definiciones dadas por otro autor, sin siquiera animarse a trazar esbozos de una idea propia. El campo que estoy sondeando no escapa a esta “ley de hierro” por lo que los conceptos vertidos en doctrina sobre el tema no abundan. De todas maneras, entiendo que el siguiente repaso nos sirve como muestra representativa a los fines deseados. Veamos:

Goldenmerg y López Cabana, probablemente los primeros en ocuparse en nuestro país de definir con precisión a la figura, sostienen desde hace ya más de veinticinco años que:

Los denominados riesgos del desarrollo conciernen a la nocividad manifestada por un producto que, al tiempo de su introducción al mercado de consumo masivo era considerado inocuo. Nuevas investigaciones, comprobaciones científicas o técnicas posteriores ponen de manifiesto, sin embargo, su potencialidad dañosa (...) (Goldemberg & López Cabana, 1990, pág. 917).

Ramón D. Pizarro, en términos parecidos a los utilizados por los autores recién mencionados, nos enseña que riesgo por desarrollo es aquel que:

(...) deriva del efecto de un producto que al tiempo de su introducción [al mercado] era considerado inocuo, a la luz del estado de

los conocimientos técnicos y científicos existentes a ese momento, resultando su peligrosidad indetectable, pero cuya nocividad es puesta de manifiesto por comprobaciones posteriores. (...) (Pizarro & Vallespinos, 2012, pág. 83).

Por su parte, Zavala de González, citada por la mayoría de los autores nacionales que se ocupan del tema, enuncia:

Se denominan daños emergentes del riesgo del desarrollo aquellos daños que surgen de la utilización de productos elaborados, cuya virtualidad nociva o dañosa era desconocida al momento de su elaboración o colocación en el mercado y que es descubierta con posterioridad y por nuevos descubrimientos tecnológicos. (Zavala de González, 1999, pág. 617).

Bien entendido que no estamos sólo hablado de riesgos sino de los daños que se producen a causa del desvelo que el avance científico realiza sobre productos o servicios que antes parecían o se creían inocuos. La denominación corriente del tema es algo confusa y puede aclararse así: no estamos tratando con riesgos surgidos como producto del desarrollo, sino que, por el contrario, éste es el que permite descubrir y demostrar esos peligros preexistentes que pueden causar daños (Zavala de González, 1999). Pero potencialidad de daño no es daño actual. No tendría sentido discutir quién debe cargar con el deber de reparar –en los parámetros constitucionales del término– un daño que no se ha producido. Sin daño, de la clase que sea, no puede haber responsabilidad civil posible. Insisto: la expresión riesgos del desarrollo tan sólo se usa por comodidad; es más fácil decir “riesgo de desarrollo” que tener que hablar todo el tiempo de “los daños producidos por productos defectuosos que el desarrollo técnico y científico ha puesto en evidencia con posterioridad a la introducción de los mismos en el circuito económico”.

2. REQUISITOS.

De acuerdo a las definiciones expuestas en el punto anterior, los requisitos que determinan la existencia de esta figura son los siguientes (Vadillo Robredo, 1998; Máquez & Moisset de Espanés, 2008):

- a) El defecto en el producto o servicio existe en el momento en que fue puesto en circulación.
- b) Defecto que no era conocido ni susceptible de ser conocido por el productor o fabricante de acuerdo a los conocimientos científicos y técnicos del momento.
- c) Posteriormente al ingreso del producto en el mercado, tiene lugar un descubrimiento técnico o científico que lo revela como causa del daño.

Queda claro que la cuestión que doctrinalmente se debate no es el carácter defectuoso –nocivo, perjudicial, etc. – o no del producto o servicio de que se trate, sino el hecho de si la aparición de posteriores descubrimientos científicos o tecnológicos pueden servir de excusa exculpatoria de la obligación de reparar los daños que haya causado dicho producto defectuoso.

Pasemos ahora al análisis de algunas cuestiones relacionadas a los requisitos mencionados. Los siguientes son tópicos que, de acuerdo a la doctrina (Vadillo Robredo, 1998; Coderch, y otros, 2001; Garrido Cordobera, 2006; Prieto Molinero R. J., 2006), plantean ciertos interrogantes que es importante aclarar como paso previo a seguir avanzando en el desarrollo del tema.

Antes una breve aclaración: entre las condiciones necesarias que permiten afirmar la existencia de la figura en bajo análisis, deliberadamente he omitido hacer referencia a la necesidad del daño. Y aunque parezca contradictorio con lo sostenido unos párrafos más arriba, creo que me asiste razón. Si bien el análisis parte de presuponer que los defectos –descubiertos por el avance técnico científico– han causado un daño, el instituto no se integra con el elemento daño, sino que es a partir de la existencia del mismo que existe impulso para que la ciencia estudie y logre poner de manifiesto que existe un producto dañino para la salud, los bienes o los intereses de las personas. Quiero decir, que, aunque el análisis didáctico de la cuestión presente una determinada secuencia de hechos –en primer lugar, el avance científico, luego el daño, y, por último, la discusión sobre quién lo asume– lo cierto es que en la vida cotidiana las cosas suceden el orden inverso: discutimos quién se hace cargo de un daño que fue puesto de manifiesto por el nuevo estado de conocimientos.

Veamos, ahora sí, algunos puntos que la doctrina ha pormenorizado con mayor detención:

2.1. ¿CUÁNDO UN PRODUCTO ES DEFECTUOSO?

2.1.1. LA NOCIÓN DE PRODUCTO

Comencemos por definir, en primer lugar, qué es un producto. Una primera noción, la encontramos en el artículo 233, párrafo sexto del flamante Código Civil y Comercial de la Nación que prescribe que productos son los objetos no renovables que separados o sacados de la cosa alteran o disminuyen su sustancia.

En una línea similar a la de nuestro código se encuentra la Directiva Europea en materia de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos – 85/374/CEE– cuyo artículo segundo textualmente dice: *“A los efectos de la presente Directiva, se entiende por «producto» cualquier bien mueble, excepto las materias primas agrícolas y los productos de la caza, aun cuando está incorporado a otro bien mueble o a uno inmueble. (...). Por «producto» se entiende también la electricidad.”*

Fruto del trabajo doctrinario, encontramos otra noción que afirma que producto es toda cosa natural o industrial destinada a la comercialización y en cuyo proceso de creación, desarrollo, transformación o preparación para consumo ha intervenido la actividad humana (Boragina & Meza, 2006). En sintonía con la anterior definición, Vallespinos y Pizarro, entienden que *“la noción de producto (...) significa ‘cosa producida’ o ‘resultado de un proceso de producción’ o ‘caudal que se saca de una cosa que se vende o el que ella reeditúa’”* (Pizarro & Vallespinos, 2012, pág. 69). En pocas palabras, es el resultado de un proceso de industrialización e implica introducir en la materia prima transformaciones de alguna índole.

2.1.2. PRODUCTOS DEFECTUOSOS

Ahora que tenemos en claro qué es un producto, veamos que existen al menos dos posturas doctrinarias que pretenden dar respuesta al interrogante ¿cuándo un producto es defectuoso? Por un lado, encontramos la posición que pondera las expectativas de seguridad del consumidor, y por otro tenemos a quienes, desde una corriente volcada hacia

el análisis económico del derecho, hablan de la relación riesgo-utilidad (Pizarro & Vallespinos, 2012).

Así, la primera corriente de opinión, que goza de amplia aceptación en el ámbito europeo, entiende que un producto es defectuoso cuando no satisface en términos de razonabilidad las expectativas objetivas de seguridad del consumidor por defectos de fabricación, diseño o de información acerca de su utilización en condiciones de indemnidad. Es decir que parte de un parámetro asentado en bases sociológicas –y normativa para aquellas legislaciones que lo adoptan, por ejemplo, España–.

Entonces, para esta postura, el producto es defectuoso cuando objetivamente no alcanza a cumplir, defrauda las expectativas ordinarias del consumidor al que está destinado sin contar, como dato relevante, si sus riesgos superan su utilidad social, tomando en cuenta las alternativas ponderables que se ofrecen en el mercado.

La segunda corriente de opinión recién mencionada, a la que puede llamarse ‘Doctrina del riesgo-utilidad’, y que como se dijo tiene basamento en el análisis económico del derecho, entiende que la ponderación del carácter defectuoso de un producto y sus riesgos debe ser realizada tomando en consideración la relación que media entre los costos y los beneficios –privados y sociales– del producto en cuestión y sus alternativas posibles, éstas últimas también valoradas en los mismos términos. En otras palabras, un producto será defectuoso bajo este prisma, cuando sus costos –privados y sociales– sean mayores que sus beneficios, pero teniendo en cuenta también los costos y beneficios –privados y sociales– de los sustitutos existentes en el mercado del producto en cuestión. A fin de cuentas, la decisión en este caso dependerá de una “simple” –aunque no tanto– operación matemática. Si el costo es mayor que el beneficio, calculado en aquellos términos, el producto podrá ser etiquetado como defectuoso. Esta es la postura que ha adoptado los Estados Unidos de América en su *Restatement (Third) of Torts*.

2.1.3. CLASES DE DEFECTOS

Más allá de aquella discrepancia doctrinaria, y sin pretensiones de formular un catálogo cerrado de posibilidades, en doctrina existe cierto consenso acerca de que un producto elaborado resulta vicioso o defectuoso cuando presenta alguno de los siguientes defectos (Boragina & Meza, 2006; Jalil, 2008; Pizarro & Vallespinos, 2012):

- *De diseño*, que puede ocurrir en la fase de concepción o idea inicial; en la de elaboración del prototipo o en la de revisión del diseño (Jalil, 2008). Esta tipología de defecto no está presente sólo en un producto determinado, individualizado de una serie, sino que la afecta a toda en su conjunto ya que por lo general son consecuencia de un error en el proceso de diseño por la concepción de un proyecto deficitario o de fórmulas inadecuadas. Suelen reflejar fallas en la toma de decisiones empresariales anteriores a la fabricación misma del producto o servicio, en el ensamblado del mismo, o en las etapas del control de calidad. Estos vicios, a diferencia de los que veremos a continuación, son evitables y casi imposibles de prever estadísticamente.

- *De fabricación*, aquí existe una falla humana o mecánica no localizada por los controles de calidad, pero generada durante el proceso de fabricación en sentido estricto o en la fase de controles intermedios o finales. Estos defectos se presentan de manera aislada en una o algunas de las unidades de una serie absolutamente regular y correcta. El producto se desvía del diseño pautado por causa de falencias no detectadas que a la postre determinan que deje de funcionar acorde a su destino. A diferencia del tipo anterior, son estadísticamente previsible ya que forman parte del margen de falibilidad de todo proceso productivo, pero en gran medida inevitables, ya que aquél siempre cuenta con un porcentaje de ‘riesgo’ que no es susceptible de ser eliminado de manera absoluta en términos de eficiencia económica. Aquí se comprenden los defectos que se producen, entre otras, en las etapas de fabricación, montaje, manipulación o acondicionamiento de productos o servicios.

- *De conservación*, que son aquellos que se presentan por incumplimiento de las normas y pautas que atienden al mantenimiento del producto en estado apto durante la etapa que transcurre entre su fabricación y su consumo.

- *De información o instrucción*, vicio extrínseco al bien elaborado, pero de notoria incidencia en la generación o potenciación de riesgo ya que trae como consecuencia provocar que se lo utilice o consuma incorrecta o inadecuadamente, tomando en cuenta el propósito para el cual fue construido. Puede producirse por deficiencia en las instrucciones sobre formas de empleo y/o por omitirse las advertencias acerca de la nocividad que puede resultar de un determinado uso. En este universo de casos es válido incluir – aunque no toda la doctrina los hace – a los *defectos por publicidad engañosa* que son

aquellos que se dan cuando se afirma o proclama una cualidad que el producto no posee, que es impropia al mismo y que puede derivar en potenciales daños al consumidor o usuario (Jalil, 2008).

2.2. EL ESTADO DE LOS CONOCIMIENTOS CIENTÍFICOS Y TÉCNICOS.

2.2.1. CIENCIA Y TECNOLOGÍA.

Saber no es sólo saber hacer. En nuestra cultura, el sentido preciso de las expresiones “ciencia” y “tecnología” es discutido, pero, por lo menos, hay acuerdo en su falta de sinonimia: conocimiento científico es conocimiento teórico y conocimiento tecnológico es el que se refiere a técnicas que emplean conocimiento científico. Pero veamos concretamente a qué se hace referencia cuando se mencionan los términos ‘estado de la técnica’, ‘estado de la ciencia’ y ‘estado de la técnica y de la ciencia’ (Tallone, 2000).

Estado de la técnica hace referencia a todos los conocimientos que han sido obtenidos o confirmados en la práctica sin que eso signifique necesariamente la obtención de un resultado práctico. Basta que tales conocimientos hayan sido corroborados mediante pruebas de experimentación y serie de pruebas. Se trata de destacar lo que técnicamente es viable y en la práctica parece demostrado. *Estado de la ciencia*, en cambio, alude al conjunto de conocimientos teóricos, incluyendo también los pertenecientes a sectores no técnicos, con independencia de si tales conocimientos han sido o no aplicados en la práctica, o de sí todavía no han entrado a formar parte de la técnica. Por último, *Estado de la ciencia y de la técnica*, sobrepasa el estricto marco específico de la técnica, abarca todos los conocimientos científicos existentes en cualquier otra disciplina científica, además de la técnica: química, biología, medicina, etc. En este sentido, también forma parte del estado de la ciencia y de la técnica cualquier conocimiento que aún no es técnicamente viable. En definitiva, puede sostenerse que el estado de la ciencia y de la técnica está configurado por la suma de los conocimientos científicos y técnicos disponibles en el momento de la puesta en circulación del producto, en relación a la valoración de la existencia del defecto. Dicha medida de valoración debe basarse en presupuestos de objetividad (Tallone, 2006).

A partir de esta falta de correspondencia entre las dos nociones, puede decirse que el fabricante un producto debe atender a la ciencia pura además de a la ciencia aplicada —a la física además de a la ingeniería, a la biología además de a la medicina, a la bioingeniería o la agronomía—. Por supuesto, no todas las teorías científicas tienen aplicaciones tecnológicas, pero, cuando así sea, no por ello podrán ser ignoradas por el productor. Éste no puede alegar exitosamente haberse conformado al estado general de la técnica —a las reglas generalmente reconocidas— si la ciencia existente ha descartado la corrección de las que aplica. Es más, el estado de los conocimientos en una comunidad científica no excluye de su seno a las opiniones minoritarias; así, el estándar es doble y, por consiguiente, doblemente exigente: se trata de considerar la suma de los conocimientos científicos y de los tecnológicos.

Con mayor razón, no podrá excusarse alegando que se limitó a aplicar las reglas de las técnicas usuales —o generalmente reconocidas— en la industria a la que pertenece: los usos de la industria no son una defensa atendible; lo que todos, casi todos hacen, no siempre se condice con lo correcto. Tomemos prestado en este punto el análisis económico del derecho, tal como lo haría Richard Posner, para verificar que esto último es así. Este autor se pregunta si la costumbre debería ser una defensa posible en una acción de negligencia —tengamos en cuenta que es estadounidense—. Si la conformidad con los usos fuera una excepción alegable, sólo las empresas que hubieran adoptado medidas de seguridad inferiores a las usuales en su industria resultarían condenadas. Pero el anterior es un resultado satisfactorio sólo si es razonable esperar que la empresa media adoptará todas las medidas de precaución justificadas desde el punto de vista del análisis costo-beneficio sin necesidad de la coerción legal. Sin embargo, de existir la excepción de conformidad con los usos, ninguna empresa tendrá incentivos para adoptar precauciones contra los accidentes que no afecten a sus clientes sino únicamente a la gente con la que la empresa en cuestión no contrata —ni puede hacerlo por lo elevado de los costos de contratación—. Entonces, ni las víctimas potenciales pagarán a la empresa para que adopte medidas razonables de precaución ni tampoco lo harán sus clientes: estos últimos no se beneficiarían de precauciones tendentes a proteger a terceros y la empresa que pretendiera volcar los costos adicionales de precaución en forma de mayores precios sería eliminada por sus competidores. En circunstancias como estas, no puede presumirse que el nivel

medio de seguridad de la industria sea óptimo y, consecuentemente, el derecho debe rechazar el poder normativo de lo fáctico, de los usos. Sin embargo, si el tipo de accidente que se trata de prevenir fuera peligroso sólo para los clientes de la industria, entonces el nivel usual de precauciones sería probablemente eficiente: los clientes estarían dispuestos a pagar mayores precios por el producto ofrecido por las empresas del sector hasta el punto en que la última unidad monetaria gastada ahorre justo una unidad monetaria en reducción de costos de los accidentes. Por hipótesis histórica, el derecho de la responsabilidad de producto trata de tutelar los intereses de personas que pueden resultar dañadas por sus defectos, pero que no contrataron con el fabricante (Posner, 2008).

Por tanto, el hecho de que nadie, en un sector industrial determinado, hubiera adoptado las medidas necesarias para eliminar el defecto o para prevenir su aparición, cuando aquéllas eran viables según los conocimientos disponibles, no tiene ninguna relevancia a los efectos de intentar excluir la responsabilidad del fabricante (Coderch & Rubí Puig, 2008).

2.2.2. TECNOLOGÍA Y TÉCNICA

La reseñada en el punto anterior es una primera alternativa entre ciencia y tecnología, es decir, entre ciencia y ciencia aplicada que nos permitió concluir que el fabricante debe tener en cuenta simultáneamente el estado de la ciencia y el de la tecnología con el objeto de dejar de emplear cualquiera de éstas si el conocimiento científico más reciente permite identificar su nocividad. Sin embargo, hay que señalar que buena parte de la doctrina que se ha ocupado del tema utiliza también, para referirse al conocimiento, un término cuya acepción es bastante más amplia: ‘conocimientos técnicos’. Según el diccionario de la Real Academia Española, la quinta acepción del término “técnica” significa el “conjunto de procedimientos y recursos de que se sirve una ciencia o un arte”; entonces, no sólo se incluyen las técnicas que aplican “conocimientos científicos”, es decir, las tecnologías, sino a aquéllas que no lo hacen, aunque se ajustan a una u otra *lex artis*, a un “conjunto de preceptos y reglas necesarios para hacer bien alguna cosa”.

Para terminar, veamos una definición de estado de la técnica generalmente aceptada por la doctrina europea, que es la que resulta del § 3, párrafo 6.1 del reglamento alemán de aplicación de la Ley Federal de Inmisiones. Allí se prescribe que estado de la técnica es el estado del desarrollo de los más avanzados procedimientos, instalaciones o

formas de producción, que permite demostrar la aptitud práctica de una medida para alcanzar con seguridad aquella concreta finalidad prevista por el legislador, ya sea limitar emisiones, prevenir un riesgo, evitar un peligro o, en nuestro caso, apreciar la existencia del defecto. No obstante, únicamente en la medida en que el método en cuestión haya sido efectivamente objeto de una prueba satisfactoria en la práctica, entrará a formar parte del estado de la técnica. Ello no implica que deba considerarse sólo la solución técnica más eficiente aquélla que ha sido generalmente reconocida o que ha resultado confirmada empíricamente. Basta que los conocimientos relativos al defecto se hayan obtenido en la realización de meras pruebas experimentales –incluso en procesos de simulación– demostrativas de su aptitud. La Ley no impide el recurso a técnicas entendidas en este segundo y más amplio sentido –‘estado de la técnica’–, pero exige, en primer lugar, que no sean incompatibles con el conocimiento científico más reciente y, en segundo término, que obedezcan efectivamente a la *lex artis* que rige en el ámbito de actividad de que se trata (Coderch & Rubí Puig, 2008).

2.3. ESTADO DE CONOCIMIENTOS CIENTÍFICOS Y TÉCNICOS. EL CRITERIO DE LA INCOGNOSCIBILIDAD DEL DEFECTO.

Una de las condiciones determinantes de la existencia del riesgo por desarrollo implica necesariamente hacer referencia al “estado de los conocimientos”. Este estado de cosas presupone que el defecto que presenta el bien producido no es cognoscible. Ahora, esa posibilidad de saber –cognoscible implica posibilidad de saber algo– que no puede simplemente predicarse de un producto o fabricante en particular, no significa que tal productor no podía conocer tal defecto. Esto significa que el criterio para determinar la imposibilidad de detectar el defecto, la incognoscibilidad del mismo, es objetivo y, por lo tanto, no está sujeto al conocimiento actual y efectivo de ningún fabricante en particular. Por lo tanto, tampoco dependerá de su dimensión cuantitativa (por ejemplo, volumen de negocios o de beneficios) o cualitativa (por ejemplo, de la posición relativa en el mercado, del tipo de industria a la que pertenece, de alta o mediana tecnología, grado de especialización): la imposibilidad de descubrir el defecto como tal es constitutiva para presencia de la figura. Tampoco tendremos en cuenta, si de identificar a los riesgos de desarrollo se trata, el cumplimiento o infracción a tales o cuales deberes de seguridad o precaución, y

mucho menos a la posibilidad de formular algún juicio de reproche. Será irrelevante también, el hecho de que uno, algunos, o muchos miembros de la industria hayan fallado en advertir el defecto, si, dado un determinado cuadro de conocimientos técnicos y científicos, aquél era efectivamente reconocible. El estado de los conocimientos no da la medida del acto del fabricante sino el criterio de la cognoscibilidad del defecto (Tallone, 2006).

Autores españoles advierten que, para cierta corriente de pensamiento, es necesario distinguir entre incognoscibilidad en abstracto y en concreto. Sostienen que hay casos en los que la existencia del tipo de riesgos en abstracto es totalmente inconcebible: nadie –por más previsor o cuidadoso que sea– podría haber adivinado que tal riesgo podía estar asociado a tal producto o servicio. En cambio, prosiguen, se dan otras situaciones en la que verdaderamente es imposible el riesgo asociado al producto o servicio, pero, a pesar de ello, no resulta descabellado suponer que la industria en sí se mueve en un ámbito de actividad peligrosa en abstracto, es decir, no exenta de algún tipo esperable o imaginable de riesgo de desarrollo en abstracto –tal lo que sucede, por ejemplo, en el ámbito de la ingeniería genética–. Desde luego, la distinción entre actividades que no son intrínsecamente peligrosas y aquéllas que previsiblemente lo son es perfectamente posible de establecer a efectos diversos y, de hecho, e históricamente, la posesión de objetos considerados como muy peligrosos o la realización de actividades extraordinariamente arriesgadas estuvo en la base de la misma categoría normativa de la responsabilidad objetiva (Coderch & Rubí Puig, 2008).

Aunque parezca una obviedad, la referencia a “los conocimientos” –el estado de conocimientos– a que me refiero implica que ellos existen. Pero no implican necesariamente que, además, estén disponibles en el sentido de “puestos libremente a disposición” de cualquier fabricante o productor, es decir, utilizables por éstos en los procesos productivos. Entonces, el hecho de que el producto de un competidor, fabricado gracias a tecnología vanguardista, esté protegido por una patente, no autoriza al fabricante de que se trate a echar mano de una tecnología sabidamente de inferior calidad, de menor estándar, para fabricar un bien sustitutivo por la sola razón de que recurrir a la *lex artis* implicaría en el caso particular violar patentes o derechos de propiedad industrial de sus competidores. Acabo de reseñar que la imposibilidad de acceder a los más nóveles saberes científico y técnicos que resultan de la escasa dimensión del fabricante o de sus insuficientes posibi-

lidades económicas no deben servir para para exculparlo si aplicó conocimientos superados y el producto demostró defectos perjudiciales (Coderch, Piñero Salguero, & Rubi Puig, 2006).

Diferente es la apreciación y por lo tanto podrá ampararse en la situación, el fabricante que logre demostrar que, si bien los conocimientos existían, no se habían hecho públicos en el marco de la comunidad científica, por ejemplo, porque se mantuvieron en secreto por causa de razones políticas, o de seguridad nacional, o militares, o cualquier otra causa seria y atendible. Lo que debe existir es una accesibilidad general, como señala la doctrina, por parte de la comunidad científica valorada en términos objetivos y así, puede pedirse que el fabricante tenga en cuenta el estado de los conocimientos que permiten apreciar el defecto, pero no que llegue más lejos del lugar que ha alcanzado la propia comunidad científica en cada momento determinado.

Por la misma razón, no se pueden considerarse accesibles los conocimientos publicados en una lengua o en el marco de una cultura inaccesibles a la comunidad científica –aunque la afirmación resulte relativizada por “achicamiento” del planeta que en la actualidad producen las muy variadas vías de comunicación–. Se exige así, asequibilidad o, dicho de otro modo, la “verificabilidad” del estado de los conocimientos por un empresario “ideal típico”: el estado de los conocimientos accesibles “debe comprender todos los datos integrados en el circuito de información de la comunidad científica en su conjunto, teniendo en cuenta, según un criterio de racionalidad, las concretas posibilidades de circulación de las informaciones” (Coderch, y otros, 2001).

2.4. CONCEPCIONES SOBRE LA ACTIVIDAD CIENTÍFICA.

Cuando hacemos referencia a “estado de conocimientos” no debemos asumir ni suponer determinada filosofía de la ciencia. No podemos, o mejor, no debemos –poder podemos siempre– exigir que se trate de conocimientos indiscutidos, unánimes o mayormente aceptados por la comunidad científica como si se tratase de una *communis opinio*, como tampoco debemos dejar al margen las posturas minoritarias, revolucionarias o excéntricas y mucho menos aquellos conocimientos contrastados según los designios de tal o cual metodología científica –deductivista o inductivista, realista o antirrealista, etc. –, tampoco siquiera de saberes articulados en teorías científicas, puede tratarse de conocimientos teóricos o simplemente hipotéticos.

Lo que debe quedar claro es que es necesario que se trate precisamente de “conocimientos científicos”. No son merecedores de ese título las pseudociencias tales como rabdomancia, cartomancia, astrología, parapsicología, psicoanálisis, ciencia socialista, ciencia feminista y otros conjuntos de pseudosaberes que se caracterizan negativamente por su falta de rigor metodológico, por lo laxo o ad hoc de sus hipótesis –incontrastables o blindadas frente a cualquier intento de refutación respectivamente–, o por su antinaturalismo radical (Coderch, Piñero Salguero, & Rubi Puig, 2006).

No será suficiente para alegar que se trata de “ciencia” el sostener y probar que “alguien ya lo había dicho” ya que no toda profecía puede tomarse seriamente como predicción científicamente aceptable. De otra manera deberíamos catalogar de científica a cualquier afirmación falazmente respaldada por la regla *post hoc ergo propter hoc*. Mucho menos la mera especulación puede formar parte del conjunto de los conocimientos científicos y técnicos en un momento particular.

Discutible es, en cambio, si resulta válido descartar como “ciencia” a una conjetura más o menos fundada que todavía no alcanza el status de hipótesis científica pero que se formula como parte de un programa serio de investigación científica en el seno de la comunidad científica. Conjeturas serias, con estas características, razonables y que figuran como propuestas de investigación sensatas para la comunidad científicas deben ser tenidas en cuenta por el productor de la misma forma que lo son en la comunidad en las que se generan. En cualquier caso, puede resultar útil complementar el grado de certeza científica de una información con la entidad del peligro a que dicha información apunta. Por ejemplo, cuando el peligro presumido en un producto es realmente grave, no estaría mal exigir al productor o fabricante que no excluya la consideración de opiniones aisladas o hipótesis no definitivamente contrastadas pero que poseen una mínima fundamentación científica (Coderch, Piñero Salguero, & Rubi Puig, 2006).

2.5. LÍMITE ESPACIAL: EL CRITERIO DE LA ACCESIBILIDAD.

Mencioné en un párrafo anterior que cuando decimos estado de conocimientos implícitamente hacemos referencia a conocimientos existentes, existentes sin ningún otro adjetivo o complemento. Esto nos pone frente al dilema de limitar el conocimiento a un ámbito geográfico determinado –nacional, regional, etc. –, o tomar como parámetro un estándar global. Lo primero pareciera contrariar el sentido que las expresiones “ciencia”

o “conocimientos científicos” tienen en la actualidad. No hay ciencias nacionales ni comunidad científica alguna que se defina por la condición de pertenecer a esta u otra comunidad nacional. ¿Significa entonces que el estándar es mundial? La cuestión es debatida y no parece haber posibilidad de acuerdo entre las posturas opuestas.

Como acabo de reseñar, tradicionalmente la comunidad científica no reconoce fronteras estatales o regionales. Sin embargo, para una parte de la doctrina ir tan lejos sería cuestionable dado que implicaría obligar a los fabricantes a algo casi imposible de cumplir, equivaldría a responsabilizarlos por ser el sólo hecho de producir. La opinión contraria, en cambio, entiende que el estado de conocimientos no conoce límites geográficos y para sostener que se trata de riesgos incognoscibles habría que demostrar que “nadie en el mundo podía reconocer el peligro”. Nobleza obliga aclarar que esto último, en principio es cierto cuando sucede así y efectivamente nadie podía conocer el peligro, pero no en otros casos, por ejemplo, ante investigaciones secretas o no dadas a conocer o, incluso, desarrolladas y mantenidas en secreto. Además el sostener que “nadie en el mundo” debe limitarse al mundo científico, a la comunidad científica, lo que presupone que en ese ámbito el riesgo de tal o cual producto sea conocido (Coderch, y otros, 2001). Intentando trascender la polémica, lo cierto es que la comunidad científica tiene una vocación universal, es ciertamente transnacional y que, por ello, el fabricante o productor no puede limitar su conocimiento técnico y científico a los de su propio espacio cultural, ni mucho menos, a los del lugar de fabricación o comercialización del bien o servicio en cuestión. Se ha dicho (Coderch, y otros, 2001), meritando la opinión radical antes mencionada que, aunque exagerada pretende conseguir un objetivo razonable: busca evitar que el fabricante pueda exonerarse simplemente alegando el estado –inferior– de conocimientos en un país en vías de desarrollo.

Los límites son difusos y la delimitación precisa dependerá de cada caso. La doctrina ejemplifica esta dificultad señalando que no se incluye necesariamente en el estado de los conocimientos una indicación sobre los riesgos del producto que aparece en una publicación especializada editada en japonés. La observación, de ser generalmente cierta excluiría de la discusión a una de las culturas científica y tecnológicamente más avanzadas del mundo y, por supuesto, más desarrollada que la que existente en estas partes del hemisferio.

Algunos recurren al difuso criterio de la asequibilidad de los resultados de la investigación e incluyen, en casos concretos, las opiniones minoritarias (Prieto Molinero R. J., 2005). Otros, entienden que el fabricante no puede limitarse a un estándar regional, pero sin llegar al extremo de afirmar que el productor responderá sólo si “nadie en el mundo” pudo descubrir el defecto: el estado de los conocimientos no cambia de repente, sino que, por lo general, se desarrolla lenta y gradualmente; mientras lo hace y sobre todo en los inicios de un cambio, ya hay, por hipótesis, alguien en el mundo que discute la teoría dominante. Pero ello no basta: es preciso un mínimo de objetividad para considerar esa opinión emergente. Por eso se propone acudir al criterio de la publicación de las tesis en cuestión –publicaciones científicas, actas de las ponencias y comunicaciones de un congreso científico, difusión por e-mail de los primeros “working papers”, etc. – (Prieto Molinero R. J., 2006).

Otros parten de la idea de que el criterio es mundial, aunque luego reducen su alcance por considerar que al estado de los conocimientos pertenecen únicamente aquellas fuentes de conocimiento que son normalmente asequibles a los especialistas, y generalmente asequible es únicamente lo que aparece en las publicaciones especializadas. Para esta opinión, es claro que no basta un estándar nacional y que un índice orientativo de su rigor es el riesgo potencial que se crea. Pero esto último no cierra ya que el riesgo potencial no era cognoscible ex ante. Luego, estos autores señalan que es exagerada la opinión que sostiene que los riesgos de desarrollo existen sólo si “si nadie en el mundo habría podido reconocer el defecto” (Coderch, y otros, 2001).

Más sensato parece el argumento que apunta al hecho de que los conocimientos deben ser accesibles a la comunidad científica para poder hablar del ‘estado’ de los mismos: es un hecho histórico que, en ciertas ocasiones, los científicos de muchos países han trabajado aislados del resto de sus colegas (Coderch, y otros, 2001).

2.6. LÍMITE TEMPORAL DEL ESTADO DEL CONOCIMIENTO.

El fenómeno descrito por Fernando Savater como de ‘aceleración de la historia’ (Savater, 2009), implica la existencia de ciclos históricos cada vez más cortos y con cambios más pronunciados y más fáciles de percibir. En la era actual, el estado de la ciencia y la técnica es efímero, cambian a un ritmo difícil de predecir y con una dinámica capaz

de confundir incluso al más atento observador. Debe existir entonces un momento relevante a los fines de determinar con claridad meridiana cuál es el estado de conocimientos científicos y técnicos que marquen el umbral que permitan afirmar que el daño que se analiza es producto de la imposibilidad de conocimiento por parte del fabricante o productor. La opinión doctrinaria es unánime en este punto: ese momento es aquel en el que el producto o servicio fue puesto en circulación. (Alpa, 1991; Espinoza Espinoza, 1998; Fissore, 2006; Goldemberg & López Cabana, 1990; Hernández & Frustragli, 2010; Plata López, 2006; Tallone, 2006).

Puig Rubí señala que, en el caso de productos pertenecientes a una serie, que se comercializan sin alteraciones durante un período más o menos prolongado de tiempo, hay que prestar atención al momento de puesta en circulación del producto defectuoso y no a los del lanzamiento del primero o del último de la serie. (Coderch & Rubí Puig, 2008).

Allende las diferentes regulaciones positivas respecto a este tópico, es importante remarcar que el momento de puesta en circulación puede resultar distinto para cada uno de los agentes que integran la cadena que va desde la de producción hasta la venta de un bien o servicio particular (Tallone, 2006). Así podemos discernir las siguientes situaciones –sin perjuicio de que en la práctica puedan darse otras–. En el caso del fabricante de un componente o parte integrante del producto, la puesta en circulación se produce en el momento en que pierde el poder de control que gozaba sobre aquella, luego de haberla entregado al productor final del bien, o a al siguiente fabricante, miembro de la cadena productiva. En el supuesto del fabricante final, es decir, aquel que se encuentra en el último tramo del circuito productivo y de cuyas manos sale un producto o servicio terminado, el momento de la puesta en circulación se da cuando el bien o servicio deja su esfera organizativa y se inserta en la de un distribuidor, importador/exportador o vendedor. Para el importador, el momento en cuestión se produce cuando, una vez introducido el bien en un país, es entregado al vendedor –mayorista o minorista– o a cualquier otro integrante de la cadena de distribución, o bien puesto por él mismo a disposición del público en general.

Entonces, si la puesta en circulación es el momento que marca el umbral de la posibilidad de conocer el defecto existente en el producto dado determinado estado de

conocimientos, no es descabellado pensar que ese momento pueda tener lugar en instantes diferentes según la ‘clase’ de fabricante a que se refiera y el momento en que cada uno de ellos haya puesto el producto en circulación. La consecuencia inmediata de esto, sería la posibilidad de que la responsabilidad de los diversos partícipes en el proceso de comercialización de un mismo producto estuviera sometida a condiciones diversas si, entre la puesta en circulación realizada por el fabricante de una parte integrante del producto y la llevada a cabo por el fabricante final, se produjera un incremento de los conocimientos científicos y técnicos que permitieron al segundo saber de la existencia de un defecto en la parte integrante aunque la existencia del defecto no fuera cognoscible en el momento en que el fabricante de aquella parte la entregó al fabricante final: este último podría responder frente al dañado y el fabricante de la parte integrante podría ampararse en excepción de riesgos de desarrollo y evitar así su responsabilidad (Coderch & Rubí Puig, 2008).

En cambio, no se tiene en cuenta ningún otro momento posterior, por ejemplo, el de la producción del daño, el de la presentación de la demanda o el de la sentencia, por más que, en muchos casos, el estado de los conocimientos permitirá en alguno de estos momentos posteriores reconocer el defecto. Tampoco debemos tomar en cuenta ningún otro momento anterior como los de ideación, diseño, fabricación de prototipos, realización de pruebas, o, como ya he dicho, el del inicio o finalización de la fabricación en serie.

2.7. *EL MÁS RECIENTE ESTADO DE CONOCIMIENTOS CIENTÍFICOS*

Llegado a este punto, creo que es necesario abordar una pequeña cuestión –aunque para nada menor–. Si el estado de la ciencia contemplado como límite temporal a los fines de determinar si estamos ante un daño puesto en evidencia por el desarrollo técnico y científico es el de la puesta en circulación de los bienes o servicios, debemos preguntarnos ahora a qué estado de conocimientos científicos nos referimos y la respuesta es bastante sencilla: nos referimos siempre al más reciente estado de conocimientos existentes.

Puesto al frente de su empresa el fabricante deberá tener en cuenta el estado más reciente de los conocimientos técnicos y científicos al momento de la puesta en circulación del producto (Coderch & Rubí Puig, 2008). Deberá, en primer lugar, tomar en cuenta el desarrollo actual del conocimiento y, luego, ponderar si de acuerdo a ese estado el

defecto es cognoscible. Ya vimos que el momento de la puesta en circulación es aquél en el que el fabricante abandona el poder de hecho sobre el producto y pierde el control que venía ejerciendo sobre él. A tal efecto, es irrelevante la cantidad y entidad de los cambios que se han producido en ese estado. Y también lo es la posibilidad o imposibilidad material de conocerlos que tuvo el fabricante individual, derivadas, por ejemplo, de su tamaño o posición en la industria del sector de que se trate: el que sea una empresa pequeña, mediana o grande, o que haya realizado grandes inversiones o ninguna en investigación y desarrollo, son datos sin importancia desde el punto de vista legal si el estado de los conocimientos en cualquier momento anterior a la puesta en circulación permitía detectar el defecto. Lo único necesario entonces, es un empresario organizado idealmente y que contando a su disposición el estado más reciente de los conocimientos, hubiera estado en situación de evitar el defecto (Coderch, Piñero Salguero, & Rubi Puig, 2006).

En unas pocas jurisdicciones norteamericanas se valora el conocimiento del defecto en el momento del juicio ('time of trial'), posición que, en la práctica, supone negarle a la figura eficacia exculpatoria (Pizarro, 2006): los argumentos aducidos en su defensa coinciden con los mantenidos por los partidarios de la supresión de la "excepción por riesgo de desarrollo" o "state of the art defense" –simplificación procesal, estímulo del desarrollo, mejora de la distribución de los costos derivados de los accidentes y mayor justicia–. Es cierto que, en la medida en que los conocimientos científicos y técnicos tienden a aumentar con el paso del tiempo resulta más probable que el defecto sea más fácil de advertir en el momento del juicio que en el de la puesta en circulación: por hipótesis, los daños se habrán producido con anterioridad y, casi en consecuencia, se dispondrá de un mayor número de datos en torno a las características peligrosas del producto. Sin embargo, la mayor parte de las jurisdicciones norteamericanas y prácticamente la unanimidad de la doctrina han rechazado este criterio y aplican el criterio de la puesta en circulación ('time of distribution'). (Coderch & Rubí Puig, 2008; Tallone, 2006). De todas maneras, es justo decir que, una valoración realizada en el presente no puede desvincularse del momento de su realización por mucho que, normativamente, deba proyectarse a otra situación histórica: en ese sentido, todo juicio es retroactivo (Vadillo Robredo, 1998).

2.8. CAMBIOS POSTERIORES A LA PUESTA EN CIRCULACIÓN DEL PRODUCTO. DEBERES DE OBSERVACIÓN Y SEGUIMIENTO

La evolución de los conocimientos técnicos y científicos que generan cambios en el estado de conocimientos posteriores a la salida del producto al mercado o puesta en circulación, pero que son anteriores a la generación del daño no deberían ser una preocupación para el productor o fabricante aunque, con posterioridad, cambien las expectativas del consumidor si el producto ofrecía efectivamente, en el momento de la puesta en circulación ‘las expectativas que cabría legítimamente esperar’ (Coderch, y otros, 2001). En buen romance: un producto no deviene retroactivamente defectuoso, no se hace defectuoso, es o era defectuoso.

Ahora, por aplicación de los principios que gobiernan la responsabilidad civil, el productor, fabricante o empresario no puede desentenderse de la evolución posterior del estado de los conocimientos. Tiene deberes objetivos de vigilancia y, por ello está obligado a invertir en investigación y desarrollo en una medida adecuada y suficiente para que su comportamiento no pueda ser tildado como en infracción con los deberes de cuidado y previsión. En la realidad práctica ello significa que el productor, fabricante o empresario tendrá un deber de observación del producto a fin de detectar los defectos descubiertos con posterioridad a su puesta en circulación y, en su caso, estará obligado a realizar las advertencias necesarias o, incluso, proceder a la retirada del mismo. Pero ante un supuesto como este ya no nos encontraremos frente un caso de riesgo de desarrollo sino ante una infracción al deber de seguridad que existe en toda relación contractual y más aún en el ámbito del derecho del consumo (Hernández & Frustragli, 2005; Pizarro & Vallespinos, 2012).

2.9. LA PREVISIBLE EVOLUCIÓN DE LOS CONOCIMIENTOS CIENTÍFICOS Y LOS RIESGOS DE DESARROLLO

Cercano al punto anterior, algunos autores se han preguntado qué deberíamos hacer ante un supuesto en el que el estado actual de la ciencia no permitiera todavía hacer perceptible el defecto en el bien producido pero que resultara posible que investigaciones ulteriores consigan hacerlo en el futuro. Se ejemplifica diciendo que tal vez un desarrollo de dos años no permita revelar la dañosidad de un producto, pero un estudio más prolon-

gado, por caso cinco años, si podría hacerlo y, sin embargo, el producto se lanza al mercado después de dos años de investigaciones previas, es decir, un tiempo antes que la ciencia, encaminada a resolver un problema, tenga posibilidad de brindar una respuesta. En tal caso, se sostiene que el fabricante deberá asumir los riesgos de desarrollo (Coderch, y otros, 2001).

Creo que en esta postura hay una grandísima confusión e incurre en un determinismo histórico sin sentido ya que parte de suponer que sabemos lo que todavía no sabemos, pero sabremos. No hay predicción científica capaz de anticipar, por métodos científicos, sus propios resultados futuros. El intento de hacerlo sólo puede conseguir su resultado después de que el hecho haya tenido lugar, cuando ya es demasiado tarde para una predicción; puede conseguir su resultado sólo después que la predicción se haya convertido en una crónica histórica.

En el momento actual y con un estado de conocimientos determinado, o bien sabemos ya de los riesgos del producto o bien los ignoramos, pero no tenemos posibilidad de conocer y no conocer el futuro al mismo tiempo. El estado de conocimientos no es a la vez presente y futuro: si ya tuviéramos un conocimiento no podríamos catalogarlo de futuro ya que ha dejado ser futuro en el instante en que lo hemos adquirido.

3. DIFERENCIA CON EL CASO FORTUITO O FUERZA MAYOR

Algunas opiniones doctrinarias sostienen que entre los conocidos como riesgos del desarrollo y el caso fortuito o fuerza mayor no pueden afirmarse válidamente diferencias entitativas y, por tanto, se trataría de situaciones análogas, cuando no idénticas. Tal es así que hay autores que en vez de referirse a riesgos de desarrollo han bautizado el instituto como “caso fortuito intrínseco” (Vega Tejedor, 1999). Por supuesto que quienes opinan de esta forma no reconocen al riesgo por desarrollo como institución autónoma. Para esta postura se trataría de una eximente de responsabilidad, pero no porque haya que “elegir” entre ubicarlo del lado de las situaciones neutralizantes de responsabilidad o de la vereda de enfrente, sino tan sólo porque estamos ante una situación que tiene la misma definición y caracteres que el *casus*. Es decir, que, a la postre, el efecto es el mismo, pero no los argumentos por los cuales llegan a esa conclusión.

Si repasamos los caracteres que tradicionalmente se han señalado como pertenecientes al caso fortuito, podremos ver que la pregonada sinonimia con el riesgo de desarrollo no es tal y que la supuesta asimilación representa nada más —ni nada menos— que un intento de ubicar a la figura bajo examen dentro las razones eximentes de responsabilidad. Así, tomando las enseñanzas de reconocidos tratadistas vemos que el caso fortuito o la fuerza mayor consiste en un suceso que tiene lugar *ex post facto*, que es de naturaleza externa y que, por tanto, ocurre más allá de la esfera de control del sindicado como responsable. Nos encontramos con ‘acontecimientos ajenos al responsable’, en el sentido de que quedan fuera de su ámbito de control (Bustamante Alsina, 1997; Zavala de González, 1999; Trigo Represas & López Mesa, 2004; Tallone, 2006; Pizarro & Vallespinos, 2012). En cambio, los riesgos de desarrollo se refieren a un producto originariamente defectuoso, es decir, a uno que ya lo era desde su génesis, aún antes del momento de su entrada al mercado de bienes y servicios, de su comercialización. Aquí, el acontecimiento es histórico e interno, tiene lugar dentro de la esfera de influencia del fabricante. La investigación y desarrollo que precede a la comercialización de un producto son actividades típicamente llevadas a cabo por el fabricante y, en este sentido, no parece razonable, al menos en la normalidad de los casos, considerar que los riesgos de desarrollo sean externos a su esfera de actividad y control.

En resumen, quienes pregonan la correspondencia de conceptos entre las dos instituciones, no hacen más que ocultar sus verdaderas intenciones; pretenden extender la esfera de acción del *casus* abarcando los riesgos expuestos por el avance científico para limitar la responsabilidad del productor o fabricante, pero evitan dar verdaderas razones de por qué ello debería ser así.

4. EL ÁMBITO DE LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA

Antes de finalizar este primer capítulo y luego de este análisis conceptual de lo que se entiende por riesgos de desarrollo, no quiero dejar pasar una idea que, si bien ha rondado a lo largo de las páginas anteriores, creo que es necesario explicitar para una mejor comprensión del tema. Obedece al siguiente interrogante: ¿cuáles son los argumentos que se plasman sobre los riesgos del desarrollo en un sistema de responsabilidad objetiva?

En un sistema de responsabilidad por culpa, la justificación de la no responsabilidad del fabricante por los riesgos que, de acuerdo con los conocimientos científicos y técnicos existentes al momento de la puesta en circulación del producto, resultan razonablemente desconocidos, no plantea mayores problemas. El reproche de culpabilidad surge cuando el fabricante, pudiendo llegar a conocer los riesgos de forma razonable, no lo hizo, dejando de adoptar por ello las medidas de prevención adecuadas que hubieran impedido la generación del daño (Tallone, 2000). En el lenguaje de nuestro Código Civil, diríamos que, de acuerdo a los artículos 1724 y 1725, no hay lugar para el reproche por culpa en los daños causados por riesgos (Fissore, 2006).

Es decir, el hecho de que un producto no defectuoso originariamente por las circunstancias que fuere, pueda sobrevenir defectuoso, se anuda la obligación previa de vigilancia y ulterior, en su caso, de diligencia en orden y la información pública suficiente, y a la inmediata y eficiente retirada de los productos en cuestión del mercado, extensible a los supuestos de defectuosidad revelada como consecuencia de la evolución del estado de la técnica. En definitiva, en un modelo de estas características, la valoración del carácter razonable de la conducta del fabricante no coincide con el juicio relativo a la posibilidad o imposibilidad de conocer diligentemente la existencia de eventuales riesgos.

En un sistema de responsabilidad objetiva la cuestión es más compleja. En la actual sociedad industrial no es infrecuente que surjan riesgos desconocidos o no susceptibles de ser conocidos actuando incluso con la más exquisita diligencia. El consumidor tiene derecho a esperar que el producto haya sido comercializado sin vicios de ningún tipo y que, por tanto, usado en forma normal no le causará ningún tipo de daño. No tiene ninguna relevancia el hecho de que el productor no conociera o incluso que, dado el estado de los conocimientos científicos y técnicos del momento en que el producto fue puesto en circulación, no pudiera conocer el carácter defectuoso del producto. En definitiva, ello es así debido a que al abordar el tema del desvelo que el desarrollo científico y técnico pueden generar sobre los vicios presentes en los bienes y servicios y sus posibles dañinas consecuencia nos movemos dentro de la órbita del actual artículo 1722 del nuevo Código Civil y comercial, es decir estamos en presencia de un factor objetivo de atribución.

Bien entendido esto último: no es mi intención afirmar que la naturaleza jurídica de los riesgos desarrollo sea la de pertenecer al factor de atribución objetivo riesgo creado, sino tan sólo dejar en claro cuál es el ámbito de la discusión. Ese lugar es de la responsabilidad objetiva.

CAPÍTULO II - ANTECEDENTES

Esta parte del trabajo está dedicada a la exposición y desarrollo de los antecedentes tanto vernáculos como extranjeros del tema elegido. Desgraciadamente en nuestro país los riesgos de desarrollo no han sido claramente receptados en la legislación. Tal como mencionaré unos párrafos más adelante, existe una sola disposición que tangencialmente –y creo que por pura casualidad– hace referencia a la incidencia del avance científico sobre el riesgo en los productos elaborados. Por suerte, en doctrina no ocurre lo mismo y si repasamos los temarios de muchas jornadas de derecho, comprobaremos sin mayor esfuerzo que el tema está presente desde hace varias décadas. Existe por parte de los ámbitos académicos una genuina preocupación por encontrar respuesta a un problema que, si bien no es nuevo, es de absoluta actualidad.

Este hecho, la falta de tratamiento legislativo, nos obliga a posar la mirada frontera afuera a fin de –aunque más no sea– hacer un breve repaso para verificar qué han hecho otros países con esta importante institución. Es decir, que la inclusión de la actualidad legislativa foránea como antecedentes no es un simple intento de por “estirar” la obra, sino que tiene su causa en nuestra carencia local. Intentaremos encontrar afuera aquello que le falta al sistema normativo patrio.

He mencionado en más de una oportunidad que el tópico en cuestión se discute desde hace ya mucho tiempo tanto en los ámbitos académicos y doctrinales del Viejo Continente como por juristas y catedráticos de los Estados Unidos de Norteamérica. El aporte de aquellas discusiones ha sido fructífero. De ambos lados del Atlántico encontramos legislaciones que se ocupan de regular los riesgos del desarrollo; algunas –la mayoría– lo ubican dentro de la categoría de eximentes de responsabilidad, otras lo legislan como parte del factor de atribución objetivo ‘riesgo creado’ y; finalmente encontramos un pequeño grupo de países –por caso Alemania y España– que, como reglan general adoptan la postura mayoritaria, pero que, en áreas específicas del quehacer humano, cargan al fabricante o productor de bienes y servicios con la responsabilidad por riesgos de desarrollo. Es decir, que han contemplado ámbitos en los que la eximente no funciona y transmuta en factor de responsabilidad objetivo ‘riesgo creado’.

Este repaso de antecedentes no puede obviarse la reglamentación pergeñada por a la Unión Europea. En el año 87' —el 25 de julio de 1987— ve la luz la Directiva 85/374/CEE relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos que es fruto de la labor del Consejo de las Comunidades Europeas y que marca un importante hito en la materia. Ella ha generado importantes cambios en las legislaciones de los países miembros de la Unión.

Pasemos al análisis en concreto, primero de nuestra realidad local para luego dedicarnos al derecho comparado.

1. DOCTRINA Y LEGISLACIÓN NACIONALES

El debate acerca de los riesgos del desarrollo queda de manifiesto en el conjunto de las jornadas y congresos en los que se ha abordado el tema. Por orden cronológico el tema fue tratado en los siguientes encuentros (Goldemberg & López Cabana, 1990; Sozzo, 2006):

1.1. ENCUENTROS, JORNADAS Y CONGRESOS

1.1.1. LAS VIII JORNADAS NACIONALES DE DERECHO CIVIL (LA PLATA, 1981).

En esta oportunidad, el debate sobre la cuestión tuvo ocasión de manifestarse en el seno de la Comisión número 5, dedicada al tratamiento de la “Responsabilidad civil por los productos elaborados”. Tras recomendar por unanimidad interpretar que *“el elaborador no se libera por la circunstancia de contar el producto con autorización estatal para su comercialización”* (III, 1) las discrepancias sobre la incidencia del progreso científico obligaron a redactar dos despachos: el primero, originado en la ponencia presentada por Kemelmajer de Carlucci y suscripto por Goldenberg, Zago, Kemelmajer de Carlucci, Parellada, Billordo, Videla Escalada, Díaz y Stodart, sostuvo que *“no es caso fortuito extraño a la empresa la ‘communis opinio’ científica sobre la inocuidad del producto si posteriores conocimientos prueban su dañosidad”* (III, 3, A); el segundo, redactado sobre la base de la ponencia de Ferreira Rubio y Moisset de Espanés, con las adhesiones de Compagnucci de Caso, Ferreira Rubio, Louzan de Solimano, Rodríguez, Virgili, Jauje,

Gherzi y Pardo, entendió que *“la existencia del defecto de fabricación deberá juzgarse según las normas científicas y técnicas corrientes a la época de puesta en el comercio y no según los avances científicos desarrollados al tiempo del juzgamiento”* (III, 3, B). Puestos a votación en el Plenario, ninguno de los despachos obtuvo mayoría, por haber recibido igual número de votos, siendo en consecuencia rechazados.

1.1.2. LAS IV JORNADAS RIOPLATENSES DE DERECHO (PUNTA DEL ESTE, 1986).

La Comisión N° 1 de Derecho Civil, que tuvo a su cargo el estudio de la “Responsabilidad por productos elaborados” elaboró un despacho dividido sobre el “desconocimiento de la nocividad potencial del producto”, en el que resultó mayoritaria la postura que admitió que *“el elaborador responde, aunque sea desconocida la nocividad potencial del producto al momento de lanzarlo al consumo”* (II,4, a). La Comisión redactora estuvo constituida por A. Alterini, Gamarra, Goldenberg, Kemelmajer de Carlucci, Bueres, Blengio, López Cabana, Monti, Bianchi, Esteguy, Gosende, Codeglia, Piaggio, Cerowsky, Taiah, Yannaduoni, Cobas, Zago, Gesualdi, Castellanos, Lezana, Taraborrelli, Cialdella, López Bohigas, Paladino, Fernández Fornigo, Pezzatti Pérez y Compagnucci de Caso. La disidencia suscripta por Piaggio, Bianchi, Esteguy, Cerowsky, Gosende y Compagnucci de Caso consideró que *“el elaborador no asume el riesgo del proceso científico posterior al lanzamiento del producto”* (II, 4 b).

1.1.3. LAS I JORNADAS SOBRE RESPONSABILIDAD POR PRODUCTOS FARMACÉUTICOS Y MEDICINALES (MORÓN, 1987).

Tuvieron ocasión de expedirse sobre el problema a través de sus distintas comisiones. Se resolvió que *“no configura caso fortuito extraño a la actividad, el denominado riesgo de desarrollo”* (Com. 1, V); que *“admitida la necesidad de la vigilancia de los poderes públicos para preservar las cualidades terapéuticas de los fármacos debe extenderse su estricto control para prevenir su morbosidad”* (Com. 2, I, 4) y. que *“la existencia de autorización estatal no exime de responsabilidad al elaborador si se acredita el vicio o defecto de fabricación del producto que le imprimió dañosidad”* (Com. 2, II, 3).

Al analizarse la “responsabilidad del laboratorio, distribuidor y farmacéutico” se señaló “como fundamento de la responsabilidad del elaborador del producto medicinal, la seguridad prometida al consumidor o razonablemente esperada por éste, respecto de la inocuidad del fármaco y de las propiedades indicadas” (Com. 3, I, 1) y como “obligación del laboratorio proceder al seguimiento del producto y ante la aparición de efectos perjudiciales, advertirlos y en su caso, llegar hasta el retiro del mismo de la circulación del mercado” (Com. 3, I,4).

Sobre “los medicamentos y la responsabilidad del médico en la prescripción” se entendió que la adecuación del daño debía presumirse, y que *“el médico no se exime cuando el medicamento tiene nocividad conocida o cognoscible y asume el riesgo de prescribirlo”* (Com. 4).

La importancia que cabe asignar a las conclusiones que se han transcripto, deriva del hecho de ser la industria farmacéutica la que se encuentra más frecuentemente frente a este tipo de riesgos.

1.1.4. JORNADAS MARPLATENSES DE RESPONSABILIDAD CIVIL Y SEGUROS (MAR DEL PLATA, 1989).

En esta oportunidad, fue la Comisión N° 2 la que se ocupó del análisis de la “Responsabilidad del proveedor profesional de productos o servicios”. En su seno presentaron ponencias: 1) Juan Carlos Boragina, Jorge Alfredo Meza y María Martha Agoglia; 2) Juan Manuel Capua y Luis Alberto Giménez; 3) César Alfredo Lombardi; 4) Jorge A. Vigo y Silvia Y. Tanzi; 5) Nora Claudia Cuasnicu, Laura Beatríz Bilotta, María Inés Carteau, Mariano Di Giuseppe, Claudio Andrés Luqui, Isabel Noya y Eliana Anabel Núñez; 6) Isidoro H. Goldenberg y Roberto M. López Cabana; 7) María Martha Agoglia, Jorge Alfredo Meza y Juan Carlos Boragina; 8) Elena I. Highton de Nolasco, Dolores Miguens, Sandra Wierzba y Oscar M. Malamud; 9) Jorge Gabriel Taiah; 10) Alicia Fernández Leleu; 11) Adriana Graciela Batan y Diego Hernán Zetner; 12) Ricardo Lorenzetti; 13) Juan Antonio Constantino y Jae Myung Lee; 14) Eduardo Antonio Barbier y M. Fabiana Goldsztein Marote; 15) Elena M. Campanella de Rizzi y Ana María Stodart de Sasim; 16) Jorge Alberto Zago, Mónica Casares, Carlos A. Pittorino Cáceres Cano, María L. Subiza de Llantada, María Cristina Cuello y Norma Roca y 17) Jorge Mosset Iturraspe.

El despacho, elaborado por una Comisión redactora, conformada por Goldenberg, López Cabana, Lorenzetti, Messina de Estrella Gutiérrez, Andorno, Alterini, Mosset Iturraspe, Bueres, Stiglitz, Lombardi, Constantino, Giménez, Capua, Vigo, Cuasnicu, Fernández Leleu, Highton de Nolasco, Zago, fue informado ante el Plenario por Lorenzetti, y –en lo que concierne a los riesgos de desarrollo– con la disidencia de Lombardi y Lorenzetti, aprobó mayoritariamente la siguiente recomendación: *“En los casos de lanzamiento al mercado masivo de consumo de productos cuya nocividad no era conocida al momento de su puesta en circulación” pero que nuevas comprobaciones científicas o técnicas ponen de manifiesto, cabe responsabilizar al productor, que debe garantizar a los consumidores la inocuidad de los bienes que introduce en la comunidad. El profesional de la salud será responsable cuando la nocividad del medicamento prescripto era conocida o cognoscible, e igualmente lo indicó”* (recomendación 4, b).

1.1.5. I JORNADAS INTERNACIONALES DE ESTUDIANTES DE DERECHO (CÓRDOBA, 1992).

Esta vez, la Comisión N° 1, ocupada en debatir acerca temas relacionados a la responsabilidad Civil, emitió la siguiente opinión: *“IV. Temas que deben ser cuidadosamente analizados en una futura legislación (...) 3. Atento al impacto que estas leyes producen sobre la economía general y el desarrollo tecnológico, debe resolverse expresamente quién soportará el ‘riesgo de desarrollo’. Una solución transaccional podría ser la fijación de indemnizaciones limitadas”*.

1.1.6. PRIMERAS JORNADAS DE DERECHO CIVIL DE MORÓN (1994).

En este encuentro, la Comisión N° 2, a cargo de la temática “daños al consumidor y al usuario” llegó a una corta pero contundente conclusión. Sostuvo que: *“f) Riesgos de desarrollo: Los legitimados pasivos responden, en el régimen vigente, por los riesgos de desarrollo”*.

1.1.7. SÉPTIMAS JORNADAS RIOPLATENSES DE DERECHO (PUNTA DEL ESTE, 1994).

En esta oportunidad, además de debatir acerca de la responsabilidad por riesgo de desarrollo, hubo un esfuerzo por definir conceptualmente la figura, cosa que no había sucedido en anteriores oportunidades.

Por unanimidad se llegó al siguiente a la siguiente definición: “XIX. *Debe entenderse por ‘riesgos del desarrollo’ los daños causados por productos y/o servicios, que eran considerados inocuos al tiempo de su introducción en el mercado, y que, posteriormente, ponen de manifiesto su nocividad*”. Unanimidad que se rompió a la hora decidir la naturaleza jurídica de este tipo de riesgos por lo que el resultado del encuentro dio como frutos dos despachos. El despacho mayoritario sostuvo lo siguiente: “XX-a) *Si los conocimientos científicos y técnicos no permiten descubrir la existencia del riesgo al momento de la puesta en circulación del producto, se configura el caso fortuito, que libera de responsabilidad al fabricante*”. En clara minoría, la Dra. Venegas expuso su disidencia con la siguiente conclusión “XX-b) *El fabricante es responsable por los riesgos del desarrollo*”.

Finalmente, el debate acerca de quién debe hacerse cargo de los daños expuestos por el desarrollo científico terminó con este despacho por unanimidad: “XXI. *La responsabilidad por los riesgos del desarrollo debe ser distribuida entre toda la comunidad, a través de la implementación de seguros obligatorios y/o fondos de garantía. Estos mecanismos evitarán que los riesgos del avance tecnológico sean soportados exclusivamente por las víctimas o por las empresas que cumplieron al elaborar sus productos con las normas acorde al avance científico de su época*”.

1.1.8. JORNADAS NACIONALES DE DERECHO PRIVADO (CORRIENTES, 1994)

En este encuentro las disidencias respecto a la responsabilidad por riesgo de desarrollo volvieron a reflejarse en las conclusiones finales de las jornadas. La Comisión N° 2, encargada del estudio del tema emitió dos dictámenes, uno mayoritario en el que se afirmó que “*Es atribuible al fabricante la responsabilidad por los riesgos del desarrollo*” firmado por Goldenberg, Moisset de Espanés, Pizarro, Arduino, Estigarribia, Cima, Cabrera, Venturini, Claps, Scirgalea, Almeida (despacho 1, 3, e). Por su parte, los Dres. Lorenzetti y Lombardi, en disidencia concluyeron que “*el fabricante no responde por los riesgos del desarrollo*” (despacho 1, 3, f).

1.1.9. II CONGRESO ARGENTINO DE DERECHO DEL CONSUMIDOR Y I ENCUENTRO NACIONAL DE DEFENSA DEL CONSUMIDOR Y USUARIO (ROSARIO, 1994).

En este último antecedente al que haré referencia, la discusión final arrojó un resultado contundente. La Comisión N° 3, encargada del estudio de cuestiones relacionadas a la responsabilidad civil, textual y lacónicamente concluyó que “*El fabricante es responsable por los riesgos del desarrollo*” (3, 8).

Como puede apreciarse a través de este repaso de antecedentes doctrinales, los riesgos del desarrollo, como temática individualizada, solamente fueron abordados por la doctrina argentina con carácter periférico, casi secundario, y siempre dentro del marco de la discusión del problema de la responsabilidad por productos elaborados en el ámbito del Derecho de Daños y del Derecho del Consumidor.

Por otra parte, la discusión al respecto giró siempre en derredor de la conveniencia o no de su inclusión dentro de esquema normativo nacional; más concretamente, si los proveedores de bienes y servicios, específicamente los fabricantes, debían responder por los daños por ellos ocasionados, como si se tratase de un defecto de información más, o bien, si los mismos debían constituir una eximente para la responsabilidad de los proveedores (Sozzo, 2006).

Finalmente, y para concluir con este apartado, es importante destacar que la sanción de Ley de Defensa de Consumidor, N° 24.240, y sobretodo su Decreto reglamentario –1798/94– al regular el derecho a la información pusieron fin inexplicablemente al debate dogmático en torno a los riesgos de desarrollo que tuvieron lugar hasta esa época; con posterioridad, los congresos y reuniones de la dogmática dejaron de ocuparse directamente del problema, aunque no está claro el por qué.

1.2. LEGISLACIÓN NACIONAL

Personalmente entiendo que la atribución de responsabilidad por daños –o la falta de ella– a causa del avance del conocimiento técnico y científico no tiene, ni ha tenido, consagración legislativa en nuestro país. No contradice esta afirmación el hecho de que el ordenamiento nacional haga –ocasionalmente– referencia al avance científico

ya que una cosa es tener en cuenta el avance de la ciencia y otro muy distinto es regular el riesgo por desarrollo.

La legislación no puede hacer caso omiso a los avances sociales, la savia que nutre el sistema jurídico es la realidad social y sus constantes cambios, pero puntualmente en este caso hablamos de tomar al desarrollo científico como factor determinante de la atribución de responsabilidad o como causa eximente de la obligación de reparar. Esto último no ha sucedido en la historia de nuestra legislación.

Sin embargo, hay autores que no entienden lo mismo y por ello plantean determinadas situaciones en las que creen que el riesgo de desarrollo está presente. Me ocuparé de ellas brevemente.

1.2.1. EL ARTÍCULO 40 DE LA LEY 24.240

Existe una interpretación del artículo 40 de la Ley de Defensa del Consumidor que entiende que la norma contempla a los riesgos de desarrollo como factor de atribución de responsabilidad civil por daños causado al consumidor por los vicios o defectos del producto. Concretamente me refiero al análisis que realiza Diego M. Fissore en un artículo titulado “*Los daños producto de los riesgos del desarrollo*”, publicado en la Revista de Derecho de Daños, Sección Creación de riesgos, número 3, del año 2006 (pág. 237/262). Allí este autor se ocupa, entre otras cuestiones, de la aplicabilidad de los riesgos del desarrollo y entiende que es a través del artículo 40 de la Ley 24.240 que esta tipología de riesgos ingresa a nuestro sistema normativo.

Recordemos que el mencionado artículo determina que el fabricante, importador, distribuidor, proveedor, vendedor y quienes hayan puesto su marca en el objeto, están obligados a reparar los daños causados al consumidor por el vicio o defecto del producto.

Entiende Fissore que como la norma no contiene calificación alguna acerca de cuál es el tiempo en el que deben estar presentes los vicios o riesgo en la cosa o si los daños por ellos generados podían o no conocerse al tiempo de la fabricación del producto, no caben dudas de que la relación de consumo y la responsabilidad por los daños que sufra el consumidor incluyen a los que puedan producirse por el riesgo de desarrollo. Afirma que la norma es clara en cuanto requiere que daño surja, emerja del riesgo o vicio

de la cosa, sin indicar referencia alguna al tiempo en el cual el vicio o defecto existió, se conoció o pudo haber sido conocido. (2006, pág. 252).

Más allá de reconocer la originalidad del esfuerzo por ver dentro del sistema jurídico a esta importante institución, creo no cabe otra posibilidad que descartar de plano la interpretación que realiza el mencionado autor. Vuelve a caerse –igual que en el punto 2.9 del capítulo anterior– en una gran confusión que decanta en un determinismo histórico sin sentido ya que parte de suponer que sabemos lo que todavía no sabemos, pero sabremos. El hecho de que la norma del artículo 40 de la ley 24.240 no fije un límite temporal respecto al estado de conocimientos no nos autoriza, sin más razón, a inferir que todo defecto descubierto con posterioridad a la fabricación –tal como menciona Fissore– quede dentro del campo de acción del factor responsabilidad riesgo creado, pues no es lo mismo conocer que no conocer o que tener la posibilidad de conocer ya que si nada es distinto, todo es lo mismo y la ley dejaría de ser necesaria.

Pero además hay otra razón, oculta dentro de la propia lógica del autor. Si la ley no marca el momento a tomar en cuenta para determinar si un producto es defectuoso o, si la norma no se refiere a la posibilidad de conocer la existencia del riesgo como factor relevante a fines de imputar responsabilidad, es porque no considera a ninguna de esas dos condiciones como digna de ser tenidas en cuenta para elaborar un caso en contra de los sujetos que menciona el artículo 40. En otras palabras, estos parámetros mencionados –momento de la existencia del vicio y cognoscibilidad del mismo– no son tenidos en cuenta por la ley porque el sistema ignora a los riesgos del desarrollo, no los contempla. Intentar que entre por la ventana aquello no ha entrado por la puerta es una actitud más cercana a la porfía –por más loable que sea– que al análisis riguroso de la normativa vigente.

1.2.2. DECRETO REGLAMENTARIO N° 1798/94.

Parte de la doctrina, que se ha ocupado en profundidad del estudio de los riesgos de desarrollo, entiende que el panorama en torno a la regulación jurídica de aquellos cambió radicalmente a partir de la sanción de la Ley de Defensa de Consumidor y, particularmente, al ver la luz su reglamentación, el decreto 1798/94 (Tallone, 2000; Sozzo, 2006).

Este decreto fue blanco de durísimas objeciones doctrinarias ya que avanza inconstitucionalmente sobre el texto de la ley. Según entiende esta corriente de opinión al

ocuparse del artículo 4º de la ley que sienta la regla general en materia de información, el decreto reglamentario introduce el problema de los riesgos de desarrollo. El artículo 4º del decreto reglamentario tiene como fuente de inspiración directa el artículo 10. 1º del Código de Defensa del Consumidor del Brasil. Es asombroso advertir cómo varias de las disposiciones contenidas en el decreto reglamentario de la Ley 24.240 –a más de varias de la propia ley– son un “fiel” reflejo de la normativa contenida en el Código de Defensa del Consumidor del Brasil –ley N° 8078/90–. Así, a modo de ejemplo podemos mencionar nuestro artículo 7º del decreto reglamentario y el 35 de la ley brasileña, o nuestro artículo 4º de la reglamentación y el 10. 1º del mencionado Código.

Dice el artículo 4º del decreto 1798: “*Los proveedores de cosas o servicios que, posteriormente a la introducción de los mismos en el mercado de consumo, tengan conocimiento de su peligrosidad, deberán comunicar inmediatamente tal circunstancia a las autoridades competentes y a los consumidores mediante anuncios publicitarios suficientes*”. La mayor diferencia de este dispositivo con el inc. 1º del artículo del Código de Defensa del Consumidor del Brasil es que elimina la frase “sabe o debería saber” que éste contiene.

En efecto, el artículo brasileiro contiene un encabezado que textualmente reza: “El proveedor no podrá colocar en el mercado de consumo, productos o servicios *que sabe o debería saber*, que presentan alto grado de nocividad o peligrosidad para la salud o seguridad. (...)”. Al no contar nuestra ley con esa referencia al conocimiento o deber de conocimiento por parte del proveedor de cosas o servicios, parte de la doctrina entiende que nuestra disposición puede ser referida a los riesgos del desarrollo. Entienden que este es el argumento fuerte para señalar que no hay ninguna duda de que los riesgos del desarrollo no generan responsabilidad, salvo que se hayan transformado en defectos de información cuando el proveedor ha omitido que se ha descubierto que el producto es peligroso (Sozzo, 2006).

Ahora bien, dejando de lado la evidente inconstitucionalidad del artículo 4º del decreto reglamentario de la Ley de Defensa del Consumidor –esta maldita costumbre que tienen nuestros legisladores de ampliar las leyes a través de reglamentos– entiendo que la interpretación que acepta la recepción de los riesgos de desarrollo, como eximente o como factor de atribución, en nuestra legislación es equivocada.

Les asiste razón a quienes como Cosimo G. Sozzo (2006) afirman que el artículo da pie para entender que el artículo en cuestión puede estar referido a lo que se conoce como riesgos del desarrollo, en este caso por un vicio o defecto de información. Pero de allí a afirmar categóricamente que no existe duda de que no generan responsabilidad, salvo que se hayan transformado en defectos de información es un salto lógico inaceptable, la reglamentación guarda silencio a tal respecto.

En consecuencia, no se puede afirmar que esté regulado como eximente o como factor de atribución. No hay argumentos que permitan inferir, como lo hace parte la doctrina, que el proveedor –tal como lo llama la ley– se exonere de responsabilidad al demostrar que ha cumplido con informar que ha tomado conocimiento que determinado producto por él ofrecido puede resultar peligroso. Como tampoco es válido sostener que estamos en presencia de una causa de imputación de responsabilidad civil ante la ausencia de comunicación en los términos de la reglamentación. Creo que más que nada estamos en presencia de una expresión de deseo que, por desgracia, no se materializa en la ley. Es loable el esfuerzo intelectual que se hace por introducir en nuestro sistema una figura tan importante y de tanta actualidad como los riesgos de desarrollo, pero no puede permitirse al costo de torcer la realidad.

Esta norma del decreto reglamentario se constituye en un ejemplo más de la imposición concreta de un deber de información, pues en ella se obliga a los proveedores a dar noticia de la circunstancia de la peligrosidad sobreviniente, tanto a la propia administración pública, concretamente, el organismo de contralor correspondiente, así como a los consumidores en general mediante avisos publicitarios suficientes (Sozzo, 2006). Acto seguido, la autoridad de contralor, deberá aplicar las sanciones administrativas correspondientes, pero no hay nada más que ello. La ley se queda corta, no explicita la consecuencia de esa falta de información. No imputa o exime de responsabilidad. Ahí es donde creo que radica el error de la interpretación anterior dado que el mismo argumento puede ser usado para sostener la postura contraria.

1.2.3. LEY NACIONAL DE MEDICAMENTOS, N° 16.463

De acuerdo a la opinión de Goldenberg y López Cabana (1990), la atribución de responsabilidad en los casos de riesgos derivados del desarrollo científico y técnico encuentra basamento normativo en nuestro ordenamiento jurídico. Concretamente, en la

Ley Nacional de Medicamentos, que lleva el número 16.463. Esta ley prevé la adecuación periódica de la farmacopea argentina de acuerdo al progreso de la ciencia (art. 8 y 11). A partir de allí, los autores mencionados entienden que nos encontramos ante un caso de riesgo de desarrollo.

Considero que esta interpretación confunde la diferenciación que hice al principio de este apartado. No se puede negar que la industria farmacológica se caracteriza por su constante desarrollo y avance científico; su norte es el tratamiento de enfermedades y patologías y en pos del mismo va detectando nuevas maneras y procedimientos para generar medicamentos más efectivos, o con menor impacto para la salud, a la vez que va desechando otros que van quedando obsoletos, fruto, precisamente, de ese incesante avance. La ley de medicamentos no hace otra cosa que reconocer esta característica y, en consecuencia, legislar el cambio. En otras palabras, la ley ha previsto esa constante mutación de la industria y ha generado un mecanismo de adecuación rápido a fin de evitar que sus normas se tornen igual de obsoletas que los medicamentos que regula.

Se afirma que los artículos que receptan la figura en cuestión son, especialmente, el 8 y el 11 de la ley 16.463. Veamos:

Art. 8: Las autorizaciones de elaboración y venta [de medicamentos] serán canceladas: (...) d) Cuando el producto no mantenga finalidades terapéuticas útiles, acordes con los adelantos científicos.

Art. 11: Dependiente del Ministerio de Asistencia Social y Salud Pública actuará la Comisión Permanente de la Farmacopea Argentina, que la revisará periódicamente, de acuerdo con el progreso de la ciencia y asesorará a los organismos públicos en las materias de su competencia.”

Ninguna de las normas transcritas imputa o exime de responsabilidad por daños; la primera de ellas, el inc. d) del art. 8, es fiel reflejo de mecanismo al que hice referencia hace un momento. Un medicamento dejará de tener tal nominación cuando devenga obsoleto, cuando ya no pueda cumplir su función de tal ¿de acuerdo a qué parámetro? Al avance científico obviamente, que es el que determina que una droga ya no cumple tal o cual función porque hay otra que la ha superado.

El otro dispositivo, el del art. 11, ni siquiera se refiere al desarrollo científico, sino que se ocupa de la función principal de un organismo público. Pone en cabeza de la

Comisión Permanente de la Farmacopea Argentina la labor de actualizar el listado de sustancias medicinales. Justamente el significado de farmacopea es, de acuerdo a la R.A.E., “Repertorio que publica oficialmente cada Estado como norma legal para la preparación, experimentación, prescripción, etc. de los medicamentos”. Algo parecido a lo que sucede en materia de residuos peligrosos, residuos industriales y actividades de servicios –Leyes N° 24.051 y 25.612– cuyas Autoridades de aplicación tienen la potestad de ampliar las listas de materiales considerados peligrosos incluidos en los anexos de las respectivas leyes.

En consecuencia, no les asiste razón a quienes sostienen que los riesgos de desarrollo están contemplados en la Ley Nacional de medicamentos. Esta ley no aborda el tema del riesgo de desarrollo a los fines de la responsabilidad por daños.

2. DERECHO COMPARADO

Tal como adelantamos al inicio del capítulo, me ocuparé ahora de revisar brevemente algunos casos de legislación extranjera.

2.1. UNIÓN EUROPEA – LA DIRECTIVA 85/374 DE LA CEE.

La Directiva 85/374 de la Comunidad Económica Europea –hoy Unión Europea– surge como necesidad de armonizar las legislaciones en materia de responsabilidad civil por productos. Dicha directiva fue objeto de constantes debates que comenzaron en el año 1974, en los que estuvieron presentes grupos industriales y asociaciones de consumidores, y finalizaron recién el 25 de julio de 1985 fecha en que se aprueba la Directiva.

Se ha dicho que la regulación Comunitaria ha generado un verdadero sistema autónomo de responsabilidad por productos. La norma tiene además otro mérito que consiste en haber logrado una síntesis de desarrollos y opiniones doctrinarias tan disímiles, incluyendo las soluciones provenientes del Derecho de los Estados Unidos de América. De hecho, parte de su simplicidad proviene de haber adoptado la regla básica del apartado 40.2A del Second Restatement of Torts. Si a esto le sumamos que su transposición como Derecho interno es obligatoria para todos los Estados de la Unión Europea y que, a causa de ello, ha sido copiada no solo por los países vecinos al ámbito de la Unión, sino también por potencias mundiales como Australia y Japón; entonces llegaremos a la conclusión de

que la Directiva 85/374/CEE es la actual referencia mundial en la materia (Vadillo Robredo, 1998).

Si ponemos atención a los trabajos de elaboración de la Directiva vemos que una de las dificultades principales con que se encontraron los Estados –en aquél momento– de la Comunidad Europea, a la hora de aprobar la Directiva, fue la causa de exclusión de responsabilidad del fabricante de los riesgos del desarrollo. Fue su inicial exclusión lo que provocó el retraso en la aprobación de la Propuesta de Directiva de 1976.

Hagamos un poco de historia. En 1968 comienzan los trabajos para la elaboración de la Directiva, pero éstos se ven interrumpidos por la adhesión de Gran Bretaña a la Comunidad –paradoja del destino que hoy vivimos su salida–. En agosto de 1974 se presentan dos documentos, el Memorándum de la Comisión sobre armonización de las legislaciones en materia de responsabilidad civil de productos y un primer Proyecto Preliminar de Directiva. Estos trabajos darán lugar a la Propuesta de Directiva de 1976, presentada por la Comisión al Consejo de Ministros el 19 de setiembre de 1976.

En el Proyecto de 1976 prevaleció la opinión de excluir los riesgos del desarrollo, ya que de lo contrario –se entendió– que se estaría haciendo una concesión injustificada al principio de responsabilidad por culpa, y esto era justamente lo que se trataba de evitar. En aquel entonces, la exclusión se consideró una victoria con concesiones hacia la minoría liderada por Alemania que logró que se estableciera un límite máximo sobre la cantidad compensatoria. En base al artículo 100.2 del Tratado de la CEE el Proyecto debía someterse a la consulta del Parlamento Europeo. El dictamen tardó tres años en salir a la luz y en él se recoge, entre otras, la propuesta del Parlamento de excluir los riesgos del desarrollo. En 1979 la Comisión presenta al Consejo de Ministros una nueva Propuesta en la que se mantiene la exclusión de los riesgos del desarrollo y es aquí cuando comienza el período de negociaciones que comprenderá el lapso que va desde 1979 a 1985.

La propuesta estaba claramente inspirada en el sistema norteamericano, y por ello se encontró con la oposición de los sectores industriales hacia el sistema de responsabilidad objetiva absoluta que en ella se contenía. La Comisión justificaba el hecho de que el productor fuese el centro de imputación ideal del daño, ya que “es quien puede incluir los gastos que debe soportar a causa de dicha responsabilidad, como costos de

producción en el cálculo de precios y repartirlos, así, entre todos los consumidores que utilizan productos de la misma especie tipo, aunque exentos de defectos”.

Con arreglo al artículo 1º de la Propuesta, el productor *“será responsable de los daños causados por los defectos de la cosa, prescindiendo del hecho de que los conociera. El productor será responsable asimismo si la cosa, según el estado de progreso de la técnica y la ciencia, no podía considerarse defectuosa en el momento en que la puso en circulación”*.

Francia, Bélgica, Dinamarca, Grecia, Irlanda y Luxemburgo eran favorables a que no se exonerara la responsabilidad del productor. Italia, Holanda y el Reino Unido mantenían la postura contraria (Vadillo Robredo, 1998). En 1985 se llegó a un acuerdo por el que se recogen los riesgos del desarrollo como causa de exoneración de la responsabilidad del productor –art. 7.e.–, pero se dejó la posibilidad a los Estados miembros para que en su legislación no se impida la responsabilidad –artículo 15.1–.

De esta manera, el sistema respecto a los riesgos de desarrollo quedó diagramado en base a estas dos normas:

El artículo 7: *“En aplicación de la presente Directiva, el productor no será responsable si prueba: e) (...) que, en el momento en que el producto fue puesto en circulación, el estado de los conocimientos científicos y técnicos no permitía descubrir la existencia del defecto”*.

El artículo 15.1: *“Cada Estado miembro podrá: (...) b) no obstante lo previsto en la letra e) del artículo 7, mantener o, sin perjuicio del procedimiento definitivo en el apartado 2 del presente artículo, disponer en su legislación que el productor será responsable incluso si demostrara que, en el momento en que él puso el producto en circulación, el estado de los conocimientos técnicos y científicos no permitía detectar la existencia del defecto.”*.

A modo de acuerdo transaccional, la Directiva brinda la posibilidad de mantener la responsabilidad por riesgos del desarrollo que exista en el derecho interno de un Estado miembro, como por ejemplo sucedía al momento de la aprobación, con la Ley alemana sobre productos farmacéuticos. Pero, además, también prevé un procedimiento específico para el caso de que un Estado miembro quiera eliminar la causa de exoneración. La norma comunitaria permite a los Estados miembros separarse de lo establecido en ella, no sólo

en la cuestión de los riesgos del desarrollo, sino también en la ampliación del concepto de producto (art. 15.1) –permitiendo la inclusión de las materias primas agrícolas no transformadas– y en la introducción de límites cuantitativos de responsabilidad –artículos 16.1 y 18 respectivamente–.

Como consecuencia de la regulación regional, los países miembros de la Unión se vieron compelidos a adecuar –los españoles usan el término ‘transponer’– sus propias normas internas. Ello dio como resultado un conjunto de leyes nacionales que regulan la cuestión de manera bastante uniforme. La única diferencia está dada por la utilización de la prerrogativa otorgada por el artículo 15.1. b) de la Directiva. Veamos que ha sucedido en particular con algunas legislaciones de los Estados miembro.

2.2. ALEMANIA.

En Alemania, país que también sufrió los devastadores efectos de la talidomida –y cuyas experiencias sirvieron como antecedente a los Estados Unidos de América–, la Ley de Medicamentos de 1976 (Arzneimittelgesetz, o simplemente AMG) excluyó de manera limitada la posibilidad de que un laboratorio farmacéutico pudiera exonerarse de responsabilidad oponiendo la excepción de riesgos de desarrollo ante un defecto de producto (Coderch & Rubí Puig, 2008). El párrafo 84 de dicha ley sostenía: “§ 84. *Responsabilidad por riesgo: (1) Los laboratorios farmacéuticos que fabrican o comercializan un medicamento sujeto al procedimiento general de autorización previsto en la ley y cuyo uso causa la muerte, daños corporales o a la salud de una persona responden por ello si: i) el consumo del medicamento conforme a las instrucciones para su uso produce efectos perjudiciales que van más allá de lo que, según los conocimientos de la ciencia médica, resulta tolerable y que se originan en el ámbito de su desarrollo o fabricación, o ii) el daño se ha producido como consecuencia de un saber, una información especializada o de una instrucción para el uso que no se corresponde con los conocimientos de la ciencia médica*”

La inoponibilidad de la excepción se limitaba sólo a algunos de los medicamentos incluidos en el ámbito de aplicación de la ley y al resarcimiento de determinados daños –daños corporales o a la salud significativos– y, además, sujetaba la responsabilidad de los laboratorios farmacéuticos a un límite indemnizatorio máximo.

En la actualidad, y luego de la adecuación a la normativa de la Unión, la responsabilidad por riesgos de desarrollo derivada del § 84.1 AMG, aplicable en virtud de la remisión del parágrafo 15.1 de la Ley de Responsabilidad de Productos (Produkthaftung Gesetz, o ProdHaftG), no alcanza a todos los medicamentos cubiertos por la ley (parágrafo 2 de la AMG). Así entonces, la excepción será aplicable sólo a aquellos medicamentos que se destinen al consumo humano, que estén sujetos al deber de obtener una autorización (parágrafo 21.1 de la AMG) o estén exentos del mismo por disposición reglamentaria (parágrafo 36 de la AMG) y sean suministrados al consumidor en el ámbito de aplicación territorial de la Ley (Coderch & Rubí Puig, 2008). Los restantes medicamentos sí quedan sometidos a las disposiciones de la ProdHaftG y, por lo tanto, los laboratorios farmacéuticos demandados podrán recurrir a la excepción de riesgos de desarrollo.

La responsabilidad prevista en el § 84.1 de la AMG se sujeta a unas condiciones distintas a las previstas para el resto de productos por la Ley de responsabilidad del fabricante, y no sólo la excepción es inoponible, sino que, además, existen otras diferencias:

- a) El monto máximo indemnizatorio es distinto: el § 88.1.1 de la ley del medicamento establece un límite máximo de 600.000 € o una renta periódica máxima anual de 36.000 € por daños causados a una persona, limitación individual que la ley de productos no contempla; respecto a daños en serie causados a varios perjudicados el § 88.1.2 de la ley del medicamento establece un máximo de 120.000.000 € o 7.200.000 € en rentas periódicas anuales frente a los 85.000.000 € del § 10 de la ley de responsabilidad por productos;
- b) Es también distinto el tipo de daños objeto de protección: sólo daños físicos o a la salud en la ley del medicamento, § 84.1, e inclusión de los daños a cosas de uso o consumo privado distintas del propio producto en la ley de responsabilidad por productos, § 1.1; c)
- por último, el plazo de prescripción es distinto: 10 años, según el § 13.1 ley de responsabilidad por productos e inexistente en la ley del medicamento.

2.3. ITALIA, LUXEMBURGO Y FINLANDIA.

En el caso de la República Italia, la Directiva se fue introducida mediante la Ley 224 del 24 de mayo del año 1988. Así, su artículo sexto excluye de responsabilidad “(...)

e) Si el estado de los conocimientos científicos y técnicos, en el momento cuando el productor ha puesto en circulación el producto, no permitía todavía considerar el producto como defectuoso.”

Luxemburgo –por ley del 21/04/1989, modificada el 06/12/1989– y Finlandia –por ley del 17/08/1990, modificada por última vez en el 27/11/1998– se acogieron a la posibilidad que ofrecía el art. 15.1.b) de la Directiva 85/374/CEE y rechazaron acoger la excepción de riesgos de desarrollo. Para estos dos países integrantes de la Unión, los daños causados por productos defectuosos, cuya dañosidad se descubre con posterioridad a la puesta en circulación en el mercado, generan responsabilidad en cabeza del productor o fabricante.

2.4. FRANCIA.

El caso de Francia tiene algunas particularidades. El país Galo se ocupó de legislar la cuestión por medio de una ley del de mayo de 1998, la N° 98-389, que incorporó la Directiva al derecho francés. Si la regulación de los riesgos del desarrollo en la ley alemana de 1976 fue, en gran medida, la respuesta legal a la tragedia de la talidomida, la ley francesa de 1998 constituyó reacción legal frente a otra catástrofe masiva, la crisis de los hemoderivados infectados del virus de la inmunodeficiencia humana adquirida durante la década de los años ochenta (Coderch & Rubí Puig, 2008).

Entre otros aspectos, la ley de transposición añadía los nuevos arts. 1386-11.4 y 1386-12 al viejo Código Civil. El primero de estos incisos acogió la posibilidad de oponer la excepción de riesgos de desarrollo, pero el siguiente apartado, el 12, limitó su alcance y, en su virtud, el fabricante no podría invocar la excepción si el daño había sido causado por un elemento del cuerpo humano o por los productos elaborados a partir del mismo, ni tampoco si el defecto se había manifestado durante los 10 años siguientes a su puesta en circulación y no se habían adoptado medidas adecuadas para prevenir las consecuencias perjudiciales.

La Comisión Europea consideró que la ley de transposición era contraria a la Directiva por tres motivos, de los cuales y a efectos de este trabajo, sólo importa destacar el último: según la Comisión, el art. 1386-12 del “Code” exigía que el productor demos-

trara haber adoptado las medidas necesarias para prevenir las consecuencias de un producto defectuoso a fin de poderse acoger a las causas de exención previstas en el art. 7 Directiva, letras d y e, cuando dicho art. 7 no exige tal prueba (Alpa, 1991).

El Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea –TJCE–, en sentencia de fecha 24 de abril de 2002, asunto C-52/00, “*Comisión c. República Francesa*”, resolvió que el Estado francés había incorporado incorrectamente la Directiva en todos los extremos denunciados por la Comisión. El Tribunal resolvió que “(...) *El margen de apreciación de que disponen los Estados miembros para regular la responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos se fija exclusivamente en la propia Directiva*” (§16). Agregó además que “(...) *la Directiva no contiene ninguna disposición que autorice expresamente a los Estados miembros a adoptar o a mantener, en las materias que regula, disposiciones más estrictas para garantizar a los consumidores un grado de protección más elevado*” (§18) (Alpa, 1991).

Como consecuencia del categórico fallo del TJCE, la Ley N° 2004-1343, cuyo alumbramiento se produjo el 9 de diciembre de 2004, modificó éste y otros aspectos señalados por el Alto Tribunal. Luego de la reforma, el art. 1386-12 CC excluye la excepción de riesgos de desarrollo para daños causados por un elemento del cuerpo humano o por los productos elaborados a partir del mismo.

2.5. ESPAÑA.

El legislador español transpuso la Directiva 85/374/CEE en el ordenamiento interno a través de la Ley 22/1994, promulgada el 6 de julio, de Responsabilidad civil por daños causados por productos defectuosos.

Años más tarde, el gobierno español, habilitado por la disposición final quinta de una ley sancionada el 29 de diciembre de 2006, la N° 44/2006, de mejora de la protección de los consumidores y usuarios, unificó en un único texto legal diferentes leyes en materia de protección de consumidores y, entre ellas, la Ley 22/1994. En efecto, el Real Decreto Legislativo 1/2007, por el que se aprueba el texto unificado de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, derogó la Ley 22/1994, cuyo texto quedó incorporado en el Libro Tercero.

El artículo 140 del Real Decreto Legislativo 1/2007—casi idéntico a su presente, el artículo 6º de la Ley 22/1994—rige actualmente la responsabilidad del fabricante por riesgos de desarrollo en los siguientes términos:

“1. El productor no será responsable si prueba: (...)

e) Que el estado de los conocimientos científicos y técnicos existentes en el momento de la puesta en circulación no permitía apreciar la existencia del defecto. (...)

3. En el caso de medicamentos, alimentos o productos alimentarios destinados al consumo humano, los sujetos responsables, de acuerdo con este capítulo, no podrán invocar la causa de exoneración del apartado 1, letra e)”

2.6. ESTADOS UNIDOS

En los Estado Unidos de Norteamérica, de acuerdo a lo que comentan Pizarro y Vallespinos (Pizarro & Vallespinos, 2012), la cuestión recibe el nombre de ‘state of the art defense’ y consiste en que el demandado aporte pruebas demostrativas de haber cumplido con las reglas y técnicas de la industria de la que forma parte. Informan los mencionados autores la mayoría de las legislaciones estatales prescriben que la sola observancia de las prácticas industriales no es concluyente y, por lo tanto, no puede erigirse en una excepción a la acción de responsabilidad. Pero que existen algunos Estados de la Unión que le han asignado a la demostración de cumplimiento de los estándares de la industria el valor de presunción de no existencia de defecto en el producto. Presunción que ejerce enorme presión en contra del demandante ya que tiene por efecto invertir la carga probatoria.

Es importante remarcar que los antecedentes y el desenvolvimiento de los riesgos del desarrollo se encuentran fundamentalmente en la doctrina y la jurisprudencia norteamericana. A causa de ello el término state of the art tiene un significado impreciso; la evolución de la figura ha sido dispar en los diferentes Estados Unión. De todas maneras, ese desarrollo teórico llevó, allá por el año 1965, a la aprobación de la sección 402 A del Restatement (Second) of Torts por parte la American Law Institute (Ovalle Piedra, 2001).

Cuerpo legal que, en lo que se refiere a la responsabilidad objetiva, ha tenido por lo menos tres períodos. En el último, que actualmente se encuentra en desarrollo, se in-

tenta dar respuesta a cuestiones tales como las defensas del productor, la relación de causalidad, la aplicación de la responsabilidad objetiva a situaciones o productos particulares y, justamente el state of the art. (Vadillo Robredo, 1998).

El análisis de la cuestión acerca de si un producto debe ser evaluado a la luz de los conocimientos científicos y de la tecnología disponible en el momento de su distribución o del proceso, es decir, del estado de la ciencia, se lleva a cabo en tres ámbitos diferentes. Primero, el fabricante puede fracasar en anticipar un accidente causado por el mal uso imprevisible de un producto. Segundo, el fabricante de un producto relativamente nuevo puede no ser consiente de un riesgo genérico asociado con el producto. Por último, en tercer lugar, el fabricante puede conocer el riesgo, pero no existir la tecnología posible para reducirlo. Los tribunales norteamericanos suelen usar la expresión state of the art para hacer referencia al segundo y tercer supuesto (Vadillo Robredo, 1998).

Como se puede apreciar, la expresión state of the art no se corresponde exactamente con la que vengo describiendo hasta ahora como riesgo de desarrollo o estado de la ciencia. Aquella incluye aspectos no contemplados por ésta, como, por ejemplo, el hecho de que el producto posteriormente se ponga en circulación de forma más perfeccionada, y en ocasiones se ha confundido o asimilado a los usos y costumbre de la industria. Además, el término ha tenido un tratamiento diferente según el tipo de defecto que se esté analizando en el caso concreto: de información, de fabricación o de diseño.

2.7. *BRASIL*

Al momento de ocuparme de uno de los que se mencionan como antecedentes de los riesgos de desarrollo en nuestro país –punto 1.2.2 de este capítulo–, me referí al artículo 10 del Código de Defensa del Consumidor de Brasil. Esta norma es la punta de lanza para quienes entienden que en la legislación de nuestro mayor socio comercial se encuentran contemplados los riesgos de desarrollo.

El artículo textualmente dice: *“El proveedor no podrá colocar en el mercado de consumo, productos o servicios que sabe o debería saber, que presentan alto grado de nocividad o peligrosidad para la salud o seguridad.*

1. *El proveedor de productos o servicios, que posteriormente a su introducción en el mercado de consumo, tuviera conocimiento de la peligrosidad que presenten, deberá comunicar inmediatamente el hecho a las autoridades competentes y a los consumidores, mediante anuncios publicitarios.*

2. *Los anuncios publicitarios a que se refiere el párrafo anterior serán transmitidos por la prensa, radio y televisión, a cargo del proveedor del producto o del servicio.*

3. *Siempre que tuviere conocimiento de la peligrosidad de productos o servicios para la salud o seguridad de los consumidores, La Unión, Los Estados, el Distrito Federal y los municipios, deberán informarles al respecto”.*

En la República Federativa del Brasil, la presencia en el acápite del artículo de la referencia a la existencia de una negligencia —*debería haber sabido que era defectuoso*— impide, según entiende parte de la doctrina, referir el resto de la norma, incluyendo por supuesto el primer párrafo, al ámbito de los riesgos del desarrollo, ya que éstos son aquellos que no podían conocerse ni siquiera empleando los conocimientos más avanzados a la época del lanzamiento al mercado.

Además, un sector de la dogmática brasileña sostiene que es la norma del artículo 12 del Código —que define al producto defectuoso— la que encierra una referencia al problema de los riesgos del desarrollo cuando señala que el producto es defectuoso en tanto y en cuanto no ofrece al consumidor la seguridad que éste legítimamente espera —se inclina claramente por la idea de las expectativas legítimas, dejando de lado la idea del riesgo beneficio, referenciados en el capítulo anterior—, y señala allí que dichas expectativas legítimas deben establecerse tomando en consideración las circunstancias relevantes, entre las cuales figura: “*III. La época en que fue colocado en circulación*” (Sozzo, 2006).

Como dije, de esta regla alguna parte de la dogmática civilista brasileña deduce que el estado del arte es una exigente de responsabilidad. Otros autores entienden que los riesgos del desarrollo constituyen defectos de diseño y que por tanto son, en cuanto tales, causa de responsabilidad, tal como lo establece el artículo 12, parte final. Se argumenta en esta línea que no se encuentra incluido —el riesgo del desarrollo— entre las exigentes del artículo 12, párrafo 3.

Para esta segunda línea de opinión no deben confundirse los riesgos del desarrollo con la hipótesis prevista por el artículo 12, parágrafo 1, inciso III. En esta hipótesis el producto no es defectuoso, por corresponder a las expectativas de seguridad existentes a la época de su lanzamiento al mercado; lo que ocurre es que fue superado por un producto más nuevo, que posee mayor nivel tecnológico y conocimiento científico incorporado (Sozzo, 2006). Por el contrario, en el caso del producto con un riesgo del desarrollo se está objetivamente frente a un producto defectuoso, pero que no puede ser advertido, debido a que el conocimiento científico disponible a la época del lanzamiento al mercado no lo permite.

En pocas palabras, si bien la legislación del vecino país parece ser más depurada que en el nuestro, la discusión transita actualmente por carriles similares que entre nosotros. Se discute si la figura está o no receptada por el sistema normativo, y, en tal caso, si exime o responsabiliza.

CAPÍTULO III - POSTURAS ANTAGÓNICAS

Como bien se sabe el objetivo principal de este trabajo final de graduación es determinar en qué lugar del cuadro de categorías jurídicas deben ubicarse los riesgos del desarrollo. Al proyectar la labor expresé sucintamente que la discusión doméstica respecto de los riesgos de desarrollo, se resumen –al igual que en otros países– en el binomio: eximente-responsabilidad. En el primer término de esa dualidad, posición francamente minoritaria nuestro país –no así en el extranjero–, encontramos autores de la talla de Agogliá, Boragina, Lorenzetti y Meza. Sin ánimo de agotar los argumentos que estos grandes autores esgrimen en pos de la exoneración de daños producidos por la figura en cuestión, encontramos: inexistencia defecto y su consecuente imposibilidad de diseñar políticas de prevención financiera idóneas; asimilación al caso fortuito dado la imprevisibilidad del riesgo; imposibilidad de aseguramiento de los daños producidos a causa de estos defectos; aumento de costo de productos y servicios; desaliento a la investigación científica y, por derivación, a la innovación tecnológica, entre otros.

En la vereda opuesta, se encuentran quienes rechazan la existencia de una eximente de responsabilidad, se ocupan de refutar las razones expuestas por la corriente anteriormente mencionada, sostienen que no tiene fundamento en las normas en nuestro derecho y bregan por su futura incorporación al derecho vigente –Goldember, López Cabana, López Meza, Tallone, Trigo Represas, Sozzo–. Esta segunda postura es la que ha prevalecido en Jornadas, Congresos y Encuentros de Derecho realizados a lo largo y ancho de nuestro país, especialmente desde la década del 80’.

Pasemos ahora a ver con mayor detenimiento los argumentos de cada parte.

1. LOS RIESGOS DE DESARROLLO COMO EXCEPCIÓN A LA RESPONSABILIDAD.

He dicho en más de una oportunidad que quienes se anotan como partidarios de esta postura entienden que el hecho que el avance de la ciencia y la técnica, y su correlativo ‘descubrimiento’ de nuevos riesgos, no tiene mayores consecuencias para productores o fabricantes, quienes una vez que han lanzado al mercado sus productos y servicios no son plausibles de soportar reproches ya que aquellos eran, desde toda perspectiva,

productos y servicios inofensivos. Los principales argumentos en los que apoyan su tesis son los que se anotan a continuación.

1.1. EL RIESGO DE DESARROLLO Y EL CONTRATO DE SEGURO.

Uno de los principales argumentos que esgrimen quienes están a favor de considerar a los riesgos de desarrollo como causas de eximición de responsabilidad, es la supuesta imposibilidad de asegurarlos. Según entienden, al no haber manifestación del defecto y la consiguiente probabilidad de daño, esta categoría de riesgo no sería material asegurable.

Recordemos como primer punto, que un contrato de seguro es aquel en el que una parte –denominada asegurador– se obliga, contra el pago de una suma de dinero –conocida como prima– y ante la eventualidad de producción de un evento cuyo riesgo es objeto de cobertura, a indemnizar el daño producido a una persona –llamado asegurado– o a satisfacer un capital, una renta u otras prestaciones, dentro de los límites y las condiciones convenidos. En pocas palabras, es el contrato por el cual una parte se obliga a afrontar una determinada indemnidad patrimonial frente a otra (López Saavedra, 2012).

Esta caracterización es importante por el hecho que ante las prácticas o actividades que sean fuente generadora de riesgo y expongan a los sujetos, el asegurador se obliga a reparar el daño creado, es decir, que el criterio de imputación es el riesgo creado, lo cual genera que se responda en base a parámetro objetivos. Así, ante las prácticas que conlleven responsabilidad objetiva, el tema de los seguros es tomado en cuenta, específicamente por el deber de reparar que le cabe al segurador. El riesgo es el elemento que dio lugar a la aparición del seguro como institución y es por el deber de reparar que la figura del seguro toma validez y son contratados para hacer frente a las futuras indemnizaciones.

Por otra parte, se denomina riesgo asegurable la posibilidad de que ocurra un evento futuro e incierto que no depende de la voluntad del asegurado. Por evento incierto debe entenderse a la posibilidad de que ocurra el acontecimiento dañoso, es decir, que no se tiene la certeza de si el riesgo va a ocurrir o no (López Saavedra, 2012). Fácil es advertir que estamos frente a una condición suspensiva; el momento del desenlace origina la obligación de indemnización que recae sobre el asegurador.

Para que un riesgo sea asegurable, debe presentar una serie de características o elementos, que la doctrina es conteste al mencionar: a) el riesgo debe ser posible, real, en otras palabras, debe poder suceder en la realidad, no tiene ningún sentido asegurarse contra riesgos imposibles; b) Lícito, el riesgo debe ir acorde con la legislación ya que en caso contrario provocaría nulidad del contrato; c) concreto, en el sentido que el asegurador – la compañía de seguros– debe poder analizar y valorar tanto cualitativa como cuantitativamente el riesgo; d) fortuito: es decir, debe provenir de un hecho totalmente ajeno a la voluntad del sujeto asegurado.

Dentro de las características del riesgo asegurable no se puede dejar de mencionar un factor que todavía se discute en doctrina. Es la posibilidad de medir el riesgo, de medirlo, es decir, a la contingencia de realizar cálculos estadísticos. Esto debido a que a la hora de evaluar la situación que se quiere asegurar, los cálculos estadísticos salen a la palestra y toman en consideración la probabilidad de que el evento dañoso se produzcan, basándose en hechos comprobados y teniendo en cuenta la valoración económica de sus consecuencias, permitiéndole de esta manera a los aseguradores estimar la frecuencia y la severidad de las pérdidas futuras para fijar primas apropiadas (López Saavedra, 2012).

Ahora bien, al hacer la valoración sobre los riesgos de desarrollo hay que preguntarse: ¿Sobre qué cálculos estadísticos se basan las empresas aseguradoras? En efecto, en el caso de los riesgos de desarrollo, las empresas aseguradoras ni siquiera tienen conocimiento del defecto del producto, por lo que en consecuencia no cuentan con parámetros que le permitan valorar el riesgo, por ejemplo, el total de casos sucedidos, la probabilidad, la estimación del riesgo y demás. Esto debido fundamentalmente a que el riesgo no ha surgido a la luz.

Si el riesgo no se ha manifestado en el momento de la salida del producto o servicio al mercado, resulta sumamente complicado que el fabricante pueda contratar un seguro de riesgos inexistente e imprevisibles. Situación que a la postre llega a desvanecer la posibilidad de asegurar, ya que, sin lugar a dudas, las compañías aseguradoras no mirarán con buenos ojos el tomar un seguro sobre un riesgo del que no se tienen conocimiento. En consecuencia, verán la factibilidad de asegurar un riesgo inexistente prácticamente como un absurdo.

También si miramos a la distribución de costos, dicen los corifeos de esta postura, encontraremos razones para negarles cobertura. Es sabido que las compañías de seguro distribuyen el riesgo entre todos sus asegurados, esto es a grandes rasgos de la siguiente manera: toman el conjunto de siniestros —expresados en algún valor o parámetro— y los dividen por el total de contratos con potencialidad de generar obligación de pago. Este procedimiento se torna difícil porque se desconocen los riesgos y al desconocerse no son asegurables. Se podrá contratar un seguro, pero sus primas resultarán exorbitantes. El elevado costo dificultará la distribución de los riesgos. También, ha de tomarse en consideración que cuanto más peligroso sea un producto mayor será el costo del seguro, por ende, si se hace una contraposición y se pregunta ¿Qué tan elevado será su costo si no se tiene razón del peligro del producto? Se llega a responder que, lógicamente, se tendrán que pagar primas altísimas para asegurar el bien del que no se conoce su posible riesgo.

Todo lo anterior conduce a una consecuencia negativa para el propio consumidor, en el sentido que estos deberán pagar un precio sumamente elevado por el hecho de que el fabricante debe cumplir con el pago de las primas de seguro, alejando así su posibilidad de adquirir el producto.

Sintetizando la cuestión, se puede decir que los fabricantes afirman que es injusto en principio y desastroso en la práctica que las empresas puedan ser declaradas responsables por los defectos que no pueden ser previstos en el momento de realizar la fabricación, y que el suprimir tal causa de exoneración incrementaría las primas de los seguros a la vez que frenaría las innovaciones, especialmente en las industrias de productos de riesgo, de forma que muchos nuevos productos que comportaran riesgos del desarrollo no verían la luz en el mercado, lo que causaría un perjuicio en definitiva a las empresas y a los consumidores.

Esta idea refuerza el perjuicio que podría causarse, tanto a empresas como a consumidores: por un lado, los empresarios se mostrarán cautelosos a la hora de elaborar nuevos productos que a la postre podrían resultar peligrosos, y también, controlarían en gran medida sus inversiones, por el temor que puede generarse al tratar de fomentar el desarrollo de nuevos productos; por otro lado, los consumidores tendrán que asumir los costos elevados que tendrán los productos, consecuencia de seguros más elevados para

los empresarios, y también, se verán privados de productos nuevos, secuela del temor a la inversión y desarrollo de los fabricantes.

Esta última cuestión constituye el próximo argumento a desarrollar.

1.2. INNOVACIÓN TECNOLÓGICA Y SEGURIDAD EN LOS PRODUCTOS

Tallone refiriéndose a este punto explica que al tener que responder el fabricante por riesgos imprevisibles, se están creando incentivos para que los mismos dediquen más recursos y esfuerzos a la investigación. Si el fabricante sabe que va a responder por cualquier peligro, incrementará sus esfuerzos para reducir la incertidumbre, descubriendo nuevos riesgos y adoptando lo antes posible las medidas de seguridad adecuadas (Tallone, 2006). Entonces, una de las razones que los partidarios de imputar al productor o fabricante por los riesgos de desarrollo suelen esgrimir es que, si aquellos conocen que deberán afrontar estas contingencias, multiplicarán los esfuerzos para eliminarlas.

A este argumento, le responden los defensores de la postura contraria sosteniendo que es el propio deseo de superación del ser humano lo que lo impulsa a conocer y tratar de comprender de manera racional el mundo que lo rodea y sus diferentes circunstancias. Dicha cuestión la logra a través de la investigación científica, que es la herramienta que le permite formar y ampliar sus conocimientos. Es decir, la motivación principal radica en su ambición de obtener nuevos conocimientos, lo cual logra mediante la actividad de la investigación y no el hecho de ser responsable ante daños. Es la ambición y el hambre de conocimiento, propios del ser humano y la capacidad transformadora del mundo lo que lo lleva a buscar nuevas alternativas y formas para satisfacer sus necesidades. Necesidades que pueden ser cumplidas mediante el desarrollo, diseño y ejecución de métodos, procesos, bienes y servicios, que al final de cuentas van dirigidos también a aumentar la seguridad de los productos.

A esto hay que sumarle el factor de la libre competencia, la que ha llegado a convertirse en el motor encargado de promover la investigación tecnológica. La libre competencia genera incentivos para que los fabricantes se preocupen en establecer ventajas competitivas que les garanticen mayores beneficios. En tal sentido, es común que las empresas busquen la superioridad técnica, o bien, un incremento en la calidad de los

productos que pretenden introducir en el mercado, con el objetivo de mejorar la seguridad y asegurar su superioridad y beneficio económico en la industria que se trate.

Es por ello que, entienden quienes defienden la existencia de esta causal exculpatoria que la única alternativa posible es que los productos adquieran mayor seguridad como resultado del fomento de la innovación en tanto y en cuanto se la admita como causal como eximente de responsabilidad, en el sentido que ésta solo se permitirá cuando se haya valorado todo el saber existente, en otras palabras, se haya aplicado la máxima seguridad e innovación existente y posible en el momento determinado.

Pretender que un productor vaya más allá e investigue el riesgo de un producto imprevisible es irreal. En caso contrario, es decir, si se tenía cierta idea sobre el riesgo que corría y, por ende, se decide someter el producto a mayores pruebas, entonces es el propio estado de conocimientos científicos quienes permitirán prever alguna cuestión, en otras palabras, hay indicios que generan sospechas por lo que ya no se estaría dentro de los términos de la figura de riesgos de desarrollo.

Esta circunstancia es totalmente distinta de que se pida prever el futuro, lo cual es impensable. Debe recordarse –dicen sus defensores– que muchas veces el curso de los acontecimientos llega a ser el medio para revelar peligros y defectos; cuántas veces se ha llegado a descubrimientos por medio de accidentes, que a su vez dan lugar a otros accidentes que abren el camino a nuevos descubrimientos y progresos, en desmedro de la incesante investigación científica.

Como se ve, el aceptar la excepción conllevaría a generar un esfuerzo por parte de productores y fabricantes para lograr adecuarse a todos los conocimientos manejados por la comunidad científica en ese momento, los mismos que representan la máxima seguridad e innovación adquirida por el ser humano en una época determinada.

1.3. LA RESPONSABILIDAD SIN ATENUANTES NO FOMENTA MAYOR SEGURIDAD.

Los partidarios de la oposición expresan comúnmente dentro de sus argumentos que una responsabilidad sin atenuantes logra productos con mayor seguridad, fundamentándose en el hecho de que los fabricantes se van a encontrar con mayores presiones a la hora de realizar sus labores.

Por su parte, los defensores de los riesgos del desarrollo como factor neutralizante de responsabilidad, sostienen la posición contraria y así dicen que el paso a una regulación en la que no rigiera la excepción de riesgos de desarrollo no influiría en los niveles de precaución adoptados por los potenciales dañadores ya que, por hipótesis, estamos hablando de riesgos que eran desconocidos en el momento de la comercialización del producto –y, a fortiori, en los de su ideación, diseño y fabricación–. Son riesgos que nadie podía prever y que, por tanto, tampoco han podido ser tenidos en cuenta en el momento de adoptar las decisiones de inversión en cuestión. Avalan este argumento afirmando que, si se están valorando casos que encierran la posibilidad de ser catalogados como riesgos de desarrollo y si se tienen en cuenta en los presupuestos que esta figura encierra, obtenemos que el mayor grado de conocimiento y seguridad posible ya había sido alcanzado por la comunidad científica. Por ende, pretender que un fabricante alcance un mayor grado de seguridad que el logrado por la comunidad se torna más una expresión de deseo, una ilusión que una realidad.

Con la misma intención se suele deslizar esta idea: si se dice que el fabricante debe aportar todos sus esfuerzos para reducir los posibles riesgos y, además debe adoptar todas las medidas de seguridad que tenga a su alcance, pero de igual manera resultará responsable, entonces ¿en qué cambia que no adopte todas las medidas de seguridad existentes si de igual manera será responsable? Esta pregunta –sostienen los defensores de esta postura– permite valorar el asunto desde otra perspectiva y sembrar la preocupación en el sentido que, un productor bien podría pensar que resultará más factible desarrollar productos donde invierta menos tiempo en investigación y destinar más tiempo a la producción en masa, lo cual le generará mayores ingresos económicos que le permitirán solventar futuras indemnizaciones que puedan surgir, que destinar mayores lapsos a la investigación de los productos si frente a cualquier panorama resultará responsable.

A lo anterior se le suma otro factor en contra y es volver al tema de la debida diligencia y, de allí, a una responsabilidad por culpa. Por lo cual, hay recordar que los riesgos de desarrollo son una noción más allá de debida diligencia, no se refiere a la conducta del productor, sino al conocimiento adquirido sobre un producto en una época determinada. En fin, negarle al fabricante la posibilidad de eximirse de responsabilidad ante estos casos, que se vislumbran como casos fuera de su control, se provocaría el hecho de convertir al fabricante en garante absoluto y bajo todo evento de sus productos.

1.4. EL CRITERIO DEL RIESGO-UTILIDAD

Otras de las banderas que levantan los sostenedores de la figura como eximente de cualquier reproche por posibles daños, es el que se conoce como criterio del riesgo utilidad, que, si bien no es puramente una razón salida del análisis económico del derecho, está bastante emparentada con el mismo.

El mencionado criterio se ocupa de ponderar, por un lado, la utilidad social que presenta determinado producto o servicio, versus el riesgo que ese mismo producto o servicio implica para la sociedad. Entonces el defecto existirá cuando el riesgo supere la utilidad. Es decir, se valora en mayor proporción la utilidad que ese bien o servicio genera en desmedro del riesgo que pueda aportar, por lo cual, si bien un producto o servicio resulta peligroso, pero su utilidad es mayor que el riesgo que representa, el producto será aceptado en el mercado.

Entonces, de acuerdo a la explicación anterior, vemos cómo puede darse la posibilidad de que productos de los cuales se tiene pleno conocimiento del riesgo, les sea permitido entrar en el mercado por el beneficio que representan, exonerándose el fabricante de su responsabilidad. Ahora bien, ¿desde qué criterio debe responder aquel que no conoce –porque no tiene posibilidad de hacerlo– el peligro, y a la postre entiende que está coadyuvando de alguna manera a la sociedad? En fin, permitir dicho criterio y negar la excepción por riesgos de desarrollo daría como resultado un contrasentido, cayendo en una irracionalidad inconsecuente.

1.5. EL CRITERIO DE LA EXPECTATIVAS DEL CONSUMIDOR

Este criterio, tal como su nombre lo indica, toma como fundamento las expectativas del consumidor común, así, si determinado producto ofrece una seguridad inferior a la que el conocimiento de la comunidad le permite esperar, el producto podrá ser calificado defectuoso por no cumplir con las expectativas esperadas.

No obstante, el consumidor no puede tener expectativas sobre algo que desconoce y del que ni siquiera el fabricante mismo tiene conocimiento. Pretender que un productor conozca lo que se encuentra fuera de su ámbito de control e incluso que conozca lo futuro, resulta ser una pretensión desmedida e insensata.

Distinto sería el caso en el que el consumidor pretenda contar con todas las advertencias e instrucciones posibles, que le exija al fabricante el haber contemplado las más estrictas normas de seguridad y que haya puesto en práctica todo el saber científico de la época. Ante estos casos se está ante expectativas legítimas del consumidor y con las que el fabricante debe cumplir y satisfacer, sin olvidarnos por supuesto del deber de seguimiento del producto al que está obliga.

2. EL RECHAZO A LA EXCEPCIÓN

Pasemos ahora a ver concretamente qué dicen aquellos que entienden que los riesgos del desarrollo no pueden servir de excusa absoluta de fabricantes y productores por daños causados a consumidores y usuarios y que, por el contrario, cuando hablamos de esta institución no hacemos más que referirnos a una más sofisticada forma del factor objetivo de atribución riesgo creado.

Antes una aclaración: no me ocuparé de aquellos argumentos utilizados para fundamentar que los riesgos de desarrollo pueden, en algunas ocasiones, funcionar como factor de atribución y, en otras, como causa eximente de la obligación de reparar integralmente los daños causados. La razón es simple, cuando encontramos situaciones como estas –como es el caso de las legislaciones alemana y española, por ejemplo–, entiendo se trata tan sólo de una decisión de política legislativa; el legislador ha entendido que existen determinados sectores del quehacer industrial en los que resulta intolerable que sean los consumidores y usuarios, quienes carguen con el peso de los ‘errores’ de los industriales –generalmente los sectores que manufacturan alimentos y medicamentos–.

Sospecho además que detrás tales posturas, existe algo así como una especie ‘culpa’ o mejor dicho de ‘intento de culposa redención’ por parte del legislador ante el haber cedido a las tentaciones del lobby de los grandes industriales. Porque si hay algo que a esta altura de los hechos no podemos negar es que esta discusión se da principalmente a partir de la búsqueda por parte de sectores industriales de limitar su responsabilidad para no ver comprometidos sus modelos de negocios. Entiéndase bien, esto último no constituye una crítica a los sectores productivos, tan sólo es un simple intento de describir los hechos tal como se presentan.

2.1 EL RIESGO DE DESARROLLO Y EL CONTRATO DE SEGURO.

Quienes niegan que los riesgos del desarrollo puedan servir como causal exculpatória de responsabilidad civil, no niegan que lo que dicen sus adversarios acerca de la asegurabilidad de esta tipología de riesgos falte a la verdad. Es más, dicen que en ese punto les asiste razón: es muy difícil –se cuidan de decir imposible– que un asegurador acepte obligarse por un riesgo que no saben que existe y que, en caso de existir, les impide conocer a cuánto estarán obligados.

Ahora bien, lo que hacen es enfocar el problema en términos diferentes. Así, se encargan de dejar bien en claro que una cosa es la capacidad que tengan los aseguradores de medir o calcular el riesgo asegurable y otra muy diferentes es responder por daños. Replican que el hecho de que un riesgo no sea asegurable no implica, sin más ni más, que tampoco pueda imputarse como factor de responsabilidad porque una cosa es la cuestión del seguro y sus pormenores y otra bien distinta –aunque vincula en algún punto– la responsabilidad del fabricante.

En cuanto al alegado encarecimiento de los costos, se ha señalado que los aseguradores alemanes están dispuestos a cubrir estos riesgos, con la única reserva de que no se entiendan por tales los casos en que un producto simplemente queda anticuado en relación a nuevos métodos y normas sobre seguridad. La cobertura de los riesgos del desarrollo con un seguro es posible, advirtiendo además que, una vez asumida lo que puede denominarse “una filosofía del derecho de accidentes”, la exclusión de tales riesgos con respecto a la responsabilidad de los fabricantes no tiene justificación. El establecimiento de una responsabilidad por riesgos del desarrollo es la que generará la difusión del contrato de seguro a este ámbito: si existe responsabilidad objetiva por los riesgos del desarrollo los fabricantes contratarán seguros.

2.2 LA OBLIGACIÓN DE SEGURIDAD

En todo tipo de economía se debe garantizar la inocuidad de los productos que se lanzan al mercado masivo del consumo. Esta es una máxima que puede considerarse corolario casi necesario de la obligación de seguridad que existe en toda contratación.

La obligación de seguridad es el deber secundario y autónomo que, expresa o tácitamente, asumen las partes en ciertos contratos, relativo a preservar a las personas y

bienes de sus cocontratantes, respecto de los daños que puedan ocasionarse durante su ejecución. Tiene sustento en el principio de la buena fe –artículos 9 y 1710, inc. b del Código Civil– y en su ámbito específico, en el orden público de protección que impera en materia de defensa del consumidor (Pizarro & Vallespinos, 2012)

Encuentra sustento en el principio de la buena fe (artículo 961 del Código Civil) Dicha solución, enseñaba Bustamante Alsina respecto del nuestro ya viejo Código Civil, parece conforme con el principio de que los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe y de acuerdo con lo que verosímilmente las partes entendieron o pudieron entender, obrando con cuidado y previsión. Por ello, puede razonablemente inferirse que cada parte confía a la otra la seguridad de su persona o de sus bienes, durante la ejecución contractual –y aún después en lo que se conoce como deberes post-contrac-tuales– que lleva a satisfacer el interés de prestación, particularmente frente a los daños que puedan derivar de la actividad del deudor, de sus dependientes o de las cosas de las que se vale para cumplir (Bustamante Alsina, 1997)

En base a las consideraciones precedentes, los partidarios de responsabilizar en base a los riesgos del desarrollo, sostienen que ante la existencia de este deber genérico, específico y secundario de mantener indemne la persona o los bienes de cocontratante, no cabe otra solución posible que la ellos defienden. Lo contrario sería entrar en abierta contradicción con todo el sistema del Derecho de Daños en particular y, además con normas de jerarquía constitucional como el artículo 42 de nuestra Carta Fundamental.

Poco importa, de acuerdo a esta postura, que los defectos causantes de potenciales daños en la persona o los bienes de los consumidores o usuarios se desconozcan, y por ende, puedan producirse con posterioridad la entrada en circulación de los productos en el mercado. La obligación de seguridad abarca todas las etapas de la relación jurídica: antes de ella, en la etapa previa a la concertación contractual, correspondiente a las tratativas; durante la vida del contrato, es decir mientras dure la relación contractual; y después, esto es luego de finalizada la relación. He dicho antes que el productor o fabricante tiene deberes de seguimiento de sus productos luego de su lanzamiento al mercado, pues bien, una de las consecuencias de esos deberes se materializa en la obligación de seguridad.

2.3 LA VÍCTIMA COMO EPICENTRO DEL SISTEMA DE DAÑOS

Otro de los argumentos más escuchados entre quienes entienden que los riesgos de desarrollo no son eximentes de responsabilidad es el relacionado con giro actual del Derecho de Daños y mirada centrada en la víctima. Sostienen que, en el moderno Derecho de Daños, cuando de caracterizar el vicio se trata, la óptica debe centrarse en la víctima, en este caso el consumidor, quien padece injustamente el daño, y no en el elaborador que es justamente quien los produce.

La evolución de la responsabilidad civil en los países más desarrollados y la influencia de los mecanismos de socialización de daños han llevado a algunos juristas a definir a la responsabilidad civil como un crédito de la víctima a una indemnización y a declamar la crisis del sistema de la responsabilidad individual.

Señalan Pizarro y Vallespinos (2012) que el derecho de la responsabilidad civil existente hasta la irrupción de la revolución tecnológica, se erigía en un mecanismo orientado a determinar por qué y cómo un sujeto de derecho podía ser compelido a reparar un daño causado a un tercero. Dicha responsabilidad residía en un análisis, del comportamiento culpable del responsable, o en tomar en cuenta su situación objetiva como creador del riesgo para otros.

Sin embargo, en los últimos tiempos la responsabilidad civil se corrió, de una obligación de reparar del responsable, al derecho de la víctima a ser indemnizada. Se tiende a lo que algunos juristas mencionan como “crédito a la reparación” Esta transformación no es tan sólo una frase elocuente, sino que implica percibir profundos cambios en importantes sectores del Derecho de Daños –y por su puesto en el de los Consumidores y Usuarios–, en los que la identificación del responsable “(...) *no constituye más que una suerte de procedimiento, sin efecto concreto (...). Entonces, el propio responsable desaparece en un rol secundario y un poco abstracto, mientras que la indemnización a la víctima pasa a primer plano*” (Pizarro & Vallespinos, 2012, págs. 460, T. 2).

Si el epicentro del sistema es la víctima, no pueden colocarse sobre su cabeza las consecuencias económicas del riesgo del desarrollo cuando las empresas que los han producido se han beneficiado económicamente con ello. Evidentemente las posturas progresistas en el campo del Derecho de Daños que participan de la difusión del principio pro

víctima entienden que debe existir una responsabilidad de los fabricantes por los riesgos del desarrollo.

2.4 OTRAS RAZONES

Para finalizar este capítulo, expondré un conjunto de argumentos, siempre utilizados por la doctrina que entiende que el riesgo de desarrollo, lejos de eximir de responsabilidad al fabricante, obliga a la reparación de todo daño.

El hecho de agruparlos bajo un título tan general como el presente, obedece a que, si bien son argumentos por demás atendibles, no han tenido un desarrollo doctrinario tan extenso –por lo menos a los fines planteados en el presente trabajo– que justifique su tratamiento por separado. Veamos de qué trata:

Se ha afirmado que la razón de la obligación de resarcir, a causa del avance científico, radica en la naturaleza de la relación que el fabricante o productor mantiene con los productos y servicios que manufactura, incluso después de haberse desprendido de su propiedad (Sozzo, 2006). Así se sostiene que el fabricante tiene –o mantiene– un dominio sobre la materialidad de la cosa; es guardián en el sentido del actual artículo 1758 del Código Civil.

Debe entonces, de acuerdo con este razonamiento, aplicarse la idea de riesgo creado: quien introduce un riesgo en la sociedad debe responder por los daños que genera –artículo 1758– o, en su defecto, por el denominado riesgo de actividad.

En respuesta al argumento expuesto en el punto 1.2. de este capítulo se le ha contrapuesto el que siguiente, que es ni más ni menos que –prácticamente– el mismo razonamiento, pero en este caso partiendo de la vereda de enfrente. Entonces se sostiene que los productos serán más seguros y confiables. Una responsabilidad tipo objetivo que contemple los riesgos del desarrollo generaría un incentivo económico para que los fabricantes realizaran todas las pruebas posibles y tomaran todos los recaudos para que esta tipología de riesgos no apareciese, ni antes, ni después de la salida de los bienes y servicios al mercado.

Además, colateralmente, contribuiría al desarrollo de la ciencia y de la tecnología, dado que se erigiría en un estímulo para la puesta al día y superación de los conocimientos de la ciencia y de la técnica.

Puede agregarse como argumento, que en nuestro Derecho positivo y concretamente en el Derecho del Consumidor, que debajo el artículo 42 de la Constitución Nacional y los artículos 4º, 5º y 6º de la ley 24.240 y su reglamentación, subyace una teoría de la calidad desde la cual es posible afirmar que los productos y servicios no pueden ser defectuosos, aun entendiendo –como es mi caso– que los riesgos de desarrollo no encuentran cabida dentro de nuestro sistema.

Otra de las razones que se esgrimen para justificar la imputación de responsabilidad a título de avance técnico y científico es que este tipo de responsabilidad sería un mecanismo de socialización de los daños (Prieto Molinero R. J., 2005). A tal fin, deben alentarse los estudios en términos de probabilidad del riesgo, aunque no de su dimensión –gravedad de sus consecuencias–. Ello supone un análisis previo de los componentes del producto, novedad, tiempo de experimentación, efectos secundarios de productos análogos, estado de la ciencia en la rama en que se va a emplear, eventuales destinatarios del producto, etcétera;

Finalmente, en contra de la idea de que los riesgos del desarrollo constituyen un caso fortuito que rompe el nexo adecuado de causalidad, se sostiene, como reseñé al final del primer capítulo, que en realidad no se trata de una eximente propia de la responsabilidad objetiva sino de la responsabilidad por culpa y que, en consecuencia, no es suficiente para eximir de responsabilidad al fabricante. Esto es así, pues, la eximente state of de art sólo permite acreditar que no ha habido culpa, en el sentido de negligencia, pues, habiendo efectuado todos los estudios posibles conforme la ciencia indica, esa experimentación y vigilancia no han sido suficientes para descubrir el vicio, con lo cual queda acreditada la no culpa, que es suficiente para eximir de responsabilidad en el sistema de responsabilidad subjetiva, incluso cuando existe inversión de la carga de la prueba de la culpa, mas no –reitero– en un sistema que atribuye responsabilidades en forma objetiva como es el vigente en materia de responsabilidad por daños a consumidores –artículo 40, Ley 24.240–

CAPÍTULO IV - ¿HAY VIDA FUERA DEL DERECHO DE DAÑOS?

1. EL DERECHO DE DAÑOS COMO UN DERECHO POCO PLÁSTICO.

1.1. LAS CAUSAS DE LA FALTA DE PLASTICIDAD.

El análisis de la regulación de los riesgos del desarrollo muestra que el problema hasta ahora ha sido abordado como un problema dentro del sistema de Derecho de Daños que, utilizando la categoría de relación causal adecuada y de daño jurídico, se encuentra en un punto en el cual el avance en torno a la cuestión parecería resultar imposible. Esto se debe a que el Derecho del Consumidor está en este punto “captado” por la técnica jurídica del Derecho de Daños, es decir, las formas del Derecho de Daños se han instalado en esta problemática y no ha dado lugar a otras ramas del Derecho. Por ello, en definitiva, cuando la doctrina aborda el problema de los riesgos del desarrollo, lo hace desde la óptica del Derecho del Consumidor, más precisamente desde el bagaje conceptual del Derecho de Daños. Entonces, planteado en esos términos y de acuerdo a las alternativas que nos brinda el Derecho de Daños, nos encontramos frente a dos posibilidades: se responde o no se responde (Sozzo, 2006).

Las tesis que en el campo del Derecho de Daños se han elaborado acerca de los riesgos del desarrollo parten de la base de que los mismos sólo pueden ser conocidos científicamente. Esto presupone que la ciencia tiene una capacidad explicativa del mundo que le permite constituirse en el principal regulador del mismo, lo que realiza a través del descubrimiento y exposición organizada de leyes físicas que permiten establecer causalidades. Esta potencialidad aparentemente infinita de la ciencia moderna fue adoptada por el Derecho moderno –edificado sobre el modelo de las ciencias naturales modernas–. Esto se exhibe claramente en el elemento relación causal que constituye uno de los ejes esenciales del Derecho de Daños (Larroumet, 2000).

Otra premisa de la que parte el Derecho de Daños –y que absorbe sin cuestionamientos– es que la ciencia actúa linealmente y en forma apolítica. Por contrario –como se encarga de demostrar Ulrich Beck– la ciencia moderna –las denominadas ciencias duras– actúan políticamente. La ciencia se ve limitada por errores que no puede reconocer

que ha cometido, ya que ello generaría una verdadera catástrofe política. Para Beck, las ciencias naturales modernas se han tornado sucursales de la política, la ética, la economía y la jurisprudencia, pero conservan exteriormente toda su objetividad. Los números de las mediciones, los umbrales de tolerancia y las hipótesis causales, las han colocado en la misma posición que las ciencias sociales: una posición política (Beck, 2006)

Por otro lado, están basadas en una tesis antigua respecto de las verdades científicas, si se piensa que la ciencia posee el monopolio de la tarea de descubrir causalidades. La ciencia moderna sólo realiza juicios probabilísticos (Beck, 2006).

De esta manera, se piensa que el dominio del Derecho de Daños es aquel de los hechos previsibles o evitables y no el de los hechos imprevisibles o inevitables. A su vez, se asume que el primer campo es el de la actuación del hombre y el segundo, fundamentalmente, el de la naturaleza, con lo cual se está presuponiendo que entre la actuación racional del hombre y la mítica naturaleza existe una separación tajante. Sólo la ciencia es capaz de penetrar en esta dicotomía, pues sólo ella puede establecer explicaciones racionales de lo que ocurre en el campo de lo natural y que entonces a partir de allí pueden incluso ser “adquiridas” por el Derecho (Sozzo, 2006).

El Derecho del Consumidor, a instancias del Derecho de Daños, continúa requiriendo la presencia de una clara relación causal o, en otras palabras, la identificación de una causa adecuada y de daño jurídico, basta ver el desarrollo doctrinario y jurisprudencial en torno a las teorías sobre causalidad. Mientras el sistema del Derecho de Daños mantenga vigente como un presupuesto para la reparación de daños la exigencia de relación causal adecuada, los riesgos del desarrollo serán un verdadero caso fortuito y, por tanto, eximirán de responsabilidad al proveedor.

La coherencia del sistema siempre ha sido un problema para el Derecho; actualmente este viejo problema se reedita, en otros términos: es necesario incorporar la complejidad del entorno, para ello importa repensar las respuestas anteriores y establecer reglas de coordinación. En fin, requiere de una cuota de flexibilidad (Sozzo, 2006)

La inadecuación de la regulación por el Derecho de Daños del problema de los riesgos del desarrollo deviene de la existencia de incerteza científica, que no puede ser

abordada desde este sistema jurídico pensado para que las ciencias establezcan las causalidades. En otras palabras, los presupuestos epistemológicos del Derecho de Daños son los que causan precisamente su falta de plasticidad y la del Derecho del Consumidor.

En un panorama como el contemporáneo de la teoría de la ciencia que reniega de la función de ésta en cuanto descubridora de causalidades y la elaboración de leyes explicativas de este tipo, evidentemente la idea de relación causal adecuada debe ser repensada. En esto existe un acuerdo entre los autores, que coinciden en señalar que es preciso flexibilizar la causalidad jurídica. El instrumento para lograr el objetivo flexibilizador, es, según la opinión de la dogmática jurídica, el recurso a las presunciones de causalidad. El problema sigue siendo la coherencia del sistema en general que la introducción y puesta en funcionamiento de estas presunciones puede colocar en crisis, y que sólo puede ser salvado precisando reglas de delimitación y funcionamiento de las presunciones de causalidad.

1.2. LA SALIDA: EL PLURIFUNCIONALISMO.

La salida podría ser el plurifuncionalismo del Derecho de Daños, que consiste en atribuirle diferentes funciones. Así el Derecho de Daños tendría a la vez una función de reparación, de prevención y de precaución (Kemelmajer de Carlucci, 2009).

Dejar de pensar la cuestión en términos de “daño-causalidad adecuada” y asumir la idea de probabilidades suficientes, es algo que el Derecho de Daños no puede admitir sin entrar en contradicción con él mismo. Significa un cambio paradigmático respecto del Derecho moderno asumir que la misma ciencia y tecnología que hacen al progreso de la humanidad generan su retroceso al producir nuevos riesgos. La actividad humana genera necesariamente consecuencias no queridas, es decir, produce daños colaterales (Beck, 2006).

El Derecho de Daños refleja en su regulación legal muy claramente su función reparadora, pero son prácticamente inexistentes las disposiciones legales que permiten afirmar que cumple otras funciones –más allá de que esto ha sucedido, al menos, ha sido declamado por la ley—. Creo que este argumento constituye un verdadero problema para el desarrollo del argumento acerca de la plurifuncionalidad del Derecho de Daños. Es que el Derecho de Daños pertenece a un paradigma eminentemente moderno con un correlato

epistemológico claro en un modelo de ciencia positivo. En efecto, las sociedades modernas mantuvieron la diferenciación entre sociedad y naturaleza por lo que los peligros son externos; los riesgos son los producidos por la naturaleza. Las decisiones se racionalizan, y esa racionalidad es proporcionada por la ciencia. La ciencia moderna aspira a gobernar y controlar los riesgos, para ello procura y consigue descubrirlos causalmente. Aceptar nuevas funciones para el Derecho de Daños implicaría asumir primero nuevos paradigmas de sociedad, de ciencia y de Derecho (Sozzo, 2013).

La aspiración sería quizá que el Derecho de Daños absorbiera estos nuevos modelos. Pero la realidad normativa de este campo exhibe una realidad diferente. Así, puede verse cómo, pese a que se declara muchas veces que el Derecho de Daños tiene una función preventiva, su realidad discursiva y normativa no permite explicar por qué la prevención forma parte de su estructura y funciones. Es que no hay nada en la arquitectura de esta regulación jurídica que refleje la función de prevención.

Es necesario entonces, encontrar una nueva forma de regular el problema de los riesgos del desarrollo adecuada al problema social que generan. Si el Derecho del Consumidor y el Derecho de Daños no se encuentran en condiciones de hacerlo, la búsqueda debería darse en términos y planteos alternativos. Por ello más adelante veremos si es posible encontrar una respuesta que mejor se adecúe al problema dentro de las soluciones que ofrece el Derecho Ambiental.

1.3. EL DERECHO DE DAÑOS COMO MOSAICO

Quienes entienden que el Derecho de Daños es polifuncional lo hacen pensando en que esta rama se ha descodificado y que los microsistemas que han aparecido tratan el problema del daño y hasta del daño incierto con otras herramientas. De esta forma, la polifuncionalidad sólo aparece cuando se hace una mirada de conjunto que comprende tanto al núcleo del Derecho de Daños como a los microsistemas. El problema que subsiste es que por efecto las mismas leyes que rigen las relaciones entre el centro del sistema y los microsistemas, esas nuevas herramientas aparecen confinadas a los microsistemas. De esta manera, se produce la paradoja que la salida teórica que permitió actualizar el Derecho de Daños —la aparición de microsistemas— impide ahora contagiar sus respuestas al sistema general, al núcleo. Es un Derecho de Daños que adquiere la fisonomía de un mosaico (Sozzo, 2006).

2. POSIBLES IDEAS REGULATORIAS DEL PROBLEMA DE LOS RIESGOS DEL DESARROLLO

Si aquel modelo sobre el cual fueron construidos sistemas regulatorios ha cambiado hacia una sociedad de riesgos –tal como lo analiza Beck–, una modernidad tardía o reflexiva, el sistema regulador también ha cambiado y debe continuar mutando. Por ello es que esta conclusión coloca frente a la necesidad de construir una nueva regulación para el problema.

2.1. LA REGULACIÓN DE LOS RIESGOS EN EL ÁMBITO DEL DERECHO DEL CONSUMIDOR.

El decreto reglamentario de la ley de Defensa del Consumidor, el 1798/94, puso el problema de la gestión de riesgos –para algunos incluidos los de desarrollo– en el marco de una obligación privada que recae sobre los empresarios/fabricantes/productores. Implica deberes de seguimiento y vigilancia del producto o servicio luego de su lanzamiento al mercado, significa que deberán estar atentos a las investigaciones en torno a ellos para informar cuando se conozcan nuevos peligros o defectos.

En términos generales, el deber de información y el derecho a la información son instituciones que resultan adecuadas para regular una cantidad importante de problemas contemporáneos, y evidentemente constituye un avance que amplía el abanico de las herramientas regulatorias del actual derecho (Pizarro & Vallespinos, 2012).

Sin embargo, entiendo que habría que tener algunas reticencias. En primer lugar, no hay que depositar toda la expectativa en el deber de información, ya que existen otros problemas que éste no alcanza a resolver; y, en segundo término, creo que en definitiva el éxito o no depende de cómo se reglamenta deber de información. Esta última cuestión se ve claramente reflejada en países como el nuestro –aunque el ejemplo cabría para toda Latinoamérica– que poseen una gran diversidad de estratos culturales y en los que, por tanto, existen posiciones bien disímiles frente a la información. Además de existir diversos caudales de información, hay también capacidades absolutamente diferentes para procesar toda la información que esos colectivos reciben.

El deber de verificación y de investigación para después brindar la información se coloca en la regulación de la ley argentina en cabeza de los particulares con exclusividad. Es indudable que el Estado también debería invertir en investigaciones, no sólo los particulares.

Para aquellos que entienden que la ley de Defensa del Consumidor los legisla, se estableció un régimen de los riesgos del desarrollo a los que no se consideró como tales sino en cuanto defectos de información. Esta regulación puede ser también criticada, pues se corre el peligro de que los riesgos del desarrollo terminen sumergidos en la tendencia subjetivista que impregna la atribución de responsabilidad en materia de defectos de información (Sozzo, 2006) Ya he dicho más arriba que el marco dentro del cual puede hablarse de riesgos de desarrollo es de la responsabilidad objetiva.

El recurso al deber de información como herramienta de prevención resulta insuficiente, ya que llega siempre tarde; en efecto, no impide que se experimente con las personas que consumieron productos o servicios antes de saber que los mismos producían efectivamente daños a la salud. Pueden hacerse las mismas críticas que a quienes sostienen que el Derecho de Daños tiene una función preventiva. Una vez más, es necesario entonces identificar nuevos modelos regulatorios que puedan servir de guía para una nueva construcción jurídica que se ocupe de este tema.

En los próximos puntos veremos si esa regulación puede ser la puede ser la que se ocupa del problema ambiental. Para ello antes analizaré algunas relaciones y diferencias existentes entre el Derecho ambiental y el Derecho del Consumidor. Esta idea no es propia, sino que la he recogido de Cosimo G. Sozzo y están planteadas en las dos obras reseñadas al final de este trabajo (Sozzo, 2006; 2013)

2.2. MEDIO AMBIENTE Y CONSUMO

La regulación jurídica del Derecho del Consumidor y del Derecho ambiental son prácticamente contemporáneas en el tiempo. El Derecho del Consumidor aparece –como conjunto orgánico de normas– hacia la década de los '70 y el Derecho ambiental también –en 1972 se realizó la conocida Conferencia de Estocolmo de la Organización de Naciones Unidas–. Ambos Derechos se ocupan de problemas diferentes, pero al mismo tiempo esas problemáticas tienen importantes conexiones. Esto hace que muchas veces defender

al consumidor importe defender también el medio ambiente y viceversa. Sin embargo, las diferencias, desde la perspectiva política y social son notables: el Derecho Ambiental es un Derecho que abandona la idea de individuo y el Derecho del Consumidor, en cambio, es en este sentido totalmente antropocéntrico (Sozzo, 2006).

2.2.1. LA DIRECTIVA DEL CONSUMO SUSTENTABLE

El Programa de Naciones Unidas para el Medio Ambiente –PNUMA– define al consumo sustentable de la siguiente manera: “*Consumo sustentable es la comercialización de productos y servicios que atiendan a las necesidades básicas, proporcionando una mejor calidad de vida en cuanto minimizan el uso de recursos naturales y materiales tóxicos como también la producción de residuos y la emisión de sustancias que polucionan en el ciclo de la vida del producto o servicio, teniendo en miras no colocar en riesgo las necesidades de las futuras generaciones*”. En pocas palabras significa tratar de no comprometer las posibilidades ambientales de las generaciones futuras con el desarrollo económico y el consumo presente. Algo similar a lo que dice nuestro actual artículo 42 de la Constitución Nacional.

Este principio vincula ambos ámbitos, el del Derecho ambiental y el del Derecho del Consumidor. Esta directiva muestra que existe una estrecha relación entre la política de consumo y de tutela del medio ambiente, y entre ambas regulaciones legales, así como exhibe la influencia mutua de las decisiones que se toman en ambos campos. A partir de esta correspondencia se puede vincular el principio de consumo sustentable con el principio ambiental de congruencia y contar con una buena directiva para los jueces a la hora de efectuar un balance entre derechos fundamentales: el derecho de los consumidores y el derecho a un medio ambiente sano (Sozzo, 2006).

2.2.2. PUNTOS EN COMÚN ENTRE EL DERECHO DEL CONSUMIDOR Y EL DERECHO AMBIENTAL

El modelo ambiental presenta una importante cantidad de cuestiones comunes con el Derecho del Consumidor y esto es relevante a los fines de argumentar sobre la posibilidad de aplicar el principio de precaución. Pueden mencionarse, sin lugar a discusión, los siguientes puntos en común. A saber:

- Ambos tienen por objetivo preservar la calidad de vida de los ciudadanos y su salud.
- Tienen una dependencia relativa el uno del otro; esto en virtud de que el modelo productivo y del consumo inciden en la naturaleza y en las decisiones que en el mismo se toman y viceversa; los patrones de consumo actualmente vigentes en el sistema económico mundial son las principales causas de la degradación constante del ambiente planetario.
- Emplean mecanismos colectivos para la defensa de sus intereses.
- Para el Derecho del Consumidor un tipo de productos son los productos naturales: se denomina así a los productos provenientes de actividades como la caza, la pesca o la agricultura. Por ejemplo, las semillas transgénicas y los cereales son productos naturales.
- Otro punto de contacto importante es el problema de los riesgos del desarrollo.
- Los denominados “tributos ecológicos” que se imponen al consumidor de ciertos bienes de consumo que poseen un alto componente de contaminación. Se parte de la base de que el proceso de degradación del medio ambiente no es obra exclusiva de los productores, sino también de los consumidores que eligen productos que saben que perjudican el medio ambiente.
- Abordan ambos la problemática de los transgénicos. La evolución de la biotecnología tiene una pesada carga de riesgos para los consumidores y el medio ambiente. Los nuevos progresos científicos y la creación de alimentos y genéricos alimenticios genéticamente modificados –*la novel food*– impone un serio desafío al actual Derecho del Consumidor (Noiville, 2005). Los organismos genéticamente modificados –OGM– constituyen un problema actual tanto para el Derecho de Daños como para el Derecho del Consumidor.
- Ambos sistemas jurídicos utilizan como herramientas el derecho a la información y la educación para el consumidor.
- La publicidad es otro de los puntos en común, si viola el principio de protección del medio ambiente consagrado constitucionalmente, es una publicidad abusiva.

- El consumidor establece una relación con el medio ambiente cada vez que adquiere o utiliza un producto o servicio en cuanto destinatario final de éste.
- Certificados y sellos ambientales: la adopción de sellos ambientales o de certificados de origen contribuiría para que el consumidor privilegiase un producto extraído dentro de los patrones exigidos por la legislación ambiental por sobre otro que no cuente con tal certificación. La vinculación de derechos es clara.
- Ambos han alcanzado rango constitucional en muchas de las constituciones modernas, la nuestra no es la excepción y el artículo 42 de la Constitución de 1994 no da lugar a vacilaciones.

2.2.3. DIFERENTES HERRAMIENTAS TÉCNICAS EMPLEADAS POR AMBAS REGULACIONES

Pero también poseen importantes diferencias. Veamos algunas:

El Derecho Ambiental es una disciplina que no emplea la lógica de atribución contractual sino a través de la herencia intergeneracional; admite sujetos colectivos y futuros –como las generaciones futuras–; abandona la idea moderna del tiempo, vinculando directamente al futuro en las decisiones presentes; abandona la distinción moderna hombre/naturaleza para admitir la noción de una naturaleza tecnificada; admite la limitación de las ciencias; abandona la idea de causalidad adecuada; procura construir un sistema que asegure la precaución y la reparación en especie –recomposición– (Sozzo, 2006). El Derecho del Consumidor se construye desde lo individual a lo colectivo, mientras que el Derecho ambiental está pensado desde la perspectiva de lo colectivo en primer lugar.

Estas diferencias entre ambos Derechos dan pie a que nos preguntemos sobre la posibilidad de construir la regulación del problema de los riesgos del desarrollo a partir del paradigma ambiental, lo que significa lisa y llanamente la aplicación al campo del Derecho del Consumidor del principio precautorio.

Puede afirmarse que el Derecho del Consumidor es preventivo de los daños que determinados productos pueden causar al consumidor. Así, por ejemplo, el deber de información, para algunos la regulación de problemas de los riesgos del desarrollo, el hecho

de que algunas normas sustenten que los productos no deben poner en peligro al consumidor (art. 5º, ley 24.240) son manifestaciones de que el Derecho del Consumidor persigue la prevención de los daños; es el reflejo de lo que decía más arriba sobre la declamación acerca del carácter preventivo de esta rama jurídica. A raíz del proceso de pérdida de vigencia de la distinción entre lo público y lo privado, el Derecho de Daños comienza a cumplir una función preventiva que se posiciona al lado de su tradicional misión reparadora. La prevención del daño es de fundamental importancia en toda la temática de los accidentes de consumo (Sozzo, 2006).

El Derecho ambiental va más allá: adopta el principio de precaución. La diferencia entre precaución y prevención es profunda; tanto en lo epistemológico como en las consecuencias prácticas que importa construir una regulación desde uno u otro principio. Así, la prevención parte de la base de que el riesgo es conocido y que existe una posibilidad cierta de que ocurra; en cambio, el principio de precaución parte de la base de que el riesgo no puede ser conocido científicamente, es decir, no se sabe si existe o no.

3. LOS RIESGOS DEL DESARROLLO DESDE EL DERECHO AMBIENTAL: ¿ES POSIBLE APLICAR EL PRINCIPIO DE PRECAUCIÓN?

Si partimos de la premisa que el marco regulatorio que nos brinda el Derecho del Consumidor es insuficiente para solucionar los problemas relacionados con los riesgos de desarrollo, una alternativa puede ser recurrir al Derecho ambiental ya que es en su ámbito donde el principio de precaución se ha desarrollado como epicentro del sistema.

La precaución distingue el Derecho ambiental de otras disciplinas jurídicas tradicionales, que en el pasado sirvieron para lidiar con la degradación del medio ambiente –especialmente el Derecho Penal (responsabilidad penal) y el Derecho Civil (responsabilidad civil)– porque éstas tienen como prerrequisitos fundamentales ‘certeza’ y ‘previsibilidad’, exactamente dos obstáculos que la norma ambiental, con la precaución, procura abandonar (Sozzo, 2006). Incluso en el del Derecho ambiental también se ha previsto y regulado el problema de los riesgos del desarrollo, lo que pondría en evidencia que no trata de un simple experimento jurídico sin sentido preguntarse acerca de si los riesgos del desarrollo deben ser regulados a partir del paradigma ambiental.

Entonces, de acuerdo a las consideraciones de Sozzo (2006), la pregunta con la inicié este punto podría ser formulada de diferentes formas:

- A) ¿Puede exportar el Derecho ambiental el principio precautorio al campo del Derecho del Consumidor y del Derecho de Daños?
- B) El problema también podría ser planteado en otros términos, ¿la regulación que el Derecho del Consumidor establezca en materia de riesgos del desarrollo debe considerar los valores ambientales?; esta segunda forma de plantear el asunto importaría partir de la base del principio de integración o congruencia ambiental (como lo llama la ley argentina), con lo cual sería el mismo Derecho Ambiental el que estaría proporcionando la plataforma para el funcionamiento del principio precautorio en la materia y no el Derecho del Consumidor.
- C) Una tercera posibilidad es pensar en la existencia de un nuevo derecho regulatorio de lo vinculado a la salud humana y sus relaciones con las nuevas tecnologías.

Una aclaración antes de continuar: todas estas formulaciones parten de la base de haber descartado previamente la estrategia de algunos juristas consistente en transformar el Derecho de Daños en una regulación polifuncional en la que conviven la reparación de los daños, la prevención en sentido propio y la precaución. Uno de los argumentos que emplean los juristas favorables a la polifuncionalidad es precisamente que el Derecho ambiental admite el principio de precaución, con lo que se produciría una segunda colonización o captación por parte del Derecho de Daños al Derecho ambiental –la primera es la que sufre el Derecho del Consumidor por parte del Derecho de Daños y de la teoría del contrato–.

Responder a la pregunta inicial exige un cierto ejercicio previo de aproximación. Comencemos por analizar los puntos en común existentes entre el Derecho ambiental y el Derecho del Consumidor.

3.1. NOCIÓN DEL PRINCIPIO DE PRECAUCIÓN.

La declaración de Río de 1992 ha dicho al respecto: “(...) *De modo de proteger el medio ambiente, el principio de precaución debe ser ampliamente observado por los*

Estados, de acuerdo con sus capacidades. Cuando exista amenaza de daños serios o irreversibles, la ausencia de certeza científica absoluta no debe ser utilizada como razón para postergar medidas eficaces y económicamente viables para prevenir la degradación ambiental”.

El principio de precaución puede ser definido teniendo en cuenta sus elementos constitutivos. Conforme a este principio del Derecho Ambiental frente a un peligro grave o irreversible –primer elemento– que se produce en una situación de incerteza científica –segundo elemento–, existe cierta probabilidad de un daño –tercer elemento–, por lo que se debe recurrir a una decisión proporcional –cuarto elemento–, es decir, no excesiva –observada desde el punto de vista de las consecuencias económico-sociales que genera–, que procure evitar las consecuencias del daño (Sozzo, 2006).

Si bien los autores repiten continuamente que la causalidad jurídica es diferente de la causalidad material o física (Trigo Represas & López Mesa, 2004), el funcionamiento del sistema pericial en los procesos de daños y perjuicios muestra que resulta esencial la opinión de los expertos para determinar si un daño debe ser indemnizado o no.

El principio de precaución, es una idea fuerza que indica que se tomen acciones (u omisiones), que se actúe, aunque no se tenga certeza científica acerca del daño. Esta falta de certeza ha hecho que algunos críticos del principio hayan señalado que se trata de un principio “anticientífico”. Esta crítica pone en cuestión la relación del principio con el conocimiento científico. No se trata de un principio que funcione irracionalmente o acientíficamente, sino que, por el contrario, permite la introducción de la ciencia en el ámbito de la decisión en la esfera pública (Noiville, 2005).

Una segunda crítica –explica Noiville– es aquella que sostiene que la aplicación de este principio llevaría estructuralmente a exclusión de todo o cualquier riesgo (2005). Es decir que conduciría a la teoría del “riesgo cero”, esto es, que ante la menor sospecha de que la actividad pueda ser dañosa para el hombre o el medio ambiente debe adoptarse la moratoria o la abstención definitiva. Con lo cual la precaución genera altos costos económicos. En definitiva, se critica al principio como de concepción irrealista y peligrosa, ya que amenaza con conducir a la paralización total de la actividad económica.

A lo que se contesta que, si la administración es autónoma y tiene discrecionalidad para decidir frente a un riesgo, toda decisión debe observar el principio de proporcionalidad. Conforme a Noiville, el principio de proporcionalidad exige dos cuestiones: por un lado, que la medida no sea definitiva y pueda ser revisada sobre la base de haberse adquirido nuevos conocimientos científicos. Y, en segundo lugar, la toma de decisiones en torno al riesgo no lleva al “riesgo cero”, es decir que la aplicación del principio de precaución no acarrea siempre y necesariamente la prohibición (de comercializar un producto, por ejemplo), sino que deben ponderarse las ventajas y desventajas de tomar determinada decisión, lo que seguramente llevará a correr ciertos riesgos. De esta forma resulta claro que el principio de precaución no conlleva decisiones que no contengan alguna cuota de riesgo social.

3.2. LA DIFERENCIA PREVENCIÓN - PRECAUCIÓN

Cafferatta sostiene que el principio de precaución constituye “un nuevo fundamento de la responsabilidad civil sustentada en la función preventiva a fin de neutralizar la amenaza de daños (Cafferatta, 2004). Esta circunstancia de que el fundamento de ambos principios sea la idea de evitar que el daño ocurra, hace que la distinción de ambos principios pueda ser considerada todavía frágil (Sozzo, 2006).

Sin embargo, la dogmática del Derecho de Daños diferencia prevención de precaución en el hecho de que el principio de prevención del daño debe actuar cuando estamos frente a un daño cierto y probado conforme al conocimiento científico disponible; existe un “riesgo de daño”, es decir, un daño probable; en cambio, el principio de precaución actúa cuando estamos frente a un peligro potencial o “riesgo potencial”, es decir, en una situación de incerteza (Cafferatta, 2004). En otras palabras, la prevención parte de la base de la existencia de una relación causal que se encuentra probada, mientras que el principio de precaución opera cuando no puede establecerse esa relación causal (Andorno, 1997).

La ley nacional del ambiente 25.675, que fuera sancionada el 6 de noviembre de 2002, define al principio de precaución entre los principios ambientales estableciendo: *“La interpretación y aplicación de la presente ley, y de toda otra norma a través de la cual se ejecute la política ambiental, estarán sujetas al cumplimiento de los siguientes principios: (...) Principio precautorio: Cuando haya peligro de daño grave o irreversible*

la ausencia de información o certeza científica no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces, en función de los costos, para impedir la degradación del medio ambiente”.

3.3. LA ESTRATEGIA DE INTEGRACIÓN/COORDINACIÓN

El principio de integración o de congruencia, como lo llama nuestra ley general del ambiente, en virtud del cual reglas y principios establecidos en el ámbito del Derecho ambiental deben ser respetados por el resto de las regulaciones –lo que lo transforma en una rama jurídica con vocación expansiva– sería capaz de propulsar la construcción de soluciones ambientales en otras partes del sistema jurídico ya existentes, como la de los riesgos causados por productos, pero, como se ha visto, el monopolio, por parte del Derecho de Daños primero y por el Derecho del Consumidor después, de la racionalidad regulatoria en esta materia ha hecho que el principio referido carezca de incidencia. Además, esto también es así desde un punto de vista formal, pues la ley 24.240, en su artículo 3º, dice que se integra, pero no con la ley ambiental. La regla de coordinación en realidad ha sido pensada para legislaciones futuras, no para legislaciones ya dictadas. Además, sólo podría servir para resolver sobre decisiones que tomadas en el campo del Derecho del Consumidor pongan en peligro al medio ambiente pero no para que se aplique el principio de precaución para riesgos que requieren decisiones que pueden perjudicar la salud de los consumidores.

A partir de esto, es claro que debemos descartar las preguntas hechas en el punto 3 de este capítulo

3.4. LA NATURALEZA HÍBRIDA DE LOS RIESGOS DEL DESARROLLO COMO ESTRATEGIA

Si la conclusión del punto anterior fue responder que no a los interrogantes que nos sirvieron de base al presente desarrollo, un camino posible, una estrategia viable para repensar el problema podría ser considerar que los riesgos del desarrollo son un híbrido, que no reconoce provenir del Derecho de Daños, del Derecho ambiental, ni del Derecho del Consumidor, y que eventualmente puede poner en peligro al medio ambiente o direc-

tamente la salud del consumidor. Es decir, simplemente como una situación social problemática que debe ser abordada por la regulación jurídica –una vez más, la idea no me pertenece– (Sozzo, 2006).

De esta forma convertimos la estrategia híbrida en una herramienta para un proyecto progresista. Esta perspectiva se centrará en la consideración de los problemas más que en los temas. La ausencia hasta ahora de este punto de vista que parte de los problemas lleva a debates ineficientes del mismo problema, ya que es analizado por diferentes especialistas de diferentes sectores del campo jurídico sin que exista comunicación entre los argumentos y resultados a los que llegan unos y otros. No se debe confundir esta propuesta con señalar que el Derecho de Daños tiene sus avances en el campo de su parte especial; serán los problemas, no los casos especiales, los que harán avanzar el Derecho de Daños.

Este enfoque transversal tiene ventajas adicionales: permite el diálogo transdisciplinario dentro del campo jurídico, sin generar resistencias sectoriales y visiones parciales que obstaculicen que un problema pueda ser teorizado y regulado, luego disponiéndose como caja de herramientas de toda la riqueza que el conjunto de la teoría del Derecho es capaz de aportar.

3.5. LA ESTRATEGIA DE CONSIDERAR LOS RIESGOS DEL DESARROLLO COMO UN PROBLEMA POLÍTICO

El problema de la decisión frente a los riesgos no puede ser planteado en términos de insuficiencia de la respuesta técnico-jurídica, frente a lo cual la respuesta adecuada vendría dada por la política. Este argumento que postula incluir el problema de los riesgos del desarrollo en la agenda política no es necesariamente autónomo, en el sentido de funcionar desplazando al argumento que postula regular el problema mediante el Derecho.

Es imposible negar que el Derecho tiene un componente político, y que este aporte que ha hecho fundamentalmente la teoría crítica al estudio del Derecho puede ser empleado dándole una función reconstructiva de la regulación jurídica; al mismo tiempo, el Derecho debe recuperar la creatividad perdida, en el sentido de jugar un rol relevante en la refundación y rediseño de las instituciones sociales. Por ello, hay que ser conscientes

de que las propuestas que se hagan en este tema producirán un efecto reformista del Estado (Sozzo, 2013). Para ello también hay que –como tarea impostergable– impulsar el diálogo político-social y dotar de instancias más democráticas de decisión al campo jurídico. Estas instancias de decisión democrática deben garantizar el Derecho a la participación de las minorías y los grupos más desfavorecidos.

3.6. LA ESTRATEGIA PREVISIONAL

Algunos autores proponen regular el problema de los riesgos del desarrollo como un problema de seguridad social (que es una colonización sobre la que no me he detenido en este trabajo). Creo que esta posición presenta algunos puntos criticables: en primer lugar, propone como salida al sistema de reparación de daños que conviva con un sistema de no reparación; en Argentina intentos semejantes –como el que tuvo lugar en el campo de los accidentes de trabajo a partir de la década de los '90– llevaron a la no reparación de los daños; por otro lado, el Estado se haría cargo, en esta lógica, de financiar un fondo para la atención de las víctimas de los riesgos del desarrollo, con lo cual se haría pública una deuda privada.

Por el contrario, estimo que una herramienta regulatoria adecuada puede ser la constitución de un fondo obligatorio al cual deberían contribuir las empresas que integran un mercado de productos cuyos riesgos son inciertos, para afrontar la eventual reparación de los daños a las víctimas futuras (Sozzo, 2006).

CAPÍTULO V - JURISPRUDENCIA

Los tribunales de nuestro país no han tenido oportunidad de resolver casos en los que se ventilen directamente cuestiones relacionadas con el riesgo de desarrollo, sin embargo, existen algunos pronunciamientos que indirecta y tangencialmente se refieren al tema y nos brindan un panorama de cómo es considerada la figura en algunos estrados nacionales. Entre ellos podemos mencionar los siguientes:

En el año 1999, más precisamente el día 1º de octubre, la Sala H de la Cámara Nacional Civil de la Capital Federal, in re “**Subterráneos de Buenos Aires S.E. c/ Propietario de la estación de servicio Shell calle Lima entre Estados Unidos e Independencia**”, puesta a resolver acerca de un supuesto de daño ambiental por filtración subterránea de hidrocarburos de una estación de servicios, sostuvo que “... *no puede desconocerse que el nuevo derecho se modela en la actualidad en la jerarquización de la persona humana y con ello se prioriza la solidaridad social. Es que por su propia naturaleza y en virtud de los principios que le han dado vida, entre los que no escapan los riesgos del desarrollo y los criterios economicistas que informan al derecho, hallamos que al referirse el artículo 41 Constitución Nacional a esta materia ha adoptado el criterio de desarrollo sostenible ...*”³.

En el juicio “**Botas Ruta, María A. c/ Carrefour Argentina S.A.**”, tramitado por ante la Sala K de la Cámara Nacional en lo Civil, sentenciado el 06/11/2000, se afirmó lo siguiente: “... *toda vez que en los casos de riesgo de desarrollo no se interrumpa el nexo causal adecuado entre la nocividad del producto y el daño causado, no cabe sino la responsabilidad del productor, quien debe garantizar al consumidor el buen funcionamiento de lo que introduce en el mercado. Se trata de una responsabilidad objetiva en la que no corresponde investigar los elementos subjetivos propios de la conducta del proveedor profesional de productos. (...) Para la teoría de la responsabilidad objetiva, acreditada la relación de causalidad entre el vicio de fabricación (o elaboración) y el daño, el productor no se libera probando que de su parte no hubo culpa, por lo que*

³ - C.N.Civ Cap. Fed., Sala H, “*Subterráneos de Buenos Aires S.E. c/ Propietario de la estación de servicio Shell calle Lima entre Estados Unidos e Independencia*”, JA 1999-IV-309.

quienes se enrolan en ella rechazan la posibilidad de pretender la liberación demostrando la diligencia adecuada. ...”⁴.

Unos meses más tarde –05/10/2001– encontramos un pronunciamiento de la Sala C de la Cámara Nacional en lo Comercial que en autos “**De Blasi de Musmeci, Claudia v. Sevel Argentina S.A. y Otros**”, causa en la que se ventilaba una pretensión de daños y perjuicios originados en un accidente protagonizado por un automóvil cero kilómetro, con graves defectos en la caja de dirección que provocaron su vuelco, la muerte de un menor y la lesión de otros ocupantes del mismo, donde además el actor perseguía que algún órgano público efectuara un seguimiento sobre la producción de la demandada a efectos de evitar futuros daños a terceros. El Tribunal de alzada, con un criterio claramente compartible con el principio de precaución, juzgó procedente la pretensión, por entender que la misma “(...) *se orienta a preservar la seguridad y la salud de los usuarios –actuales o potenciales– de esos vehículos, y encuentra base de sustentación, ante todo, en el art. 42 de la CN (...)*”. Por lo cual, con esa finalidad consideró pertinente notificar la sentencia “(...) *a la Subsecretaría de Industria y Comercio de la Nación, con el objeto de que, con la asistencia técnica del Instituto Nacional de Tecnología Industrial (INTI) actuante en la causa, adopte las medidas de control atinentes para que subsane ese defecto en futuras unidades a producirse. Por idénticas razones y con los mismos fundamentos, corresponde que la mencionada Subsecretaría, también con la asistencia del organismo técnico precitado arbitre los procedimientos o medios necesarios para que se efectúe la revisión técnica de los vehículos en uso que puedan contener la misma falla de fabricación constatada en el automóvil examinado pericialmente en esta causa (...)*”⁵.

Unos años más tarde, el 08 de julio de 2003, la Sala II de la Cámara 1ª de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mar del Plata en el caso “**T y C S.R.L. c. Fiat Auto Argentina S.A.**”, en fallo unánime, dijo que “... *a la luz del art. 40 de la ley 24.240, (...) [que] dispone 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 ...”, (...)* en los casos de riesgos de desarrollo (...) *toda vez que no se interrumpa el nexo*

⁴ - C.N.Civ., Sala K, “*Botas Ruta, María A. c/ Carrefour Argentina S.A.*”, Lexis N° 30010530 (2000)

⁵ - C.N.Com., Sala C, “*De Blasi de Musmeci, Claudia v. Sevel Argentina S.A. y Otros*”, JA, 2002-II-346.

*causal adecuado entre la nocividad del producto y los daños causados, no cabe sino la responsabilidad del productor o fabricante, quien debe garantizar al consumidor el buen funcionamiento y eficacia de lo que introduce en el mercado. ...*⁶.

Un interesante antecedente encontramos en el ámbito del Derecho Administrativo. El organismo responsable es la Dirección de Defensa del Consumidor de la Municipalidad de Pilar, provincia de Buenos Aires, que sostuvo hace ya más de diez años – 03/11/2005– en el expediente “**Oyarzum Santana, Fernando c/ Daimler Chrysler Argentina S.A.**” que “... en los casos de riesgos de desarrollo toda vez que no se interrumpe el nexo causal adecuado entre la nocividad del producto y los daños causados, no cabe sino la responsabilidad del productor o fabricante, quien debe garantizar al consumidor el buen funcionamiento y eficacia de lo que introduce en el mercados. ...”⁷.

En otro pronunciamiento, “**R., M. A. c/ OSECAC y Otros**”, del 21/12/2005, en el que se enjuició un supuesto de infección del virus VIH en el llamado “período ventana”, se entendió que era responsable la clínica que realizó una transfusión sanguínea, ya que “... para que se configure el caso fortuito el hecho debe ser extraño a la actividad de la empresa, y en el caso es propio de la empresa médica. (...) y no por la inevitabilidad se le hace cargar a la víctima el riesgo, ni se deja de reparar el daño, porque justamente es en estos casos donde lo inevitable no rompe el nexo de causalidad adecuado porque está en directa relación con el riesgo empresario.” Esta afirmación, emanada de la Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal está acompañada por esta aclaración: “... resulta significativo que no cualquier caso fortuito puede funcionar como eximente sino que se requiere que sea externo o ajeno al propio riesgo (...) de ninguna manera lo que vengo sosteniendo implica poner a cargo del centro de salud las cargas “del riesgo de desarrollo” (por el que no se responde por ser una consecuencia mediata no previsible) ya que en mi voto comencé señalando que al tiempo de la realización de la transfusión los interrogatorios ya eran conocidos, recomendados y practicados, y agrego que los tests mínimos de detección se realizaban (...)”⁸.

⁶ - C. 1ª Apel. Civ. y Com. Mar del Plata, Sala II, “*T y C S.R.L. c. Fiat Auto Argentina S.A.*”, JA 2004-I, 337.

⁷ - D.D.C., Municipalidad de Pilar, BA, “*Oyarzum Santana, Fernando c/ Daimler Chrysler Argentina S.A.*”, LL BA 2006, 712.

⁸ - C.N.Apel. Civ. y Com., “*R., M. A. c/ OSECAC y Otros*”, L.L. Online; AR/JUR/4532/2005.

En referencia al factor de atribución, encontramos una decisión de la Sala 1ª de la Cámara Nacional en lo Civil y Comercial de La Matanza. En la causa “**Bruzzese, María R. y Otros c/. Arcor S.A.I.C.**”, cuya sentencia está datada el 28/06/2007, en la que se lee: “... sólo el régimen de la responsabilidad objetiva del fabricante permitirá resolver adecuadamente el problema de la protección al consumidor o usuario, pues esta época de enormes progresos científicos y tecnológicos en la producción masiva de bienes, requiere una concepción solidaria del derecho. (...) toda vez que en los casos de riesgo de desarrollo no se interrumpa el nexo causal adecuado entre la nocividad del producto y el daño causado, no cabe sino la responsabilidad del productor, quien debe garantizar al consumidor el buen funcionamiento y eficacia de lo que introduce en el mercado. Se trata de una responsabilidad objetiva en la que no corresponde investigar los elementos subjetivos propios de la conducta del proveedor profesional de productos, ...”⁹. El fundamento normativo de esta sentencia fue el art. 40 de la ley de Defensa del Consumidor, N° 24.240 (Garrido Cordobera & Barocelli, 2008).

El Vocal de la Sala E de la Cámara Nacional en lo Civil, Dr. Racimoz, en la causa “**Lencinas, Verónica c/ Grupo Concesionarios Oeste S.A. y Otro**”, con fecha 17/09/2007, y respecto a qué supuestos es aplicable la responsabilidad por riesgo de desarrollo, sostuvo: “No entraré a debatir si la cuestión de la denominada de los riesgos del desarrollo resulta aplicable en estos casos en el derecho argentino, porque la cuestión examinada en el sub lite se refiere a la prestación de un servicio y no de la entrega de un producto cuyos riesgos eran ignorados al momento de su producción o de su venta. (...) Lo esencial en este caso es que el cumplimiento de las reglas gubernamentales, establecidas en el pliego licitatorio no relevan per se de responsabilidad al concesionario como prestador del servicio. El deber legal de seguridad impone que el concesionario se adecue a las modificaciones tecnológicas para mantener el ya referido estándar progresivo de seguridad frente a los usuarios. El cumplimiento de un estándar de seguridad gubernamental es de alguna evidencia respecto de la inexistencia de negligencia de los fabricantes, pero no es concluyente sobre esos temas en los casos de productos elaborados. (...)”¹⁰

⁹ - C.N. Civ. y Com. La Matanza, Sala I, “*Bruzzese, María R. y Otros c/. Arcor S.A.I.C.*”, Lexis N° 70042374.

¹⁰ - C.N. Civ., Sala E, “*Lencinas, Verónica c/ Grupo Concesionarios Oeste S.A. y Otro*”, Lexis N° 35011864.

Con fecha 12 de octubre de 2007, otra Cámara, en este caso, la sala A de Apelaciones de Comodoro Rivadavia, en autos “**S., J. c/ T. H. S.R.L.**”, y analizando la manera en la que habían cambiado algunas cuestiones relacionadas a las formas de contratación exponía y precisaba que “...*el contrato de adhesión es claro ejemplo de la evolución del contrato clásico, que dio cauce jurídico a la aparición de las "estructuras de producción de bienes y servicios", las "estructuras de consumo" y que explica su fundamento económico. El diseño del contrato, fruto de la evolución empresarial y del empresario, que con su capital forma determinada actividad y absorbe el riesgo del desarrollo y el éxito del negocio. (...)*”¹¹

Un par de años más tarde, el 03/08/2009, la ya mencionada Sala H de la Cámara Nacional Civil, sostuvo en la causa “**P., F. M. c. Inmuno S.A. y Otros**”, que los laboratorios que fabrican, importan o comercializan concentrados antihemofílicos infectados con HIV, resultan responsables en los términos del art. 1113 del Código Civil por los daños padecidos por una mujer que contrajo la enfermedad a través de su marido, quien se había contagiado al utilizar tales productos, ya que introdujeron al mercado un producto vicioso que fue apto para propagar el virus, debiendo responder por los riesgos del desarrollo¹².

Teniendo en cuenta estos pronunciamientos reseñados, podemos esbozar las siguientes conclusiones respecto del tratamiento judicial del tema bajo análisis (Garrido Cordobera & Barocelli, 2008):

- Más allá de no encontrar casos cuyo epicentro sean los riesgos de desarrollo, la responsabilidad que deriva de ellos ha sido reconocida por la jurisprudencia argentina.
- El instituto se aplica a supuestos de productos cuyos riesgos eran ignorados al momento de su producción o de su venta.
- Las modificaciones tecnológicas obligan a los proveedores a mantener un estándar progresivo de seguridad frente a los usuarios y consumidores del productor,

¹¹ - C.Apel. Comodoro Rivadavia, Sala A, “*S., J. c/ T. H. S.R.L.*”, LL Patagonia 2008 abril, 179.

¹² - C.N.Civ., Sala H, “*P., F. M. c. Inmuno S.A. y Otros*”, JA 2009-IV, 219.

quienes deben garantizar al consumidor el buen funcionamiento de lo que introduce en el mercado.

- La responsabilidad por riesgo de desarrollo encuentra su fundamento ético en la jerarquización de la persona humana y en la prioridad que debe dársele a la solidaridad social.
- Esta responsabilidad encuentra sustento normativo en la regulación de las relaciones de consumo, artículos 5 y 40 de la ley 24.240, aunque podemos mencionar también a los preceptos contenidos en los artículos 19 y 42 de la Constitución Nacional y al artículo 959 del Código Civil y Comercial de la Nación
- Pareciera ser que, en forma mayoritaria, ante la presencia de riesgos de desarrollo la jurisprudencia entiende que no cabe otra posibilidad que responsabilizar al productor o fabricante, quien debe garantizar a consumidores y usuarios el perfecto funcionamiento de los bienes y servicios que pone en circulación, por lo que no se interrumpa el nexo de causalidad entre la nocividad del producto y los daños causados, ya que lo inevitable no rompe la adecuada relación de causalidad ya que se encuentra en relación directa con el riesgo empresario.
- Estamos ante un supuesto de responsabilidad civil por daños, cuyo factor de atribución es de tipo objetivo.
- Los contratos conocidos como “contratos por adhesión a cláusulas predispuestas” absorben a los riesgos de desarrollo.
- Para algunos tribunales, debido a razones de equidad, podrían admitirse, vía inclusión normativa, topes en las indemnizaciones.
- Estos riesgos se erigen en eximentes totales o parciales de responsabilidad, si se demuestra acabadamente que el daño sufrido por el adquirente de un producto se debe a su culpa inexcusable o al hecho de un tercero, equivalente al caso fortuito, por quien no debe responder.

EPÍLOGO

Entiendo que, llegado a este punto la labor iniciada hace ya bastante tiempo puede considerarse, si bien no finalizada, agotada por el momento. Quedan en el camino varios puntos que, como faros en las orillas del mar, me servirán, en un futuro próximo, de guías para continuar profundizando estos temas tanto me apasionan. Es momento de mirar hacia atrás y recoger los primeros frutos de esta labor que aquí sólo hace una pequeña parada para recobrar fuerzas a fin de seguir adelante.

Comencé este trabajo con la firme convicción de que me había adentrado tan profundo en el Derecho de Daños que el panorama sería cuanto menos pequeño a la vista. Estaba convencido de que al abordar un punto tan específico esta temática relacionada al consumo de productos y servicios, la labor concluiría en poco tiempo. Por fortuna estaba totalmente equivocado. El estado actual de la discusión respecto de los riesgos de desarrollo revela que las soluciones están lejos de acallar a todas las voces que asisten a este frondoso y amplio diálogo. Aún en aquellos países en los que se los ha ubicado en algunos de los términos de la discusión, las cuestiones están lejos del final. Tan sólo con pensar que la figura analizada puede pensarse como un híbrido –punto 3.4 del Capítulo IV–, el abanico de posibilidades que de inmediato se presenta resulta fascinante.

El recorrido, que ahora hace una pausa, me ha llevado por varias estaciones. Es un buen momento para repasarlas. Comencé, como no podía ser de otra manera, por definir de qué hablamos cuando decimos riesgo de o por desarrollo. Tuve la oportunidad de constatar que, allende las diferentes posturas respecto de su naturaleza jurídica, la doctrina no polemiza sobre la definición de este joven instituto. Todos afirman, *mutatis mutandi*, que nos encontramos frente a este tipo de riesgo cuando a partir del avance científico y técnico un producto que hasta ese momento se consideraba inocuo, se revela como dañino o potencialmente peligroso para la salud de las personas o sus bienes.

Seguí adelante para verificar que no son muchos los elementos constitutivos de la figura pero que, a partir de los requisitos que la doctrina acepta como válidos, se dan un conjunto de cuestiones que fue importante abordar a los fines de la cabal comprensión y delimitación del tema elegido. Así pude aprehender que existen varias tipologías de

vicios que tornan defectuoso un producto o servicio; que la frase estado de conocimientos tiene un contenido bastante claro y preciso y que no puede ser confundido con los de ciencia, técnica y tecnología. El camino me permitió delimitar el análisis en el tiempo y el espacio, para finalizar ese primer tramo con una clara imagen del instituto, diferente de la del caso fortuito o la fuerza mayor.

En el segundo trayecto, el *leit motiv* estuvo dado por la búsqueda de pistas, rastros, antecedentes que permitieran ver lo que en el tercer trayecto fue una clara “batalla de razones”. Pude verificar entonces que, para mi pesar, ni antes de la salida a la palestra de la realidad del novel Código que hoy dirige gran parte de los aspectos de nuestras vidas, ni antes, cuando el nombre Vélez Sarsfield era sinónimo absoluto de legislación Civil, los riesgos del desarrollo estaban en la nómina de situaciones contempladas como relevantes para el ordenamiento. Ni siquiera la joven normativa de defensa de consumidores y usuarios se ocupó de legislarlos, aunque está última sea tan sólo una apreciación personal.

Con algún sentimiento parecido a los celos, aunque hay quienes podrían decir que fue desazón por saber que, siempre, en otras latitudes los sucesos suelen darse antes de lo que se dan entre nosotros, comprobé que hay legislaciones extranjeras que hace más de tres lustros que se ocupan del tema. La Unión Europea, tan convulsionada estos días por el famoso “Brexit” y sus posibles consecuencias, discute estas cuestiones desde antes de que yo viniera a este mundo; nosotros seguimos discutiendo principios. En fin, tal vez el llegar tarde tenga sus ventajas. A lo mejor podamos aprovechar –que no es sinónimo de copiar– la experiencia de tantos años disímil funcionamiento de los riesgos de desarrollo, a veces como liberadores, otras como acusadores, e incluso como las dos cosas a la vez. Esperemos que así sea.

Dejé atrás la contemplación de lo que otros han hecho para ahora sí escuchar lo que cada parte tenía para decir. Los contendientes expusieron sus argumentos, dieron sus razones e intentaron mostrarme cuán equivocado está el adversario. Creo que ninguno de los dos ha triunfado, creo que ambos tienen razón y se equivocan a la vez. Intentaré explicarme mejor.

A fin de cuentas, ubicar a los riesgos del desarrollo en un extremo u otro dentro de la paleta de posibilidades respecto a su eficacia neutralizadora del reproche por daños provocados a terceros no es, ni más ni menos, que una elección respecto del peso, la importancia, que tiene el aparato productivo de un país en la economía de ese país. En otras palabras, si el fiel de la balanza se inclina a favor de los destinatarios de bienes y servicios, no queda otra salida que responsabilizar a los industriales por los riesgos que ellos mismo generan; caso contrario, el consumidor no tendrá posibilidad de encontrar consuelos en ningún principio resarcitorio o punitivo y los industriales saldrán indemnes.

Esta reflexión confirma la sospecha que como hipótesis de trabajo fijó el norte de mi labor: no se puede afirmar apriorísticamente que los llamados riesgos de desarrollo pertenezcan a una u otra categoría jurídica, no tienen una naturaleza definida. Pueden funcionar en dos direcciones; como causa eximente de la obligación de reparar daño injustamente causado, o como su contracara, es decir como factor objetivo de atribución de atribución de responsabilidad civil. Cualquiera de las dos maneras, es correcta, sólo dependen de la elección por parte del legislador histórico.

Esperando que la labor haya sido fecunda, aquí concluye este Trabajo Final de Graduación

BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

1. DOCTRINA

- Agencia Europea de Medio Ambiente.** (10 de Enero de 2002). *Lecciones tardías de alertas tempranas: el principio de cautela, 1986 - 2000*. Recuperado el 15 de Septiembre de 2015, de <http://www.eea.europa.eu/es>: <http://www.eea.europa.eu/es/pressroom/newsreleases/Newsrelease-10012002-es>
- Agoglia, M. M., Boragina, J. C., & Meza, J. A.** (1995). Responsabilidad Civil derivada de Productos Industriales defectuosos. *J.A.*, VI, 758-764.
- Alpa, G.** (1991). La actuación de la Directiva comunitaria sobre la responsabilidad del productor. *Revista jurídica de Catalunya*, 90/2, 317-336.
- Andorno, L. O.** (1997). *Responsabilidad Civil por productos elaborados*. Buenos Aires: Lexis Nexis.
- Beck, U.** (2006). *La Sociedad del Reiso - Hacia una nueva modernidad*. Barcelona: Paidós.
- Boragina, J. C., & Meza, J. A.** (2006). Responsabilidad por daños causados por productos elaborados defectuosos. *Revista Jurídica de la Universidad de Ciencia Empresariales y Sociales (UCES)*, 10, 24-42.
- Bustamante Alsina, J.** (1997). *Teoría General de la Responsabilidad Civil*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Busto Lago, J. M., & Garrido Cordobera, L. M.** (2010). *Los riesgos de desarrollo en una visión comparada. Derecho argentino y derecho español*. Madrid: Reus.
- Cafferatta, N. A.** (2004). Responsabilidad Civil por Daño Ambiental. En F. A. Trigo Represas, & M. J. López Meza, *Tratado de Responsabilidad Civil* (págs. 533-738). Buenos Aires: La Ley.
- Coderch, P. S., & Rubí Puig, A.** (2008). *Riesgos de desarrollo y evaluación judicial del carácter científico de dictámenes periciales*. Recuperado el 2015 de diciembre de 2015, de www.indret.com: www.indret.com/pdf/519_es.pdf

- Coderch, P. S., Piñero Salguero, J., & Rubí Puig, A.** (2006). *Responsabilidad civil del fabricante y teoría general de la aplicación del derecho (Law enforcement). Working Paper N° 164.* (Biblioteca electrónica de la Universidad de La Rioja - España, Ed.) Recuperado el 2015 de abril de 05, de www.dialnet.unirioja.es: <http://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/1429558.pdf>
- Coderch, P. S., Solé Feliu, J., Seuba Torreblanaca, J. C., Ruiz García, J. A., Carrasco, J. M., & Luna Yerga, Á.** (2001). *Los riesgos del desarrollo.* (InDret. Revista para el análisis del derecho de Barcelona, Ed.) Recuperado el 01 de febrero de 2015, de www.indret.com: http://www.indret.com/pdf/047_es.pdf
- Coderch, S. P., & Rubí Puig, A.** (2008). Riesgos del desarrollo y demarcación judicial de la buena ciencia. *Latin American and Caribbean Law and Economics Association (ALACDE)*,. Recuperado el 12 de Julio de 2015, de <http://www.escholarship.org/uc/item/68w2222m>
- Espinoza Espinoza, J.** (1998). *Algunas consideraciones sobre la responsabilidad por productos defectuosos.* (Portal de Información y Opinión Legal Pontificia Universidad Católica del Perú, Ed.) Recuperado el 02 de septiembre de 2015, de [www.dike.pucp.edu.pe](http://dike.pucp.edu.pe): http://dike.pucp.edu.pe/doctrina/civ_art49.PDF
- Fissore, D. M.** (2006). Los daños producto de los riesgos del desarrollo. *Derecho de Daños*, Vol. 3, 237-262.
- Garrido Cordobera, L. M.** (2006). La responsabilidad por riesgo de "desarrollo". *Suplemento Actualidad - La Ley OnLine, I*, AR/DOC/1374/2006.
- Garrido Cordobera, L. M.** (2009). El riesgo de desarrollo en materia de productos de consumo: un punto de tensión en la aplicación de los principios del derecho de Daños. *Revista de Legislación y Jurisprudencia, Reus*, N° 2, 1-29.
- Garrido Cordobera, L. M.** (2009). Implicancias de la responsabilidad por riesgo. En L. Moisset de Espanés, C. Sommer, J. F. Marquez, & F. Ossola (Edits.), *Homenaje a los Congresos de Derecho Civil (1927 - 1937 - 1961 - 1969)* (Vol. III, págs. 1569-1595). Córdoba: Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.

- Garrido Cordobera, L. M.** (2013). *La Paradoja del Riesgo por Desarrollo y la responsabilidad por productos biotecnológicos*. (Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Ed.) Recuperado el 02 de septiembre de 2015, de www.acaderc.org.ar: <http://www.acaderc.org.ar//doctrina/la-paradoja-del-riesgo-de-desarrollo-y-la-responsabilidad-por-productos-biotecnologicos>
- Garrido Cordobera, L. M., & Barocelli, S. S.** (2008). *Responsabilidad por riesgo de desarrollo. Aproximaciones de la justicia argentina*. (Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Ed.) Recuperado el 2015 de septiembre de 02, de www.acaderc.org.ar: <http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/responsabilidad-por-riesgo-de>
- Goldemberg, I. H., & López Cabana, R. M.** (1990). Los riesgos del desarrollo en la responsabilidad del proveedor profesional de productos. *Jurisprudencia Argentina*, 1 - 912,920.
- Goldenberg, P.** (2001). Los riesgos del desarrollo (Un supuesto especial de responsabilidad por productos elaborados). *Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales - La Ley OnLine, I*, AR/DOC/17522/2001.
- Hernández, C. A., & Frustragli, S. A.** (2005). Las exigencias de seguridad en las relaciones de consumo. *Infojus - Suplemento especial: Obligación de Seguridad*, Id Infojus: DASF060081.
- Hernández, C. A., & Frustragli, S. A.** (2005). *Las exigencias de seguridad en las relaciones de consumo*. (Sistema argentino de informática jurídica. Suplemento especial - Obligación de seguridad, Ed.) Recuperado el 01 de octubre de 2015, de www.infojus.gob.ar: http://www.infojus.gob.ar/doctrina/dasf060081-hernandez-las_exigencias_seguridad_en.htm
- Hernández, C. A., & Frustragli, S. A.** (2010). *El funcionamiento de las eximientes en supuestos de daños al consumidor*. (Centro de Investigaciones de Derecho Civil - Universidad Nacional de Rosario, Ed.) Recuperado el 15 de julio de 2015, de www.cideci.org: <http://www.cideci.org/revista/index.php/trabajos/article/viewFile/98/135>

- Jalil, J. E.** (2008). Responsabilidad Civil por Daños Producidos por productos en el sistema del Consumo Argentino. En G. Caramelo, & S. Picasso (Edits.), *Derecho Privado* (Vol. N° 8, págs. 21-39). Buenos Aires: Editorial Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación - INFOJUS.
- Kemelmajer de Carlucci, A.** (2009). Funciones y fines de la responsabilidad civil. En L. Moisset de Espanés, C. Sommer, J. F. Marquez, & F. Ossola (Edits.), *Homenaje a los Congresos de Derecho Civil (1927 - 1937 - 1961 - 1969)* (Vol. III, págs. 1287 - 1330). Córdoba: Academia de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.
- Larroumet, C.** (2000). La noción de riesgo de desarrollo, riesgo del siglo XXI. *RC y S - La Ley OnLine*, AR/DOC/6057/2001.
- López Saavedra, D. M.** (2012). *Ley de Seguros 17.418 - Comentada*. Buenos Aires: La ley.
- Máquez, J. F., & Moisset de Espanés, L.** (2008). Responsabilidad por productos y servicios peligrosos o defectuosos. El riesgo de desarrollo como eximente. *La Ley*, B, 948-969.
- Marín López, J. J.** (2005). *Informe sobre la aplicación judicial de la ley 22/1994*. (Centro de Estudio de Consumo CESCO. Universidad de Castilla - La Mancha, Ed.) Recuperado el 15 de julio de 2015, de www.uclm.es: <https://www.uclm.es/centro/cesco/pdf/trabajos/19/2005/19-2005-4.pdf>
- Mas, V.** (2005). Derecho a la Salud y Responsabilidad Civil: daños derivados de los "riesgos del desarrollo". *La Ley OnLine*, AR/DOC/2989/2005.
- Messina, G.** (2004). *La Empresa y la Responsabilidad Civil, en: Riego de Empresa*. Buenos Aires: Lexis Nexis - Abeledo Perrot.
- Noiville, C.** (2005). Ciencia, decisión, acción: tres observaciones en torno del principio de precaución. En R. L. Riesgos, *Derecho Sociedad y Riesgos. La Sociedad contemporánea vista a través de la idea de Riesgo* (Vol. II). Brasilia: Instituto de Naciones Unidas para la Investigación y Formación (UNITAR).
- Ovalle Piedra, J.** (2001). *La responsabilidad civil por productos en México, Canadá y Estados Unidos* (Vol. 48). México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM).

- Pardo Gato, J. R.** (2012). Neurociencia y riesgos del desarrollo: Responsabilidad Civil. *Ponencia en VII Congreso de Academias Jurídicas y Sociales de Iberoamérica*. Santiago de Chile. Recuperado el 03 de septiembre de 2015, de www.institutodechile.cl/congreso/ponencias/PONENCIAPARDOGATO.pdf
- Parra Lucán, M. Á.** (2011). *Daños por productos y protección al consumidor*. Madrid: Reus.
- Parra Lucán, M. Á.** (2013). La responsabilidad civil por medicamentos y productos sanitarios a la luz del caso de la talidomida. *CESCO de Derecho del Consumo. Univesidad de Castilla - La Mancha*(Nº 8), 130 - 146. Recuperado el 15 de julio de 2015, de <https://revista.uclm.es/index.php/cesco/article/view/410>
- Parra Lucán, M. Á.** (2015). Sobre si un producto es defectuoso por los riesgos que presenta aunque no haya causado un daño y sobre si los gastos de retirada e recuperación son indemnizables. *CESCO de Derecho del Consumo. Univesidad de Castilla - La Mancha*(Nº 13), 144 - 154. Recuperado el 19 de diciembre de 2015, de <https://www.revista.uclm.es/index.php/cesco/article/view/720>
- Pizarro, R. D.** (2004). La Corte consolida la Jerarquía constitucional del derecho a la reparación (primeras reflexiones en torno a un fallo trascendente y sus posibles consecuencias futuras). *La Ley*, F, 90-99.
- Pizarro, R. D.** (2006). *Responsabilidad por riesgo creado y de empresa* (Vol. II). Buenos Aires: La Ley.
- Pizarro, R. D., & Vallespinos, C. G.** (2012). *Instituciones de Derecho Privado. Obligaciones* (Vol. V). Buenos Aires: Hammurabi.
- Plata López, L. C.** (2006). Responsabilidad por productos defectuosos. Del Código Civil al Estatuto de Protección del Consumidor. *Revista de derechos de la Universidad de Norte. Barranquilla*, 25, 369-385. Recuperado el 15 de julio de 2015, de http://ciruelo.uninorte.edu.co/pdf/derecho/25/11_Responsabilidad_por_productos_defectuosos.pdf
- Posner, R. A.** (2008). *El análisis económico del derecho*. Boston: Fondo De Cultura Economica USA.

- Prieto Molinero, R. J.** (2004). La evolución de la responsabilidad por productos en el Derecho Anglosajón. *RC y S - La ley OnLine*, AR/DOC/1699/2004.
- Prieto Molinero, R. J.** (2005). Riesgo de desarrollo e innovación tecnológica. *RC y S - La Ley OnLine*, AR/DOC/740/2005.
- Prieto Molinero, R. J.** (2006). *El riesgo de desarrollo: un supuesto paradójico de la responsabilidad por productos*. Madrid: Dykinson.
- Sánchez Jordán, M. E.** (1993). *Los riesgos de desarrollo, causa de exoneración en algunos supuestos de repsonsabilidad patrimonial de la administración*. (Asociación de Juristas de la Salud de España, Ed.) Recuperado el 15 de julio de 2015, de www.ajs.es: <http://www.ajs.es/descarga/attach/317>
- Savater, F.** (2009). *Misterio, Emoción y Riesgo*. Barcelona: Ariel.
- Serrano, J. L.** (2005). La diferencia Riesgo/Peligro. En Red Latinoamericana y Europea sobre Gobierno de los Riesgos, & M. Días Varella (Ed.), *Derecho Sociedad y Riesgos. La Sociedad contemporánea vista a través de la idea de Riesgo*. Brasil: Instituto de Naciones Unidas para la Investigación y Formación (UNITAR).
- Sozzo, C. G.** (2006). Riesgos del Desarrollo y Sistema de Derecho de Daños. *Revista de Derecho de Daños, Eximentes de Responsabilidad*, 02, 73-127.
- Sozzo, C. G.** (2013). *Arquitectura de la repsonsabilidad civil en el proyecto de Código Civil y Comercial 2012*. (C. d. Aires, Ed.) Recuperado el 19 de diciembre de 2015, de <http://cec.mpba.gov.ar/>: http://cec.mpba.gov.ar/sites/default/files/150608_Responsabilidad_civil.pdf
- Tallone, F. C.** (2000). Los denominados "riesgos del desarrollo". Incidencia dentro de un régimen de responsabilidad objetiva. *La Ley OnLine*, AR/DOC/9468/2001.
- Tallone, F. C.** (2006). Los riegos del desarrollo como exiemente del fabricante en la responsabilidad civil por productos. *Derecho de Daños*, Vol. 2, 273-286.
- Trigo Represas, F. A., & López Mesa, M. A.** (2004). *Tratado de la Responsabilidad Civil*. (Vol. III). Buenos Aires: La Ley.

- Vadillo Robredo, G.** (1998). Notas a los “Riesgos del desarrollo” o el “Estado de la Ciencia” en la Responsabilidad Civil por Productos defectuosos. *Estudios de Deusto*, Vol. 46/1, 227-283.
- Vazquez Ferreyra, R. A.** (1993). Daños y perjuicios por productos elaborados. *Jurisprudencia Argentina*, 2, 845-857.
- Vega Tejedor, R.** (1999). Resigos de desarrollo o caso fortuito intrínseco. *Acciones e Investigaciones Sociales. Zaragoza*(Nº 9), 125-136.
- Zavala de González, M.** (1999). *Resarcimiento de Daños. Presupuestos y funciones del Derecho de Daños* (Vol. IV). Buenos Aires: Hammurabi.

2. JURISPRUDENCIA

- C.N.Civ., Sala H, “*Subterráneos de Buenos Aires S.E. c/ Propietario de la estación de servicio Shell calle Lima entre Estados Unidos e Independencia*”, J.A. 1999-IV-309.
- C.N.Civ., Sala K, “*Botas Ruta, María A. c/ Carrefour Argentina S.A.*”, Lexis Nº 30010530.
- C.N.Com., Sala C, “*De Blasi de Musmeci, Claudia v. Sevel Argentina S.A. y Otros*”, J.A., 2002-II-346.
- CApel. 1ª Civ. y Com. Mar del Plata, Sala II, “*T y C S.R.L. c. Fiat Auto Argentina S.A.*”, J.A. 2004-I, 337.
- D.D.C., Municipalidad de Pilar, B.A., “*Oyarzum Santana, Fernando c/ Daimler Chrysler Argentina S.A.*”, L.L. BA 2006, 712.
- C.N.Apel. Civ. y Com., “*R., M. A. c/. OSECAC y Otros*”, L.L. Online; AR/JUR/4532/2005.
- C.N. Civi. y Com. La Matanza, Sala I, “*Bruzzese, María R. y Otros c/. Arcor S.A.I.C.*”, Lexis Nº 70042374.
- C.N. Civ., Sala E, “*Lencinas, Verónica c/ Grupo Concesionarios Oeste S.A. y Otro*”, Lexis Nº 35011864.

- C.Apel. Comodoro Rivadavia, Sala A, “*S., J. c/ T. H. S.R.L.*”, LL Patagonia 2008 abril, 179.
- C.N.Civ., Sala H, “*P., F. M. c. Inmuno S.A. y Otros*”, JA 2009-IV, 219.

ANEXO E – FORMULARIO DESCRIPTIVO DEL TRABAJO FINAL DE GRADUACIÓN

AUTORIZACIÓN PARA PUBLICAR Y DIFUNDIR TESIS DE POSGRADO O GRADO A LA UNIVERSIDAD SIGLO 21

Por la presente, autorizo a la Universidad Siglo 21 a difundir en su página web o bien a través de su campus virtual mi trabajo de Tesis según los datos que detallo a continuación, a los fines que la misma pueda ser leída por los visitantes de dicha página web y/o el cuerpo docente y/o alumnos de la Institución:

Autor - Tesista	Franco Borello.
D.N.I.	29.093.744.
Título y subtítulo	“El status jurídico del riesgo de desarrollo. <i>Reparación vs. Irresponsabilidad</i> ”.
Correo electrónico	borellofranco@gmail.com
Unidad Académica	Universidad Empresarial Siglo 21.
Datos de edición:	

Otorgo expreso consentimiento para que la copia electrónica de mi Tesis sea publicada en la página web y/o el campus virtual de la Universidad Siglo 21 según el siguiente detalle:

Texto completo de la Tesis	Sí
Publicación parcial	–

Otorgo expreso consentimiento para que la versión electrónica de este libro sea publicada en la en la página web y/o el campus virtual de la Universidad Siglo 21.

Lugar y fecha: Buenos Aires N° 1070, 8° piso, Dpto. "A", Villa María,
Córdoba. _____ de octubre de 2016.

Firma autor – tesista.

Aclaración autor – tesista.

Esta Secretaría/Departamento de Grado/Posgrado de la Unidad Académica: _____
certifica que la tesis adjunta es la aprobada y registrada en esta dependencia.

Firma Autoridad.

Aclaración Autoridad.

Sello de la Secretaría

