



Universidad de San Andrés

Departamento de Derecho / Escuela de Abogacía

Abogado

***La responsabilidad por riesgo de desarrollo
Conveniencia de su implementación en el Derecho argentino***

Autor: Gonzalo Javier Sánchez López

Legajo: 25064

Mentor: Federico Salvador Carestia

Buenos Aires, 6 de agosto de 2018

1. Introducción

La responsabilidad por los riesgos del desarrollo es un tema que ha sido discutido por numerosos académicos de diversas partes del mundo. En la actualidad varios países cuentan con una defensa por riesgo de desarrollo en sus correspondientes ordenamientos jurídicos vigentes y la tendencia parece ir en aumento.

En Argentina no contamos con una eximente autónoma y expresa por los riesgos del desarrollo. Hoy por hoy los proveedores de bienes o servicios son siempre responsables por los riesgos del desarrollo, sin importar que si el estado de los conocimientos científicos y técnicos no permitían dar cuenta del defecto que el producto o el servicio conllevaba.

Por ende, la opción que existe con la legislación argentina actual es analizar si, para acreditar la ruptura del nexo de causalidad y consiguientemente liberar de responsabilidad al proveedor de bienes o servicios, el concepto de caso fortuito es aplicable para los riesgos del desarrollo –tal como sostienen algunos autores–.

Como se verá a lo largo del trabajo, los riesgos del desarrollo no son asimilables a la noción del *casus*, mayormente porque el requisito de ajenidad no se encuentra presente. En consecuencia, el objetivo del presente trabajo reside en determinar si es conveniente incluir la defensa por riesgo de desarrollo al Derecho argentino.

2. La defensa del consumidor en el Derecho argentino

El derecho del consumo es el conjunto de normas y principios que regulan las relaciones jurídicas entre los consumidores y los proveedores profesionales de bienes y servicios. Se trata de una disciplina orientada a coordinar los distintos institutos jurídicos que se gestan en torno a la relación jurídica de consumo y que tiende a asegurar una protección eficaz de los derechos de estos últimos (Pizarro y Vallespinos 1999).

En nuestro país es abundante la normativa vigente en materia de defensa del consumidor. En este sentido, el artículo 42 de la Constitución Nacional establece lo siguiente:

“Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección, y a condiciones de trato equitativo y digno.

Las autoridades proveerán a la protección de esos derechos, a la educación para el consumo, a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados, al control de los monopolios naturales y legales,

al de la calidad y eficiencia de los servicios públicos, y a la constitución de asociaciones de consumidores y de usuarios.

La legislación establecerá procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos, y los marcos regulatorios de los servicios públicos de competencia nacional, previendo la necesaria participación de las asociaciones de consumidores y usuarios y de las provincias interesadas, en los organismos de control.”

Este artículo otorga jerarquía constitucional a los derechos de los consumidores y usuarios y, a su vez, tiene carácter directamente operativo. Asimismo, el artículo 43 de la Carta Magna reconoce, en el ámbito del derecho del consumo, la acción de amparo y legitima activamente tanto al afectado como al defensor del pueblo y a las asociaciones de consumidores.

Según Pizarro y Vallespinos (1999), en cuanto a las leyes dictadas a nivel nacional que tienen por objeto la defensa del consumidor, se encuentran las siguientes (Pizarro y Vallespinos 1999): (i) la Ley de Defensa del Consumidor 24.240 del año 1993 (en adelante, la “LDC”), que ha sido objeto de reformas por las leyes 24.568, 24.786, 24.999, 26.361, 26.994, 27.250, 27.265 y 27.266, y su decreto reglamentario 1798/1994; (ii) la Ley de Defensa de la Competencia 27.442, que se orienta a asegurar el correcto funcionamiento del mercado y a sancionar conductas anticompetitivas que dificulten su funcionamiento; (iii) la Ley de Lealtad Comercial 22.802, que se destina a brindar protección al consumidor a través de la regulación de cuestiones relativas a la identificación de la mercadería, la denominación de origen en el producto y la publicidad; (iv) la Ley de Abastecimiento 20.680, que se encarga de regular la prestación de bienes y servicios destinados a satisfacer las necesidades de la población en todos los procesos y etapas de la actividad aduanera; (v) el Código Alimentario Nacional, instituido por la ley 18.284, que está destinado a proteger las condiciones higiénico-sanitarias y bromatológicas y de identificación comercial de alimentos de consumo humano; entre otras.

2.1. LA LEY DE DEFENSA DEL CONSUMIDOR

Para la LDC son consumidores o usuarios aquellas personas físicas o jurídicas que contratan a título oneroso o gratuito, para su consumo final o beneficio propio o de su grupo familiar o social, determinados bienes o servicios (artículo 1).

Puede ser consumidor tanto una persona física como una persona jurídica. Además, para ser considerado consumidor es necesario que quien adquiere un bien o servicio efectúe esta adquisición a fin de satisfacer una necesidad individual o familiar.

En consecuencia, para ser consumidor bajo la LDC es necesario lo siguiente:

1. Que medie la adquisición de un bien o de un servicio por parte de una persona física o jurídica.
2. Que quien realice la adquisición sea destinatario final.

3. La presencia de un empresario o profesional que contrate con un consumidor, quien debe ser protegido.

Asimismo, se consideran consumidores o usuarios a quienes, sin ser parte de una relación de consumo, como consecuencia o en ocasión de ella, adquieren o utilizan bienes o servicios como destinatarios finales, en beneficio propio o de su grupo familiar o social, y a quienes de cualquier manera estén expuestos a una relación de consumo (artículo 1, LDC).

En cuanto a los proveedores profesionales de bienes o servicios, la LDC los define como toda persona física o jurídica de naturaleza pública o privada que, en forma profesional o aun ocasionalmente, desarrolle actividades de producción, montaje, creación, construcción, transformación, importación, concesión de marca, distribución y comercialización de bienes o servicios destinados a consumidores o usuarios (artículo 2, primer párrafo).

El segundo párrafo del artículo 2 de la LDC contiene una exclusión a su aplicación, que es la siguiente:

“No están comprendidos en esta ley los servicios de profesionales liberales que requieran para su ejercicio título universitario y matrícula otorgada por colegios profesionales reconocidos oficialmente o autoridad facultada para ello, pero sí la publicidad que se haga de su ofrecimiento. Ante la presentación de denuncias, que no se vincularen con la publicidad de los servicios, presentadas por los usuarios y consumidores, la autoridad de aplicación de esta ley informará al denunciante sobre el ente que controle la respectiva matrícula a los efectos de su tramitación.”

De esta manera, se encuentran excluidos del margen especial previsto por la LDC los servicios que requieran para su ejercicio título universitario y matrícula otorgada por colegios profesionales reconocidos oficialmente o por autoridad facultada para ello, salvo en aquellos aspectos vinculados con la publicidad que se haga del ofrecimiento de estos servicios.

En la LDC se genera un sistema de responsabilidad objetiva y extensiva. En efecto, el artículo 40 de la LDC establece lo siguiente:

“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. El transportista responderá por los daños ocasionados a la cosa con motivo o en ocasión del servicio.

La responsabilidad es solidaria, sin perjuicio de las acciones de repetición que correspondan. Sólo se liberará total o parcialmente quien demuestre que la causa del daño le ha sido ajena.”

En este sentido, la responsabilidad objetiva se caracteriza por atribuir responsabilidad con total abstracción de la idea de culpabilidad. Esto significa que los sujetos que la norma determina como

legitimados pasivos no se eximen mediante la demostración de un obrar diligente, sino que deben acreditar la ruptura del nexo causal.

De esta manera, para atribuir responsabilidad a los integrantes de la cadena de comercialización de bienes o servicios el consumidor o usuario debe demostrar que el daño provino de la actividad activa de una cosa riesgosa o viciosa para que, así, opere la presunción de responsabilidad (Pizarro y Vallespinos 1999).

Esta presunción se puede desvirtuar mediante la prueba de la ruptura del nexo de causalidad entre el factor objetivo de atribución y el daño. Las tres causales que permiten acreditar la ruptura del nexo causal son:

1. Hecho de la víctima: el hecho de la víctima se admite como causal de eximición de responsabilidad en el artículo 1729 del Código Civil y Comercial de la Nación (en adelante, el “Código”), que establece que la responsabilidad “puede ser excluida o limitada por la incidencia del hecho del damnificado en la producción del daño, excepto que la ley o el contrato dispongan que debe tratarse de su culpa, de su dolo, o de cualquier otra circunstancia especial”.
2. Caso fortuito: el caso fortuito se define en el artículo 1730 del Código, que dice que “se considera caso fortuito o fuerza mayor al hecho que no ha podido ser previsto o que, habiendo sido previsto, no ha podido ser evitado. El caso fortuito o fuerza mayor exime de responsabilidad, excepto disposición en contrario”.
3. Hecho de un tercero: finalmente, se encuentra el hecho de un tercero, causal que está prevista en el artículo 1731 del Código, que menciona que “para eximir de responsabilidad, total o parcialmente, el hecho de un tercero por quien no se debe responder debe reunir los caracteres del caso fortuito”.

A su vez, la responsabilidad por daños que instituye la LDC es solidaria y extensiva a todos los integrantes de la cadena de comercialización de bienes o servicios. De esta manera, responden por los daños que se generan por el riesgo o vicio de la cosa o de la prestación del servicio el productor, el fabricante, el importador, el distribuidor, el proveedor, el vendedor y quien haya puesto su marca en la cosa o servicio. En el caso del transportista, este responde solamente por los daños ocasionados a la cosa con motivo o en ocasión de su servicio. Para liberarse de responsabilidad, los integrantes de la cadena de comercialización deberán demostrar que la causa del daño fue ajena.

En cuanto al plazo de prescripción para iniciar las acciones correspondientes, el artículo 50 de la LDC dice lo siguiente:

Las sanciones emergentes de la presente ley prescriben en el término de TRES (3) años. La prescripción se interrumpe por la comisión de nuevas infracciones o por el inicio de las actuaciones administrativas.

De acuerdo a lo mencionado por Corbalán y Pinese (2015), el plazo de prescripción contenido en el artículo 50 de la LDC solo alude a la prescripción de las sanciones pasibles de aplicar a quien infrinja este cuerpo normativo, las que se encuentran previstas en el artículo 47 de la LDC.

En materia de prescripción de las acciones judiciales en el ámbito de las relaciones de consumo, señalan estos autores, el plazo de prescripción aplicable es el previsto en el artículo 2560 del Código, que es de cinco años. Asimismo, cabe resaltar que el Código contempla plazos especiales de prescripción – artículo 2561, 2562 y 2564–. No obstante, estos plazos especiales no serían aplicables para los consumidores y usuarios si se tiene en cuenta que son menos favorables que el plazo común u ordinario previsto en el artículo 2560 del Código.

2.2. RELACIONES DE CONSUMO EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN

En el Código se decidió regular a las relaciones y a los contratos de consumo. Este es un aspecto un tanto discutido, sobre todo si se tiene en cuenta que son numerosos los países que no incorporan la regulación de los contratos de consumo en sus propios códigos civiles.

Ejemplo de esto es Italia, que regula a los contratos de consumo en el *Codice del consumo* (Decreto Legislativo N° 206 del 6 de septiembre de 2005) y España, con su correspondiente Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (Real Decreto Legislativo 1/2007 del 16 de noviembre de 2007).

No obstante, de acuerdo con los Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación publicados en el año 2012 (en adelante, los "Fundamentos del Código"), con distinto criterio el Código Civil de Alemania incorporó, en el año 2002, cuestiones relacionadas al derecho del consumidor. En efecto, en este cuerpo normativo se incorporó la definición de consumidor y profesionales, se reguló a los contratos celebrados fuera de los establecimientos comerciales y a distancia y, finalmente, se fijaron garantías en la venta de bienes de consumo. El Código Civil de Quebec incluyó disposiciones atinentes a los contratos de consumo y a los celebrados por adhesión, así como a la responsabilidad de los intervinientes en la cadena de fabricación y comercialización de cosas muebles. Por su parte, el Código Civil de Holanda reguló las condiciones generales de contratación, la responsabilidad por productos y las exigencias en cuanto a la publicidad.

A su vez, en el Código se optó por regular a los contratos de consumo no como un tipo especial más, sino como una fragmentación del tipo general de contratos, que influye sobre los tipos especiales. Además, la regulación de estos contratos en el Código incluye una serie de principios generales de protección del consumidor para que actúen como una protección mínima, en contraposición a reproducir cabalmente las reglas de las legislaciones especiales de derecho del consumo.

Como se señala en los Fundamentos del Código, esto tiene diversas consecuencias:

1. Una ley especial puede establecer condiciones de protección superiores a las que se regulan en el Código.
2. Ninguna ley especial puede disminuir la protección mínima que establece el Código. Si bien el Código puede ser modificado –como cualquier otra ley–, hacer esto es más difícil en comparación con cualquier otra ley especial.
3. En el Código hay reglas generales sobre prescripción, caducidad, responsabilidad civil, contratos, que complementan la legislación especial aportando un lenguaje común.
4. En cuanto a la interpretación de las diversas leyes especiales, el Código brinda un lenguaje común de lo no regulado en las leyes especiales y, además, determina un piso mínimo de protección a los consumidores o usuarios conforme al principio del *favor consummatoris*.

De esta manera, como se establece en los Fundamentos del Código, “se produce una integración del sistema legal en una escala de graduación compuesta por: a) los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución Nacional; b) los principios y reglas generales de protección mínima y el lenguaje común del Código; c) la reglamentación detallada existente en la legislación especial. Los dos primeros niveles son estables, mientras que el tercero es flexible y adaptable a las circunstancias cambiantes de los usos y prácticas”.

El artículo 1092 del Código menciona lo siguiente:

“Relación de consumo es el vínculo jurídico entre un proveedor y un consumidor. Se considera consumidor a la persona humana o jurídica que adquiere o utiliza, en forma gratuita u onerosa, bienes o servicios como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social.

Queda equiparado al consumidor quien, sin ser parte de una relación de consumo como consecuencia o en ocasión de ella, adquiere o utiliza bienes o servicios, en forma gratuita u onerosa, como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social.”

En este sentido, este artículo define a las relaciones de consumo, las que determinan el ámbito de aplicación del derecho del consumo (Lorenzetti 2015). Asimismo, se desarrolla el concepto de consumidor como sujeto destinatario de este sistema tuitivo. Finalmente, se establece que existen sujetos que se hallan equiparados al consumidor, por lo que gozan de los mismos beneficios que estos.

El artículo 1093 del Código define a los contratos de consumo:

“Contrato de consumo es el celebrado entre un consumidor o usuario final con una persona humana o jurídica que actúe profesional u ocasionalmente o con una empresa productora de bienes o prestadora de servicios, pública o privada, que tenga por objeto la adquisición, uso o goce de los bienes o servicios por parte de los consumidores o usuarios, para su uso privado, familiar o social.”

Esta definición, junto con las de relación de consumo y consumidor del artículo 1092 del Código, receptan las existentes en la LDC. Asimismo, cabe remarcar que el contrato de consumo no es una especie de contrato determinado, sino que es una categoría general que atraviesa a todos los tipos de contratos. Por ende, un mismo contrato puede ser considerado de consumo dependiendo de las circunstancias de su celebración.

En los artículos 1094 y 1095 del Código se materializan los principios del *favor consummatoris*, de protección del consumidor y del acceso al consumo sustentable. Estos principios emanan del artículo 42 de la Constitución Nacional y constituyen una pauta interpretativa para la aplicación de las normas que regulan los vínculos entre consumidores y proveedores de bienes o servicios.

Entre los artículos 1096 y 1103 del Código se regula la formación del consentimiento en los contratos de consumo. Si se compara este capítulo con el correspondiente de formación del consentimiento para los contratos en general, se evidencia que hay profundas diferencias.

En primer lugar, se establece una obligación de trato digno a los consumidores y usuarios de bienes y servicios. En este sentido, el artículo 1097 del Código dice lo siguiente:

“Los proveedores deben garantizar condiciones de atención y trato digno a los consumidores y usuarios. La dignidad de la persona debe ser respetada conforme a los criterios generales que surgen de los tratados de derechos humanos. Los proveedores deben abstenerse de desplegar conductas que coloquen a los consumidores en situaciones vergonzantes, vejatorias o intimidatorias.”

Este artículo es una implementación de lo normado por el artículo 42 de la Constitución Nacional, que establece, entre otras cosas, que los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a condiciones de trato digno y equitativo. En el Código se recepta esto mediante conceptos jurídicos indeterminados, para que sean las leyes especiales las que desarrollen reglas más precisas y adaptables a lo largo del tiempo.

En segundo lugar, se consagra una obligación general de información en cabeza de los proveedores de bienes y servicios, para lograr una mayor transparencia en los contratos y relaciones de consumo. En efecto, el artículo 1100 del Código establece lo siguiente:

“El proveedor está obligado a suministrar información al consumidor en forma cierta y detallada, respecto de todo lo relacionado con las características esenciales de los bienes y servicios que provee, las condiciones de su comercialización y toda otra circunstancia relevante para el contrato. La información debe ser siempre gratuita para el consumidor y proporcionada con la claridad necesaria que permita su comprensión.”

Finalmente, se regula la publicidad dirigida a los consumidores en los artículos 1101, 1102 y 1103 del Código, que dicen lo siguiente:

Artículo 1101: Publicidad. Está prohibida toda publicidad que:

- a) contenga indicaciones falsas o de tal naturaleza que induzcan o puedan inducir a error al consumidor, cuando recaigan sobre elementos esenciales del producto o servicio;
- b) efectúe comparaciones de bienes o servicios cuando sean de naturaleza tal que conduzcan a error al consumidor;
- c) sea abusiva, discriminatoria o induzca al consumidor a comportarse de forma perjudicial o peligrosa para su salud o seguridad.

Artículo 1102: Acciones. Los consumidores afectados o quienes resulten legalmente legitimados pueden solicitar al juez: la cesación de la publicidad ilícita, la publicación, a cargo del demandado, de anuncios rectificatorios y, en su caso, de la sentencia condenatoria.

Artículo 1103: Efectos de la publicidad. Las precisiones formuladas en la publicidad o en anuncios, prospectos, circulares u otros medios de difusión se tienen por incluidas en el contrato con el consumidor y obligan al oferente.

Así, se define a la publicidad ilícita y se incluyen las categorías de publicidad engañosa, comparativa, inductiva o discriminatoria. Además, se especifican las acciones con las que cuentan los consumidores o legitimados según las leyes especiales y procesales y se establece que la publicidad es parte integrante del contrato de consumo.

A continuación, se regulan las modalidades especiales que constituyen práctica común de los contratos de consumo: contratos celebrados fuera de los establecimientos comerciales, contratos celebrados a distancia y contratos celebrados por medios electrónicos. Se los define, se fijan reglas generales y se establecen algunas reglas específicas.

Luego, se regula a las cláusulas abusivas de los contratos de consumo. Se considera que “es abusiva la cláusula que, habiendo sido o no negociada individualmente, tiene por objeto o por efecto provocar un desequilibrio significativo entre los derechos y las obligaciones de las partes, en perjuicio del consumidor” (artículo 1119 del Código). Se aclara que las cláusulas de un contrato de consumo pueden ser declaradas abusivas, aunque hayan sido negociadas o aprobadas expresamente por el consumidor (artículo 1118 del Código). Además, se establece que no pueden ser declaradas abusivas “las cláusulas relativas a la relación entre el precio y el bien o el servicio procurado” y “las que reflejan disposiciones vigentes en tratados internacionales o en normas legales imperativas” (artículo 1121 del Código). Finalmente, se establecen las facultades judiciales en el artículo 1122 del Código, que dice lo siguiente:

“El control judicial de las cláusulas abusivas se rige, sin perjuicio de lo dispuesto en la ley especial, por las siguientes reglas:

- a) la aprobación administrativa de los contratos o de sus cláusulas no obsta al control;
- b) las cláusulas abusivas se tienen por no convenidas;
- c) si el juez declara la nulidad parcial del contrato, simultáneamente lo debe integrar, si no puede subsistir sin comprometer su finalidad;
- d) cuando se prueba una situación jurídica abusiva derivada de contratos conexos, el juez debe aplicar lo dispuesto en el artículo 1075.”

2.3. JUSTIFICACIONES PARA IMPLEMENTAR UN ESTÁNDAR DE RESPONSABILIDAD OBJETIVO

Es difícil sostener que en los mercados actuales los consumidores o usuarios de bienes o servicios tienen completa libertad de contratación. La idea clásica del contrato, en la que la voluntad de las partes contratantes era lo que primaba, debe ser reemplazada por otros estándares que permitan dar cuenta de la nueva realidad contractual.

En efecto, en la actualidad los contratos no son el resultado de una negociación entre dos partes en igualdad de condiciones (Centanaro 2011). Los contratos de adhesión permiten a las empresas ofrecer productos o servicios de manera masiva, y los consumidores tienen dos posibilidades: aceptar las condiciones preestablecidas y adquirir el bien o servicio, o rechazarlas y no concretar ninguna operación. No se concibe la idea de que los millones de consumidores negocien con los productores o fabricantes los términos y condiciones de los contratos.

Esta nueva realidad contractual ha despertado el interés de varios doctrinarios y jueces en todo el mundo y ha llevado, en muchos regímenes jurídicos, a la imposición de normas más estrictas de responsabilidad para los integrantes de la cadena de comercialización de bienes o servicios.

Como fue explicado en el capítulo 2.1 anterior, en Argentina hay un régimen de responsabilidad objetiva y solidaria que permite responsabilizar a todos los integrantes de la cadena de comercialización de un producto o servicio. Las justificaciones que se brindaron para implementar un estándar de responsabilidad de este tipo incluyen, por lo general, tres aristas: a) información imperfecta, b) poder de negociación desigual y c) distribución de riesgos.

2.3.1. *Información imperfecta*

Un argumento para justificar la implementación de un estándar de responsabilidad objetiva es que los consumidores no tienen información adecuada acerca de los riesgos de los productos o servicios que contratan, y si la tienen, la subestiman (Croley y Hanson 1993).

Según Croley y Hanson, hay dos argumentos que se proporcionan para afirmar que los consumidores no tienen información adecuada sobre los riesgos de los productos o servicios que

adquieran. Por un lado, se sostiene que los consumidores o usuarios no pueden conocer con exactitud los riesgos de los productos porque la información es costosa. De esta manera, los consumidores son actores racionales que no subestiman los riesgos de los productos, pero que al informarse de aquellos riesgos para los que el beneficio marginal excede el costo marginal, no conocen de manera completa y adecuada a qué se exponen. Por otro lado, están quienes plantean que los consumidores no están adecuadamente informados acerca de los riesgos de los productos porque hay ciertos sesgos cognitivos que causan que sistemáticamente tengan falsas percepciones de ciertos tipos de riesgos.

La información a la que deben acceder los consumidores para conocer cuáles son los riesgos a los que se exponen muchas veces no está escrita en los dorsos de los productos. En efecto, los consumidores deben saber qué estándar de responsabilidad es aplicable, si los productores pueden establecer cláusulas limitativas de la responsabilidad y si el productor es solvente o no, entre otras cuestiones.

En definitiva, obtener información es algo que conlleva costos. Según estos dos autores, mientras más información deben obtener los consumidores, más alto será su costo. La responsabilidad objetiva de los integrantes de la cadena de comercialización genera que estos no puedan obtener un provecho por la ignorancia de los consumidores, ya que tendrían que responder por los riesgos de sus productos o servicios.

Asimismo, otro impacto de la responsabilidad objetiva es que el precio de los productos, al reflejar los costos de los accidentes por los riesgos que estos conllevan, van a actuar como una fuente de información.

En síntesis, bajo un sistema de responsabilidad objetiva los integrantes de la cadena de comercialización van a querer informarles a los consumidores los riesgos de sus productos para, de esta manera, disminuir los costos por accidentes. Si se implementase un sistema de responsabilidad menos estricto que el de la responsabilidad objetiva, los miembros de la cadena de comercialización no van a ser responsabilizados por los daños que sus productos o servicios causen por falta de información de sus riesgos o por subestimación de estos por parte de los consumidores.

2.3.2. Poder de negociación desigual

Los contratos de consumo son, en su gran mayoría, contratos de adhesión. En efecto, a partir de la generalización de la contratación en masa y de la extensión de la utilización de condiciones generales de contratación, el principio de la autonomía de la voluntad comenzó a considerarse en crisis (Acciarri y Tolosa 2009). En los contratos de adhesión el consumidor solo tiene dos opciones: aceptar los términos y condiciones o rechazarlos.

Según Acciarri y Tolosa, hay dos explicaciones que se proveen para intentar explicar por qué los proveedores de bienes o servicios utilizan en la gran mayoría contratos por adhesión: por un lado, está la

idea de que los vendedores solamente intentan reducir los costos de negociación con cada consumidor –la explicación "inocente"–; y, por el otro lado, está la noción de que los proveedores saben que los consumidores no tienen más alternativa que aceptar sus condiciones o rechazarlas, sin posibilidad de que exista negociación alguna –la explicación "siniestra"–.

A esto se debe agregar el hecho de que la información es costosa y difícil de procesar y que los productores usan siempre las mismas cláusulas. El resultado de esto es que los productores de bienes o servicios incluyen cláusulas completamente desfavorables para los consumidores o, directamente, les proveen productos que no son seguros ya que su poder de negociación alto se los permite (Croley y Hanson 1993).

Las estrategias jurídicas habituales en cuanto a este punto incluyen, en primer lugar, la consideración de los consumidores como contratantes débiles y la consecuente interpretación favorable a ellos de las cláusulas de los contratos y, en segundo lugar, la ineficacia de ciertas cláusulas contractuales vistas como abusivas. Así es que la LDC y el Código establecen el principio general de interpretación de los contratos a favor del consumidor (artículos 3 de la LDC y 1094 y 1095 del Código) y que ciertas cláusulas se consideran nulas (artículos 37 a 39 de la LDC y 1117 a 1122 del Código).

2.3.3. *Distribución de riesgos*

Un estándar de responsabilidad objetiva de toda la cadena de comercialización permite que se distribuya la carga de soportar los costos de los accidentes entre todos los consumidores. En este sentido, como lo sostienen Croley y Hanson (1993), concentrar los costos de los accidentes en unos pocos consumidores desafortunados se entiende como algo injusto e innecesario si se tiene en cuenta que los productores de bienes o servicios en la mayoría de los casos están mejor preparados para soportar estos costos.

Adoptar un régimen de responsabilidad objetiva para accidentes de productos permite que los costos sociales de esta imposición –el incremento de los precios de productos y servicios– no excedan los beneficios sociales –la posibilidad de ser indemnizado ante el sufrimiento de un daño– y, por ende, la sociedad en conjunto obtiene una mejora (Jones 1992).

3. La defensa por riesgos de desarrollo

La defensa por riesgo de desarrollo es una eximente de responsabilidad civil en el supuesto de defectos de productos que no son susceptibles de ser reconocidos en el momento de su fabricación o puesta en el mercado de conformidad con el estado de los conocimientos científicos y técnicos disponibles en ese momento (Garrido Cordobera y Busto Lago 2010).

La imputación de responsabilidad por los riesgos de desarrollo ha sido un tema de numerosos debates en los últimos años. En orden a los criterios de política legislativa que se han ido tomando, dos suelen ser las ideas que se ponderan (Garrido Cordobera y Busto Lago 2010): “la innovación segura y el auspicio del desarrollo que, en última instancia, pudiera beneficiar a la sociedad en general y (...) la protección de los perjudicados por las invenciones e innovaciones que, finalmente, resultaron ser causantes de daños”.

Con respecto a Argentina, según Goldenberg y López Cabana (1990), en las VIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil –La Plata, 1981– las opiniones quedaron divididas en dos despachos que sostuvieron lo siguiente: por un lado, que no se debe exonerar al fabricante cuando conocimientos científicos y técnicos posteriores prueban el defecto del producto y que no es caso fortuito extraño a la empresa la *communis opinio* científica sobre la inocuidad del producto si posteriores conocimientos prueban su dañinidad; por otro lado, que la existencia del defecto de fabricación debe juzgarse según los conocimientos científicos y técnicos del momento en que se pone en el mercado al producto.

En las IV Jornadas Rioplatenses de Derecho –Punta del Este, 1986– la Comisión N° 1 de Derecho Civil –que tuvo a cargo el estudio de la responsabilidad por productos elaborados– realizó un despacho sobre el desconocimiento de la nocividad potencial del producto, en el que resultó mayoritaria la siguiente postura: "el elaborador responde aunque sea desconocida la nocividad potencial del producto al momento de lanzarlo al consumo" (Goldenberg y López Cabana, 1990).

Al respecto, en un estudio llevado a cabo por la *Fondazione Rosselli* en el año 2014 (en adelante, el “Estudio”), en el que se analiza el impacto económico de la defensa por riesgo de desarrollo implementada por la Directiva¹ –según se define más adelante– los autores que alegan que debe responsabilizarse a los productores por los daños causados por los riesgos de desarrollo sostienen que los fabricantes pueden compensar estos daños al incrementar los precios de sus productos y, por lo tanto, distribuirlos entre los consumidores. Los productores pueden, incluso, asegurarse contra estos daños. Estos autores sostienen, asimismo, que incluir la defensa por riesgo de desarrollo debilita el estándar de responsabilidad objetiva por productos e introduce una carga irrazonable en cabeza de los consumidores, a quienes no se les puede exigir que conozcan cuál es el estado de los conocimientos científicos y técnicos al momento en que adquieren productos.

En cambio, de acuerdo con el Estudio, están quienes abogan por la inclusión de la defensa por riesgo de desarrollo al señalar que, de lo contrario, se desincentivaría la investigación científica y técnica en relación a productos tecnológicamente avanzados. Estos autores mencionan que la defensa por riesgo

¹ Disponible en <http://ec.europa.eu/DocsRoom/documents/7104/attachments/1/translations/en/renditions/pdf> (Consultado el 31 de julio de 2018)

de desarrollo es necesaria para proteger a los productores de consecuencias imprevisibles y, de esta manera, asegurarse que los fabricantes no pierdan incentivo para innovar.

En este sentido, son varias las industrias que se asocian naturalmente a la defensa por riesgo de desarrollo: los productos que son introducidos al mercado por la industria farmacéutica, sobre los que un conocimiento completo y acabado acerca de sus riesgos es imposible; y las industrias de aditivos alimentarios, cosméticos, fertilizantes y pesticidas también se beneficiarían con la introducción de esta defensa ya que siempre hay una posibilidad de que aparezcan efectos inesperados.

3.1. LA DIRECTIVA 85/374/CEE

La Directiva 374 del 25 de julio de 1985 del Consejo Europeo 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 (en adelante, la “Directiva”) tiene como objetivo aproximar las diferentes normas de los Estados miembros de la Unión Europea en materia de responsabilidad por productos “dado que las actuales divergencias entre las mismas pueden falsear la competencia, afectar la libre circulación de mercancías dentro del mercado común y favorecer la existencia de distintos grados de protección del consumidor frente a los daños causados a su salud o sus bienes por un producto defectuoso”.

La Directiva se aplica a los bienes muebles producidos industrialmente, estén o no incorporados a otros bienes muebles o a uno inmueble (artículo 2). En la Directiva se excluye a las materias primas agrícolas y a los productos de la caza que no hayan sufrido una transformación inicial; no obstante, con la aprobación de la Directiva 99/34/ED el régimen de responsabilidad de la Directiva fue extendido para incluir también a estos productos.

En la Directiva se entiende por productor a “la persona que fabrica un producto acabado, que produce una materia prima o que fabrica una parte integrante, y toda aquella persona que se presente como productor poniendo su nombre, marca o cualquier otro signo distintivo en el producto” (artículo 3). Se incluye dentro de la definición de productor a quienes importen un producto con finalidad de comercializarlo dentro de la Unión Europea. Asimismo, en caso de que el productor no pueda ser identificado fehacientemente, cada suministrador del producto será considerado como productor, a menos que informara al damnificado la identidad del productor dentro de un plazo de tiempo razonable.

La Directiva introduce un estándar de responsabilidad objetiva que requiere únicamente de la demostración de la existencia de un defecto en los productos, un daño y la relación causal entre el defecto y el daño (artículo 4). Por ende, no es necesario en ningún caso que se demuestre la culpa o negligencia del productor. En caso de que dos o más personas sean responsables del mismo daño, su responsabilidad será solidaria (artículo 5).

Según lo estipulado por la Directiva en el artículo 6, un producto es defectuoso:

“Cuando no ofrece la seguridad a la que una persona tiene legítimamente derecho, teniendo en cuenta todas las circunstancias, incluso:

- a) la presentación del producto;
- b) el uso que razonablemente pudiera esperarse del producto;
- c) el momento en que el producto se puso en circulación.”

En cuanto a la exoneración de responsabilidad del productor, la Directiva dice que el fabricante no será responsable si prueba: a) que no puso el producto en circulación; b) que el defecto que causó el daño no existía en el momento en que él puso el producto en circulación o que este defecto apareció más tarde; c) que el productor no fabricó el producto para comercializarlo con fines económicos o que no lo distribuyó en el ámbito de su actividad profesional; d) que el defecto se debe a que el producto se ajusta a normas imperativas dictadas por los poderes públicos; 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; o f) en el caso del fabricante de una parte integrante, que el defecto sea imputable al diseño del producto a que se ha incorporado o a las instrucciones dadas por el fabricante del producto.

Asimismo, la responsabilidad del productor no disminuirá cuando el daño haya sido causado conjuntamente por un defecto del producto y por la intervención de un tercero. Solamente puede reducirse o anularse la responsabilidad del productor cuando el daño sea causado conjuntamente por un defecto del producto y por culpa del damnificado o de una persona de la que el damnificado sea responsable (artículo 8).

Los daños amparados por la Directiva, según su artículo 9, son los siguientes: a) los daños causados por muerte o lesiones corporales; b) los daños causados a una cosa o la destrucción de una cosa que no sea el propio producto defectuoso. La Directiva no se aplica a los daños que resulten de accidentes nucleares y que estén cubiertos por convenios internacionales ratificados por los Estados miembros de la Unión Europea (artículo 14).

En cuanto al plazo de prescripción para solicitar la reparación del daño al amparo de la Directiva, el artículo 10 establece que el damnificado contará con tres años a partir de la fecha en que tuvo o debería haber tenido conocimiento del daño, del defecto y de la identidad del productor. No obstante, la responsabilidad del productor se extingue transcurridos diez años desde que se hubiera puesto en circulación al producto que causó el daño.

A su vez, el artículo 12 de la Directiva dice que la responsabilidad del productor que se derive de la aplicación de la Directiva no podrá quedar limitada por medio de cláusulas limitativas de la responsabilidad.

Con respecto a la defensa por riesgo de desarrollo, la Directiva consagra esta eximente de responsabilidad en el inciso e) del artículo 7:

“En aplicación de la presente Directiva, el productor no será responsable si prueba:

... e) o 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”.

Esta defensa es opcional para los Estados miembros de la Unión Europea, quienes pueden responsabilizar a los productores por los daños que se causen por los riesgos de desarrollo. En efecto, el artículo 15 de la Directiva establece lo siguiente:

“Cada Estado miembro podrá:

... b) no obstante lo previsto en la letra e) del artículo 7, mantener o, sin perjuicio del procedimiento definido en el apartado 2 del presente artículo, disponer en su legislación que el productor sea 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.”

Así y todo, conforme lo sostenido en el Estudio, los únicos Estados miembros de la Unión Europea que no incluyeron la defensa por riesgos de desarrollo son Finlandia y Luxemburgo. En efecto, en estos dos países los productores son responsables en casos de daños por riesgos de desarrollo.

En cambio, los países que implementaron la defensa por riesgo de desarrollo de manera amplia son Reino Unido, Italia, Irlanda, Suecia, Grecia, Portugal, Austria, Holanda, Dinamarca y Bélgica, en los que esta eximente se aplica a todos los productos sin excepciones.

Finalmente, están los países que consagraron la defensa por riesgos de desarrollo en su derecho interno, pero con ciertas limitaciones. En este sentido, en España los productores son responsables por daños causados por los riesgos de desarrollo en alimentos, productos farmacéuticos y derivados de la sangre. En Francia y en Alemania, luego de los escándalos que resultaron de sangre contaminada – Francia– y de fármacos defectuosos –Alemania– se decidió que los productores de hemoderivados en Francia y de fármacos en Alemania son siempre responsables, incluso por aquellos defectos que no eran conocidos aún por la ciencia y la tecnología disponible en el momento en que el producto fue puesto en el mercado.

En cuanto al funcionamiento de la defensa por riesgo de desarrollo, esta se aplica en caso de que el productor demuestre fehacientemente que el estado de los conocimientos científicos y técnicos en el momento de puesta en circulación del producto en cuestión no permitía descubrir el defecto. En otras palabras, los productores se eximen de responsabilidad si logran probar que los conocimientos científicos y técnicos razonablemente disponibles para el productor no daban cuenta que el producto era defectuoso.

3.2. LA CONSUMER PROTECTION ACT DE 1987 DEL REINO UNIDO

Reino Unido incluyó la defensa por riesgo de desarrollo a través de la *Consumer Protection Act* de 1987 (en adelante, la “CPA”).

En efecto, en la sección 4(1)(e) de la CPA se estableció que, en cualquier procedimiento judicial relativo al defecto de un producto, constituye una defensa para el productor demostrar que el estado de los conocimientos científicos y técnicos en el momento relevante no era tal que un fabricante de un producto similar pudiera haber descubierto el defecto si hubiese existido en sus productos. En este sentido, la sección 4(1)(e) de la CPA dice lo siguiente:

“In any civil proceedings by virtue of this Part against any person (‘the person proceeded against’) in respect of a defect in a product it shall be a defence for him to show— ... (e) that the state of scientific and technical knowledge at the relevant time was not such that a producer of products of the same description as the product in question might be expected to have discovered the defect if it had existed in his products while they were under his control.”

Las palabras que se utilizaron para instaurar la defensa por riesgos de desarrollo en la CPA son diferentes a las que se eligieron en la Directiva. Esto, evidentemente, genera una diferencia de interpretación entre ambas normas.

Efectivamente, Newdick (1988) sostiene que mientras en la Directiva la responsabilidad se impone por defectos que el productor no hubiese podido razonablemente descubrir –y, por ende, el criterio relevante para imputar a un fabricante de responsabilidad es simplemente si había algún tipo de conocimiento científico o técnico que hubiese permitido descubrir el defecto–, en la CPA se reduce el ámbito de aplicación de la defensa por riesgo de desarrollo a una variante que se asemeja a una regla de negligencia. Por ende, se puede argumentar que la CPA ha efectivamente modificado el régimen de responsabilidad por productos que la Directiva buscaba implementar en los Estados miembros de la Unión Europea.

3.3. BREVE EXAMEN DL CONCEPTO DEL *REASONABLE ALTERNATIVE DESIGN*

En Estados Unidos se aplica un criterio similar –aunque no idéntico– a la defensa por riesgo de desarrollo que es el del *reasonable alternative design*. Este concepto surge de diferenciar los defectos de fabricación de los defectos de diseño, tal como explican Henderson y Twerski (1997). Es en los defectos de diseño que la noción de *reasonable alternative design* es aplicable.

Según estos autores, para determinar si un producto tiene un defecto de fabricación se debe comparar el diseño intentado con el diseño efectivamente obtenido por el producto en cuestión. En cambio, para analizar si un producto es defectuoso en relación a su diseño Henderson y Twerski

mencionan que la mayoría de los tribunales judiciales estadounidenses optan por efectuar un examen de riesgo-utilidad. En este sentido, un producto tendría un defecto de diseño si los beneficios que se obtienen de ese diseño no son sobrepasados por los riesgos a los consumidores que el producto genera.

Es en los casos que involucran defectos de diseño en los que, de acuerdo con estos autores, los productores cuentan con la *state of the art defense*. Esta defensa consta, básicamente, en argumentar que en el momento en que el producto en cuestión fue puesto en el mercado no había un diseño alternativo más seguro y que el diseño que se usó fue el más infalible de acuerdo con los conocimientos científicos y técnicos vigentes en ese entonces.

3.4. ANÁLISIS DE CUESTIONES PARTICULARES DE LA DEFENSA POR RIESGO DE DESARROLLO

A continuación, se efectuará un examen de tres temáticas vinculadas a la defensa por riesgo de desarrollo que han sido objeto de numerosos debates por académicos de todo el mundo.

3.4.1. *La extensión de la obligación de los productores de descubrir defectos en sus productos*

Newdick (1988) compara la extensión de la obligación en cabeza de los productores de descubrir defectos en sus productos según un estándar de responsabilidad subjetivo –basado en la regla de negligencia– con el estándar de responsabilidad objetivo que instauran tanto la Directiva como la CPA.

En cuanto a este punto, Newdick sostiene que la regla de negligencia no exige absoluta certeza acerca de la seguridad de los productos, sino que, por el contrario, la extensión del deber de descubrir defectos de los productores depende de la naturaleza de los productos. Así, cuanto mayor sea el riesgo que el producto en cuestión genere, mayor deberá hacer el productor para minimizarlo (Newdick 1988).

En contraposición, según este autor la Directiva les exige a los fabricantes que demuestren que no había ningún tipo de conocimiento científico o técnico disponible al momento de la puesta en circulación del producto para que se aplique la defensa por riesgo de desarrollo. Este autor sostiene que la Directiva, al hacer esto, les exige a los productores que demuestren una ausencia absoluta de conocimientos del defecto, lo que sería impracticable en la realidad.

Es por esta razón que, de acuerdo con este autor, la CPA –al ampliar el ámbito de aplicación de la defensa por riesgo de desarrollo– es la interpretación correcta de esta cuestión. En efecto, este autor menciona que bajo la CPA los productores son responsables por los defectos que no pudieron razonablemente descubrir de acuerdo con los conocimientos científicos y técnicos de un fabricante de productos similares. Esto significa que los productores no deben demostrar una ausencia total de conocimientos del defecto ya que sería ilógico exigirles a los productores que, por ejemplo, demuestren que todas las bibliotecas del mundo y todo artículo científico –aún aquellos que nunca fueron publicados– fueron revisados.

Por ende, Newdick dice que para que aplique la defensa por riesgo de desarrollo en un caso en particular los productores –bajo la CPA– deben demostrar que no hay conocimientos científicos y técnicos en su campo de actividad mediante la opinión de expertos en esa área específica.

En nuestra opinión, la postura de Newdick no es del todo razonable ya que, como será analizado seguidamente, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, el "TJUE") al interpretar la Directiva en el caso número 300/95 dijo que los conocimientos científicos y técnicos tienen que haber estado disponibles para el productor para que la defensa por riesgo de desarrollo no sea aplicable. Es decir, que si los conocimientos científicos y técnicos del defecto en cuestión no estuvieron en ningún momento disponibles al productor la eximente por riesgo de desarrollo sería aplicable.

3.4.2. *Qué son los conocimientos científicos y técnicos*

Una cuestión clave es definir concretamente qué se entiende por conocimientos científicos y técnicos. En este sentido, la finalidad que se tiene en miras para implementar la defensa por riesgo de desarrollo es, por lo general, un intento de promover la innovación tecnológica en el mercado competitivo actual, de manera que productos con mejores diseños y de mejorar calidad se vean ofrecidos al público.

Al respecto, una posible interpretación al analizar la defensa por riesgo de desarrollo es pensar que esta eximente debe ser utilizada únicamente respecto de este tipo de industrias en las que los productos cambian continuamente y en las que un completo y acabado conocimiento de los riesgos que estos productos conllevan es virtualmente inalcanzable. No obstante, si este tipo de restricción no se puede efectuar y, por consiguiente, la defensa por riesgo de desarrollo se puede aplicar a todo tipo de defecto imprevisible sin importar el tipo de industria, entonces es posible argumentar que la defensa por riesgo de desarrollo no hizo otra cosa que codificar las conocidas reglas de la negligencia (Newdick 1988).

Sin embargo, es posible realizar una distinción de manera que la defensa por riesgo de desarrollo no provea protección a todo tipo de defecto imprevisible. En este sentido, según Newdick hay defectos que son imprevisibles por nuestros limitados conocimientos científicos y técnicos –para los que la defensa por riesgo de desarrollo aplicaría– y defectos que lo son por negligencia o impericia del productor.

A su vez, qué se debe entender por conocimientos científicos y técnicos fue discutido por el TJUE en el caso número 300/95. Si bien este precedente será analizado en detalle posteriormente, la postura del TJUE en este tema se puede resumir de la siguiente manera: no es posible aplicar la defensa por riesgo de desarrollo cuando únicamente se cumplieron con los estándares de seguridad del sector industrial en cuyo marco el producto fue elaborado, sino que el producto se debe haber fabricado en concordancia con el estado de conocimientos científicos y técnicos más avanzados en el momento en que el producto en cuestión fue puesto en el mercado. Este estado de conocimientos no hace referencia a los que el productor

en los hechos haya tomado en cuenta, sino más bien a los conocimientos científicos y técnicos objetivos a los que el productor debería haberse informado. Asimismo, el TJUE destacó que los conocimientos científicos y técnicos deben haber estado disponibles para el productor, lo que significa que un artículo científico que indicaba la posible existencia de un defecto publicado en un ámbito de académicos muy cerrado al que el productor no hubiese podido razonablemente acceder no impide la exención de su responsabilidad por aplicación de la defensa por riesgos de desarrollo.

En relación a este último punto –la circulación de la información que configura el estado de conocimientos científicos y técnicos–, se ha consagrado un principio denominado “la excepción de Manchuria”. En efecto, el Abogado General del TJUE sostuvo, en el mencionado precedente, que hay una diferencia entre un estudio llevado a cabo en Estados Unidos y publicado en una revista académica internacional en idioma inglés, con uno llevado a cabo en Manchuria y publicado solamente en idioma chino. En tal caso, sería irrazonable responsabilizar a un productor europeo por los defectos que el investigador chino encontró. Por ende, el estado de conocimientos científicos y técnicos debe incluir únicamente aquella información que esté dentro del circuito de la comunidad científica toda y, a su vez, la información que se encuentre se debe analizar mediante un examen de razonabilidad para determinar si el productor en cuestión debía haberla conocido o si, por el contrario, no podía esperarse que la hubiese descubierto.

3.4.3. *¿Cuánta información es necesaria para que haya conocimiento del defecto?*

La defensa por riesgo de desarrollo se aplica cuando los conocimientos científicos y técnicos no permiten descubrir el defecto que un producto conlleva. Definir a partir de cuándo hay conocimientos científicos y técnicos es, por lo tanto, un punto importante, sobre todo si se tiene en cuenta que en las industrias altamente innovadoras los avances científicos y técnicos son graduales y no tienen carácter definitivo o concluyente.

Newdick proporciona un ejemplo para ilustrar esta cuestión: en un artículo científico publicado en 1986 se dijo que el aluminio es uno de los componentes químicos que pueden acumularse en el cerebro y causar demencia senil. Hay indicios, por lo tanto, que las sartenes de aluminio pueden contribuir al desarrollo de esta enfermedad. No obstante, un vínculo directo entre el uso de estas sartenes y la demencia senil no ha sido establecido aún. Teniendo en cuenta esta información, ¿debería considerarse que los productores de sartenes de aluminio cuentan con suficientes conocimientos científicos y técnicos acerca del posible riesgo de sus productos de forma tal de excluirlos de la aplicación de la defensa por riesgo de desarrollo? ¿O, por el contrario, no sería más conducente a la finalidad de la defensa por riesgo de desarrollo que se requiera información más acabada para responsabilizar a los productores por los riesgos del desarrollo de sus productos?

Según Newdick, la respuesta a estas interrogantes surge de ponderar tanto la calidad y confiabilidad de la información como la gravedad del daño que se anticipa en caso de que el defecto fuese a generarse. En este sentido, según este autor habría conocimientos científicos y técnicos que califiquen para aplicar la defensa por riesgo de desarrollo únicamente cuando expertos en la materia den su opinión y, a la vez, cuando haya evidencia de un posible defecto que sea muy severo.

3.5. JURISPRUDENCIA QUE INTERPRETA LA DEFENSA POR RIESGO DE DESARROLLO

3.5.1. *A. and others v. National Blood Authority and another (2001)*

Este caso inició el 1 de mayo de 1998 y es probablemente el precedente en el que se analizó con mayor detalle la defensa por riesgo de desarrollo contenida en la CPA. 114 damnificados presentaron un reclamo contra la *National Blood Authority* –entidad gubernamental del Reino Unido encargada de organizar y preparar donaciones y transfusiones de sangre que, en el año 2005, fue reemplazada por la *NHS Blood and Transplant*– de conformidad con la CPA por los daños sufridos como consecuencia de recibir transfusiones de sangre contaminada con el virus de la hepatitis C.

Durante el período en el que los damnificados sufrieron sus daños el riesgo de la infección del virus de la hepatitis C a través de transfusiones de sangre era imposible de evitar, si bien era conocido a la profesión médica. Esto se debía a dos circunstancias: el virus no había sido descubierto en ese entonces y, a la vez, no había forma de detectar su presencia en la sangre.

Los damnificados alegaron que la *National Blood Authority* era responsable por los daños causados por los defectos de sus productos en consonancia con la CPA y la Directiva. En efecto, bajo la Directiva un productor es responsable por los daños causados por los defectos de sus productos (artículo 1). A su vez, como lo establece el inciso 1 del artículo 6 de la Directiva, un producto es defectuoso cuando no ofrece la seguridad a la que una persona tiene legítimamente derecho, teniendo en cuenta todas las circunstancias, incluyendo la presentación del producto, el uso que razonablemente pudiera esperarse del producto y el momento en que el producto se puso en circulación.

En este caso los demandados reconocieron que la responsabilidad de los productores bajo el artículo 6 de la Directiva era independiente de toda consideración de su actuación –es decir, de si habían sido diligentes a la hora de fabricar el producto en cuestión–. A pesar de esto, los demandados dijeron que la inevitabilidad del defecto debía ser un factor por tener en consideración por el tribunal y que lo máximo que los consumidores podían esperar era que todas las precauciones disponibles en ese entonces se llevaran a cabo –no, por el contrario, que la sangre era completamente segura–. A este respecto, las entidades demandadas argumentaron que la sangre contaminada debía ser considerada como un producto inherentemente riesgoso y que no había otra alternativa en aquel momento que suministrar sangre a los

hospitales y los pacientes sin poder garantizar en aquella la inexistencia del virus de la hepatitis C. Alternativamente, los demandados se apoyaron en el inciso e) del artículo 7 de la Directiva al manifestar que el defecto era inevitable según el estado de los conocimientos científicos y técnicos disponibles en ese entonces y que, por lo tanto, el tribunal debía aplicar la defensa por riesgo de desarrollo.

Con respecto al argumento de que el defecto era inevitable el tribunal dijo que la inevitabilidad no era una de las circunstancias tenidas en cuenta en el artículo 6 de la Directiva para considerar la sangre como no defectuosa. En este sentido, el tribunal remarcó que la intención de la Directiva era instaurar un estándar de responsabilidad objetivo y eliminar toda consideración de la imprudencia o negligencia de los productores.

A su vez, el tribunal mencionó que la sangre contaminada era un producto defectuoso bajo el artículo 6 de la Directiva porque los consumidores tenían derecho a esperar que la sangre que se les transfundiere estaba libre del virus de la hepatitis C. Asimismo, el tribunal evidenció que no hubo advertencias del posible defecto y que los conocimientos médicos de ese entonces no eran relevantes.

Finalmente, con relación a la aplicación de la defensa por riesgo de desarrollo, el tribunal sostuvo que esta no era aplicable ya que la existencia del defecto era conocida o debía haber sido conocida teniendo en cuenta los conocimientos científicos y técnicos disponibles en el momento en que la sangre contaminada fue transfundida. En este sentido, el tribunal dijo que una vez que la existencia del defecto es conocida es irrelevante para decidir si aplicar la defensa por riesgo de desarrollo que el defecto sea inevitable. Hacer lo contrario –esto es, considerar el hecho de que el defecto no podía ser evitado por el productor para evaluar la aplicación de la defensa por riesgo de desarrollo– sería inconsistente con el propósito de la Directiva.

3.5.2. *Caso 300/95, Comisión de las Comunidades Europeas c. Reino Unido (1997)*

El 20 de septiembre de 1995 la Comisión de las Comunidades Europeas (en adelante, la “Comisión”) interpuso un recurso en función del artículo 169 del Tratado de la Unión Europea con la finalidad de que se declare que el Reino Unido incumplió las obligaciones que le corresponden en virtud de la Directiva y del Tratado de la Unión Europea, al no adoptar todas las medidas necesarias para dar cumplimiento con lo establecido por la Directiva.

En particular, el recurso señala que el incumplimiento del Reino Unido versa sobre la aplicación del inciso e) del artículo 7 de la Directiva –que instaura a la defensa por riesgo de desarrollo–. En efecto, como ya hemos explicado, el Reino Unido cumplió con el artículo 19 de la Directiva en el momento en que la CPA entró en vigor –el 1 de marzo de 1988–.

Por un lado, el inciso e) del artículo 7 de la Directiva dice lo siguiente:

“En aplicación de la presente Directiva, el productor no será responsable si prueba:

... e) o 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”.

Por el otro lado, la sección 4(1)(e) de la CPA establece lo siguiente:

“In any civil proceedings by virtue of this Part against any person (‘the person proceeded against’) in respect of a defect in a product it shall be a defence for him to show— ... (e) that the state of scientific and technical knowledge at the relevant time was not such that a producer of products of the same description as the product in question might be expected to have discovered the defect if it had existed in his products while they were under his control.”

En este sentido, en su escrito de interposición del recurso la Comisión sostiene que el legislador del Reino Unido amplió considerablemente la defensa por riesgo de desarrollo contenida en el inciso e) del artículo 7 de la Directiva, lo que controvierde el régimen de responsabilidad objetiva por productos que se buscaba instaurar y, en definitiva, lo transforma en un régimen de responsabilidad subjetiva.

Efectivamente, según la Comisión el inciso e) del artículo 7 de la Directiva introduce un criterio de apreciación objetivo en la medida en que hace hincapié en un estado de los conocimientos científicos y técnicos que es independiente a los que el fabricante en cuestión –o un fabricante de productos similares, como es el caso de la CPA– hubiere tenido acceso para descubrir el defecto en sus productos. En contraposición a esto, la sección 4(1)(e) de la CPA, según la Comisión, al utilizar la expresión “*the state of scientific and technical knowledge at the relevant time was not such that a producer of products of the same description as the product in question might be expected to have discovered the defect*”, supone una apreciación subjetiva que hace foco en el comportamiento de un fabricante razonable y bien informado. De esta manera, según la Comisión, le sería más fácil a un fabricante de un producto defectuoso acreditar que ni él ni un fabricante de productos similares hubieren podido descubrir el defecto dado que se respetaron los estándares del sector industrial en cuestión que, en cambio, demostrar que el estado de los conocimientos científicos y técnicos no permitían dar cuenta del defecto.

El Reino Unido, en su contestación al recurso interpuesto por la Comisión, reconoce que hay una diferencia en los términos utilizados al instaurar a la defensa por riesgo de desarrollo, pero, a la vez, sostiene que la interpretación que efectúa la Comisión del inciso e) del artículo 7 de la Directiva –que se establece un criterio objetivo y no subjetivo– es correcta y que la sección 4(1)(e) de la CPA sigue el mismo criterio. El Reino Unido alega, asimismo, que en última instancia les corresponde a los tribunales judiciales internos interpretar la sección 4(1)(e) de la CPA de forma compatible con el inciso e) del artículo 7 de la Directiva.

Un tema que se examina en este caso es el relativo a la extensión de los conocimientos científicos y técnicos que se deben tener en cuenta al analizar la aplicación de la defensa por riesgo de desarrollo implementada por el inciso e) del artículo 7 de la Directiva. En este sentido, el TJUE dice lo siguiente:

“En primer lugar, como observa, con razón, el Abogado General en el punto 20 de sus conclusiones, cuando esta disposición alude a los «conocimientos científicos y técnicos [en el momento en que el producto fue puesto en circulación]», no se refiere específicamente a la práctica y a las normas de seguridad usuales en el sector industrial en el cual opera el productor, sino, sin restricción alguna, al estado de los conocimientos científicos y técnicos, incluido su nivel más avanzado, existente en el momento en que el producto fue puesto en circulación.

Además, la cláusula de exoneración de la responsabilidad objeto de la controversia no tiene en cuenta el estado de los conocimientos del que el productor de que se trata estaba o podía estar concreta o subjetivamente informado, sino el estado objetivo de los conocimientos científicos y técnicos del que, presumiblemente, el productor estaba informado.

No obstante, el tenor literal de la letra e) del artículo 7 implica necesariamente que los conocimientos científicos y técnicos pertinentes estuvieran accesibles en el momento en que se puso en circulación el producto de que se trata.

De todo lo anterior se deduce que, para poder exonerarse de su responsabilidad, con arreglo a la letra e) del artículo 7 de la Directiva, el fabricante de un producto defectuoso debe acreditar que el estado de los conocimientos científicos y técnicos, incluido su nivel más avanzado, en el momento de ponerse en circulación el producto de que se trata, no permitía descubrir el defecto de éste. Además, para que puedan oponerse válidamente al productor, es preciso que los conocimientos científicos y técnicos pertinentes estuvieran accesibles en el momento en que el producto de que se trate fue puesto en circulación.”

El Abogado General se refiere a la circulación de la información y, como ejemplo, compara un estudio llevado a cabo en los Estados Unidos publicado en una revista científica internacional en idioma inglés con un estudio publicado en idioma chino en una revista científica de carácter local. En un caso de este tipo, el Abogado General sostiene que sería irrazonable responsabilizar a un fabricante europeo por los defectos que el investigador asiático hubiere descubierto. En efecto, sería ilógico argumentar que el fabricante europeo debería haber estado al tanto de la publicación del investigador asiático. Por ende, el Abogado General menciona que el estado de los conocimientos científicos y técnicos debe incluir toda la información disponible en la comunidad científica entera. Esta información, según el Abogado General, debe ser analizada bajo un examen de razonabilidad para determinar que efectivamente estuvo al alcance del fabricante en cuestión.

Posteriormente, el TJUE dice que la Comisión no logró acreditar que la sección 4(1)(e) de la CPA introduce un criterio de apreciación distinto al de aquel sentado por el inciso e) del artículo 7 de la Directiva. En primer lugar, el TJUE sostiene que la sección 4(1)(e) de la CPA pone la carga de la prueba sobre el productor que pretende exonerarse de responsabilidad, no incluye restricción alguna sobre el estado de los conocimientos científicos y técnicos que deben tenerse en cuenta en el momento relevante y no da a entender que su aplicación depende de criterios subjetivos de un fabricante diligente, todo esto en consonancia con el inciso e) del artículo 7 de la Directiva.

A su vez, el TJUE remarca que la Comisión no aportó ninguna resolución judicial del Reino Unido en la que se haya interpretado la sección 4(1)(e) de la CPA de forma incompatible con el inciso e) del artículo 7 de la Directiva. Por lo tanto, el TJUE resuelve desestimar el recurso incoado por la Comisión.

3.5.3. *P., F. M. c. Inmuno S.A. y otros, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala H (sentencia del 3 de agosto de 2009)*

Este caso inició el 29 de mayo de 1995 cuando la parte actora presentó una demanda para reclamar la indemnización de los daños y perjuicios sufridos como consecuencia del contagio del virus del HIV por su cónyuge fallecido quien, a la vez, lo había contraído por la utilización de productos hemoderivados fabricados, comercializados o sugeridos por los demandados y que estuvieran infectados con el virus del HIV. Es probablemente el precedente judicial argentino que con mayor detalle ha analizado a la defensa por riesgo de desarrollo.

En el comienzo de la sentencia el tribunal analiza temáticas vinculadas con la prescripción de la acción y la prueba del contagio del virus del HIV que sufrió el cónyuge de la demandante. En resumidas cuentas, los jueces sostienen que los únicos daños que no se encuentran prescriptos son todos aquellos perjuicios sufridos desde la aparición de la enfermedad del SIDA –fundamentalmente, los costos de los tratamientos–. Con respecto a la prueba del contagio del virus del HIV, el tribunal se basa en un expediente que tramitaba en sede penal para concluir que estaba demostrado que el cónyuge de la actora se había contagiado del virus del HIV por el uso de los productos hemoderivados que fueron fabricados por los demandados y que la propia actora se había contagiado del mismo virus por la vía sexual.

Luego, el tribunal enmarca el caso bajo examen en el artículo 1113 del Código Civil vigente entonces y ya derogado (en adelante, el “Código Civil”). Este artículo dice lo siguiente:

“La obligación del que ha causado un daño se extiende a los daños que causaren los que están bajo su dependencia, o por las cosas de que se sirve, o que tiene a su cuidado.

En los supuestos de daños causados con las cosas, el dueño o guardián, para eximirse de responsabilidad, deberá demostrar que de su parte no hubo culpa; pero si el daño hubiere sido causado por el riesgo o vicio de la cosa, sólo se eximirá total o parcialmente de responsabilidad acreditando la culpa de la víctima o de un tercero por quien no debe responder.”

Así, el marco jurídico que se les da a los daños causados por la utilización de productos hemoderivados contaminados con el virus del HIV es el de la responsabilidad objetiva, por tratarse de productos riesgosos. Para apoyar esta decisión el tribunal cita legislación de Alemania –que consagra un estándar de responsabilidad objetiva para casos de este tipo–, la Directiva y la ley 22/1994 de España – que responsabiliza a los fabricantes de medicamentos destinados al consumo humano por riesgos desconocidos en el momento de su comercialización–.

Posteriormente, los jueces señalan que los demandados, para fundar su ausencia de responsabilidad, ofrecieron una serie de argumentos basados en la noción de riesgo de desarrollo. En este sentido, el tribunal comienza por definir a los riesgos de desarrollo y hace una reseña de los principales argumentos a favor y en contra de la exoneración de responsabilidad debido a daños de este tipo. Así, el tribunal menciona lo siguiente:

“Dice nuestro autor [por Ramón Daniel Pizarro] que conforme una primera opinión, que indica como minoritaria, la exigente basada en el riesgo de desarrollo sería plenamente aplicable en nuestro derecho. Los argumentos que postulan los seguidores de esta posición afirman que la nocividad del producto contemplada es objetivamente imprevisible al tiempo de su elaboración, puesta en circulación o comercialización, lo cual determinaría que se configure un supuesto de caso fortuito; que no existe un defecto en sentido estricto, lo cual conspira contra toda posibilidad seria de adoptar políticas de prevención financiera eficientes; que si el fabricante debiera soportar el riesgo de desarrollo se descargaría sobre él un rigor intolerable en la atribución de responsabilidad, que conduciría a paralizar todo esfuerzo serio de innovación e investigación científica; que la internalización de los costes comportaría un incremento del precio del producto, que a su vez afectaría los niveles de producción y consumo; que no es posible asegurar un riesgo que, por hipótesis, resulta absolutamente desconocido.”

A continuación, el tribunal expone las razones por las que esta postura resulta incorrecta. En primer lugar, se menciona que en los casos de riesgos de desarrollo el daño no es una causa extraña al productor y que estos riesgos evidencian la existencia de un defecto. En este sentido, se señala que la defensa por riesgo de desarrollo controvierte el sistema de responsabilidad objetiva en materia de productos –en el que el hecho de que el fabricante, de acuerdo con los conocimientos científicos y técnicos disponibles en el momento de la puesta en circulación del producto en cuestión, no conocía el defecto es irrelevante ya que no se analizan factores subjetivos– y que el defecto existe en el momento en que el producto se introduce al mercado –independientemente de que el defecto no sea detectable por el estado de los conocimientos científicos y técnicos vigentes en ese entonces–.

Por estas razones, el tribunal concluye que los riesgos de desarrollo no pueden constituir una causal de exoneración de responsabilidad en casos de responsabilidad objetiva por productos.

Asimismo, el tribunal sostiene que, de *lege ferenda*, la defensa por riesgo de desarrollo no debería incluirse en el ordenamiento jurídico de Argentina. Efectivamente, los jueces mencionan lo siguiente:

“Es que frente al avance desmedido de la tecnología, el derecho debe adaptar sus instituciones para dar respuesta urgente a los peligros que se ciernen sobre bienes básicos de la vida del hombre, tales como la salud, la seguridad, el bienestar, la paz, la tranquilidad, la integridad psicofísica. El lanzamiento al mercado de productos defectuosos, puede tener ulterioridades destructivas, menoscabantes, graves e irreversibles, que pueden afectar no solamente grandes masas de personas, consumidores o usuarios, sino también el medio ambiente del entorno, con efectos que pueden atravesar la barrera temporal de las generaciones actuales. Ante este estado de cosas, el operador jurídico no debe permanecer inerte, y debe adelantar las barreras de defensa del ser humano, en su integridad —sujeto basilar del derecho—, cuando así lo justifique su debida protección.”

“En la misma línea de pensamiento, Pizarro también ha dicho que la admisión de esta eximente conduciría a una fuerte regresión en lo que han sido los grados históricos de protección del consumidor logrados en esta parte del planeta, luego de muchos esfuerzos, por razones puramente economicistas. Expresa que el desarrollo debe garantizar a los consumidores inocuidad de los bienes de consumo masivo que se lanzan al mercado. Agrega que en modo alguno ignoramos que muchas veces resulta inevitable la existencia de riesgos no detectables al momento de la introducción del producto al mercado a la luz del estado de conocimientos científicos y técnicos existentes. La pregunta es ¿quién debe asumir, en última instancia, el costo económico de tales contingencias? ¿El accionista titular de la empresa que lucra con el producto en el mercado, en el marco de su riesgo empresario o el damnificado? Termina diciendo que no duda de que debe serlo el primero, que es por otra parte, quien lucra con su actividad y está en mejores condiciones de asegurarse y de internalizar tales costes integrándolos al precio de los productos, distribuyéndolo finalmente entre los propios consumidores.”

Por lo tanto, el tribunal concluye que todos los laboratorios que fabricaron comercializaron o distribuyeron los productos hemoderivados que utilizaba el cónyuge de la actora deben responder solidariamente. En consecuencia, los jueces decidieron hacer lugar a la demanda y condenar a los laboratorios demandados al pago de la suma de \$940.000.

4. Conveniencia de adoptar la defensa por riesgo de desarrollo en Argentina

4.1. PRINCIPALES ARGUMENTOS A FAVOR Y EN CONTRA

Como hemos explicado, la defensa por riesgo de desarrollo es una causal de exoneración de responsabilidad civil en casos en que los defectos de un producto no son susceptibles de ser reconocidos en el momento de su fabricación o puesta en el mercado de acuerdo con los conocimientos científicos y técnicos disponibles en ese entonces.

Esta defensa parece a primera vista muy sensata para aquellos regímenes jurídicos en los que la responsabilidad de los productores es objetiva. Este estándar de responsabilidad se caracteriza por atribuir responsabilidad con total abstracción de la noción de culpa; por consiguiente, los fabricantes son siempre responsables por los daños que sus productos causan a menos que consigan acreditar la ruptura del nexo causal –en Argentina, mediante la invocación de un hecho de la víctima, de un caso fortuito o de un hecho de un tercero por el que no se debe responder–. En otras palabras, en un sistema de responsabilidad objetiva no es suficiente que los productores demuestren que fueron diligentes a la hora de fabricar sus productos para que se los exima de responsabilidad, sino que deben ir más allá y acreditar que la causa del daño les es extraña a ellos.

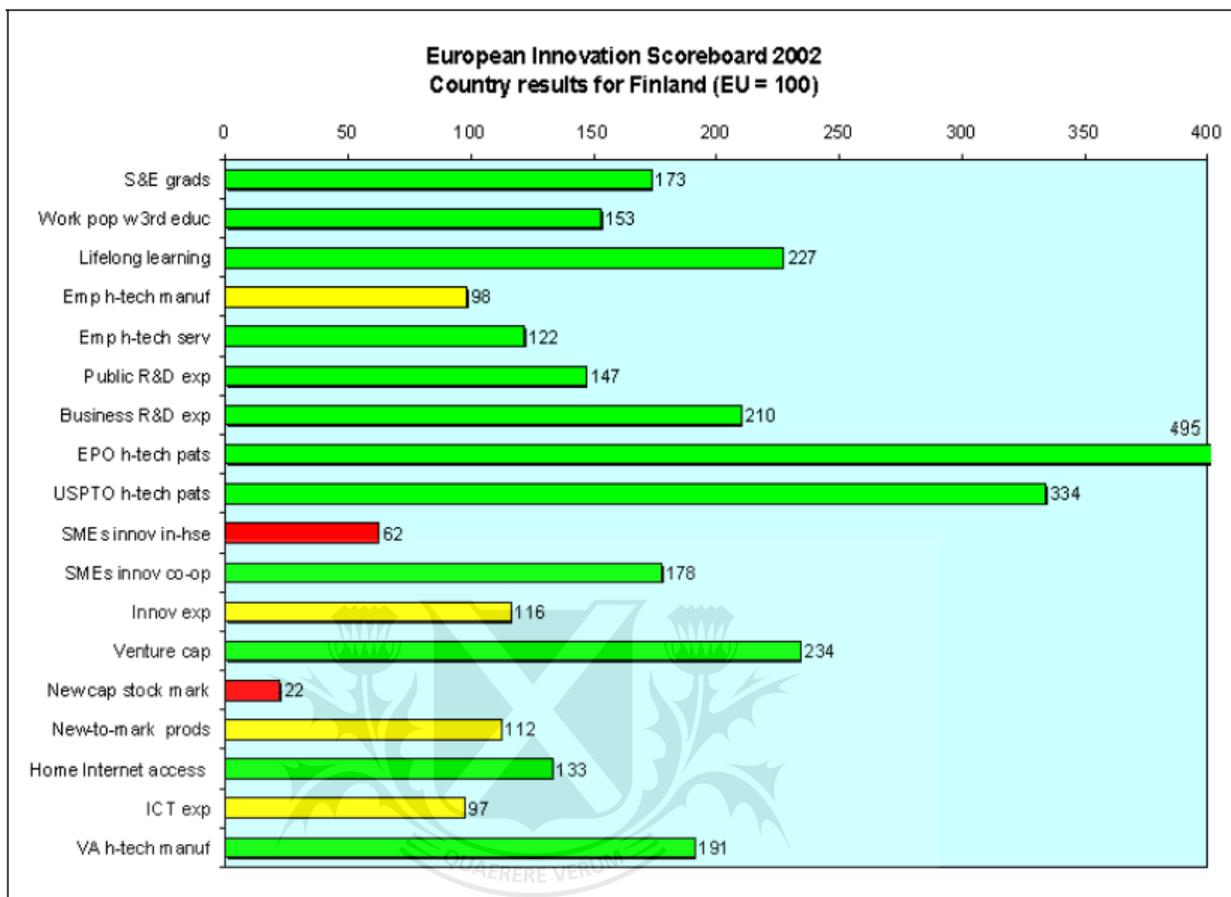
Los principales argumentos que se brindan para justificar la implementación de la defensa por riesgo de desarrollo se relacionan con la idea de que responsabilizar a los fabricantes por estos tipos de daños implicaría frenar el avance científico de los productos (Garrido Cordobera y Busto Lago 2010). Asimismo, en el Estudio se menciona que no incluir esta causal de exoneración desincentivaría las innovaciones científicas y técnicas y la comercialización de productos de alta tecnología, por lo que se vuelve una necesidad proteger a los fabricantes de consecuencias imprevisibles.

En el carril opuesto, están quienes sostienen que los consumidores deben ser protegidos de los defectos imprevisibles e inevitables y que cualquier exclusión de responsabilidad por estos tipos de defectos implicaría disminuir de forma considerable la protección a los consumidores. Asimismo, se suele indicar que son los fabricantes quienes están en una mejor posición para hacer frente a los costos asociados a los riesgos de desarrollo ya que pueden incrementar el precio de sus productos – distribuyendo, a la vez, el costo entre los consumidores–. Finalmente, otro argumento que se proporciona es que la defensa por riesgo de desarrollo debilita los pilares sobre los que se erige la responsabilidad objetiva al introducir una carga irrazonable en los consumidores, a quienes no se les puede exigir que conozcan el estado de los conocimientos científicos y técnicos de los productos que adquieren o utilizan.

En el Estudio se analiza el impacto económico de la defensa por riesgo de desarrollo en la Unión Europea. En las primeras páginas de este estudio se menciona que si bien la defensa por riesgo de desarrollo no ha sido ampliamente examinada por los tribunales judiciales europeos esto indicaría que

esta causal de exoneración es relevante. En efecto, en este estudio se menciona que hay tres circunstancias que permiten sostener esta afirmación: en primer lugar, que la defensa por riesgo de desarrollo no ha sido analizada en un gran número de casos porque permitió obtener un adecuado balance entre los intereses de los productores y de los consumidores; en segundo lugar, que la mayoría de los casos que involucran riesgos de desarrollo finalizan en acuerdos transaccionales, por lo que obtener evidencia empírica sobre estos casos es prácticamente imposible; y, en tercer lugar, que la eximente por riesgo de desarrollo no es del todo compatible con los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros de la Unión Europea. En relación con este último punto, el estudio señala que el artículo 13 de la Directiva establece que la aplicación de la defensa por riesgo de desarrollo no interfiere con las normas preexistentes de cada Estado miembro, razón por la que los consumidores generalmente se basan en leyes nacionales para reclamar en casos de productos defectuosos.

Para obtener sus conclusiones, la *Fondazione Rosselli* llevó a cabo una serie de entrevistas y cuestionarios con representantes de asociaciones de productores y de consumidores, miembros de los gobiernos nacionales y expertos académicos. En cuanto al impacto de la defensa por riesgo de desarrollo, el estudio menciona que es la innovación la preocupación principal de los actores involucrados. En efecto, un 35% de los entrevistados dijeron que eliminar la defensa por riesgo de desarrollo impactaría de forma negativa en la innovación de los productos, mientras que únicamente un 6,8% sostuvo que no es justo que los consumidores soporten los costos asociados a los riesgos que la innovación trae aparejados. No obstante, si se observa los casos de Finlandia y Luxemburgo –los dos únicos países de la Unión Europea que no adoptaron la defensa por riesgo de desarrollo– se extrae que su negativa a implementar la eximente por riesgo de desarrollo no afectó sus posiciones dentro de las naciones europeas más innovadoras. Efectivamente, el cuadro que se copia a continuación muestra que Finlandia se mantiene bien por encima del promedio de los países de la Unión Europea en lo que a innovación respecta:



Asimismo, en el estudio se menciona que las compañías aseguradoras no consideran que las exportaciones a países de la Unión Europea que implementaron la defensa por riesgo de desarrollo sean más riesgosas que las exportaciones a países como Estados Unidos, México y Canadá.

Si se toma en consideración lo expresado hasta el momento, es posible sostener que el impacto que la defensa por riesgo de desarrollo tiene sobre la innovación en productos –principal argumento a la hora de abogar por la inclusión de esta causal de exoneración de responsabilidad– no es tan alto como se suele creer. De hecho, si se tiene en cuenta la experiencia de Finlandia –país que no implementó la defensa por riesgo de desarrollo, a diferencia de sus contrapartes europeos– se podría argumentar que la eximente por riesgo de desarrollo no tiene incidencia alguna en la innovación en productos.

4.2. IMPLEMENTACIÓN DE LA DEFENSA POR RIESGO DE DESARROLLO EN EL DERECHO ARGENTINO

Un tema para analizar es sobre la posibilidad y conveniencia de implementar la defensa por riesgo de desarrollo en el Derecho argentino como causal de eximición de responsabilidad.

4.2.1. *Configuración de un supuesto de caso fortuito*

En los casos de riesgos de desarrollo, ciertos autores argumentan que, como el defecto es imprevisible en el momento de elaboración del producto, puesta en circulación o comercialización, se configuraría un supuesto de caso fortuito y, por ende, el fabricante debería ser eximido de responsabilidad.

Recordemos que el caso fortuito se encuentra regulado en el artículo 1730 del Código. Según Lorenzetti (2015), para que se configure un evento de caso fortuito es inexorable que se encuentren presentes los siguientes requisitos: imprevisibilidad, inevitabilidad y ajenidad.

Con respecto a la imprevisibilidad, este autor menciona que lo que se debe tener en cuenta es si el hecho es previsible para un hombre medio que esté en conocimiento de las circunstancias del caso. Según Trigo Represas y Cazeaux (1992), lo que una persona debe o no prever es una cuestión relativa que debe ser analizada en cada caso concreto por los jueces. Continúan estos autores mencionando que la naturaleza de la obligación, el medio en que esta se origina y desarrolla y las personas que intervienen son indicadores que permiten dar cuenta de lo que es previsible.

La inevitabilidad, según Lorenzetti (2015), es el carácter más importante del caso fortuito y se encuentra estrechamente vinculado al requisito de la imprevisibilidad. Efectivamente, Lorenzetti dice que un hecho que no ha podido preverse tampoco puede, lógicamente, evitarse. Incluso, si el hecho pudo ser previsto, pero a pesar de ello no pudo ser evitado, se configurará un caso fortuito.

Finalmente, solamente hay un caso fortuito cuando el agente en cuestión no ha colocado ningún antecedente idóneo –por acción u omisión– que haga posible el suceso lesivo sobreviviente. Esto implica que el daño no debe haber sido facilitado por la culpa del responsable y que el supuesto del caso fortuito no debe constituir una contingencia propia del riesgo de la cosa o la actividad.

Es en cuanto a este último requisito que considero que la configuración de un caso fortuito en supuestos de riesgos del desarrollo se imposibilita. En efecto, para que opere la eximente de caso fortuito el defecto debe ser extraño a la cosa que produce el daño. En los casos de riesgos de desarrollo el defecto está dentro de la misma cosa, sin que su eventual desconocimiento por parte de los fabricantes o inevitabilidad incida en lo más mínimo. Por lo tanto, como los defectos causados por los riesgos de desarrollo no serían ajenos a los productores, no se configuraría un caso fortuito.

4.2.2. *Incorporación de la defensa por riesgo de desarrollo como eximente autónoma*

Si se tiene en cuenta que la defensa por riesgo de desarrollo no es aplicable bajo la legislación actual en materia de responsabilidad civil de los productores, la alternativa restante es introducir a esta eximente como una causal de exoneración autónoma.

Con respecto a esta cuestión, soy de la opinión que la eximente por riesgo de desarrollo podría ser implementada en el Derecho argentino si se la prevé como una causal de exoneración independiente. Efectivamente, considero que nada obstaría a la inclusión en la legislación argentina actual de la defensa por riesgo de desarrollo como una eximente de responsabilidad, de manera similar a lo que ocurre en el Derecho colombiano.

En este sentido, en Colombia hace algunos años se adoptó la defensa por riesgo de desarrollo en el inciso 6 del artículo 22 de la ley 1480 –en vigencia a partir del 12 de abril de 2012–. Este artículo enumera las causales de exoneración de responsabilidad por daños causados por productos defectuosos. El inciso 6 establece lo siguiente:

"Solo son admisibles como causales de exoneración de la responsabilidad por daños por producto defectuoso las siguientes: (...) 6. Cuando 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. Lo anterior, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 19 de la presente ley."

En síntesis, considero que la posibilidad de implementar a la eximente por riesgo de desarrollo en el ordenamiento jurídico argentino de forma similar a la que hizo el legislador colombiano existe. No obstante, opino que esta causal de exoneración de responsabilidad no debería ser incorporada en nuestro Derecho.

4.2.3. *Conveniencia de la implementación de la defensa por riesgo de desarrollo*

Si se recuerda lo sostenido por el TJUE en el fallo 300/95, para decidir cuándo corresponde eximir de responsabilidad a un fabricante mediante esta causal de exoneración el análisis no debe realizarse en concreto –es decir, no se debe tomar en cuenta el estado de los conocimientos científicos y técnicos que el productor efectivamente conocía– sino que los conocimientos que se deben ponderar son aquellos que el productor presumiblemente debía haber tenido al momento de poner al producto en el mercado. A su vez, en este fallo el TJUE estableció, entre otras cosas, que los conocimientos científicos y técnicos no están limitados al sector industrial dentro del cual el productor opera y que el nivel de conocimientos exigido es el más avanzado que existía en el momento de la puesta en circulación.

En otras palabras, de acuerdo con lo dicho por el TJUE en el fallo 300/95 los productores se eximen de responsabilidad si logran demostrar que el productor conocedor de la ciencia y la tecnología –sujeto abstracto y cuya expresión se asimila a la ya conocida del buen hombre de negocios– hubiera actuado igual que él, en las mismas circunstancias.

Esto es, como lo mencionan Mantilla y Ternera (2014), un juicio de valor respecto de una conducta concreta, llevado a cabo de acuerdo con unos parámetros sociales específicos: si el productor no se comportó como un profesional avisado y muy bien informado, debe indemnizar los daños. Si, por el

contrario, fue diligente y prudente en la utilización de la tecnología más avanzada para garantizar la seguridad de sus productos, pero, aun así, no le fue posible evitar el defecto, se lo exonera de responsabilidad al alegar un riesgo de desarrollo. En consecuencia, no nos queda otra alternativa que aceptar que se está frente a una exoneración de responsabilidad por la prueba de ausencia de culpa.

Esta conclusión no nos debe sorprender. En Estados Unidos, como hemos explicado anteriormente, la jurisprudencia actual acepta que la responsabilidad por defectos de diseño que el estado de la ciencia y la tecnología no permitían descubrir en el momento de la puesta en el mercado está fundamentada en la negligencia y que los productores solo deben responder en la hipótesis de que, para ese momento, hubiera existido un *reasonable alternative design*. Es más, el fallo alemán del 26 de noviembre de 1968 conocido como *Hühnerpest* estableció que el productor que lograba probar que el estado de la ciencia y la tecnología no le permitía descubrir el defecto demostraba su ausencia de culpa y, por ende, no podía ser condenado con base al sistema de responsabilidad civil alemán vigente en ese entonces (Mantilla y Ternera 2014).

Si se tiene en cuenta lo mencionado hasta aquí se puede extraer que la defensa por riesgo de desarrollo no es más que un intento por reinstaurar los ya conocidos sistemas de responsabilidad civil basados en la noción de culpa. Por consiguiente, sostengo que el legislador argentino debe rechazar de pleno cualquier intento por introducir esta causal de exoneración en el sistema de responsabilidad por productos argentino, que se basa en la responsabilidad objetiva y extensiva de los integrantes de la cadena de comercialización.

Recordemos que en última instancia lo que se trata al analizar estas temáticas es elegir a quiénes se les hace cargar con los daños causados por ciertos tipos de defectos. ¿Son los productores los que deben responder por los daños causados como consecuencia de los riesgos de desarrollo o, por el contrario, son más bien los consumidores los que deben soportar este tipo de daños?

El Estado, de acuerdo con lo establecido por el artículo 42 de la Constitución Nacional, tiene la exigencia de garantizar la salud de sus ciudadanos y la inocuidad de los productos destinados al consumo. Asimismo, como señala Ferrer de Fernández (2016), los fabricantes deben garantizar que los productos que lanzan al mercado no revistan un peligro para la salud y seguridad de los consumidores –principio que se encuentra plasmado en los artículos 5 y 6 de la LDC–. En el Derecho de Daños argentino actual dejó de primar la función resarcitoria para pasar a tomar protagonismo la función preventiva del daño, tal como lo remarca el artículo 1710 y siguientes del Código.

La respuesta a la interrogante planteada anteriormente, a mi parecer, es evidente: los productores son quienes están mejor parados para hacer frente a este tipo de daños y, por ende, quienes deben soportarlos. En efecto, son los fabricantes quienes están en mejores condiciones para obtener seguros por

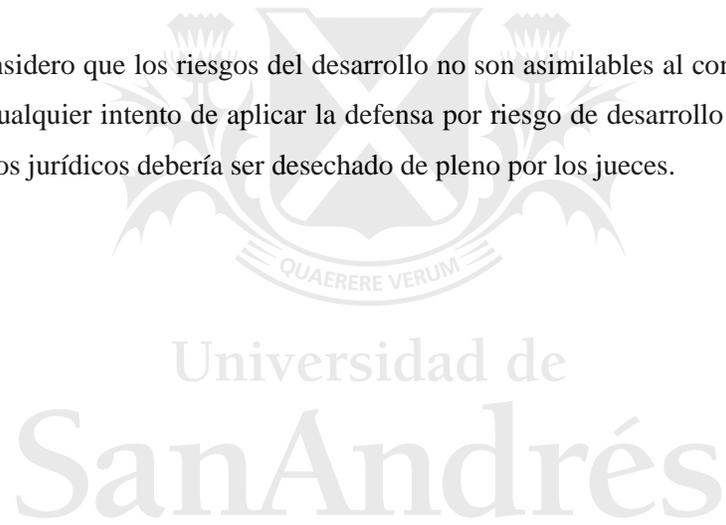
eventuales daños generados por el riesgo de desarrollo y quienes pueden trasladar a los consumidores el costo adicional que este tipo de menoscabos acarrear al aumentar los costos de sus productos.

En base a lo expuesto, considero que la defensa por riesgo de desarrollo no debe ser incorporada a nuestro Derecho y que la responsabilidad por daños a los consumidores debe seguir siendo objetiva y extensiva.

5. Reflexión final

Teniendo en cuenta lo expresado hasta el momento, sostengo que una eximente por los riesgos del desarrollo no debe ser incorporada en el Derecho argentino y que los fabricantes deben siempre responder por los daños que sus productos causan, sin importar si estos tenían noción del defecto de acuerdo con el estado de los conocimientos científicos y técnicos disponibles en el momento de la puesta en circulación del producto.

A su vez, considero que los riesgos del desarrollo no son asimilables al concepto de caso fortuito y que, por lo tanto, cualquier intento de aplicar la defensa por riesgo de desarrollo tal como se la conoce en otros ordenamientos jurídicos debería ser desechado de pleno por los jueces.



Bibliografía

- Acciarri, Hugo A. y Tolosa, Pamela. 2009. La ley de defensa del consumidor y el análisis económico del Derecho. En *Ley de defensa del consumidor: comentada y anotada*. Picasso, Sebastián y Vázquez Ferreyra, Roberto A., directores. Buenos Aires: La Ley.
- Cazeaux, Pedro N. y Trigo Represas, Félix A. 1992. *Compendio de Derecho de las Obligaciones*. La Plata: Platense.
- Centanaro, Esteban. 2011. “Contrato y relación de consumo: actualidad en torno a las últimas modificaciones legislativas. En *Estudios de Derecho Civil con motivo del bicentenario*, coordinado por Gabriel de Reina Tartiere. Buenos Aires: El Derecho.
- Corbalán, Pablo S. y Pinese, Graciela Gloria. 2015. “Modificaciones introducidas al régimen de prescripción de la Ley de Defensa del Consumidor por la ley 26.994”. Publicado en *DJ* 24/06/2015, 83. Cita online: AR/DOC/1427/2015.
- Croley, Steven P. y Hanson, Jon D. 1993. “Rescuing the Revolution: The Revived Case for Enterprise Liability”. *Michigan Law Review* 91:683-797.
- Ferrer de Fernández, Esther H. S. 2016. “La responsabilidad por productos elaborados y el riesgo del desarrollo en el contexto del derecho del consumidor”. En *La Ley*. Cita online: AP/DOC/38/2016.
- Garrido Cordobera, Lidia M. y Busto Lago, José Manuel. 2010. *Los riesgos del desarrollo en una visión comparada. Derecho argentino y Derecho español*. Madrid: Reus.
- Goldenberg, Isidoro H. y López Cabana, Roberto M. 1990. “Los riesgos del desarrollo en la responsabilidad del proveedor profesional de productos”. En *Jurisprudencia Argentina* 1990:917-920.
- Henderson Jr., James A. y Twerski, Aaron. 1997. “Arriving at Reasonable Alternative Design: The Reporters’ Travelogue”. En *University of Michigan Journal of Law Reform* 30:563-589.
- Jones, William K. 1992. “Strict Liability for Hazardous Enterprise”. *Columbia Law Review* 92:1705-1779.
- Lorenzetti, Ricardo L., director. 2015. *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*. Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni.
- Mantilla Espinosa, Fabricio y Ternera Barrios, Francisco. 2014. “El riesgo de desarrollo en la responsabilidad por productos del derecho colombiano”. En *Revista Ius Et Praxi* 20:39-66.

Newdick, Christopher. 1988. "The Development Risk Defence of the Consumer Protection Act 1987". En *The Cambridge Law Journal*, 47:455-476.

Pizarro, Ramón A. y Vallespinos, Carlos G. 1999. *Instituciones de Derecho Privado. Obligaciones*. Buenos Aires: Hammurabi.



Universidad de
San Andrés