

Programa de Transferencia de Resultados de Investigación
Secretaría de Investigación, Facultad de Derecho – UBA



Proyecto UBACyT: "La 'excepción del avance de la ciencia' y los principios de precaución y de responsabilidad y la efectiva tutela de los consumidores mediante la educación"

Directora: Lidia M. R. Garrido Cordobera
Investigador: Sergio Sebastián Barocelli

Integrantes:

Sofía Capalbo
Jerónimo Cracogna
Ana Elena Margarita Kunz
Susana Gloria Marina
José Pablo Di Iorio
Paloma Regueral
Yamila Marian Castagnola
Walter Fernando Krieger
Martina Sol Ruíz Suhr

XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil

Comisión 3 Daños: Principios de Prevención y Precaución.

Ponente: Garrido Cordobera L M R – Adjunta DE UBA

Instituto de Daños del Colegio Publico de Abogados de Buenos Aires

Seminario Problemática de los Daños en la Sociedad Actual- UBA

Ponencia

De Lege lata

1 Los principios de prevención y de precaución son principios plenamente aplicables en Derecho de Daños

2 Reconocen su fundamento en el *alterum non laedere* y son una manifestación del principio *pro homine*

3. Ambos están receptados por la Legislación Argentina siendo susceptibles de aplicación analógica (art 2499 CC, Ley General del Ambiente).

4. Los mismos funcionan frente a supuestos distintos y tienen requisitos y consecuencias diferentes

A) Principio Preventivo: existencia y peligro de daño futuro cierto (existencia de daño amenazante).

B) Principio Precautorio; Duda científica de consecuencias dañosas de una actividad o cosa (incertidumbre sobre daño futuro incierto) perspectiva de un daño grave e irreversible

5 El principio precautorio esta dirigido el Estado, los empresarios y los particulares.

6. Ambos principios, en caso de que sobrevenga daño conllevan a la aplicación del principio de reparación.

7. Ambos principios son de aplicación al supuesto de riesgo de desarrollo en materia de productos o servicios de consumo y en caso de daño, el mismo es indemnizable.

De Lege ferenda

1. Debe regularse los principios precautorio y preventivo (tutela inhibitoria) en el Código Civil

Fundamentación

Aunque parece un tema pueril, no se debe confundir responsabilidad civil con Derecho de Daños¹, pues ello conlleva a mas de un enfrentamiento y mas de una disputa doctrinal se enraíza en que sus sostenedores parten de nociones distintas y que necesariamente en definitiva ello se traducirá en los supuestos a abarcar y en las funciones a cumplir.

¹ Garrido Cordobera, Lidia M R *Los Daños colectivos- prospectiva general*, Ed Javeriana 2009

Todos soportamos ciertos riesgos latentes, nos beneficiamos en mayor o menor medida del avance de la ciencia y de las técnicas² y vivimos en un mundo globalizado en el que las circunstancias que rodean la vida del hombre son cada vez mas complejas, por ello se habla un mundo de riesgos³, de continuos peligros⁴; sin embargo aun ante estas circunstancias debemos tener presente que la protección de las victimas tiene carta de ciudadanía desde hace décadas en el derecho argentino. lo mismo que el derecho a la reparación⁵.

Debemos priorizar la evitación de los perjuicios, ya que consideramos que la faz preventiva tiene en el Derecho de Daños una importancia tal que requiere por parte de todos los sujetos implicados (Estado, empresarios y consumidores) la adopción de las medidas preventivas necesarias a fin de evitar la consolidación de daños que pueden llegar a ser individuales o masivos⁶.

Creemos que el evitar la consolidación de los daños debe ser la guía en el actual Derecho⁷, y ello no debe ser meramente una declaración de principios vacía de contenidos u operatividad, a tal fin, consideramos muchas veces que el Juez por ejemplo debe cumplir no solamente con la dilucidación de resolver el conflicto planteado sino que además puede ordenar medidas a fin de evitar la prosecución de nuevos daños, sin que ello implique menoscabar el debido proceso⁸.

De Cupis ya señalaba que entre los fenómenos jurídicos que se unen al daño podíamos encontrar a la prevención⁹; pero podemos decir que en los últimos tiempos se le ha reconocido su real importancia en el Derecho de daños como derivación del principio "*alterum non laedere*" y del principio *pro homine*.

Este autor destaca que desde el punto de vista de la victima no puede negarse que la prevención del daño sea preferible a su represión, ya que a través del resarcimiento el daño no se elimina del mundo de los hechos sino que se busca solo restaurar el equilibrio de intereses comprometidos.

En este terreno de la prevención de los daños es sumamente importante el rol que debe cumplir el Estado en virtud del poder de policía conforme lo hemos venido sosteniendo¹⁰, sobre todo en una sociedad como la actual.

² Garrido Cordobera Lidia M R , La responsabilidad por riesgo de desarrollo en materia de productos de consumo, en Responsabilidad Civil, Ed Rubinzal Culzoni, pag 171 y ss

³ Trigo Represas, Félix – López Mesa Marcelo, Tratado de la Responsabilidad civil, T III, pag 481 y ss, Ed La Ley .

⁴ Zavala de Gonzáles, Matilde , Responsabilidad por riesgos, Ed Hammurabi pag 23 yss

⁵ Se le ha reconocido basamento constitucional desde hace décadas y mas recientemente in re Aquino

⁶ Garrido Cordobera Lidia M R , La responsabilidad por riesgo de desarrollo en materia de productos de consumo, en Responsabilidad Civil, Ed Rubinzal Culzoni, pag 171 y ss

⁷ Para algunos autores no es una función propia de la responsabilidad civil pero si del derecho de daños

⁸ Podemos citar en esta linea Aguiar, Enoch, *Hechos y Actos jurídicos*, T IV, Ed Tea, pag 172 yss

⁹ De Cupis, Adriano, *el Daño*, pag 572 y ss Ed Bosch

¹⁰ Garrido Cordobera Lidia M R, *El rol del estado en el Derecho de daños*, Rev de UCES.

Es importante todas las normas y reglamentaciones que el estado dicta en materia de seguridad alimentaria y de los productos .

En materia de Derecho Civil el agregado al art 2499¹¹ de la ley 17711 del año 1968 nos permite plantear la prevención de los daños¹² mediante lo que se conoce como acción de daño temido o de la tutela inhibitoria¹³, acción ejercida por quien teme de que de una cosa derive un daño. Nosotros siempre hemos sido partidarios de una lectura amplia de este artículo a fin de lograr la protección efectiva del derecho a no ser dañado ni en la persona ni en los bienes, pero hay que tener presente los mandatos de no innovar o de innovar como pretensión cautelar dentro de otro proceso principal o por vía de amparo¹⁴.

Morello señalaba con agudeza que el enlace interdisciplinario de lo social y lo económico con lo jurídico, necesariamente debe ensamblarse en una técnica preventiva del daño¹⁵. Sostiene entre otras ideas que hay que prevenir, impedir o hacer cesar la existencia o el acrecentamiento de perjuicios en el tráfico de masa, buscando preservar siempre al individuo dañado en su persona o sus bienes.

El proyecto de reformas de 1998 establecía en su artículo 1585 que toda persona tiene el deber de evitar causar un daño, de adoptar de buena fe, conforme a las circunstancias las medidas razonables para evitar que se produzca un daño o disminuir su magnitud, y de no agravar el daño si ya se ha producido y el artículo siguiente considera que el Tribunal tiene atribuciones para disponer las medidas tendientes a evitar la producción del daño futuro.

Hoy la tutela preventiva tiene base constitucional explícita en el art 43 de la C.N. que habilita a interponer el Amparo Colectivo contra los actos de particulares o autoridades que en forma actual o inminente lesionen, restrinjan, alteren o amenacen derechos y garantías reconocidos en la Constitución.

En materia de consumo las medidas preventivas en principio se ejercen a través de autorizaciones, controles, y frente al peligro del daño de decomiso de los productos y retiro de los bienes del mercado.

Teniendo en cuenta la gravedad de los daños tecnológicos es que desde los años 70 en Alemania y a fines del 80 en el ámbito internacional se comienza a invocar este principio de precaución¹⁶, que opera ante la sospecha fundada de que determinados daños puedan ocurrir como consecuencia por ejemplo de la ingesta o el uso de un producto, este principio persigue una mayor seguridad ante los riesgos potenciales de ciertas actividades.

¹¹ Para Mosset Iturraspe implica la derogación del art 1132 mientras que para otros autores solo de su 2da parte.

¹² Garrido, Roque F y Andorno Luis O, *Reformas al Código Civil*, Ed Zavalia

¹³ Lorenzetti, Ricardo Luis, *La tutela civil inhibitoria*, LL 1995-1218.

Llamas Pombo, Eugenio, *La tutela inhibitoria del daño*, (la otra manifestación del derecho de daños) en RCyS 2002

¹⁴ Seguí, Adela *La prevención de los daños y la tutela inhibitoria en materia ambiental*, en Derecho Ambiental y Daño pag 11 y ss Ed La Ley

¹⁵ Morello Augusto M, *El Derecho de daños en la actual dimensión social*, en Derecho de Daños T1, Ed la Rocca, pag 218.

¹⁶ Son condiciones de su aplicación: la situación de incertidumbre con respecto del riesgo (riesgo potencial) la evaluación científica (esto impide actitudes irracionales ante lo innovador, se da la existencia de informes científicos o técnicos muchas veces contradictorios) y la posibilidad de consolidar un daño grave e irreversible (protección de la salud y la vida, el medio ambiente).

Podemos decir que lo que núcleo al principio de precaución es la idea fuerza de la seguridad ante los daños, y la diferencia con la prevención radica en que funciona aun cuando la relación causal entre el daño y una tecnología no ha sido aun científicamente comprobado de modo indubitable, es un riesgo potencial; mientras que en la segunda esta situación ya es conocida y solo cabe la duda de la producción en cada caso concreto, se esta aquí frente a un riesgo actual.

El principio de precaución es un término bastante difícil de definir, sin embargo se lo puede conceptuar como “la actitud que debe observar toda persona que toma una decisión concerniente a una actividad de la que se puede razonablemente esperar que implicará un daño grave para la salud o la seguridad de las generaciones actuales o futuras o para el medio ambiente”(Kourilsky, Viney).

Kemelmajer considera que el principio de precaución se aplica en todo aquello que suponga resguardar derechos humanos y lleva a privilegiar la hipótesis de que suceda un daño irreversible aunque sea a largo plazo¹⁷.

En nuestro país ha sido recepcionado expresamente por la Ley 25.675 del 2002, conocida como Ley General del Ambiente, además cabe señalar que con la Reforma Constitucional al incorporarse los Tratados con rango constitucional y consagrarse en el art. 41 un derecho al medio ambiente sano y a la calidad de vida y en el art. 42 los derechos de los consumidores, tiene plena vigencia e importancia la discusión de los daños que puedan ocasionarse en virtud del riesgo de desarrollo y su cruzamiento con el principio de precaución¹⁸.

Una de las cuestiones más discutidas entre los autores es la de determinar el sujeto destinado a observarlo, si es aplicable directamente sólo al Estado e indirectamente a los particulares mediante las reglamentaciones que éste dicta o también de modo directo debe ser observado por los particulares, por ejemplo los fabricantes de productos medicinales

Hay que evaluar la magnitud de los riesgos posibles y en función de ellos adoptar las medidas tendientes a eliminar o a reducir los daños, esto necesariamente lleva al tema del deber de información que debe ser brindado al consumidor para que pueda decidir libremente¹⁹.

Sin embargo Roberto Andorno, destaca que la aplicación lisa y llana del principio de precaución al derecho civil francés de la responsabilidad parece excesiva a menos que se repensara totalmente el sistema de reparación de daños, y recuerda los dichos de Viney con referencia a que la teoría del riesgo creado ya aportaría por el momento la protección necesaria, aclarando que esto no obsta a que en un futuro pueda acentuarse la necesidad de brindar una protección aun mayor a la comunidad cubriendo los riesgos potenciales²⁰.

¹⁷ Kemelmajer de Carlucci, Aída, *Determinación de la filiación del clonado*, en JA 2001, n12.

¹⁸ Cozzi, Eugenio H, *El principio de precaución. Las patentes de invención y la responsabilidad civil* Ed. Ad Hoc, Monografías Derecho civil.

¹⁹ Una manifestación la encontramos en el etiquetado de los productos transgénicos o genéticamente modificados.

²⁰ Andorno Roberto, *El principio de precaución, un nuevo standart jurídico para la era tecnológica*, LL 2002, D, 1328

En materia de responsabilidad por productos estamos frente a un tipo de daño que puede ser individual pero también frente a un daño masivo, catastrófico o colectivo²¹, recordemos como ejemplos los casos del aceite de colza adulterado en España²², el DES²³, o los hemoderivados²⁴ o el contagio de HIV²⁵ y el “síndrome de la vaca loca” o “encefalopatía bobina esponjiforme” que obligó a analizar a las proteínas como causante de procesos infecciosos y a no circunscribirse a los virus, bacterias y hongos²⁶.y en materia alimentaria se plantea desde hace tiempo la cuestión de los aditivos, conservantes, la utilización de hormonas para lograr un mayor crecimiento, de los antibióticos y de la modificación genética para obtener un mejor producto vendible al consumidor²⁷.

Como lo señalan muy bien Goldenberg y Caferatta la precaución y los riesgos de desarrollo comparten un origen común que sería una evaluación de riesgos basada en la información científica y estadística disponible en determinado momento, pero sus efectos son distintos²⁸.

²¹ Garrido Cordobera Lidia M R , *Los Daños colectivos y la reparación* , Ed Unverdad, pag 37 y ss

²² Marco Molina Juana, *La responsabilidad Civil por productos defectuosos. Fundamento y aplicación* Ed Atelier

²³ Garrido Cordobera Lidia M R, *Bioética, la actividad industrial, los criterios económicos, la salud y el derecho de daños*, en Salud, Derecho y Equidad, Homenaje a Gladys Mackinson, Ed. Ad- Hoc

²⁴ Garrido Cordobera Lidia M R , *El riesgo de desarrollo*, Ed Reus

²⁵ Lambert- Fiebre, Ivonne , *La Responsabilidad de los fabricantes por el hecho de sus productos, en el Derecho de la Unión Europea*, en Responsabilidad por daños en el tercer Milenio, Ed. Abeledo-Perrot,

Comentando la situación de contagio de HIV en Francia Lambert Fievre reseña que el 12 de abril de 1995 la Corte de Casación, Sala 1ª Civil con fundamento en el art. 1147 del Código Civil dijo que el deudor debe ser condenado si no justifica que la inejecución proviene de una causa extraña que no puede serle imputada, aunque no haya ninguna mala fe de su parte y que con este punto de partida, se decide que "los centros de transfusión sanguínea están obligados a proveer a los receptores productos exentos de vicios y no pueden exonerarse de esta obligación de seguridad sino con la prueba de una causa extraña que no pueda serles imputada" y de igual modo el Consejo de Estado en sus decisiones del 26 de mayo de 1995 ha decidido que "los centros de transfusión sanguínea son responsables aun en ausencia de culpa de las consecuencias dañosas de la mala calidad de los productos provistos"

Mazeaud y Chabas, expresan que en todas esas sentencias se hace sentir la influencia de la directiva y es a luz de ella que son interpretados los textos de los arts 1147 y 1384 parr 1 del CC y se declara que un productor es responsable de los daños causados por un defecto de su producto, tanto en consideración a las víctimas inmediatas como a las víctimas indirectas, sin que haya tenido lugar distinción alguna según que tengan la calidad de parte contratante o de terceros, .v. Mazeaud, Henri, Mazeaud, Jean, Mazeaud, Leon y Chabas Francois *Derecho Civil Obligaciones T II*, traducción Luis O Andorno, pag 257 Ed Zavalía,

²⁶ Pigretti, Eduardo, *Derecho ambiental profundizado*, Ed La Ley, pag 115 y ss

El consumo por el hombre de ganado alimentado con harina animal (parte de tejido nervioso y esquelético se pulveriza para obtenerlo) que contenía el prion scrapie (Pr-Psc) origina desordenes neurológicos que finalmente llevan a la muerte, pero que por los síntomas pueden confundirse con otras enfermedades, fue recién en el año 2000 en la Revista Nature donde se informa que un grupo dirigido por el Dr. Aguzzi identifico una proteína natural que al adherirse a los priones modificados permite identificar la contaminación con el prion de la EEB

²⁷ Bello Janeiro, Domingo, *Tratamiento de los Transgénicos en Europa*, en RCyS, enero 2008

²⁸ Trigo Represas, Félix y López Mesa, Marcelo, *Tratado de la Responsabilidad civil T. IV*.Ed La Ley , escrito por Goldenberg, Isidoro y Caferata, Néstor, pag. 492

Pietro Molinero, considera que aceptarlo implicaría lisa y llanamente la negación de la excepción por riesgo de desarrollo o avance de la ciencia, en su criterio la propia noción de riesgo de desarrollo queda en jaque pues apenas una actividad sea considerada como sospechosa ya equivaldría a establecer la defectuosidad del producto y una consecuente responsabilidad o aun peor, que la abstención de la comercialización por razones de precaución podría llevar al fin de la puesta en circulación de productos innovadores²⁹.

Dado que hemos sostenido la responsabilidad en virtud del riesgo de desarrollo y no su eximición, no podemos compartir tal argumento y creemos que estamos frente a creadores de riesgos que deben hacerse responsables por la actividad que desempeñan, y que cumplir con el principio de precaución jamás implicaría un cese en el avance tecnológico, sino el manejo de una tecnología más segura para los consumidores³⁰.

Frente al supuesto de "riesgo de desarrollo", una vez establecida la causa del daño veremos que el origen del daño pasa a ser conocido y por lo tanto deberá actuarse a fin de evitar futuros daños de igual naturaleza y con respecto a los consolidados sobre los cuales no se han tomado las medidas preventivas solo cabe plantear como lo hemos sostenido la responsabilidad por esos daños.

²⁹ Prieto Molinero, Ramiro, El riesgo de desarrollo: un supuesto paradójico de la responsabilidad por productos, Ed. Dickinson, pag. 414 yss

³⁰ Garrido Cordobera, L- Busto Lago, Jose M *Los riesgos de desarrollo una visión comparada* Ed Reus, 2010

La responsabilidad por productos biotecnológicos

Lidia M R Garrido Cordobera

1. La problemática de la Sociedad actual: impacto tecnológico, la masificación y el consumismo

Solemos decir que el avance de la ciencia nos enfrenta a un nuevo período histórico: la era tecnológica y que configuran algunos de sus nuevos desafíos los daños colectivos, la biotecnología, la teleinformática, la contratación masiva, la nanotecnología, los alimentos transgénicos, etc.³¹.

Frente a cada uno de estos nuevos desafíos surgen reclamos en el contexto social, y la comunidad reacciona de diferentes maneras, haciendo jugar las respuestas de ajuste y de presión y la experiencia histórica, al decir de Díez-Picazo, en una evidente experiencia de cambio y progreso jurídico³².

Años atrás el automóvil era “uno de los elementos de mayor virtualidad en la producción de daños”³³, y pese a que en nuestro país la muerte por tal tipo de accidente está en el primer lugar creemos que hoy reviste una importancia relativa teniendo en cuenta los agentes dañosos potenciales y los nuevos problemas que existen en la sociedad.

Hoy el hombre se encuentra con un gran poder que puede llevarlo a realizar prodigios o a causar daños muchas veces catastróficos; éste es el gran desafío que enfrenta la humanidad y también el Derecho, que debe tomar su rol de prevención y de protección a las víctimas si realmente queremos realizar el principio o valor justicia³⁴.

³¹ Estamos ante un cambio tan vertiginoso que suele decirse que al científico le es imposible conocer absolutamente todo, pero a la vez que, basta el saber utilizar las computadoras para que podamos recopilar la información necesaria

Garrido Cordobera, Lidia M. R *Daños colectivos y la reparación*, Ed Universidad, 1993.

Garrido Cordobera, Lidia M. Rosa: *Los Daños colectivos, -prospectiva general-*, Ed Javeriana 2009.

Garrido Cordobera, Lidia M. R, *Los daños en la sociedad actual, en El derecho Privado ante la internacionalidad, la integración y la globalización*, Alterini- Nicolau,, pag 345, Ed La Ley 2005

Herrera de las Heras, Ramón, *La responsabilidad de los daños producidos por la biotecnología*, Ed Reus, 2007

Messina de Estrella Gutiérrez, Nora *Riesgo de empresa*, Lexis Nexis, 2004

³² Díez-Picazo, Luis: *Derecho y masificación social. Tecnología y Derecho Privado*, Págs. 90 y ss, Ed. Civitas,

³³ Viney Genevive, *Tratado de Derecho Civil*, Ed Universidad Externado.2007.

López Herrera, Edgardo, *Teoría general de la Responsabilidad Civil*, Ed Lexis Nexis 2006-.

Alterini, Atilio Aníbal: *Temas de Derecho privado*, Ciclo de mesas redondas 1988, Págs. 155 y ss, Ed.

Colegio de Escribanos de Capital Federal 1989

³⁴ Corti Varela, Justo, *Organismos genéticamente modificados y riesgos sanitarios y medioambientales*, Ed Reus, 2010

Señala Parra Lucan que el acento al tratar el tema de la responsabilidad por productos ha de ponerse en la seguridad de los productos y los problemas de salud que en definitiva son un corolario del propio derecho a la vida y a la integridad de la persona humana reconocido en los textos internacionales y en varias constituciones³⁵

Esta nueva realidad está compuesta por una profusión de productos y una incitación incesante a su consumo, la presencia de los medios masivos de comunicación, la biotecnología, el apogeo de la informática y la reducción de las distancias en el transporte y la comunicación; asistimos a la posibilidad de alimentar a poblaciones, a los viajes en el trasbordador, al turismo espacial, al incesante desarrollo de la cibernética, los biocombustibles etc .

Consideramos necesario mencionar en pocas líneas la bioética dado los grandes avances científicos y técnicos que presenciamos, nos hallamos con una disciplina que estudia los conflictos y dilemas filosóficos, morales, sociales, jurídicos y económicos en los que se ponen en juego principios éticos y cuya especial aplicación se da en área de la salud, “bien” que creemos que debe ser protegido y donde confluyen intereses individuales y colectivos.

Hoy la crio-conservación y la posibilidad de clonación son científicamente posibles, hemos desarrollado el Programa del Genoma Humano, podemos reproducir órganos o piel humana, crear vida en laboratorios y una serie de mutaciones, siempre pregonando fines de mejoramiento de la calidad de vida.

Debemos pensar y exigir necesariamente el denominado “consentimiento informado”, no creemos en la asunción de riesgos ni en la experimentación en seres humanos y sabemos que la ausencia de salud genera la necesidad de búsqueda y en esa búsqueda se van a poner en juego una serie de principios que no son solo los éticos, es importante que la actividad industrial, el ejercicio de la medicina y sobre todo la industria farmacéutica sea consciente de sus deberes frente a sociedad y a los consumidores (pacientes bioéticos) y respete sobre todo la dignidad del individuo y justamente un punto crucial de unión de los temas se da en el supuesto del “riesgo desarrollo” que puede afectar tanto al consumidor como afectar a generaciones futuras.

El teléfono móvil, las computadoras, los hornos microondas, los ipod, los mp4, los televisores de plasma, las antenas satelitales junto con las nuevas vacunas, los remedios novedosos, alimentos transgénicos y alimentos con microorganismos que suben las defensas o enriquecidos, están presentes en nuestro cotidiano y no desaparecerán, pero debemos tener en cuenta su potencialidad dañosa.

Señalaba Goldenberg que estamos ante la etapa decisiva de la conquista de los tres infinitos³⁶: lo infinitamente grande, lo infinitamente pequeño y lo infinitamente complejo, y creemos y hemos sostenido, que aquí, es imperiosa una cosmovisión que, centrada en el hombre, le restituya su supremacía y ponga a los logros científicos y técnicos al servicio de la sociedad. Solemos decir que es

³⁵ Parra Lucan, Ma Ángeles, *Daños por productos y protección del consumidor*, pag 27 y ss, Ed Bosch 1990

³⁶ Goldenberg, Isidoro: *Ponencia a las XII Jornadas Nacionales de Derecho Civil*, Bariloche, 1989.

devolverle la dignidad, de ser el núcleo y no un mero número estadístico o un instrumento económico³⁷.

Nunca han coexistido tantos científicos, y el desarrollo de inventos y nuevas técnicas de aplicación ha sido tan vertiginoso; se valora el conocimiento y la cantidad de información como una posibilidad de tener poder: el que tiene la tecnología y el conocimiento domina³⁸.

En el campo médico, ese avance de la ciencia plantea cuestiones conflictivas como los métodos de procreación asistida, la ingeniería genética y la manipulación de embriones, la utilización de células madre, los supuestos de creación de órganos vitales para trasplantes, la prolongación artificial de la vida, la experimentación molecular con creación de nuevos seres vivos (bacterias y virus).

El uso de una computadora es hoy una constante, no sólo en las empresas, sino también en los colegios y hogares, y se acrecienta día a día, planteándonos graves cuestiones jurídicas, como, por ejemplo, la difusión de los datos personales sin la autorización de la persona afectada, los fraudes a las entidades bancarias, la violación de los archivos, la posibilidad de realizar modificaciones, etc.

Si bien vivimos en un mundo fascinante, no deja de ser por ello peligroso, pero aclaramos, que lo hacemos con un protagonista distinto; el hombre ya no concibe el daño como un designio divino, se pretende que el mismo sea prevenido y evitado, y si esto no ocurre, que sea soportado por algún patrimonio, y por esto se habla de un “crédito a la indemnización” y no ya de una “deuda de responsabilidad”³⁹.

La evolución tecnológica del mundo industrializado origina además los daños colectivos, con la confrontación de dos nebulosas -los agresores y las víctimas-, ampliándose desmesuradamente para el criterio clásico y estricto de responsabilidad civil, pero ubicado el problema tranquilamente en los carriles del moderno Derecho de Daños⁴⁰.

La idea de masificación está ligada, como ya lo hemos dicho en anteriores trabajos, en principio, a dos nociones: una, de índole económica, y otra, de índole filosófica, de actitud ante la vida; la primera nos enfrenta a un modo de producción estándar de bienes para consumo y comercialización y muchas veces a la necesidad de utilizar la visión del análisis económico del derecho; la segunda, al

³⁷ Garrido Cordobera, Lidia M. Rosa: *Los Daños colectivos, -prospectiva general-*, Ed Javeriana 2009

³⁸ El paso de la era industrial –caracterizada por el maquinismo, la industrialización, la concentración urbana y la organización sindical, con la modificación trascendental en el Derecho de la captación del factor objetivo del riesgo – a la era informática, tecnológica, tecnocrática o espacial podría ubicarse en el comienzo de la década del 60, pero para algunos se daría cuando se logró descomponer el átomo por primera vez.

³⁹ Lambert-Faivre, Yvonne: *L'évolution de la responsabilité civile d'un crédit de responsabilité à une créance d'indemnisation*, Revue Trimestrielle de Droit Civil, 1987.

⁴⁰ Podemos observar que la concepción de que el daño liga a dos individuos, autor y víctima individualizados, no se compadece con las cataratas de damnificados que se presentan en los daños tecnológicos o colectivos;

Lambert-Faivre, Yvonne, *L'évolution de la responsabilité civile d'un crédit de responsabilité à une créance d'indemnisation*, Revue Trimestrielle de Droit Civil, 1987

Garrido Cordobera, Lidia M R, , *La inclusión de los daños colectivos en el derecho de daños: de las fronteras individuales a la realidad de la colectividad*, Universitas, 118, enero-junio, Bogotá 2009.

“ser” del “hombre-masa” de Ortega y Gasset o al “hombre mediocre” de José Ingenieros⁴¹.

La producción de bienes y servicios, genera en el individuo la necesidad de adquirir cosas aunque en realidad no se las necesite, mediante inteligentes campañas en los medios masivos de comunicación, ideadas por las empresas que cuentan con un buen grupo de asesores de publicidad que prometen a veces resultados sorprendentes en cortos períodos, o bien ocurre que por el mecanismo de asimilación, el consumidor cree que por poseer ese bien conseguirá el entorno que rodea a la propaganda.

Pese a que la producción seriada es la regla, hay autores como Atilio Alterini que sostienen que estamos viviendo un proceso de desmasificación en el Derecho Privado, al considerar superadas las épocas en que todas las bañeras eran blancas y los teléfonos negros; sostiene que hay una creciente producción a medida de un correlativo consumo, también a medida, y de “tal modo, de la magnitud se transita hacia la calidad, de la uniformidad hacia la individualización”⁴².

Creemos que en realidad esta producción a medida, lo ha sido en virtud de una comercialización dirigida al sector de mayores recursos, pero cuyos individuos en definitiva tienen o consumen los mismos productos, pensemos por ejemplo los Black Berry, los Ipad los celulares de carcasa de color o de diseño, o las netbook, podremos elegir entre determinados modelos, ciertos colores, a los que accederán también los consumidores en que estén en nuestras mismas condiciones económicas.

El Derecho, intenta poner coto a la publicidad engañosa y proteger al consumidor y en la Argentina contamos desde hace varios años con la Ley de Protección al Consumidor que, junto con otras normas, intenta lograr tal finalidad.

2. La protección al consumidor y la actividad empresaria

Hemos señalado con anterioridad que la protección a cierta categoría denominada “los consumidores”, se va a evidenciar en dos ámbitos dentro del Derecho Privado: el área contractual y el área de la responsabilidad por productos⁴³ y que los Derechos Constitucional, Administrativo, Internacional y Procesal también se ocupan de la protección de estos intereses, a punto tal que el tema se ha convertido en uno de los más populares del momento⁴⁴.

⁴¹ Garrido Cordobera, Lidia M. R., *Los daños en la sociedad actual*, en *El derecho Privado ante la internacionalidad, la integración y la globalización*, Alterini- Nicolau,, pag 345, Ed La Ley 2005

⁴² Alterini, Atilio A., *Ponencia a las XII Jornadas Nacionales de Derecho Civil*, Bariloche, 1989
López Herrera, Edgardo, *Teoría general de la Responsabilidad Civil*, pag 491 y ss Ed Lexis Nexis 2006

⁴³ Garrido Cordobera, Lidia M R,- Busto Lago, Manuel, *Los riesgos del desarrollo, una visión comparada*, Ed Reus 2010.

⁴⁴ En materia constitucional podemos citar el art. 42° de la Constitución Nacional reformada en 1994 y las normativas de la unión Europea además de las constituciones de los países miembros.

Alterini, Atilio A., *Estudios de Derecho Civil*, Ed La Ley, 2007.

Con la denominación de “consumidores” se hace referencia hoy a una nueva categoría de sujetos que pugnan por el reconocimiento de sus derechos sociales y económicos, como antaño lo hicieron los trabajadores, esto

Hoy se tiende a proteger a los consumidores de los empresarios que elaboran y ponen en circulación bienes y servicios para el consumo, o realizan contratos con éstos, en los que se utilizan técnicas de pre-redacción pero la noción misma de consumidores implica una toma de posición, ya que enrolar en ella únicamente a las personas físicas que contraten sobre bienes o servicios implicará excluir a las empresas de las técnicas de protección⁴⁵.

En el ámbito internacional y de Derecho Comparado, el tema ha sido objeto de tratamiento legislativo y de declaraciones y directrices que marcan las pautas más sobresalientes de esto que se ha denominado “derecho del consumo”⁴⁶.

En la Argentina, este sistema normativo no existía hasta la Ley de Protección al Consumidor de manera orgánica, pero se infería de una serie de disposiciones entre las que encontrábamos las leyes de defensa de la competencia (22.262), de lealtad comercial (22.802), de medicamentos (16.643), de abastecimiento (20.680), entre otras.

En nuestro país, además de la ley del consumidor, se aplica a la responsabilidad derivada de los productos el sistema del Código Civil: el art.1198 como la obligación tácita de seguridad (parámetro objetivo) y principio de buena fe en las transacciones en materia contractual, y el art.1113, segunda parte (riesgo o vicio)⁴⁷.

Entre nosotros, además de la sanción de la Ley o estatuto del consumidor, en 1993, un hito fundamental sin ningún tipo de dudas fue la reforma constitucional que en 1994 plasmó en el art. 42 los derechos del consumidor⁴⁸.

Los ataques a los que se puede estar sometido en materia de consumo son múltiples y hace necesario que se reconozca entidad a los grupos intermedios para garantizar, en definitiva, la calidad de vida y evitar la continuidad de lo que

es importante, ya que reconocemos así la diversidad de fuerzas y la dependencia de los consumidores, quienes suelen tener un marco falso de la situación.

⁴⁵ Mosset Iturraspe Jorge y Lorenzetti, Ricardo, *Defensa del Consumidor* Ed Rubinzal Culzoni, Farina, Jorge, *Defensa del Consumidor y del usuario*, Ed Astrea, 1994
Picasso Sebastian y Vázquez Ferreyra, Roberto (Directores), *Ley de Defensa del Consumidor Comentada y Anotada*, Ed La Ley , 2009

⁴⁶ Parrra Lucan, Ma Angeles, *Daños por productos y protección al Consumidor*, Ed Bosch 1990
Marco Molina, Juana, *La responsabilidad civil del fabricante por productos defectuosos*, Ed Atelier, 2007
Seuba, Xavier, *La protección de la salud ante la regulación internacional de productos farmaceuticos*, Ed Marcial Pons, 2010

⁴⁷ Garrido, Roque Fortunato, y Andorno, Luis O.: *El art. 1113 del Código Civil*, p. 431, Ed. Hammurabi, 1983.

Garrido, Roque F., y Cordobera de Garrido, Rosa: *Ponencia a las VIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil*, La Plata, 1981;

Garrido Cordobera, Lidia M. Rosa: *Ponencia a las III Jornadas Nacionales de Derecho del Seguro*, Rosario, 1988.

⁴⁸ Gelli, M Angélica, *Constitución de la Nación Argentina*, Ed La Ley, 2003.
Rinessi, Juan Antonio, *Relación de Consumo y derechos del Consumidor*, Ed Astrea 2006
Mosset Iturraspe, *Defensa del Consumidor*, Ed Rubinzal-Culzoni, 2003
Lorenzetti, Ricardo, *Consumidores*, Ed Rubinzal-Culzoni, 2003

perjudica a la comunidad toda y además que el Estado como cabeza del Poder de Policía adopte ese rol efectivamente, y que la Justicia no sea una Justicia distante de lo problemas.

Entre el catálogo de derechos⁴⁹ de los consumidores que podemos puntualizar, sin que implique una nómina taxativa: 1) de ser informado; 2) de ser escuchado; 3) de peticionar colectivamente ante las autoridades; 4) de ser resarcido de los daños; 5) de educación; 6) de protección.

Con respecto al “daño por productos de consumo” el problema es, como ya lo hemos dicho, de gran interés y complejidad, ya que por su naturaleza además de configurar un daño particular puede ser un daño colectivo y afectar a comunidades de individuos, presentándose en regiones que a veces escapan a las fronteras de un solo país, vulnerando siempre el derecho garantizado a la “calidad de vida” y a la seguridad de los productos⁵⁰.

Pese a lo antedicho, quedan aun hoy en materia de responsabilidad por productos temas pendientes, como ser la cuestión de la atribución de la responsabilidad al productor por “riesgo de desarrollo”⁵¹ y la reparación plena que no alcanzan absoluta coincidencia en el mundo⁵² y aun plantean discusiones doctrinarias⁵³.

Debido a los supuestos dañosos generados en la era pos-industrial, y sobre todo los que se producen al internarnos cada vez más en la era tecnológica y la insuficiencia de los pilares tradicionales de la responsabilidad civil, para dar una entera satisfacción a los mismos se ha elaborado la noción del “riesgo de actividad”, del “riesgo de empresa”⁵⁴.

El tema apasiona hoy a la doctrina, que ve en ese factor la solución para los daños que se producen por el impacto tecnológico, pero la dificultad se corporiza cuando intentamos fijar los límites o contenidos.

Para Barassi, el resultado dañoso es imputable a “quien conoce y domina en general la fuente de riesgo; quien es el centro de organización de una empresa pues emplea personas, usa cosas muebles o inmuebles, o automotores, etc., y por este mismo hecho, debe esta persona cargar con las resultancias dañosas”⁵⁵.

⁴⁹ Pérez Bustamante, Laura, *Derecho social de Consumo*, Ed La ley, 2004

⁵⁰ Deben intensificarse los controles de calidad de los productos y fiscalizar la propaganda y los prospectos que acompañan al producto

⁵¹ Salvador Coderch, Pablo- Sole Feliu, Josep, *Brujos y aprendices* Ed Marcial Pons 1999.

Pietro Molinero, Ramiro, J, *El riesgo de desarrollo un supuesto paradójico de la responsabilidad civil por producto*, Ed Dickinson, 2005.

Garrido Cordobera Lidia M R –Busto Lago , José M , *Los riesgos del desarrollo en una visión comparada, derecho argentino y derecho español*, Ed Reus 2010

⁵² Pizarro, Ramón Daniel ,*Responsabilidad civil y riesgo de empresa*, T II, pag 297 y ss, Ed La Ley , 2006

⁵³ Garrido Cordobera Lidia M R , *La responsabilidad por riesgo de desarrollo en materia de productos de consumo*, en Responsabilidad Civil, pag 171 y ss Ed Rubinzal Culzoni, 2008.

Márquez, José F y Moiset de Espanes, Luis, *Responsabilidad por productos y servicios peligrosos o defectuosos. E riesgo de desarrollo como eximente*, LL 2008-B,498

⁵⁴ Pizarro, Ramón Daniel, *Responsabilidad civil y riesgo de empresa*, T I, Ed La Ley , 2006

⁵⁵ Barassi, L.: *La teoría generale delle obbligazioni*, t. II, p. 504, Milano, 1948

Todo lo que se ha sostenido en cuanto al fundamento ético al analizarse el tema de “riesgo de la cosa” es de aplicación a la problemática de las actividades riesgosas⁵⁶.

En Argentina contábamos con antecedentes, puesto que hay que recordar que el sistema contenía normas de carácter objetivo tales como los arts.1118 y 1119 del Código Civil, el 48 de la legislación minera y el art.162 del Código de Comercio⁵⁷.

Además, con respecto a los Congresos y antecedentes del texto actual del art. 1113 2da parte del CC, incorporado por la ley 17.711 de 1968, (que consagra explícitamente la teoría del riesgo y vicio de la cosa), no podemos dejar de mencionar las II Jornadas Nacionales de Derecho Civil de 1965 realizadas en Corrientes, que en el despacho de *lege ferenda* recomienda que se legisle de manera especial “la responsabilidad por el ejercicio de actividades peligrosas por su naturaleza o por la naturaleza de los medios empleados”⁵⁸ y , además, el IV Congreso de Derecho Civil, de 1969, que en su recomendación 8 del tema 4, expresa que “el riesgo creado presupone una actividad humana que incorpora al medio social una cosa peligrosa por su naturaleza o por su forma de utilización”, recogiendo la ponencia de Roque F. Garrido⁵⁹.

También observamos en el derecho comparado que muchos autores, al escribir sobre el riesgo, han hecho referencia a las actividades así, por ejemplo, Puig Brutau en el Derecho español; Messineo, Visentini, en el italiano; Viney y Lambert-Faivre, en el francés, y entre nosotros Mosset Iturraspe, Garrido, Andorno, López Cabana, Zavala de Gonzalez, Pizarro, entre otros.

Consideramos que ante la posibilidad de una reforma legislativa, es adecuado introducir al riesgo de actividad como un factor expreso⁶⁰.

En nuestro Derecho, el factor de atribución es objetivo y no, como en Italia, un factor subjetivo, tema sumamente importante en cuanto a las causales de eximición de responsabilidad, ya que en el primer supuesto sólo cabe demostrar

⁵⁶ Garrido, Roque F.: *Responsabilidad objetiva y riesgo creado*, J.A., semanario del 3/7/73, N° 4306. Sobre los fundamentos en extenso de la teoría del riesgo.

Pizarro, Ramón Daniel, *Responsabilidad civil y riesgo de empresa*, T I, Ed La Ley, 2006

Garrido Cordobera, Lidia M. Rosa: *Implicancias de la responsabilidad por riesgo*, Libro Homenaje a las Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Academia Nacional de Derecho de Córdoba, T III, pag 1569 y ss Córdoba 2009.

⁵⁷ Las normas citadas del Código Civil no tenían una interpretación mayoritaria en este sentido, pero siempre existieron autores que puntualizaban que Vélez Sarsfield había consagrado factores objetivos de responsabilidad;

Messina de Estrella Gutiérrez, Nora: *Aplicación del sistema de actividad riesgosa a los daños modernos*, L.L., 1989-C-954.

⁵⁸ Garrido, Roque F., y Andorno, Luis O *El art. 1113 del Código Civil*, p. 431, Ed. Hammurabi, 1983.

⁵⁹ Puede consultarse conclusiones en la pagina www.garridocordobera.com.ar y también en la Academia de Derecho de Córdoba.

⁶⁰ Empero, hasta entonces nosotros vía interpretativa lo encontramos en el art. 1113 de nuestro Código, dentro de la teoría del riesgo creado, pues dicho texto legal, interpretado con un criterio funcional y finalista, permite dar la adecuada solución a los casos que nos preocupan.

la ruptura del nexo causal, además en nuestro sistema se podría incluir el supuesto de riesgo circunstancial que, al decir de Pizarro, es significativamente más amplio que el derivado de la naturaleza de los medios empleados⁶¹ y la ardua labor doctrinaria a realizar será la de conceptualizar y fijar los límites del riesgo circunstancial, aunque será en la jurisprudencia donde tendrá su mayor elaboración para Zavala de González, la cuestión pasa por el grado de previsión de la producción del daño⁶².

Para algunos autores como Messina de Estrella Gutiérrez, el factor abarcaría los productos elaborados, la explotación nuclear, la contaminación ambiental, el uso de la informática y los que provengan de la aplicación de futuros conocimientos biológicos⁶³.

Debemos recordar que los costos de los accidentes se consideran al comenzar cualquier actividad⁶⁴; se estima que la gente es libre de decidir entre emprender una actividad pagando los costes de hacerlo (incluyendo los accidentes), o bien, evaluándolos, escoger una actividad menos atractiva pero no tan arriesgada o riesgosa y que también la responsabilidad, desde un criterio macroeconómico, está fundada en el cálculo comparativo entre el coste social de la actividad y la riqueza productiva, o, más sencillamente, entre los intereses del damnificado y los del autor, debiéndose tomar asimismo en cuenta el interés social involucrado y el principio de solidaridad.

3. . La relación con la salud y el análisis económico.

La actividad industrial genera situaciones de daños a las que se intentó brindar soluciones basándose en criterios económicos derivados de la Escuela Económica del Derecho (con gran predicamento en Estados Unidos) aplicándose criterios tales como costo/beneficio y eficiencia como ejes principales y en esa línea también surgió la aplicación de los daños punitivos, como tópicos extraños a los planteos y análisis tradicionales de la Responsabilidad Civil.

Frente a esto, hemos dicho en varios trabajos que negar que exista una relación entre el Derecho y la economía, es tan utópico como negar la existencia de que la tierra gira en torno al sol, pero todos sabemos el tiempo que tuvo que transcurrir para que esto último fuese generalmente aceptado y las disputas que originó⁶⁵.

⁶¹ Pizarro, Ramón Daniel: *La responsabilidad civil por actividades riesgosas*, L.L. 1989-C-936; Messina de Estrella Gutiérrez, Nora *Aplicación del sistema de actividad riesgosa a los daños modernos*, L.L., 1989-C-954.

⁶² Zavala de González, Matilde: *La noción de actividades riesgosas en el proyecto de Código Civil*, J.A., semanario del 23/3/88, N° 5560.

⁶³ Messina de Estrella Gutiérrez, Nora, *Aplicación del sistema de actividad riesgosa a los daños modernos*, L.L., 1989-C-954.

⁶⁴ Calabresi, Guido, *El coste de los accidentes, análisis económico y jurídico de la responsabilidad civil*, Ed Ariel Derecho 1984
Pietro Molinero, Ramiro, J, *El riesgo de desarrollo un supuesto paradójico de la responsabilidad civil por producto*, Ed Dickinson, 2005.

⁶⁵ Garrido Cordobera, Lidia M R, *Bioética, la actividad industrial, los criterios económicos, la salud y el derecho de daños*, en Salud, Derecho y Equidad, homenaje a Gladys Mackinson, , Ed. AD- HOC, 2001.

Cuando aparece en el panorama jurídico el AED muchos conceptos como el de eficiencia revelaron tener una gran importancia especialmente en el ámbito de la Responsabilidad Civil, sobre todo en materia de reparación y de prevención de daños; pero la aplicación no se agota en el Derecho Civil sino lo trasciende, está presente en el derecho empresarial, en el laboral y el administrativo y se entrecruza con los Derechos Humanos, ya que es allí, en su tutela e interpretación, donde se nota si se utiliza el criterio de eficiencia, o se ponderan otros criterios como el de la calidad de vida para lograr un efecto determinado en la sociedad.

Consideramos un real acierto de la escuela del nuevo derecho económico el hecho de sostener que no es posible entender las instituciones jurídicas a la luz de criterios puramente normativos, sino que es necesario contar con el contenido económico, pero también con los elementos sociales ya que es imprescindible no dejar de tener en cuenta los efectos que tales instituciones tendrán sobre la sociedad y sobre los individuos, a partir del criterio que se centre en el hombre pero que a la vez preserva y valora su rol social y no solamente su faz individual⁶⁶.

En materia de responsabilidad civil es común que nos refiramos a los costes o beneficios que derivan de la adopción de sistemas de responsabilidad por accidentes o, por ejemplo, de leyes que tutelen la defensa del consumidor, al medio ambiente, los seguros obligatorios y una serie de temas importantes en la vida de los individuos y de toda la sociedad⁶⁷.

La visión positiva que aporta el análisis económico del Derecho no es sólo explicar como es el mundo económico sino también explicar cómo determinados efectos o medidas pueden modificarlo, se evalúan modelos para ver por ejemplo en el tema de la responsabilidad por daños, los costes o beneficios que derivan de las leyes de protección o control de actividades.

En realidad el conflicto entre eficiencia y equidad es una de las cuestiones de conflicto de valores más profundos que enfrenta la sociedad actual, nosotros por nuestra parte, sostenemos que se puede sacrificar la eficiencia para mejorar la equidad, y sostenemos que la economía sola no puede indicar al Derecho qué medidas debe tomar un Gobierno para mejorar la Equidad, pero si aportar ideas sobre las diferentes medidas posibles que influyen en tópicos como la distribución de daños y la prevención de los mismos.

El instituto de los daños punitivos⁶⁸ tiene una íntima conexión con el AED y ha sido aplicado en supuestos donde ha estado presente como sujeto destinado a soportarlo una Empresa, tal como puede verse en los casos contra Ford, Goodyear, etc., se ha sostenido que es un instrumento útil para la disuasión de

⁶⁶ Garrido Cordobera, Lidia M R, *Bioética, la actividad industrial, los criterios económicos, la salud y el derecho de daños*, en Salud, Derecho y Equidad, homenaje a Gladys Mackinson, , Ed. AD- HOC, 2001

⁶⁷ Calabressi, Guido- El coste de los Accidentes Análisis económico y jurídico de la responsabilidad civil”, pag 44 y ss , Ed. Ariel Derecho, 1984

⁶⁸ Pizarro, Ramon Daniel, *Daños punitivos*, en Derecho de Daños, pag 287 y ss, Ed La Rocca, 1989
Brun, Carlos, *¿Hacia un derecho de daños preventivo y sancionador?*, LL 2000-A-1111.
López Herrera, Edgardo, *Los daños Punitivos*, Ed Abeledo Perrot 2008.

ciertas conductas graves que no pueden ser toleradas por la sociedad y en las que generalmente el sujeto obligado a pagar ha obtenido un beneficio aun teniendo en miras las indemnizaciones que por daños tuviera que pagar a las víctimas .

Tratando de dar un concepto de daños punitivos podemos decir que son sumas de dinero que los tribunales establecen que deben ser abonados a la víctima de ciertos hechos que se sumarán a la que le corresponde por indemnización de daños realmente sufridos por ella, pero esto no agota su idea ya que su fin es sancionar una conducta disvaliosa para la sociedad y disuadir de la producción de actos similares⁶⁹.

La aplicación más categórica de los daños punitivos en el derecho escrito se da en la ley de Protección al Consumidor de Québec ante graves inconductas del empresario o productor y es sabida la evolución que ha tenido en el Comon Law ya que es un instituto que se desarrolló en ese sistema. En la Argentina se lo incluía en la reforma proyectada en 1998⁷⁰ y ha tenido cabida en la reforma de la ley de protección al consumidor que lo ha receptado en su art 52 bis⁷¹.

Existen distintos requisitos para saber cuándo procede la aplicación de los daños punitivos como ser: la existencia de un grave reproche en la conducta del dañador, que exista temeridad, una actitud de total menosprecio pero este elemento subjetivo se ve puesto en crisis al ser aplicado a las empresas, por lo que no debemos sólo contemplarlo como teñido con un matiz subjetivo de dolo o culpa, también se alude al abuso de una posición de poder o de privilegio, a la mera indiferencia consciente para justificar la aplicación de los daños punitivos, creemos que éste es el camino correcto.

En lo atinente a la aplicación a la responsabilidad de las corporaciones o empresas, suele argumentarse en una tesis negativa, que no se podría realizar un reproche subjetivo de relevancia cuando el acto fue realizado por los empleados o el nivel intermedio, que además su aplicación lleva a perjudicar a los accionistas que muchas veces se encuentran imposibilitados de un control personal,

La tesis que admite la posibilidad de la aplicación, alude al criterio denominado de la "complicidad" con un carácter moderado, que se aplica cuando se han dado órdenes, se haya participado, agravado o consentido la inconducta del empleado y suele resumirse diciendo que los superiores a veces aplauden secretamente la inconducta de sus empleados que benefician a la Empresa y los llamados accionistas inocentes reciben el beneficio de las inconductas⁷².

La finalidad de los daños punitivos sería justamente la de punir graves inconductas, lo que permite alcanzar objetivos básicos en materia de orden social, si se pudiera impunemente o con beneficio transgredir el derecho de los otros cual

⁶⁹ Garrido Cordobera, Lidia M R, Busto Lago Jose M, *Los riesgos del desarrollo en una visión comparada*, Ed Reus, 2010. *Bioética, la actividad industrial, los criterios económicos, la salud y el derecho de daños*, en Salud, Derecho

⁷⁰ Martinotti, Diego, *Los daños punitivos en el proyecto de Código Civil de 1998*, LL 2001-F-1317

⁷¹ Vázquez Ferreyra, Roberto (coordinador), *Reforma a la Ley Defensa del Consumidor*, Ed La Ley, Bs. As 2007.

⁷² Recordemos que esto ocurrió en el caso MER 29 que fue una droga anticolesterol que afectó la vista de más de cinco mil personas y otros sufrieron trastornos de pérdida de pelo o problemas cutáneos, los empleados supieron antes de que se ponga en circulación que era potencialmente apta para causar esos trastornos y se falsificaron informes para obtener la autorización de venta

sería el sentido del orden jurídico, esto implica un razonamiento ético jurídico que a veces puede chocar con una línea dura AED y

Sirve, creemos, para prevenir futuras inconductas similares, es una fuerte arma de disuasión ante ciertas situaciones, por ejemplo pensemos en la actividad empresaria de ciertas industrias que contaminen o produzcan daños por productos y que luego de saber su potencialidad dañosa no los retiren del mercado.

Las pautas de valoración para la determinación de los daños punitivos son muy variados, por ejemplo se mira la gravedad de la falta, la situación patrimonial del responsable, los beneficios obtenidos con el hecho, la posición en el mercado, el carácter antisocial de la conducta, la actitud ulterior asumida, todo en realidad refleja que hay que manejarse con el criterio rector de razonabilidad y pese a las ventajas que su aplicación puede presentar para la calidad de vida de los ciudadanos, recibe duras críticas como son las de producir un enriquecimiento indebido en la víctima ya que ella obtiene mucho más que la reparación del daño efectivamente sufrido, la arbitrariedad en su determinación, que podrían ser de resultado social y económicamente disvalioso, que es altamente complicado cuando existen pluralidad de damnificados y también que acarrear gran dificultad en materia de la instrumentación de seguros.

Hay que recordar sin embargo que se suele sostener que la indemnización puede tener una triple función, a saber la de ser satisfactoria para la víctima, punitiva para el responsable y preventiva frente a terceros, por lo que el Derecho de Daños no debe temer introducir la noción de pena cuando esta sirva a la función preventiva, hay que ser sinceros, los mecanismos jurídicos que “tocan” los bolsillos son muy convincentes en el mundo de hoy, quizás mas que aquellos que confían en los criterios solidaristas que pueden inspirar las conductas de las Empresas.

El tema es opinable y creemos que debemos centrarnos en la finalidad de este Instituto y en la realidad de que muchas veces la mera reparación del perjuicio resulta insuficiente para “desmantelar” los efectos de ciertos actos, esto aparece asociado no sólo a los valores de Justicia y Equidad sino también a los de seguridad y paz social.

En nuestro país las XVIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil aconsejaron la implementación de “multas civiles” para sancionar graves inconductas⁷³ y ratificadas en las XXI Jornadas Nacionales de Derecho Civil en la Comisión 2, sin embargo Bustamante Alsina⁷⁴, López Mesa⁷⁵. y Picasso⁷⁶, por citar algunos se manifiestan en contra de esta herramienta, hoy el Derecho

⁷³ Santa Fe 1999, Comisión 10, II.2

⁷⁴ Bustamante Alsina, Jorge, *Los llamados daños punitivos son extraños a nuestro sistema de responsabilidad civil*, LL, 1994-B-860

Bustamante Alsina, Jorge, *Algo mas sobre los llamados daños punitivos*, LL, 1994-D-863

⁷⁵ Trigo Represas, Félix- López Mesa, Marcelo *Tratado de la Responsabilidad Civil*, T 1, cap. 1 pag. 65 y 66., Ed La Ley 2005

Entendiendo que “resulta peligrosa en cualquier caso y temible puesta en manos de seguidores entusiastas de la “ideología de la reparación” que con fe propia de cruzados pueden creer un sagrado deber imponer sanciones punitivas estrafularias, desproporcionadas con el daño material sufrido por la víctima

⁷⁶ Picasso, Sebastián, *Sobre los denominados daños punitivos*, LL 2007-F-1154

Argentino cuenta con la expresa consagración en la Ley de Defensa al consumidor reformada en el art 52 bis.

4. La responsabilidad por productos

Partimos de concepto de productos abarcativo de bienes y servicios que la industria y tecnología han lanzado a la comercialización, e incluyendo alimentos, medicamentos, hemo- derivados, frutos y carne, etc y no hablamos ni de productos elaborados ni defectuosos, puesto que no compartimos tal denominación.

Además debemos tener presente que el riesgo se ha convertido en un actor fundamental en la sociedad moderna como recuerdan Bergel y Ulrich⁷⁷, participamos de las sociedades de riesgo global, en las que cada vez se enfrentan nuevos riesgos sin que se alcance a advertir la real magnitud de los mismos.

La interrupción de la ingeniería genética y la nanotecnología ofrecen un desarrollo acelerado en los últimos tiempos y promete una mejora en la calidad de vida⁷⁸.

Herrera de las Heras recuerda que fue en 1982 cuando se pudo apreciar por primera vez el campo que se abría, al producirse comercialmente insulina humana para el tratamiento de diabetes⁷⁹ y destaca como hitos entre otras: la hormona de crecimiento, el interferon, la talasemia, las vacunas génicas, el reciclaje de aguas, la utilización de tierras y agregamos los transgénicos⁸⁰ y los dispositivos nanotecnológicos⁸¹.

Paralelamente se ha desarrollado la bioseguridad como un conjunto de normas y procedimientos técnicos destinados a garantizar el uso seguro de las técnicas biotecnológicas, abarcando cuestiones ambientales, de producción, de comercialización, económicas y éticas.

Quizás influidos por el documento sobre “Lecciones tardías de alertas tempranas” queremos recordar sucintamente aquí ciertos casos como el de la fatiga de los metales, el uso de asbestos, ciertos medicamentos y las siliconas por ejemplo⁸².

Comentando la situación de contagio de HIV en Francia Lambert Fiebre reseña que el 12 de abril de 1995 la Corte de Casación, Sala 1ª Civil con fundamento en el art. 1147 del Código Civil dijo que el deudor debe ser condenado si no justifica que la inejecución proviene de una causa extraña que no puede serle imputada, aunque no haya ninguna mala fe de su parte y que con este punto

⁷⁷ Goldenber, Isidoro- Cafferatta, Néstor, *Responsabilidad por productos elaborados*, Tratado de la responsabilidad Civil T 3, pg 481 y ss, Ed La Ley 2005

⁷⁸ Garrido Cordobera, L M R- Kunz, Ana, *El derecho de daños y la sociología ante las innovaciones tecnológicas*, LL Actualidad 2005

⁷⁹ Herrera de las Heras, Ramón, *La responsabilidad derivada de los daños producidos por la biotecnología*, Ed Reus, 2007

⁸⁰ Bello Janeiro, Domingo, *Tratamiento de los transgénicos en Europa*, RCyS enero 2008

⁸¹ Garrido Cordobera, L M R- Kunz, Ana, *El derecho de daños y la sociología ante las innovaciones tecnológicas*, LL Actualidad 2005

⁸² Lecciones tardías, alertas tempranas: el principio de cautela, algunos puntos a modo de resumen 2002. Agencia Europea de Medio Ambiente <http://Europa.eu.int>

de partida, se decide que "los centros de transfusión sanguínea están obligados a proveer a los receptores productos exentos de vicios y no pueden exonerarse de esta obligación de seguridad sino con la prueba de una causa extraña que no pueda serles imputada" y de igual modo el Consejo de Estado en sus decisiones del 26 de mayo de 1995 ha decidido que "los centros de transfusión sanguínea son responsables aun en ausencia de culpa de las consecuencias dañosas de la mala calidad de los productos provistos" ⁸³.

La jurisprudencia francesa, judicial y administrativa, se ha pronunciado claramente, manteniendo la responsabilidad de los centros de transfusión sanguínea quienes por asumir una obligación de seguridad determinada, no pueden invocar el riesgo de desarrollo, por ser un vicio inherente al producto, y recordemos que por la ley del 31 de diciembre de 1991 se creó un fondo de garantía específico para indemnizar las víctimas de transfusiones sanguíneas contaminadas por el HIV⁸⁴.

En el tema de medicamentos, son "clásicos" los casos de la Talidomida, que creada en 1953 como un sedante para embarazadas tuvo un uso masivo en el período que va de los años 58' a 62' y produjo malformaciones en los niños que nacieron, el DES, hormona femenina sintetizada en 1938 y utilizada para evitar abortos espontáneos, produjo en las hijas de las consumidoras transformaciones en los tejidos del cuello del útero y desarrollo de cáncer⁸⁵, también podemos recordar, el fármaco para controlar el colesterol MER 29 (aunque tiene sus particularidades) que produjo cataratas y que puesto en circulación en 1960 fue retirado en el 62, y mas recientemente el antiinflamatorio y analgésico Vioxx que fue retirado voluntariamente del Mercado por Merck Sharp & Dohme luego de que un informe señaló que su administración había elevado la frecuencia de infartos y accidentes cerebro-vasculares.

Una alerta ha sido lanzada también con respecto a la atomonexina por la Administración de Alimentos y Medicamentos de los Estados Unidos (FDA), esta droga es comúnmente prescrita para el tratamiento del trastorno por déficit en la atención y podría incrementar los pensamientos suicidas de los pacientes.

En la actualidad se plantea el tema frente a la nanotecnología y la nano ciencia, por la implantación de objetos cuyo tamaño puede ser de décimas de milímetros destinados por ejemplo a suministrar medicación o a lograr una mejor conducción neuronal.

En la industria se utilizaría por ejemplo para lograr una mejor la adhesión de superficies y también se habla de la creación de una maquina molecular por parte de científicos británicos, frente a esta realidad nos hemos preguntado con nuestra

⁸³ Lambert- Fiebre, Ivonne *La responsabilidad del fabricante por el hecho de sus productos en la Comunidad Europea*, Responsabilidad por daños en el Tercer Milenio, Ed Abeledo Perrot 1997

⁸⁴ Seuba Torrebanca, Joan *Sangre contaminada, responsabilidad civil*, pag 362 Ed Civitas 2002.

⁸⁵ Este producto fue retirado del mercado en 1971 y como había sido producido por cientos de fabricantes se planteo el problema de la relación de causalidad y llevo a la creación de la teoría del Market Share,

compañera y colega de investigación, la socióloga y epistemóloga Ana Kunz que ocurrirá en el futuro y que respuesta debe dar el derecho⁸⁶.

En materia alimentaria se discute el tema con la utilización de los aditivos, conservantes, de hormonas para un mayor crecimiento, de antibióticos y de genes modificados, para obtener un mejor producto vendible al consumidor.

El “síndrome de la vaca loca” o “encefalopatía bobina esponjiforme”⁸⁷ obligó a analizar a las proteínas como causante de procesos infecciosos y desde el 2000 se ha identificado una proteína natural que al adherirse a los priones modificados permite idetectar la contaminación con el prión de la EEB⁸⁸.

Pero recordemos que toda actividad conlleva riesgos y que el riesgo 0 (cero) es una utopía, lo cual no implica que la sociedad deba aceptar forzosamente cualquier riesgo y no reclamar su reparación en aras del progreso de la humanidad; y deberemos movernos en lo que en lo que se a denominado “desarrollo sustentable” .

5. El aporte del *Comon Law*

El origen de la doctrina sobre la responsabilidad del fabricante por productos defectuosos tiene su origen en Estados Unidos⁸⁹, donde se percibe a la responsabilidad como un medio de garantizar los derechos de los ciudadanos frente a los abusos de las empresas poco cuidadosas con sus productos, siendo objeto constante de los medios de comunicación e incluso se ha convertido en uno de los temas favoritos de las películas de ficción⁹⁰.

La teoría de la *negligente, implied warranty o strictit hability*, que son el sustento de cualquier reclamo del consumidor perjudicado por un producto, son construcciones jurisprudenciales para resolver las cuestiones que se le planteaban, esto sumado a la diversidad de legislación estadual planteo la necesidad de adoptar modelo que aunque carezcan de fuerza vinculante gozan de gran prestigio, son los *Restatement of Law*⁹¹.

La Jurisprudencia Norteamérica, se basa en una doctrina de Tort como la negligencia o en las de derecho contractual de responsabilidad estricta en sus dos

⁸⁶ Garrido Cordobera, Lidia M R y Kunz Ana , *El derecho de Daños y la sociología ante las innovaciones científicas y tecnológicas*, en La ley Actualidad , Bs. As 2005

⁸⁷ El prión scrapie (Pr-Psc) origina desordenes neurológicos que finalmente llevan a la muerte pero que por los síntomas pueden confundirse con otras enfermedades.

⁸⁸ Pigretti, Eduardo, *Derecho ambiental profundizado*, pag 115 y ss Ed La Ley, 2005

⁸⁹ Millner, Maurice Alfred, *La responsabilidad civil por productos elaborados en el sistema del “comon law”*, LL 143-858

⁹⁰ García Cachafeiro, Fernando, *La responsabilidad Civil por Productos defectuosos en los Estados Unidos: principales diferencias con el sistema español*, pag 237 y ss, en Responsabilidad Civil de Profesionales y empresarios, Ramón Rodríguez Montero (Dtor) Ed Netbiblio 2006

⁹¹ Elaborados por la American Law Institute (ALI). En materia de productos uno de los mas importantes es The Rest 3d Tort.

<http://www.ali.org>

variantes⁹². Hay que señalar que muchas veces la fundamentación en la negligencia tiene su apoyatura en el pedido de los daños punitivos y que la doctrina de la garantía implícita se encuentra hoy reconocida expresamente en el *Uniform Commercial Code* (UCC), instrumento que es adoptado con variantes por los distintos Estados.

En la “responsabilidad estricta” la legitimación para reclamar por daños incluye al *bystander*, y se prescinde tanto de la exigencia de una conducta negligente como de la necesidad de un vínculo contractual.

Veremos que la responsabilidad recae no solo en el fabricante o productor sino que comprende a la cadena de comercialización, recalca García Cachafeiro que ella solo se aplica a quienes se dedican a la fabricación y venta al público de bienes para el consumo, lo que excluye a las personas que venden ocasionalmente algún producto⁹³.

Además se vincula con la noción de un “defecto” del que se deriva el daño, la jurisprudencia ha venido utilizando dos criterios: el del test de las expectativas del consumidor y el test del riesgo-utilidad⁹⁴.

El primero es aquel por el cual un producto será defectuoso, cuando no ofrezca la seguridad que espera un consumidor o usuario normal con los conocimientos de la comunidad, de allí su base sociológica, de valoración del conjunto.

Pese a su gran difusión ha recibido críticas entre otras de no cubrir riesgos obvios, aparentes o fáciles de descubrir, que hay veces que la víctima no es el consumidor y el resulta un parámetro impreciso⁹⁵.

El segundo criterio, más moderno, se da cuando el riesgo que genera supera a la utilidad social o económica, si el peligro podría haberse evitado con una mejora a un coste razonable, o si existieran productos alternativos con un riesgo menor; como se ve responde a un criterio indudablemente económico.

Se le critica que la noción de utilidad es un concepto demasiado abstracto como para poder permitir una evaluación precisa y por la discrecionalidad que concede a los Tribunales entre otros argumentos⁹⁶.

En el derecho anglosajón se instala entonces la noción de defecto como una noción esencial en materia de daños causados por productos, (si bien sostendremos que preferimos hablar de riesgo más que de defecto o vicio), noción que luego se trasladara al sistema del derecho comunitario.

⁹² Para un mayor desarrollo puede consultarse

Pizarro, Ramón Daniel, *Responsabilidad civil y riesgo de empresa*, T II, pag 309, Ed La Ley, 2006

Pietro Molinero, Ramiro, J, *El riesgo de desarrollo un supuesto paradójico de la responsabilidad civil por producto*, pag 57 y ss Ed Dickinson, 2005

Marco Molina, Juana, *La responsabilidad Civil del fabricante por productos defectuosos*, pag 19 y ss. Ed Atelier, 2007

⁹³ García Cachafeiro, Fernando, *La responsabilidad Civil por Productos defectuosos en los Estados Unidos: principales diferencias con el sistema español*, pag 243 y ss, en Responsabilidad Civil de Profesionales y empresarios, Ramón Rodríguez Montero (Dtor), Ed Netbiblio 2006

⁹⁴ Pizarro, Ramón Daniel, *Responsabilidad civil y riesgo de empresa*, T II, pag 337 y ss, Ed La Ley, 2006

López Herrera, Edgardo, *Teoría General de la Responsabilidad Civil*, pag 499 y ss, Ed Lexis Nexis, 2006

⁹⁵ Pietro Molinero, Ramiro, J, *El riesgo de desarrollo un supuesto paradójico de la responsabilidad civil por producto*, pag 133 y ss Ed Dickinson, 2005

⁹⁶ Salvador Coderch, Pablo- Solé Feliu, *Brujos y aprendices*, pag 90 y ss Ed Marcial Pons 1999

En esta línea evolutiva se ha distinguido distintos tipos de defectos que se han clasificado en a) defectos de diseño, b) defectos de fabricación, c) defectos de comercialización y d) los riesgos del desarrollo-

Los defectos de diseño afectan a toda la serie o modelo del producto y se originan en errores en el diseño, cálculo o fórmulas utilizadas que al ser inadecuadas llevan al resultado del daño. Abarcan una serie de pasos previos a la fabricación e implican una serie de decisiones empresariales que van sorteando distintas instancias. Pizarro considera que es lógico que las consecuencias dañosas formen parte del riesgo de empresa y comprometan su responsabilidad frente al consumidor y los terceros⁹⁷.

Con respecto a los defectos de fabricación suele decirse que aparecen de manera aislada en algunos productos de la serie, sea por una falla humana o de una máquina en el proceso de producción y encuadran perfectamente en el riesgo de empresa⁹⁸.

Dentro de los denominados defectos de la comercialización incluimos el empaquetado o envoltorio, el etiquetado y la información de modalidad de uso, las propiedades y peligros del producto (deber de advertir); tienen su razón de ser en la asimetría existente entre consumidores y empresarios y creemos que encuadran en el riesgo de empresa y en la Argentina en las obligaciones legales consignadas en la Ley de Protección al Consumidor.

En cuanto a los denominados “riesgos del desarrollo”, casos de productos dañosos por sí para Galgano, mientras que para ciertos autores implica una vuelta al principio de la culpa⁹⁹, nosotros no compartimos tal posición y consideramos como lo sostuvimos en varios trabajos y en la obra con el Catedrático Busto Lago que es un supuesto de riesgo de la empresa¹⁰⁰.

Recordemos que podemos conceptualizar al “riesgo de desarrollo”, como las consecuencias dañosas de un producto, que siendo desconocidas con la utilización de las técnicas científicas idóneas al momento de su producción, autorización para el consumo y comercialización, son luego, debido al progreso propio de la ciencia y las técnicas, considerados como consecuencias directas de la utilización de dicho producto¹⁰¹, planteando un arduo debate sobre la

⁹⁷ Pizarro, Ramón Daniel, *Responsabilidad civil y riesgo de empresa*, T II, pag 344 y ss, Ed La Ley, 2006

⁹⁸ Pizarro, Ramón Daniel, *Responsabilidad civil y riesgo de empresa*, T II, pag 342 y ss, Ed La Ley, 2006. Ver nota 116.

⁹⁹ López Herrera, Edgardo, *Teoría General de la Responsabilidad Civil*, pag 503 y ss, Ed Lexis Nexis, 2006
Pietro Molinero, Ramiro, J, *El riesgo de desarrollo un supuesto paradójico de la responsabilidad civil por producto*, pag 116 y ss Ed Dickinson, 2005

¹⁰⁰ Garrido Cordobera Lidia M R, *La responsabilidad por riesgo de desarrollo en materia de productos de consumo*, en *Responsabilidad Civil*, pag 171 y ss, Ed Rubinzal Culzoni,
Garrido Cordobera, Lidia M R, *El “riesgo de desarrollo” en materia de productos de consumo: un punto de tensión en la aplicación de los principios del derecho de Daños*, RLJ N 2, 2009
Garrido Cordobera, Lidia M R - Busto Lago, Manuel, *Los riesgos del desarrollo, una visión comparada*, pg 40 y ss, Ed Reus 2010.

¹⁰¹ Garrido Cordobera Lidia M. R. *Responsabilidad por riesgo de desarrollo*, en *Bioética, Sociedad y Derecho*, pag 71 y ss Ed. Lener 1995

Garrido Cordobera Lidia M. R. *El riesgo de desarrollo*, La Ley Actualidad 23 de mayo 2006

cobertura, indemnización de los mismos y la excepción del avance de la ciencia¹⁰².

6. El modelo comunitario europeo.

Hemos tenido oportunidad de analizarlo en diversas ocasiones, sobre todo en trabajos recientes y puntualizar, que en el Derecho Europeo, desde la década del 70 se fue elaborando un Programa para la protección de los consumidores, siendo la directiva 374 del 25 de julio de 1985, un texto de análisis fundamental en lo relativo a la responsabilidad por productos; sin embargo suele recordarse que ella fue decidida sobre la base de la instauración del Mercado Común y con el objetivo de evitar las distorsiones de competencia entre los Estados miembros¹⁰³.

Sin embargo, debemos señalar, que la directiva del 29 de junio de 1992 referida a la seguridad general de los productos instituye la obligación de prevenir los daños.

La Directiva establece el principio de la responsabilidad objetiva del productor en caso de daños causados por los defectos de sus productos, (si varias personas son responsables del mismo daño, la responsabilidad será solidaria).

En ella se entiende por “productor” no solo al productor en sentido estricto sino a toda persona que participa en el proceso de producción, abarcando al importador del producto defectuoso, a aquél que se presente como productor poniendo su nombre, marca o cualquier otro signo distintivo en el producto, y a toda aquella persona que suministra un producto cuyo fabricante no puede ser identificado.

Entre los sujetos asimilados al fabricante en la Directiva encontramos en primer lugar al importador dentro de la Comunidad Europea, cuando el producto proviene originalmente de un país exterior a esta Comunidad (Art. 3, 2) su justificación es lógica ya que es más fácil ejercer una acción contra el importador que ejercerla contra el fabricante en un país fuera de la Comunidad, sobre todo cuando el demandante es un consumidor.

En segundo lugar tenemos la figura de la persona que pone su marca sobre el producto (Art. 3, 1), se justifica tal solución dado que esta persona se presenta como si fuera el productor, aunque no lo sea realmente su fundamento, creemos se halla en la buena fe confianza que genera en el consumidor.

Finalmente el suministrador del producto puede ser considerado como un productor, y esto no obstante el hecho de que sea solamente un distribuidor, la Directiva limita esta posibilidad a los casos en los cuales el productor u otra persona que le podría ser asimilada no puedan ser identificados (Art. 3, 3).

¹⁰² Garrido Cordobera, Lidia M R - Busto Lago, Manuel, *Los riesgos del desarrollo, una visión comparada*, Ed Reus 2010

Salvador Coderch, Pablo- Sole Feliu, *Brujos y aprendices*, Ed Marcial Pons 1999

Pietro Molinero, Ramiro, J, *El riesgo de desarrollo un supuesto paradójico de la responsabilidad civil por producto*, pag 116 y ss Ed Dickinson, 2005

¹⁰³ Garrido Cordobera, Lidia M R - Busto Lago, Manuel, *Los riesgos del desarrollo, una visión comparada*, Ed Reus 2010

Salvador Coderch, Pablo- Sole Feliu, *Brujos y aprendices*, Ed Marcial Pons 1999

Se considera que un producto es defectuoso cuando no ofrece la seguridad a la que una persona tiene legítimamente derecho, el carácter defectuoso del producto se aprecia en función de la presentación del producto, del uso razonable del mismo, y la fecha de puesta en circulación. Se aclara que la puesta en circulación de un producto más perfeccionado no puede tenerse en cuenta para la determinación del carácter defectuoso del producto de que se trate.

En cuanto a la exoneración de la responsabilidad del productor se dice que éste no será responsable si demuestra: que no ha puesto el producto en circulación, que el defecto que ha causado el daño ha aparecido después de que él haya puesto el producto en circulación, que el producto no ha sido fabricado para una venta de la que él obtendrá un beneficio, que el producto no se ha fabricado ni distribuido en el ámbito de su actividad profesional, que el defecto se debe a que el producto se ajusta a normas imperativas dictadas por los poderes públicos, que en el momento en que el producto se puso en circulación el estado de los conocimientos científicos y técnicos no permitían descubrir la existencia del defecto (sobre último supuesto, los Estados miembros pueden autorizar excepciones) que, en el caso del fabricante de una parte integrante del producto final, el defecto sea imputable al diseño del producto a que se ha incorporado, o a las instrucciones dadas por el fabricante del producto.

En cuanto a la "carga de la prueba", la víctima debe demostrar la existencia del daño, el defecto del producto, la relación de causalidad entre el daño y el defecto y dado el marco de la responsabilidad sin culpa que prevé la Directiva, no es por tanto necesario probar la negligencia o la culpa del productor o del importador.

El productor no es responsable cuando el daño es causado conjuntamente por un defecto del producto y por la intervención de un tercero, no obstante, en caso de culpa de la víctima, puede reducirse la responsabilidad del productor.

Son daños cubiertos por la Directiva los daños causados por muerte o lesiones corporales y causados a una cosa de uso o de consumo privados distinta del producto defectuoso, con deducción de una franquicia (500 ecus).

La Directiva no se aplica a los daños resultados de accidentes nucleares cubiertos por convenios internacionales ratificados por los Estados miembros, pero cabe señalar que la Directiva no restringe en modo alguno la reparación de los daños morales prevista en las legislaciones nacionales.

Además, la responsabilidad se descarta cuando la falta de seguridad legítima de un producto se debe a que un producto se ajusta a las reglas imperativas dictadas por los poderes públicos (Art. 7, d), viniendo a precisar aún más la noción de defecto, puesto que si esta solución no fuera enunciada, el productor sería responsable, salvo su posible recurso contra los poderes públicos.

El "riesgo de desarrollo" está en el corazón de la noción de defecto. El art. 7 de la Directiva enuncia que el productor no es responsable si prueba "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". Dicha solución tenía que ser enunciada expresamente para descartar la responsabilidad del productor, ya que esta hipótesis se refiere a una carencia de seguridad legítima del producto.

En cuanto a la expiración de la responsabilidad, la víctima dispone de un plazo de tres años para solicitar la reparación de los daños a partir del momento en que ha tenido conocimiento del daño, del defecto y de la identidad del productor y la responsabilidad del productor expira tras diez años a partir de la fecha en la que el productor puso el producto en circulación, pero su responsabilidad no puede quedar limitada o excluida, con relación al perjudicado, por virtud de cláusulas limitativas de la responsabilidad, esto no afecta a las disposiciones nacionales en materia de responsabilidad contractual y extracontractual, por lo que el perjudicado puede hacerlas valer.

La Directiva autoriza a los Estados miembros a limitar la responsabilidad global del productor por la muerte o las lesiones corporales causadas por una serie de artículos que presentan los mismos defectos, no pudiendo ser inferior a 70 millones de ecus.

La Directiva 85/374 en principio solo se aplicaba a los bienes muebles producidos industrialmente, estén o no incorporados a otro bien mueble o inmueble, quedando excluidos, salvo derogación de parte de los Estados miembros, las materias primas agrícolas y los productos de la caza que no hayan sufrido transformación, así como los productos puestos en circulación antes del 30 de julio de 1988, esto fue modificado por la Directiva 34 de 1999 de la CE.

Tras la crisis de las "vacas locas", la Directiva 1999/34 CE amplía el ámbito de aplicación de la Directiva 85/374 a las materias primas agrícolas (tales como la carne, los cereales, las frutas y las legumbres) y los productos de caza para evitar cualquier posibilidad de excepción.

En consecuencia, el productor o el importador deberá pagar los daños e intereses si existe una relación de causalidad entre el daño sufrido y el defecto, sin que la víctima deba aportar la prueba de que ha habido una negligencia por parte del productor o del importador.

Se contribuye a aumentar el grado de protección de los consumidores y a devolverles la confianza en la seguridad de los productos agrícolas al alentar a los productores y a los importadores a respetar estrictamente las normas y las medidas de protección aplicables y a adoptar una actitud responsable con respecto a las materias primas agrícolas.

Lambert-Ferivre comenta que la directiva europea del 25 de julio de 1985 consagra el principio de una responsabilidad objetiva, sin culpa, inherente a los riesgos creados por la tecnología moderna y por la producción en masa y es una responsabilidad uniforme respecto de todo consumidor, abandonando toda distinción entre la responsabilidad contractual y la responsabilidad delictual siendo específica, tanto por sus condiciones como por sus efectos¹⁰⁴.

Larroumet, señala que el régimen de la responsabilidad por los daños causados por los productos defectuosos tiene que ser considerado desde tres puntos de vista: primero en cuanto al hecho generador de la responsabilidad,

¹⁰⁴ Lambert- Fiebre, Ivonne, *La Responsabilidad de los fabricantes por el hecho de sus productos en el Derecho de la Unión Europea*, en Responsabilidad por daños en el tercer Milenio, Ed. Abeledo-Perrot, 1997.

luego en cuanto a los responsables, y por fin, en cuanto a los medios de sustraerse a esta responsabilidad¹⁰⁵.

Este autor, se pregunta, si al ser el hecho que origina el daño un defecto de un producto puesto en circulación, esto significará que se pueda sostener que el producto no ha ofrecido la seguridad a la cual una persona tiene legítimamente derecho solamente porque el producto fue la causa de un daño, respondiéndose, que la directiva no autoriza tal deducción, sostiene que el poder de apreciación de los jueces es esencial y que éstos no podrían admitir que el daño autorice a considerar por este simple hecho que no ha ofrecido la seguridad a la cual uno tiene legítimamente derecho, se necesita que la carencia de seguridad del producto esté caracterizada y el simple hecho de que en un daño producido el producto esté implicado no caracteriza esta carencia de seguridad¹⁰⁶.

La puesta en circulación de un producto es un elemento esencial de la responsabilidad instituida por la Directiva, la cuestión es saber cuándo se puede considerar que tal extremo ha ocurrido, la directiva no tiene disposiciones decidiendo lo que se debe entender por "puesta en circulación", aunque contiene ciertos elementos que permiten sostener que tiene que ser el hecho de un profesional (Art. 7, c) que incorpore al producto en el circuito de distribución, es un hecho del productor, ya que a él le incumbe decidir poner un producto en los circuitos de distribución, es un acto voluntario de parte del productor, supone una iniciativa suya y surge en "contrario sensu" del Art. 7, a, o del hecho que no haya fabricado el producto para venderlo o distribuirlo (Art. 7, c).

El art. 11 toma en cuenta "la puesta en circulación del producto mismo que causó el daño" y por consiguiente, se debe considerar que hay puesta en circulación del producto cada vez que un ejemplar del producto llega al mercado.

Ya hemos dicho que el régimen de responsabilidad instituido por la Directiva es imperativo, y deriva de esto la no posibilidad de descartar el mismo por otro que sea menos severo para el productor, y la no posibilidad de pactar cláusulas limitativas de responsabilidad, esto está claramente expresado en el art. 12 de la Directiva¹⁰⁷.

Pese al carácter imperativo de la responsabilidad, esto no implica que el productor nunca podrá sustraerse a ésta, y puntualiza, Larroumet que para lograrlo, el productor dispone de tres medios.: primero, la Directiva excluyó la responsabilidad en ciertas situaciones, segundo existen causales de exoneración y tercero la responsabilidad del productor se extingue después de ciertos plazos.

Con respecto a la exclusión de responsabilidad encontraremos varios supuestos; el productor no será responsable si prueba que no puso el producto en

¹⁰⁵ Larroumet, Christian, *La Protección de los consumidores y la responsabilidad de los productores en el Derecho de la Unión Europea*, en Responsabilidad por daños en el tercer Milenio, - Abeledo-Perrot, 1997.

¹⁰⁶ Larroumet, Christian, *La Protección de los consumidores y la responsabilidad de los productores en el Derecho de la Unión Europea*, en Responsabilidad por daños en el tercer Milenio, - Abeledo-Perrot, 1997

¹⁰⁷ Garrido Cordobera, Lidia M R - Busto Lago, Manuel, *Los riesgos del desarrollo, una visión comparada*, pag 47 y ss, Ed Reus 2010

circulación (Art. 7, a), de la misma manera que podrá sustraerse a su responsabilidad si demuestra que el defecto apareció posteriormente a la puesta en circulación del producto (Art. 7, b), o también si prueba que el producto no fue fabricado para ser vendido o distribuido en el marco de la actividad profesional del fabricante o del distribuidor (Art. 7, c), tampoco será responsable en la hipótesis de un riesgo de desarrollo, aunque los Estados Miembros tengan la posibilidad de admitir en esos casos la responsabilidad del productor (art. 7, e) y finalmente , el productor no será responsable cuando el defecto se deba a que el producto se ajusta a normas imperativas dictadas por los Poderes Públicos (Art. 7, d).

Puede observarse que en todas estas situaciones la víctima habrá probado un defecto, pero la directiva excluye la responsabilidad considerando que este defecto no le es imputable al productor.

Situándonos en las causales de exoneración para la Directiva recordemos que la verdadera causal de exoneración se refiere a la ruptura de la relación causal, es decir que supone que el responsable designado jurídicamente demuestre que el defecto del producto no fue la causa del daño padecido por la víctima.

En Derecho europeo, como también en el argentino, existen tres causales de exoneración: la fuerza mayor, la culpa de un tercero y la culpa de la víctima. La Directiva se refiere expresamente sólo a una de estas causales en el art. 8: la culpa de la víctima, sin embargo, se deben admitir las tres causales del derecho común interpretando armónicamente el articulado, dado que por el Art. 4, el perjudicado debe probar la relación causal entre el defecto y el daño.

No obstante el silencio de la Directiva sobre las dos causales de exoneración, estas se deben admitir ya que si el responsable prueba que el daño tuvo otra causa que el defecto del producto, no podrá ser considerado responsable. De hecho, puede perfectamente destruir la relación causal probando la fuerza mayor o la intervención de un tercero.

Si la intervención de un tercero no es la única causa del daño y ese daño también es imputable al defecto del producto, habrá que considerar al productor como responsable de la totalidad del daño frente a la víctima, ésta es la solución que da, por ejemplo, el Derecho francés que consagra la obligación “in solidum” de los co-responsables de un daño, salvo el recurso contra los demás de quien pagó por los otros y parecería ser lo que surge del Art. 8, 1 y en cuanto a la intervención o culpa de la víctima, podrá permitir que sea reducida la indemnización conforme al Art. 8, 2.

Con respecto a los plazos para accionar para obtener una reparación, la responsabilidad del productor se extingue transcurrido un plazo de diez años a partir de la fecha de la puesta en circulación del producto (Art. 11) los autores dicen que se trata de un período de garantía, en el sentido de que el productor tiene que garantizar que el producto no tiene defectos y no causará ningún daño durante los diez años que siguen a su puesta en circulación, creemos, como ya lo hemos dicho que frente a ciertos daños este plazo resulta exiguo.

La Directiva prevé otro plazo de tres años para la acción en responsabilidad (Art. 10) que empieza a transcurrir el día en que es causado el daño, sin embargo, puede ser que el perjudicado no pueda en ese momento saber que el daño es imputable a un defecto del producto, o también es posible que este perjudicado no

sepa quién es el productor responsable, es por ello que, el plazo empezará a transcurrir a contar desde el día en que le fue posible al perjudicado conocer el defecto o la identidad del productor.

Para Lambert-Faivre la Directiva europea del 29 de junio de 1992 relativa a la seguridad general de los productos está estrechamente inspirada en la ley francesa del 21 de julio de 1983. La directiva define el producto seguro como "todo producto que, en las condiciones de utilización normales o razonablemente previsibles, comprendida su duración, no presenta ningún riesgo o sólo riesgos reducidos a un nivel de protección elevado para la salud y la seguridad de las personas" (art. 2 b)¹⁰⁸.

La persona que está sometida a la obligación de prevención es la persona que pone un producto en el mercado, que ejerce una actividad que pueda influir sobre la seguridad del consumidor, se trate del fabricante o de la persona que juega este papel, por ejemplo el importador o el que pone su marca, el que reacondiciona o interviene en el circuito de distribución del producto.

Como decimos con anterioridad, la obligación de prevención consiste en poner en el mercado únicamente productos seguros, es decir, careciendo de riesgos, o, a lo máximo, presentando un riesgo aceptable para la seguridad de las personas en condiciones normales de utilización, y también consiste en informar a los consumidores de los posibles riesgos del producto, y de vigilar estos productos de manera de que si es necesario poder sacarlos del mercado a fin de evitar daños¹⁰⁹.

Para asegurar la realidad de la sanción de estas obligaciones, los Estados Miembros tienen una obligación de control y de investigación, por ejemplo, sacar muestras, retirar los productos del mercado o prohibir su puesta y deben notificar estas medidas a la Comisión Europea, quien a su vez las notifica a los otros Estados, pudiendo imponer una interdicción temporaria de un producto.

7. El Sistema normativo Argentino

Recordemos que en un primer momento, antes de la sanción de la Ley de Protección al Consumidor y de la reforma Constitucional, la normativa aplicable a la responsabilidad por productos era básicamente la contenida en el Código Civil Argentino.

Debido a que muchos artículos se correlacionan y aun hoy constituyen la base para fallos judiciales y que además en materia de responsabilidad la ley se sanciono mutilada por el veto del art 40 (responsabilidad de la cadena) haremos una apretada síntesis de este sistema.

Como hemos dicho, en el derecho argentino, tenemos varios ámbitos de análisis, el del Código Civil propiamente dicho que nos vinculara con normas aun anteriores a la reforma del año 1968 como son el art.1119 para responsabilidad

¹⁰⁸Lambert- Fiebre, Ivonne, *La Responsabilidad de los fabricantes por el hecho de sus productos en el Derecho de la Unión Europea*, en Responsabilidad por daños en el tercer Milenio, Ed. Abeledo-Perrot, 1997..

¹⁰⁹ Garrido Cordobera, Lidia M R - Busto Lago, Manuel, *Los riesgos del desarrollo, una visión comparada*, pag 47 y ss, Ed Reus 2010

grupal o colectiva, o el art. 1112 para la responsabilidad del estado, y con normas posteriores como ser los arts. 1113, 2 da parte del CC en lo referido a riesgo y vicio de las cosas y art.1198 en lo atinente a la obligación de seguridad, que son aplicables a la responsabilidad por productos; la legislación específica La ley 24240 de Defensa del Consumidor del año 1993 (con sus modificaciones, la ultima de abril del 2008) con todo tu plexo normativo y por supuesto la protección Constitucional, como así también las leyes ambientales.

Las analizaremos a continuación someramente.

a) Protección Constitucional

La reforma de 1994 reglo en el art 42 de la C. N. de un modo expreso la protección de los consumidores en el territorio Nacional¹¹⁰, estableciéndose que “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 digno y equitativo”, y en su 2do párrafo manifiesta que “las autoridades proveerán a la protección de estos derechos”.

Farina al hablar del mandato constitucional dice que se basa en el reconocimiento del aspecto social del moderno contrato de masa, recordando como advierte Santos Briz que todo derecho se ordena en definitiva al fin del hombre¹¹¹.

Lorenzetti menciona al derecho reconocido como un derecho Fundamental¹¹² y Gelli indica como su fuente a la Constitución Española de 1978¹¹³.

Recordemos que las constituciones han nacido como sistemas de garantía y de diseño del estado (forma de gobierno) y que las mismas plasman ideas no solo políticas o económicas sino también filosóficas.

Hesse nos dice que ambos derechos aparecen como parte necesaria de un orden jurídico unitario que recíprocamente se complementan, se apoyan y se condicionan, hablando de funciones de garantía orientación e impulso¹¹⁴.

Hay que recalcar que el texto constitucional incorpora el término “relación de consumo” lo que hasta la reforma de la ley de protección al consumidor en el 2008 implicó una cuestión de armonización interpretativa puesto que la ley de 1993 tenía un concepto mas restringido y recién con la ultima modificación se consagra en el texto de la ley¹¹⁵.

Opinamos como Bidart Campos que lo prescripto por nuestra norma constitucional son derechos plenamente operativos, invocables entre particulares y contra el Estado, en este caso hay un expreso derecho a la información, a la

¹¹⁰ Existían desde la vuelta a la democracia en 1985 una serie de Constituciones y Leyes Provinciales que ya los consagraban en su territorio.

¹¹¹ Farina, J, *Defensa del Consumidor y usuario*, pag 5, Ed Astrea 1995

¹¹² Lorenzetti, Ricardo, *Contratos*, pag 76, Rubinzal Culzoni, 2003

¹¹³ Gelli, María Angelica, *Constitución de la Nación Argentina*, pag 371, Ed La Ley, 2003

¹¹⁴ Garrido Cordobera, Lidia M R *Las Bases constitucionales del derecho de los contratos, Análisis crítico del alcance del principio de la autonomía de la voluntad: Limites*

¹¹⁵ El art 3 establece “relación de consumo es el vinculo jurídico que entre el proveedor y consumidor o usuario”

salud, que unido al derecho a no ser dañado que la Corte señala que dimana del art. 19 CN, creemos, da la base constitucional para considerar que frente al supuesto de daño causado por “riesgo de desarrollo” de los productos debe mediar la correspondiente indemnización¹¹⁶.

b). Ámbito del Código Civil

Analizaremos primero las normas extracontractuales y dejamos por último la orbita contractual

b)1.1 La responsabilidad colectiva o grupal. El art 1119 del Código Civil.

Siempre se ha dicho y hemos enseñado, que ante la producción de un daño sabremos que nos hallamos frente a un supuesto de responsabilidad individual cuando éste es producido por un sujeto determinado o varios sujetos perfectamente individualizados, o por cosas pertenecientes a uno o varios sujetos también determinados, este tipo de responsabilidad presenta una relación de causalidad patente entre el daño y el hecho del autor o de la cosa¹¹⁷.

Pero en materia de daños también puede ocurrir la cuestión que nos interesa, que se daría cuando el sujeto no está individualizado entre los componentes de un grupo de posibles responsables en el supuesto que nos interesa de fabricantes de un producto que adolece o porta “un riesgo o defecto” (autor indeterminado y grupo determinado) y ante estos casos, la primera pregunta que nos inquieta es si sería justo que la falta de identificación del agente dañoso condujera a la irresponsabilidad y al consiguiente desamparo de la víctima¹¹⁸.

Trigo Represas y López Mesa manifiestan que contrariamente a lo que pudiera pensarse el fenómeno de la dañosidad grupal no constituye un caso de excepción ni un supuesto de menor importancia¹¹⁹.

Señalan López Cabana y Lloveras que en este supuesto (cuando no se puede señalar dentro de un grupo de varios individuos cuál es el autor del daño), el problema radica en establecer si “producido el daño y ante la carencia, insuficiencia o imposibilidad de prueba para individualizar a un responsable singular, es posible condenar a resarcir a cuantos hayan tenido alguna vinculación

¹¹⁶ Al formar la Constitución un todo armónico, debemos relacionar la parte pertinente del preámbulo “Promover el bienestar General”, el art 41 de protección ambiental, el 43 de Amparo colectivo, el 75 de las atribuciones del Congreso, 86 del Defensor del Pueblo y el art 31 que referencia los Tratados Internacionales con jerarquía constitucional y el art. 75 inc 22..

Recordemos que en la Argentina nos encontramos en pleno auge de la interrelación del Derecho privado y la Constitución, en el proceso que se ha denominado constitucionalización del derecho privado

¹¹⁷ Garrido Cordobera, Lidia M R, *La responsabilidad colectiva*, RCyS julio 2006

¹¹⁸ Garrido Cordobera, Lidia M R, *La responsabilidad de grupos cuyo accionar es riesgoso*, Prevención de daños II, Rubinzal Culzoni

En la sociedad tecnológica es frecuente que la víctima no pueda identificar al autor del daño, tal es el caso, por ejemplo, de la víctima de un producto farmacéutico que es producido por varios laboratorios, no pudiendo probarse, por haber desaparecido los envases respectivos, cuál fue la empresa que realmente fabricó el producto consumido que causó el daño.

¹¹⁹ Trigo Represas, Félix y López Mesa Marcelo, *Tratado de la Responsabilidad Civil*, TIV p 288 y ss, Ira, Ed La Ley 2005.

acreditada con las circunstancias de tiempo y/o lugar de las cuales este perjuicio derivó”¹²⁰.

La cuestión se ha centrado en saber cuál debe ser la respuesta del orden jurídico ante la situación que se crea por imposibilidad de probar la autoría singular, pero habiéndose acreditando el nexo causal entre el daño y la acción de un grupo.

Ello conduce, según Goldenberg, “necesariamente a un conflicto valorativo que conmueve la base misma del sistema de responsabilidad civil”¹²¹ puesto que, los interrogantes serán: ¿ninguno de los intervinientes responde o responden todos?, y de ser afirmativa la respuesta, ¿en virtud de qué factor y en qué condiciones?.

Es claro que aquí se enfrentan dos concepciones: la primera que mira el hecho ilícito desde la víctima y que admite la responsabilidad colectiva; y la otra que postula la exoneración de los intervinientes y prefiere prevenir la injusticia en que se incurriría en caso de obligar a indemnizar a quienes, aún vinculados circunstancialmente al hecho dañoso, no fueron sus causantes¹²². Del problema de la responsabilidad colectiva se ha ocupado un sinnúmero de legislaciones y se ha elaborado una jurisprudencia muy interesante, López Cabana y Lloveras han recalado en su clásico trabajo que en materia de Derecho Comparado encontramos dos vertientes diferenciadas: la que contiene una norma general que contempla la responsabilidad colectiva, y la que recepta disposiciones concretas de aplicación de tal tipo de responsabilidad¹²³.

En el ámbito civil argentino tenemos al art. 1119 del CC, que contempla la situación en que tendremos a un grupo de individuos vinculados con elementos dañosos en virtud de habitar el edificio desde el cual cayó o fue arrojada la cosa que provocó el daño¹²⁴.

Dice Roque F. Garrido que nuestro Codificador, con magistral visión, estableció casos de responsabilidad objetiva, y que no puede desconocerse que el alcance del art. 1119, que no admite prueba de ausencia de culpa, es establecer un tipo de responsabilidad más allá de la culpa¹²⁵.

¹²⁰ López Cabana, Roberto M., y Lloveras, Néstor L. *La responsabilidad colectiva, pautas para su aplicación en el Derecho Civil argentino*, E.D., t. 48,-799.

¹²¹ Goldenberg, Isidoro H., *La relación de causalidad en la responsabilidad civil*, pag. 162 Ed. Astrea, 1984

En la nota 274 se expresa diciendo: “La moderna tendencia en materia de responsabilidad civil reposa en la idea de que debe garantizarse la seguridad a todo individuo que vive en el medio social. En efecto, la conciencia jurídica actual tiende a buscar antes que la existencia de un responsable ‘una reparación asegurada’ para la víctima”.

¹²² Hemos señalado que la moderna tendencia en materia de Derecho de Daños tiende a dar a la víctima una adecuada reparación más que procurar el castigo del culpable.

¹²³ López Cabana, Roberto M., y Lloveras, Néstor L., *La responsabilidad colectiva, pautas para su aplicación en el Derecho Civil argentino*, E.D., t. 48,-799.

¹²⁴ Cazeaux, Pedro N., y Trigo Represas, Félix A.: *Derecho de las obligaciones*, t. IV, pág., 586, Ed. Platense

¹²⁵ Garrido, Roque Fortunato: *La responsabilidad objetiva y la culpa objetiva*, J.A., sec. Doctrina, t. 1, 1969;

Estamos en la corriente que propugna la generalización del esquema contenido en el art. 1119 del C C y en nuestro apoyo citamos a Llambías, quien al estudiar el tema explicaba que nada obsta a trasladar la solución legislativa a situaciones sustancialmente análogas, siendo legítimo utilizar este mecanismo proyectándolo a otras situaciones no contempladas por el legislador, pero semejantes. La ley no se contradice, y “habría contradicción, si sólo por la omisión de tratamiento por el legislador hubiera que contemplar diversamente a situaciones semejantes. Lo que importa es la semejanza substancial, que pide un tratamiento uniforme”¹²⁶.

Jorge Mosset Iturraspe señalaba que en la responsabilidad colectiva se dan perfectamente marcados los elementos de la misma, antijuridicidad, daño, relación de causalidad y un factor de atribución¹²⁷.

Para que pueda aplicarse la responsabilidad colectiva, imponiéndose a todos los miembros de un grupo la obligación de reparar el daño, se requiere: la falta de individualización del autor del daño; la prueba de la participación de todos los autores posibles en la acción (riesgosa, en nuestra opinión) del grupo. Esa actividad puede ser lícita o ilícita; la demostración de la relación causal entre el daño y la acción no particularizada del grupo.

En la tendencia de la socialización de riesgos, este tipo de responsabilidad grupal marca un hito trascendente, y demuestra que el Derecho acompaña a los tiempos en que se vive.

Nosotros hemos dado como fundamento de la responsabilidad colectiva al riesgo, y será su existencia la que posibilitará ampliar el específico caso del art. 1119 del CC a las nuevas situaciones como las del riesgo del desarrollo¹²⁸.

Con respecto a cómo deben responder o indemnizar a la víctima los integrantes del grupo, compartimos el criterio sentado en el Punto 13 del

¹²⁶ Llambías, Jorge Joaquín: *Responsabilidad colectiva o anónima*, E.D., t. 83- 786,

“El principio de analogía, que constituye un medio normal de integración del derecho, autoriza al intérprete acerca del presente asunto a efectuar una construcción jurídica, que partiendo de determinadas soluciones particulares permite inducir un principio general, del cual esas soluciones no son más que aplicaciones”.

¹²⁷ Mosset Iturraspe, Jorge: *Daños causados por un miembro no identificado de un grupo determinado*, J.A., sec. Doctrina, 1973

Se darían: la antijuridicidad (el comportamiento antijurídico se desprende de la participación activa en el grupo; es decir, en el quehacer riesgoso de éste con menosprecio del resultado); la dañosidad (la víctima del daño es un verdadero inocente a quien nada puede imputarse, salvo el riesgo de vulnerabilidad que acompaña a todo sujeto por el solo hecho de existir); la imputabilidad (existiendo un daño de autor anónimo, el Derecho imputa a todos los miembros del grupo un hecho propio que debe ser claramente demostrado por la víctima: su participación en la acción común; los miembros del grupo participan de la culpa del conjunto o bien de la comunidad de peligro o, mejor dicho, de riesgo); la causalidad (el daño se encuentra en relación causal adecuada con la acción del conjunto a título de consecuencia mediata, pero perfectamente previsible según las reglas de la experiencia y el normal cálculo de probabilidades)

¹²⁸ Garrido Cordobera, Lidia M.R. *La responsabilidad colectiva*, RCyS Ed La Ley, año VII n VI julio 2006

Despacho de la Comisión N° 5 de las ya mencionadas V Jornadas Nacionales de Derecho Civil¹²⁹, que estableció la obligación in solidum¹³⁰.

Es justo que quien abona la totalidad de la indemnización pueda luego dirigirse contra los restantes componentes del grupo a fin de exigirles la contribución que corresponda.

Sin embargo, la posición que sustentamos no es unánime en doctrina, ya que muchos autores se pronuncian por el carácter simplemente mancomunado de que la obligación de reparar; se tendrá entonces que dividir por partes iguales entre los componentes del grupo, y se reconoce que desde el punto de vista del damnificado esta situación perjudica su crédito, pero aluden al carácter excepcional de este tipo de responsabilidad.

Veremos que el art 40 presenta frente al consumidor una norma con similares alcances a la que conduce la aplicación analógica a la cadena de comercialización del art 1119 del CC, este artículo fue vetado por Pte Menen y repuesto por la ley 24.999 de 1998 durante su segundo periodo

b)1.2. La teoría del *Markert Share*.

Siguiendo las líneas de las ideas vertidas en nuestro trabajo sobre el tema, podemos recordar que en el derecho norteamericano se recepta esta figura como un nuevo instrumento tendiente a brindar la indemnización a ciertas víctimas, cuyos daños por la aplicación de un sistema de responsabilidad estricto quedarían, de otro modo sin ser resarcidos¹³¹.

Enunciábamos que la Corte de California adoptó en 1977 la "teoría del market share" en el caso "*Sindell c/ Abbot Laboratories*", podemos resumir los hechos que se sucedieron, del siguiente modo: la *Food and Drug Administration* dio autorización a diferentes laboratorios farmacéuticos para comercializar el producto conocido por las siglas D.E.S. (era una síntesis de una hormona femenina -estrógeno- para evitar el aborto espontáneo) y fue puesta en el mercado por unas trescientas empresas aproximadamente; finalmente en el año 1971 se revocó la autorización.

En el año 1977 se calculaba en tres millones el número de mujeres que sufrían un tipo particular de tumor precanceroso en el cuello del útero y cuyas madres habían consumido medicamentos con la droga D.E.S.; y es así, que ciertos estudios realizados llegaron a la conclusión de que existía un nexo entre la toma de la sustancia por las madres y la presencia de la afección en sus hijas.

¹²⁹ Punto 13: "Cuando un daño es causado por un miembro no identificado de un grupo determinado, todos sus integrantes están obligados in solidum a la reparación si la acción del conjunto es imputable a culpabilidad o riesgo".

¹³⁰ Recordemos que la responsabilidad in solidum tiene para la corriente moderna su fundamento en la idea de garantía, que significa ofrecer a la víctima la mayor probabilidad de ser indemnizada por los diversos codeudores, poder elegir al más solvente ante el daño originado por un producto aunque no se sepa si el producto consumido era suyo o no, como se ve, beneficia a la víctima

¹³¹ Garrido Cordobera, L M R y Cordobera G de Garrido, Rosa *La responsabilidad por participación en el mercado (MARKET SHARE)* en La responsabilidad, pag 359 y ss, Ed Abeledo Perrot, 1995.

Esta situación originó un sinnúmero de demandas contra los laboratorios, los médicos, los farmacéuticos y la autoridad de aplicación que otorgó la autorización; con el criterio de que no habían tenido participación en la elaboración se rechazaron las demandas con respecto a los farmacéuticos, sumándosele el criterio de la "praxis" habitual, siguieron igual suerte las interpuestas contra los médicos y en lo que respecta al *Food and Drug Administration* (F.D.A.) éste se benefició con la inmunidad prevista en la Federal Tort Claim Act de 1976.

En "*Sindell c/ Abbot Laboratories* La Corte de California asimiló, con variantes significativas, el conflicto al que se suscitaba con los daños producidos durante un accidente de caza, en el cual no puede determinarse al real autor del disparo, de qué arma provino la bala (recordemos que esto fué producto, en Francia, de un meduloso estudio).

Aquí se introdujo la idea, no de una responsabilidad solidaria pues la acción no sería simultánea, (como se da en el accidente de caza), expresándose que en la cuestión planteada y que se debía resolver que la participación en la producción era desigual, por ello, el Juez Mosk sentó la tesis del "*market share*"¹³², por la que se establece, que desde que el demandado ha elaborado productos y los ha introducido en el mercado produciendo daños, debe probar que no ha sido el suyo -su producto- el que produjo el daño, de no poder hacerlo y como la actividad no es desempeñada solamente por él, debe responder en la proporción de su participación en el mercado.

Kemelmajer de Carlucci ha dicho al referirse al tema, que si veinte laboratorios fabrican el producto, pero sólo cinco de ellos manejan el 90% de la producción, cada uno de ellos contribuirá conforme a la participación que tiene en el mercado consumidor¹³³.

La Corte de California consideró que la responsabilidad por el todo de cualquiera de los sujetos elaboradores, produce la consecuencia injusta pues la responsabilidad financiera no guarda proporción con el provecho obtenido¹³⁴.

Dicha posición fue seguida por la Corte de Chicago que también permitió a las víctimas accionar por responsabilidad contra los laboratorios farmacéuticos, siendo cada uno de ellos obligado por la parte que detentaba en el mercado a la época de su distribución.

Hay que destacar que en los supuestos de daños por productos, luego de transcurridos muchos años, como por ejemplo doce o más en el caso del D.E.S., es difícil de probar e identificar el medicamento exacto que se ingirió, el nombre del producto y por ende del laboratorio que lo fabricó, y en tal sentido el haberlo considerarlo un daño resarcible y que puedan ser demandadas las empresas

¹³² Esta teoría es conocida en el derecho francés como "*part du marche*" (teoría de la participación en el mercado) y ha sido aplicada en resonantes casos.

¹³³ Kemelmajer de Carlucci, Aida, *Ponencia a la Jornadas rioplatenses*, en Revista Jurídica de San Isidro, n^o. 24, pág. 134, enero-junio 1988,

¹³⁴ Esto denota, a nuestro entender, una necesidad de discernir entre la teoría del "riesgo provecho" y la del "riesgo creado"; realmente nosotros adherimos a la teoría del "riesgo creado", desde el punto de vista filosófico y atándonos normativamente a nuestro Derecho Positivo.

fabricantes y condenadas en virtud de la teoría de la participación en el mercado demuestra un fino sentido social.

Una consecuencia, muy trascendente se dara en materia de insolvencia en cuanto se defina que se aplicara una responsabilidad "in solidum" o se basará en la proporción en el mercado¹³⁵.

Creemos conveniente marcar algunas ventajas e inconvenientes de la teoría del "market share", tan criticada por los industriales norteamericanos y hasta tildada de inconstitucional por autorizar a la víctima a perseguir a toda una industria quizá por la conducta de un solo fabricante y de ser además un atentado a la igualdad ante la ley, pues establece el fundamento de la responsabilidad en base de la riqueza y no de la conducta.

Sin intentar refutar acabadamente estos argumentos podemos esbozar algunas reflexiones: en cuanto al principio de igualdad ante la ley, éste funciona al igual que en nuestro Derecho (art 16 CN): igualdad de trato ante iguales situaciones, los fabricantes de un mismo producto son todos tratados de la misma manera, no es que se hace responsables a unos y a otros no; en cuanto a la objeción de que la base del presupuesto de la responsabilidad no es la conducta, podemos decir que se está frente a una responsabilidad objetiva por "riesgo de actividad" o "actividad riesgosa" y además el derecho de los accidentes ha establecido diferentes alternativas para satisfacer la indemnización, siendo éste uno de ellos.

Kemelmajer de Carlucci, considera expresamente la posible aplicación en nuestro derecho pues advierte grandes semejanzas con la responsabilidad mancomunada establecida en el art. 1121 del Código Civil argentino¹³⁶.

Debemos volver a expresar que creemos que la "teoría de la participación en el mercado" es muy útil en temas de daños colectivos, puede reconocerse la presencia de un fundamento objetivo de responsabilidad (el riesgo y la garantía) que genera una obligación de reparar "in solidum" entre los componentes del grupo, situación que es más favorable a la víctima¹³⁷.

¹³⁵ Las obligaciones "in solidum" han tenido un gran desenvolvimiento en Francia y doctrinaria y jurisprudencialmente han sido receptadas en nuestro país, ciertos autores las han justificado en la idea de protección de la víctima, de otorgarle una mayor garantía para la satisfacción de su derecho a ser indemnizado frente a la posible insolvencia de alguno de los responsables o también de su ausencia, fallecimiento, etcétera, mientras que en aplicación de la teoría del "market share" estaremos frente a lo que en nuestro Derecho son las obligaciones simplemente mancomunadas de los participantes de un grupo, lo que hace que la insolvencia en las circunstancias que apuntamos las soporte la víctima.

¹³⁶ Kemelmajer de Carlucci, Aida, *Ponencia a la Jornadas rioplatenses*, en Revista Jurídica de San Isidro, n^o. 24, pág. 134, enero-junio 1988,

La autora citada estima que aunque esta teoría no satisface plenamente a la víctima permite dar una solución, aunque más no sea de emergencia, para decirlo con sus palabras, no desatendiéndose de los textos legales, hasta que llegue una solución legislativa integral.

¹³⁷ Garrido Cordobera, L M R y Cordobera G de Garrido, Rosa *La responsabilidad por participación en el mercado (MARKET SHARE)* en La responsabilidad, pag 359 y ss, Ed Abeledo Perrot, 1995
Garrido Cordobera, Lidia M R - Busto Lago, Manuel, *Los riesgos del desarrollo, una visión comparada*, , Ed Reus 2010

Además creemos que no se contradice con el requisito de la relación de causalidad¹³⁸ y que se cumpliría, en principio, con el fin de la distribución entre los pertenecientes a un grupo del cual se generó el daño, y también que ese ensanchamiento en la legitimidad pasiva se justifica plenamente por las circunstancias socio-económicas del tiempo que nos toca vivir, siendo de plena aplicación a algunos supuestos que el “riesgo de desarrollo” puede plantear.

b) 2. El art. 1113 del CC. (El riesgo o vicio y la actividad riesgosa)

En materia de productos se ha discutido también en la Argentina la aplicación del sistema de la culpa (art 1109 C.C.) sobre todo en sus vertientes de culpa presumida o *in re ipsa*¹³⁹, pero creemos que en materia de “productos biotecnológicos” es marcada la referencia al elemento objetivo por lo que lo abordaremos desde esa óptica y en este tema seguiremos los lineamientos sostenidos por los tratadistas Roque F Garrido y Luis O. Andorno en su obra sobre los alcances del art. 1113 del Código Civil¹⁴⁰.

b).2.1. La teoría del riesgo.

Los hermanos Mazeaud dicen que una cosa es exigir la responsabilidad del autor de un daño negando todo examen de su conducta (teoría del riesgo), y otra es no declararlo responsable sino en los casos en que otra persona habría obrado de manera distinta (apreciación de la culpa in abstracto) y ajustándose al criterio de que no existe responsabilidad sin imputabilidad en el hecho propio, sostienen que la culpa civil no intencional debe, apreciarse in abstracto¹⁴¹.

¹³⁸ Que se da entre el daño y la actividad desarrollada por el grupo.

¹³⁹ Lambias, Jorge J, *Daños causados por productos elaborados*, LL1979-B-1093

¹⁴⁰ Garrido Roque F - Andorno, Luis O., *El artículo 1113 del Código Civil*, Ed Hammurabi, 1983.

Con ellos podemos rescatar el voto histórico antes de la reforma del año 1968 del Dr. Borda que ya insinúa la problemática que se vivía en el Derecho Argentino, allí como integrante de la CNCiv., Sala A, *in re* “Allegri, Alfredo A. c. Hersch, Jacobo y otros”, expresó que es sabido que en nuestro Código Civil la responsabilidad estaba estructurada fundamentalmente sobre la base de la culpa, pero que la vida del derecho ha desbordado tal la idea de la culpa como fundamento decisivo de la responsabilidad y resulta un concepto demasiado estrecho para explicar la reparación de daños en los casos en que es evidente que no hay negligencia y que, sin embargo, se indemniza.; decía que la doctrina y la jurisprudencia se han resistido a reconocer este hecho evidente y han recurrido a numerosos artificios para mantener la vinculación de la indemnización de los daños con la noción de culpa; se ha hablado de la culpa in vigilando o in iligiendo, “de la presunción de culpa”, pero todo ello resulta insuficiente o ficticio, dando el magistral ejemplo del propietario de una caldera que estalla nos dice, que responde por los daños aunque pruebe que era de la marca más acreditada y costosa, de adquisición reciente y que funcionaba en condiciones normales. La noción de culpa, afirma Borda, debe completarse, vigorizarse con la más moderna y práctica, del riesgo creado LL, 96-379

¹⁴¹ Lafaille, Héctor: *Tratado de las obligaciones*, pag 393 y ss.

Garrido Roque F - Andorno, Luis O., *El artículo 1113 del Código Civil*, pag., 289 Ed Hammurabi, 1983
En la “tesis de la responsabilidad objetiva”, todo autor de un daño es responsable; en la “de la culpa objetiva”, el autor de un daño no es responsable más que si se conduce sin la prudencia de que dé pruebas un individuo advertido; en la “tesis subjetiva” es necesario que la conciencia le reproche alguna cosa, donde se separan, según la opinión de los hermanos Mazeaud “la culpa objetiva” —que no es lo mismo que “la responsabilidad

Josserand, afirmó que se debía abandonar la noción de culpa para admitir que somos responsables, no solamente por los actos culposos, sino de nuestros actos, pura y simplemente, desde que hayan causado un daño injusto o anormal, se puede prescindir de la idea de culpa y que, aquél que crea el riesgo, responderá por las consecuencias perjudiciales a terceros.

Saleilles consideraba que se trata de hacer un balance, y que la Justicia quiere que se incline el platillo de la responsabilidad hacia el lado del iniciador del riesgo, si bien la ley permite los actos lícitos, pero si los permite impone también a quienes toman el riesgo a su cargo, la obligación de reparar los daños, ya que ocurrido éste, es preciso que alguien lo soporte.

Se dice que puede no haber culpa positiva de ninguno de ellos pero la práctica exige que quien obtiene provecho de la iniciativa, sobreleve sus cargas, en razón de ser él su causa material, puesto que esta iniciativa constituye un hecho que encierra peligros potenciales contra los cuales los terceros no disponen de defensa.

Garrido y Andorno consideraban necesario debido a las discusiones siempre apasionadas en nuestro país, señalar citando a Aguiar Días, que la pujanza de la evolución en la sociedad moderna impulsa hacia nuevas concepciones¹⁴².

Garrido y Andorno consideraban necesario debido a las discusiones siempre apasionadas en nuestro país, señalar citando a Aguiar Días, que la pujanza de la evolución en la sociedad moderna impulsa hacia nuevas concepciones¹⁴³.

objetiva”— y “la culpa tradicional”, es que esta última exige el discernimiento, por ello no se admite la responsabilidad del demente o del infante.

Sin embargo estos autores franceses en cambio, la sostienen, pues dicen que el tipo de comparación debe ser efectuada en las circunstancias externas, no en las internas en que se encontraba el demandado. De allí que el loco y el infante puedan ser responsables civilmente

¹⁴²Garrido Roque F - Andorno, Luis O., *El artículo 1113 del Código Civil*, pag., 78 ss Ed Hammurabi, 1983
Filosóficamente no es aceptable imaginar responsabilidad sin culpa. Nos dice que si quisiéramos conservar la rigurosa interpretación técnica del término, sólo puede ser entendida como consecuencia de la conjugación de estos elementos: imputabilidad más capacidad. De eso se aprovechan los partidarios más ardientes de la doctrina subjetiva, pero olvidan que ya no se trata de responsabilidad civil —aunque convenga conservar el *nomen juris* impuesto por la semántica— el problema ha trascendido esos límites, se trata de reparación del daño

Aguiar adhiere a la tesis del jurista húngaro Marton, quien parte del principio de que la responsabilidad es necesariamente una reacción provocada por infracción a un deber preexistente, verdadera fuente de la responsabilidad, el ser responsable es el Estado sobrevenido como consecuencia de la inexecución de la obligación, que da lugar a la aplicación de sanciones. y los fundamentos de la responsabilidad civil son:

1) El principio de la prevención, que no puede exigirse con respecto a lo que nadie puede prever, causas extrañas y fuerza mayor, y que requiere causalidad entre hecho y daño;

2) Los principios accesorios de carácter económico-político:

a) Principio del interés activo del agente;

b) Principio del interés social (no se puede por reparar causar mayor mal);

c) Principio de repartición de los daños y, Aguiar agrega como

d) Principio de restitución, al plantearse el caso del loco, sobre quien la prevención no actúa, pero fundada su responsabilidad en el principio de la restitución, su patrimonio compone el daño y con esto se opera la satisfacción del interés social.

¹⁴³Garrido Roque F - Andorno, Luis O., *El artículo 1113 del Código Civil*, pag., 78 ss Ed Hammurabi, 1983
Filosóficamente no es aceptable imaginar responsabilidad sin culpa. Nos dice que si quisiéramos conservar la rigurosa interpretación técnica del término, sólo puede ser entendida como consecuencia de la conjugación de estos elementos: imputabilidad más capacidad. De eso se aprovechan los partidarios más ardientes de la

Llambías, se ha referido duramente, en su primer comentario a la reforma, descalificando la teoría del riesgo, por considerarla vacía de contenido moral, al disociar la responsabilidad de la censura que merece la conducta humana sancionada, la considera gravemente funesta y en forma de conclusión dice: que “Propugna, sin que ello haya sido advertido por los corifeos de la tesis, una organización social vaciada en sus cimientos de sustancia moral, pues, indudablemente, si hay algún asunto en el que aparece clara esa inmersión del derecho en el orden ético, es el problema de la responsabilidad, que no es posible resolver haciendo abstracción del efectivo estado de conciencia del imputado”¹⁴⁴.

Creemos que el error fundamental, ha sido negar el valor ético de la teoría del riesgo creado, olvidando su origen en el campo laboral e industrial, para proteger al obrero o a un tercero, frente a una interpretación rígida de los principios civiles que le niegan la reparación cuando falta la prueba de la culpabilidad del principal; fue en su resguardo y con una profunda sensibilidad social, y resulta incomprensible que esa teoría, al ser trasladada de la esfera laboral a la civil, haya perdido en la ruta su contenido esencial ético¹⁴⁵.

En cuanto a las críticas¹⁴⁶ a esta teoría del riesgo respecto a su onda expansiva, en nuestra opinión, no debe darse un carácter excesivo a la aplicación

doctrina subjetiva, pero olvidan que ya no se trata de responsabilidad civil —aunque convenga conservar el *nomen juris* impuesto por la semántica— el problema ha trascendido esos límites, se trata de reparación del daño

Aguiar adhiere a la tesis del jurista húngaro Marton, quien parte del principio de que la responsabilidad es necesariamente una reacción provocada por infracción a un deber preexistente, verdadera fuente de la responsabilidad, el ser responsable es el Estado sobrevenido como consecuencia de la inejecución de la obligación, que da lugar a la aplicación de sanciones. y los fundamentos de la responsabilidad civil son:

1) El principio de la prevención, que no puede exigirse con respecto a lo que nadie puede prever, causas extrañas y fuerza mayor, y que requiere causalidad entre hecho y daño;

2) Los principios accesorios de carácter económico-político:

a) Principio del interés activo del agente;

b) Principio del interés social (no se puede por reparar causar mayor mal);

c) Principio de repartición de los daños y, Aguiar agrega como

d) Principio de restitución, al plantearse el caso del loco, sobre quien la prevención no actúa, pero fundada su responsabilidad en el principio de la restitución, su patrimonio compone el daño y con esto se opera la satisfacción del interés social.

¹⁴⁴ Llambías, Jorge J, *Estudios de la Reforma del Código Civil* pág., 278 y ss. Ed Abeledo Perrot

¹⁴⁵ Por ello ya en el “IV Congreso Nacional de Derecho Civil”, doctrinarios como Garrido y Andorno, rechazaron reiteradamente la afirmación del vacío moral de la teoría del riesgo creado, y expresaron siempre que no resultaba justificada la afirmación de que esta forma de reparación de los daños, sacrificara los valores morales y careciera de todo sustento moral, para afirmarse en una pura relación de causalidad física, sostenían que la denominada responsabilidad sin culpa tiene un profundo contenido ético, en su origen, para controlar la desigualdad jurídica que determina la creación del riesgo, apunta a realizar un fin de equilibrio entre quienes integran un determinado conglomerado social.

¹⁴⁶ Es útil recordar los argumentos que afirman que no es admisible en una sociedad progresista que existan daños sin la correspondiente reparación, muchas veces los paliativos por presunciones de culpa, si bien aptos para obtener el justo equilibrio, en determinados supuestos resultan insuficientes, en especial cuando se incorporan medios de notoria actitud dañosa pero que socialmente permiten una mejor producción o una distribución más eficaz de los bienes.

de la teoría del riesgo, ella debe estar para aquellos supuestos en que se han incorporado al medio factores que por su naturaleza o forma de uso, son potenciales productores de daño y que requieran la más inmediata protección de los damnificados.

La reparación del daño debe otorgarse como consecuencia de la incorporación del elemento dañoso o peligroso¹⁴⁷ y para algunos del beneficio obtenido con su utilización. La Teoría del Riesgo no admite la posibilidad de ejercer una actividad que pueda generar daños, por la naturaleza de las cosas o por su forma de utilización¹⁴⁸.

El fin eminentemente ético de este Instituto demuestra la inconsistencia de la postura que la considera vacía de contenido moral, y ya indicamos que el problema debe mirarse desde el punto de vista de la víctima y que lo realmente reñido con la ética, los valores morales y el sentido de justicia, es suponer que se admita la producción de daños por la incorporación de cosas ó actividades riesgosas o peligrosas al medio social, que casi siempre se obtengan beneficios y no se reparen los daños individuales y colectivos¹⁴⁹.

Recordemos, que en la doctrina italiana la empresa debe responder por el riesgo típico de su actividad, se habla de riesgo de empresa y los daños que ocurren con mayor frecuencia son los ambientales o los ligados a la comercialización de producto, sobre todo este ultimo vemos que puede ser calculado con facilidad y estadísticamente computable, para Guido Alpa el riesgo de empresa comprende todos los daños ocasionados al consumidor, aunque ellos sean riesgos atípicos, ya que estamos frente a una imputación objetiva de responsabilidad. En nuestro país también se ha evolucionado en tal sentido, y se habla del riesgo de empresa¹⁵⁰ en los accidentes o daños laborales; los daños al medio ambiente; y los daños al consumidor

Podemos decir con Casiello, la sensación de injusticia se desvanece cuando se atiende a la situación de la víctima, ésta merece protección, y habrá de otorgársela, so pena de atentar más gravemente contra elementales principios de Justicia.

b).2.2. La responsabilidad por vicio de la cosa.

El concepto de vicio puede extraerse del texto del art. 2164 del Código Civil que define a los vicios redhibitorios como los defectos ocultos de la cosa que la hacen impropia para su destino, la existencia de estos defectos ocultos, aunque ignorados por el propietario, en la terminología del Código, cuando influyen en el

¹⁴⁷ Pizarro, Ramón Daniel, *Responsabilidad civil y riesgo de empresa*, T I, Ed La Ley, 2006.

¹⁴⁸ Pizarro Ramón Daniel, *Responsabilidad civil y riesgo de empresa*, T II, Ed La Ley, 2006

Zavala de González Matilde, *Resarcimiento de Daños*, Ed Hammurabi,

¹⁴⁹ Garrido Cordobera, Lidia M R, *Implicancias de la responsabilidad por riesgo*, en Libro Homenaje a los Congresos de Derecho Civil , Ed Academia Nacional de Derecho de Córdoba, 2009

¹⁵⁰ Pizarro Ramón Daniel *Responsabilidad civil y riesgo de empresa*, T I., II y III Ed La Ley, 2006

Messina de Estrella Gutierrez, Graciela, *Riesgo de Empresa*, Ed Lexis Nexis, 2004

destino normal de la cosa ocasionando daños, da origen a la responsabilidad del propietario o guardián¹⁵¹.

Recordemos que en nuestro sistema son requisitos para que prosperen las acciones por vicios que: se trate de situaciones de hecho no de derecho, ser ocultos¹⁵², ignorados por el adquirente, ser graves o tener entidad (de modo tal que de haberlo conocido no habría realizado el negocio en esas condiciones), existir al momento de la adquisición del bien y que no exista convención expresa de dispensa entre las partes, ya hemos sostenido en varios trabajos que no consideramos válidas estas cláusulas cuando desnaturalizan o restringen la responsabilidad, aunque el art. 2166 del Código Civil alude, sólo como invalidas, a las que se realizan con dolo del enajenante¹⁵³.

Recordemos que para Llambías la naturaleza de la responsabilidad del dueño o guardián es de carácter subjetivo y al referirse al fundamento de esta responsabilidad por el daño producido por el vicio de la cosa dice que no se ha alterado el sistema argentino, ya que, le parece innegable que antes de 1968 la responsabilidad se fundaba en una culpa presunta, se reprochaba que no se hubiera ejercido las facultades para subsanar esa deficiencia que resultó perjudicial, lo que configuraba típicamente una conducta culposa, agregaba que esto no queda desmentido por la imposibilidad en la que nos encontramos luego de la reforma, de no poder demostrar la ausencia de culpa, ello sólo significa que la presunción de culpa que antes era “juris tantum” ha pasado ahora a ser “juris et de jure”¹⁵⁴..

Sostiene que el fabricante estaba en el deber de no lanzar a la circulación un producto defectuoso y con aptitud de dañar al prójimo, si el daño sobrevino a causa del vicio de fábrica, ello basta para probar la culpa del fabricante a quien se le puede reprochar que no haya previsto lo que era en sí previsible, se encuentra latente en esta hipótesis la culpa del responsable, “...cuando el daño es producido por un vicio de fábrica, ello evidencia que ha intervenido la culpa del fabricante que está cantada, *res ipsa loquerit*, nada más hay necesidad de probar”¹⁵⁵

¹⁵¹ Garrido, Roque F y Zago Jorge A, *Contratos Civiles y Comerciales*, T1 pág. 378 y ss., Ed Universidad 1985

¹⁵² Para determinar qué debe entenderse por “vicio oculto” encontramos varias posiciones doctrinales.

1) El vicio resulta aparente no oculto para el adquirente cuando es cognoscible aunque deba recurrir al asesoramiento de terceros,

2) Que no sea cognoscible para el adquirente común pero teniendo en cuenta sus cualidades personales si el adquirente debía conocerlos por su oficio ó profesión (art. 2170 del C.C.),

3) El vicio es calificado de oculto o aparente a priori prescindiendo de un adquirente determinado y concreto, se tiene en vista la cosa de que se trata y la práctica de los negocios.

¹⁵³ Garrido Cordobera, Lidia M R y Cordobera G de Garrido Rosa *Las cláusulas exonerativas ó limitativas de la responsabilidad profesional*, en *Las responsabilidades profesionales*, Ed Platense S.R.L., 1992.

¹⁵⁴ Llambias Jorge J, *Tratado de derecho civil- Obligaciones* T IV A , pág., 2635 , Ed Adeledo Perrot, 1973

¹⁵⁵ Llambias Jorge J, *Tratado de derecho civil- Obligaciones* T IV A , pág., 2635 , Ed Adeledo Perrot, 1973

En este orden de ideas, Bustamante Alsina sostiene que "...la cosa que causa el daño lleva en sí misma la condición determinante del perjuicio: tal el alimento portador de toxinas, o el automóvil que tiene defectos en el sistema de frenaje. Probadas estas circunstancias, deriva naturalmente de ellas, la creencia razonable de que ello ha ocurrido porque quien elaboró el producto puso u omitió poner en él, hizo o dejó de hacer aquello que lo tornó inepto para su destino de uso o consumo propio de la naturaleza de la cosa producida". De este modo "...el demandado para liberarse de la responsabilidad deberá a su vez destruir la presunción de culpa que resulta de haber fabricado o elaborado el producto nocivo"¹⁵⁶.

Manifestamos nuestra discrepancia con esta interpretación de la ley, creemos que hay una contradicción interna notoria en ese razonamiento, porque si está vedada la prueba de la falta de culpa, no cabe otra conclusión que admitir que se trata de una responsabilidad objetiva¹⁵⁷.

La recomendación aprobada por Minoría: en las VIII Jornadas Nacionales de Responsabilidad Civil establecía "La responsabilidad del elaborador o fabricante es de carácter extracontractual, con fundamento en un factor de atribución objetivo encuadrado en el art. 1113 del Código Civil que consagra el deber de responder por los daños causados por el vicio de las cosas, como así también por las circunstancias de haber creado un riesgo al lanzar al mercado un producto defectuoso"¹⁵⁸.

Aclaremos, que en definitiva, se trata de una discusión académica, porque en una ó en otra posición, el propietario y/o el guardián, resultará siempre responsable de los daños cuando éstos han tenido su origen en el vicio de la cosa; sin embargo, creemos que más coherente con la modificación efectuada al art. 1113 del C C, es reconocer, el carácter objetivo de responsabilidad, tal como lo ha hecho la Jurisprudencia, Congresos y doctrinarios mayoritariamente.

Estamos ante un caso de responsabilidad objetiva por la existencia de un vicio oculto, el consumidor desconocía la existencia del vicio por todas las garantías otorgadas en el momento de la adquisición, como podría ocurrir con los instrumentos usados para ciertas tareas profesionales (bisturí láser, hornos de esterilización, aparatos de rayos X, GPS etc.) y la cosa puede causar daños porque lleva un vicio oculto a la observación aún sagaz del adquirente.

Recordemos lo que sucede cuando un producto mal elaborado origina un grave daño en la salud del paciente por su aplicación médica (en la Argentina han existido casos de daños por aplicaciones de inyecciones de hierro a embarazadas), la forma de utilización ha sido normal, ya que la experiencia común indica los beneficios de la aplicación de ese específico, pero por contener algún

¹⁵⁶ Bustamante Alsina Jorge *Teoría General de la Responsabilidad Civil* pág., 383, Ed Abeledo Perrot 1983

¹⁵⁷ Garrido Cordobera, Lidia M R, *Implicancias de la responsabilidad por riesgo*, en Libro Homenaje a los Congresos de Derecho Civil , Ed Academia Nacional de Derecho de Córdoba, 2009

Garrido Cordobera, Lidia M R - Busto Lago, Manuel, *Los riesgos del desarrollo, una visión comparada*, , Ed Reus 2010

¹⁵⁸ Luego fue proclamada unánimemente en V Jornadas Rio Platenses de Punta del Este 1986 y se consolida en las IV Jornadas Sanjuaninas de Derecho Civil (San Juan 1989), el Congreso Internacional de Derecho de Daños (Buenos Aires 1989), XV Jornadas nacionales de Derecho Civil (Mar del Plata 1995) Hom a Chabas el 9 al 11 de octubre de 2007, Hom a López Cabana el 23 al 25 de septiembre de 2010 el ultimo

elemento nocivo por defecto de elaboración se causa un daño, no caben dudas de que existe responsabilidad por vicio de la cosa y la responsabilidad es objetiva en la producción del daño por el uso de la cosa viciada, desconocido para el consumidor.

Es un tipo de responsabilidad objetiva complementaria del riesgo, la ley argentina establece la responsabilidad objetiva por vicio de la cosa, y no debe analizarse allí la existencia de culpa, habrá responsabilidad porque la cosa tenía un vicio interno y ha ocasionado un daño, la ley considera justo proteger a la víctima y sancionar al propietario o guardián (elaborador, fabricante, importador) por el daño producido, sin perjuicio de las acciones recursivas que a los mismos pudieran corresponder.

b).2.3. Consideraciones comunes

Es factible la posibilidad de la coexistencia de riesgo y vicio de la cosa en la mayoría de los supuestos de la sociedad actual ya que está signada por la existencia de cosas que por su naturaleza ó su forma de uso son causa posible de producción de daños.

Muchas veces ó casi siempre el bien aparece como no susceptible de generar daños con un uso normal, pero presenta defectos ocultos ignorados por el consumidor, cuya presencia en el momento, es causa de la producción del evento dañoso.

La coexistencia del riesgo y del vicio de la cosa se da cuando hay utilización frecuente de ciertos bienes dotados de una notoria peligrosidad, como sucede normalmente con los medicamentos¹⁵⁹ y otros productos tan comunes en la sociedad moderna¹⁶⁰.

Reflexionando un poco respecto a la responsabilidad del fabricante frente al damnificado no contratante nos parece razonable sostener que debe descartarse la responsabilidad contractual por la inexistencia de vínculo directo entre el fabricante no vendedor y el damnificado, por ende, debemos movernos en consecuencia dentro del ámbito de la responsabilidad extracontractual ya que en el sistema argentino la regla consagrada en el art. 1195 del CC, es clara al respecto, el damnificado es un tercero frente al fabricante¹⁶¹.

Quienes sostienen la inaplicabilidad del art. 1113, 2ª parte, se atienen a una interpretación literal de dicha norma y fundamentan en el hecho de que el

¹⁵⁹ Primeras Jornadas sobre responsabilidad Civil por productos farmacéuticos y medicinales, Moron 1987

¹⁶⁰ Es posible que a pesar de ser un producto de reciente fabricación sea causa de daños por la aparición inesperada de un defecto oculto no apreciado por el fabricante o por el propietario, como el desprendimiento de la dirección por defecto material, o el estallido de un neumático, ú otra circunstancia similar.

En esos casos de la responsabilidad en accidentes con automotores aparece una convergencia del riesgo del uso de los vehículos y de la existencia de un defecto oculto en la cosa usada, al momento de producirse el daño, para Garrido y Andorno en este caso no cabe otra posición interpretativa que considerar configurada la responsabilidad por riesgo y vicio de la cosa, si este último se presenta caracterizado por todos los elementos de prueba incorporados oportunamente al juicio respectivo, diremos que en definitiva tendremos dos legitimados pasivos el dueño de la cosa (guardián también en su caso) y el fabricante, entre ellos se dilucidará finalmente el tema de quien debe absorber patrimonialmente el daño.

¹⁶¹ Además reiteramos que a nuestro juicio la posición justa es la de encuadrar la responsabilidad del fabricante en el art. 1113, del CC por cuanto el daño proviene del vicio de la cosa que tiene como presupuesto defectos de la misma o del riesgo que lleva en si, que es causa de producción del daño.

fabricante no sería el dueño o guardián de la cosa, ignorando con ello el avance que ha significado incorporar a nuestra legislación el sentido de solidaridad social insito en varios Institutos de la Reforma del año 1968.

El "IV Congreso Nacional de Derecho Civil" de Córdoba en 1969, recogió en la Recomendación N° 8 (tomadas de la ponencia de Garrido), como pautas interpretativa del art. 1113 reformado del Código. Civil, a las siguientes, 1º) "El vicio de la cosa tiene como presupuesto la mala calidad ó defecto de la cosa que es causa de la producción del daño".

2º) "El riesgo creado presupone una actividad humana que incorpora al medio social una cosa peligrosa por su naturaleza o por su forma de utilización".

Frente a la producción de un perjuicio debe responder aquella persona que pone las condiciones necesarias para que en un proceso de causalidad adecuada se origine el daño; que en el caso de los daños causados por los defectos¹⁶² o riesgos de los productos, esa persona es el fabricante.

López Cabana y Lloveras, también sostienen que si bien el texto de la norma sólo incluye al dueño o guardián de la cosa cuyo riesgo generó el daño, la hermenéutica apropiada del precepto debe apoyarse en la fundamentación última de la teoría exteriorizada por el art. 1113 Código Civil, cuyo punto de partida ha de ser ineludiblemente la creación del riesgo, no debe perderse de vista que la justificación social de la Teoría del Riesgo deviene precisamente de la necesidad de colocar un deber de resarcir los daños en cabeza de quienes los introducen (o crean) en la comunidad¹⁶³.

Coincidimos con tal criterio y con el sostenido por Garrido y Andorno, no cabe una interpretación estrecha del art. 1113 del CC sino que debe obrarse con un criterio amplio que contemple la finalidad de dicha norma, la que impone un deber de garantía hacia la comunidad por parte de quien incorporó a la misma una cosa susceptible de causar perjuicio¹⁶⁴.

En cuanto a las causales de exoneración o liberatorias de responsabilidad, tanto los subjetivistas como los objetivistas, coinciden en que no es suficiente demostrar la falta de culpa del fabricante para liberarlo de su responsabilidad frente a la víctima.

Podríamos decir entonces que el elaborador se libera total o parcialmente acreditando:

¹⁶² Moiset de Espanes Luis y Ferreyro Rubio Delia, *ponencia* a las VIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil Los motivos son:

- a) El fabricante es quien asume la tarea de construcción o fabricación y puesta en el mercado;
- b) Dado los modernos procesos de fabricación en serie resultará sumamente difícil determinar cuál es el origen del defecto; defecto que puede provenir del dolo o culpa de alguna persona, como así también, de una falla técnica no imputable a persona alguna
- c) Cargar al damnificado con la prueba de la culpa del fabricante sería imponerle una tarea casi diabólica;
- d) El fabricante es quien representa a toda la empresa;
- e) Es él quien tiene capacidad económica para reparar los perjuicios;
- f) Se produce en este caso un fenómeno de canalización de la responsabilidad

¹⁶³ López Cabana, Roberto M y Lloveras, Néstor *La Responsabilidad Civil del industrial. Régimen de reparación de daños causados por productos elaborados ED*, 64-549.

¹⁶⁴ Garrido, Roque F y Andorno, Luis O, *El artículo 1113 del Código Civil*, Ed Hammurabi, 1983

- a) El caso fortuito, para nosotros extraño a la empresa¹⁶⁵.
- b) La culpa de la víctima¹⁶⁶.
- c) El hecho del tercero por quien no debe responder¹⁶⁷.

No se libera por la circunstancia de contar el producto con autorización estatal para su comercialización, un problema particular se plantea cuando se acredita que se ha seguido las normas imperativas dictadas por los poderes públicos¹⁶⁸. Respecto del caso fortuito o fuerza mayor cabe recordar que conforme a parte de la doctrina entendemos que en los casos de responsabilidad objetiva, tanto contractual como extracontractual, el caso fortuito debe ser extraño a la cosa o a la actividad, es decir que el *casus* deberá provenir del *exterior*, ser ajeno a la actividad desarrollada por el fabricante¹⁶⁹.

Para Bustamante Alsina el demandado puede demostrar la existencia de un supuesto de caso fortuito o fuerza mayor, cuando se hubiera hallado en la necesidad de elaborar un producto, con materias nuevas de aplicación poco experimentada, pero aprobadas por las autoridades oficiales respectivas¹⁷⁰, el resultado dañoso habría sido así imprevisible para el fabricante, nosotros no coincidimos con el distinguido jurista, creemos que habría responsabilidad aunque la existencia de tal estado de necesidad implique aplicar un supuesto distinto, como ser el de responsabilidad por equidad, pero igualmente con una base objetiva¹⁷¹

También existirá eximición de responsabilidad por parte del fabricante cuando existiese culpa de un tercero por quien no debe responder, el ejemplo podría ser el caso de un medicamento que es vendido en una farmacia luego de la fecha de vencimiento del mismo, en este supuesto, si se causare un daño, será el farmacéutico y no el laboratorio que lo hubiere fabricado el responsable. En cuanto a la culpa de la víctima, se ha dicho que sí se tratase de productos que sean en si mismos peligrosos para el uso o consumo, ó que requieren recomendaciones especiales para ello, el fabricante o productor debe dar instrucciones para el uso, mediante advertencias en los envases o prospectos que acompañan a los mismos y ello permitirá en cada caso observar la conducta culpable o no de la víctima¹⁷².

Por supuesto que la circunstancia de que el producto contase con autorización estatal para su comercialización no libera al elaborador, tal autorización acarreará

¹⁶⁵ Pizarro, Ramón D , *Responsabilidad civil y riesgo de empresa*, T I , Ed La Ley, 2006

¹⁶⁶ Pizarro, Ramón D , *Responsabilidad civil y riesgo de empresa*, T II, pag 384, Ed La Ley, 2006

Señala Pizarro que debe ser ponderada con criterio estricto teniendo en cuenta entre otros aspectos a la naturaleza del producto, a su uso normal y previsible, a las condiciones personales del destinatario, (edad, condición cultural etc), a los mensajes contenidos en la publicidad y en la información suministrada al consumidor

¹⁶⁷ No tienen en nuestro derecho ese carácter quienes intervienen en la cadena de comercialización.

¹⁶⁸ Sin embargo nos atenemos a la nota del art 2619 del CC que establece que la autorización administrativa no obsta a la reparación de los daños que se produzcan

¹⁶⁹ “*V Jornadas Sanrafaelinas de Derecho Civil*” celebradas en 1978

¹⁷⁰ Bustamante Alsina Jorge, *Teoría General de la Responsabilidad Civil* pág., 384, Ed Abeledo Perrot 1983

¹⁷¹ Garrido Cordobera, Lidia M R - Busto Lago, Manuel, *Los riesgos del desarrollo, una visión comparada*, Ed Reus 2010

¹⁷² No compartimos las sentencias respecto al consumo de tabaco en la Argentina
Garrido Cordobera, Lidia M.R, *Casos de Responsabilidad Civil*, Ed La ley 2006

responsabilidad del Estado por falta de servicio ya que la autorización conferida al elaborador, lo es bajo la condición de que los productos respectivos no causen daño a las personas o a los bienes de éstas, no implican legitimación para dañar¹⁷³.

Creemos que las conclusiones que sustentan la Responsabilidad Objetiva resultan perfectamente aplicables para responsabilizar al fabricante que debe responder por haber incorporado al medio social un producto defectuoso o riesgoso causante del daño, que los principios de solidaridad social también se aplican al fabricante con sustento en la atribución de responsabilidad a título de riesgo creado o vicio, (art. 1113, 2º párr, 2ª par, C C) y en nuestro entender hasta cabría que habláramos de producto riesgoso muchas veces mas que vicioso cuando consideramos incluido el riesgo de desarrollo.

b) 3. La Obligación de seguridad. El artículo 1198 del Código Civil.

Si bien no siempre el producto llega directamente al consumidor pueden darse casos de entrega directa, en tal supuesto la responsabilidad se evidencia como de origen contractual.

En las VIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, de La Plata de 1981, se consideró que el fabricante asume frente al adquirente un deber de seguridad por los daños que el producto puede causar, esta obligación de garantía emana de los arts. 1198 del Código Civil, (aunque también se citan los arts. 512 y 902 del Código Civil) reconociéndose la posibilidad, al ser de origen contractual, de optar por la vía extracontractual si se configuran los extremos prescriptos por el art. 1107 del Cód. Civil en virtud de la opción aquiliana¹⁷⁴.

En las XX JNDC se sostuvo que la seguridad es un principio general del derecho garantizado y que el mismo dimana de la solidaridad social y del principio de Buena fe, inscribiéndose dentro de los horizontes preventivos del moderno derecho de daños, vemos que también el deber de advertencia guarda una estrecha relación con la seguridad.

Se ha venido acentuando tanto en la doctrina como en la Jurisprudencia, sea ya en su aplicación como obligación tacita de seguridad acompañando a otras obligaciones que aparecen como obligación principal de los contratos, o bien surgiendo directamente de una disposición legal. Se ha dicho que la obligación de seguridad crea un deber positivo de actuar para proteger a otros¹⁷⁵.

Para Pizarro y Vallespinos es el deber secundario que expresa o tácitamente asumen las partes, en ciertos contratos de preservar a la persona y bienes de sus cocontratantes respecto de los daños que puedan ocasionarse durante su ejecución, señalando que la utilidad practica depende de que se afecten intereses

¹⁷³ Garrido Cordobera, Lidia M R - Busto Lago, Manuel, *Los riesgos del desarrollo, una visión comparada*, Ed Reus 2010

¹⁷⁴ Bustamante Alsina, *Teoría General de la Responsabilidad Civil* pág., 384, Ed Abeledo Perrot 1983

¹⁷⁵ Prevot, Juan Manuel y Chaia Rubén, *La obligación de seguridad* Ed Hammurabi 2005

distintos al de la realización de la prestación principal, pero no obsta al carácter contractual la circunstancia de reconocer su genesis en una norma legal¹⁷⁶.

Consideramos que la obligación que asume el fabricante vinculado contractualmente con el adquirente es una obligación de resultado y por ende es suficiente con que el damnificado acredite la relación de causalidad adecuada entre el uso o consumo del producto y el acaecimiento del daño, no requiriere entonces la prueba de la culpa del fabricante¹⁷⁷.

Se dice que en nuestro ordenamiento las obligaciones tácitas de seguridad tienen su base en el art. 1198 en su primera parte, y recordemos que la Reforma del año 1968 introduce explícitamente a la buena fe en el ordenamiento argentino, esta regla básica está contenida cuando dice: "Los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe..." abarcando todos los momentos de la vida del contrato tanto la etapa precontractual como la postcontractual, hemos entendido que los deberes implícitos exigen a las partes desplegar conductas que garanticen la indemnidad de sus respectivas personas o bienes con motivo de la ejecución del contrato, cooperando activamente en la promoción de sus intereses recíprocos y en la evitación de daños¹⁷⁸.

Dicen por ejemplo Agoglia, Meza y Boragina que la doctrina, en general, concibe a la obligación de seguridad como un deber calificado de fuente contractual, expreso o implícito, funcionalmente autónomo de los deberes primarios o típicos del negocio, emanado de la buena fe y cuya finalidad es preservar la indemnidad de las personas y la incolumidad de las cosas¹⁷⁹.

Hemos sostenido nuestra posición en varios trabajos y creemos que, debido el avance tecnológico y las características de la sociedad actual, se viene acentuando tanto en la doctrina como en la Jurisprudencia el auge como factor de atribución de daños en virtud del deber de seguridad, sea ya en su aplicación como obligación tácita de seguridad acompañando a otras obligaciones que aparecen como obligación principal de los contratos, o bien surgiendo directamente de una disposición legal, siempre reconociéndole el carácter de autónomo, en ese momento alertamos que es usual advertir la nefasta utilización de cláusulas que tratan de morigerar los alcances tuitivos de la protección consagrada por nuestra Doctrina y Jurisprudencia, que inducen muchas veces al error del damnificado de considerar que no prosperara su pretensión de resarcimiento, aunque jurídicamente sean invalidas¹⁸⁰.

¹⁷⁶ Pizarro, Ramón D, Vallespinos, Carlos G, *Instituciones de Derecho Privado, Obligaciones*, t 2 pag 601 y ss Ed Hammurabi, 1999.

¹⁷⁷ Garrido Cordobera Lidia M R, *La obligación de seguridad*, ponencia XIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil Rosario 2003

¹⁷⁸ Garrido Cordobera Lidia M R, *La buena fe como pauta de interpretación de los contratos*, en Tratado de la buena Fe en el Derecho Ed La Ley Bs As 2004.

¹⁷⁹ Agoglia, M Martha, Meza Jorge y Boragina Juan Carlos, *La buena fe y la obligación de seguridad*, en Tratado de la Buena fe en el Derecho, Ed La Ley. 2004

¹⁸⁰ Tanto la Doctrina, como la Jurisprudencia se pronuncian por su invalidez.

Garrido Cordobera Lidia M R, *La responsabilidad por productos y el riesgo de desarrollo* Ponencia IX Congreso Internacional de Derecho de Daños, 2007.

En esta línea de ideas creemos y sostenemos firmemente que sería incompatible con el parámetro de la buena fe y de sostener que la obligación de seguridad genera una obligación de resultado el admitir la exoneración en los supuestos de “riesgo de desarrollo”, por eso lógicamente creemos factible en el Derecho Argentino la responsabilidad del fabricante-vendedor por este supuesto solo podrá exonerarse demostrando la ruptura de la relación de causalidad.

c). Ámbito de La Ley de defensa al Consumidor Ley 24.240 (TO)

Si bien el tema será abordado especialmente en profundidad en otra parte de esta obra, creemos necesario brindar una apretada visión de la ley a fin de tener una mirada de conjunto.

Con la sanción el 22 de septiembre de 1993 de la Ley 24240 de Defensa del Consumidor, nuestro país se incorporó al grupo de naciones que han puesto la atención en la protección de los consumidores de bienes y servicios, aunque de un modo minusválido ya que había sufrido el veto Presidencial del art.40 y finalmente con la reforma Constitucional de 1994 dicha protección llega a su máxima jerarquía.

Hay que recordar que fueron varias las leyes que modificaron los alcances del articulado de la ley, las más importantes serían la ley 24.499 en 1998, que reincorpora la responsabilidad de la cadena de comercialización del art 40, y, la ley 26361 de abril del 2008 que modifica e incorpora un total de 36 artículos, pero de gran importancia cuyo tratamiento y crítica en esta oportunidad nos excede¹⁸¹. La Responsabilidad Objetiva en la ley de defensa al consumidor, no es solamente aquella que se desprende del art. 40 (riesgo), sino que se han establecido otros factores de imputación de responsabilidad, objetivos que si bien se encuentran consagrados doctrinal y jurisprudencialmente en el Derecho Civil, han sido positivados en las relaciones de consumo, y que surgen de los arts. 4, 5 y 6 de la Ley 24.240¹⁸².

Veamos someramente algunas cuestiones, la ley en su versión actual expresa que es su objeto la defensa de los consumidores o usuarios, en el Derecho Argentino se entiende comprendidas a las personas físicas o jurídicas que contraten a título oneroso o gratuito para su consumo final o de su grupo familiar o social. La protección también alcanza a quien sin ser parte en la relación de consumo, como consecuencia o en ocasión de ella se encuentre expuesto a una relación de consumo¹⁸³.

¹⁸¹ Alterini, Atilio A, *Las Reformas a la ley de defensa del consumidor- primera lectura 20 años después*, Rev LL abril 2008

Pizarro, Ramón Daniel- Stiglitz Ruben Reformas a la ley de defensa del Consumidor, Rev La Ley 16/3/09
Picasso, Sebastian -Vazquez Ferreira, Roberto, *Ley de Defensa del Consumidor*, Ed La Ley 2009

¹⁸² Garrido Cordobera, Lidia M R, *La responsabilidad por riesgo de desarrollo en materia de productos de consumo*, en Responsabilidad Ed Rubinzal Culzoni, 2007

¹⁸³ Comprende la adquisición de tiempos compartidos, clubes de campo, cementerios privados, y figuras afines

El art 2 establece que es Proveedor la persona física o jurídica de naturaleza pública o privada, que desarrolla de manera profesional, aun ocasionalmente, actividades de producción, montaje creación, construcción, transformación, importación, concesión de marca, distribución y comercialización de bienes y servicios, destinados a consumidores y usuarios.

No hay discusiones, en cuanto al hecho que al ser una normativa que tiene como finalidad la tutela del consumidor¹⁸⁴, de que toda interpretación de su texto se orienta en tal sentido, ya que por del art. 3" ...en caso de duda, sobre la interpretación de los principios que establece la ley prevalecerá la más favorable para el consumidor" ¹⁸⁵.

El deber de informar surge expresamente del art.4¹⁸⁶, que actualmente establece que el proveedor debe estar obligado a suministrar al consumidor en forma cierta, clara y detallada todo lo relacionado con las características esenciales de los bienes o servicios que provee y las condiciones de su comercialización. El suministro de la información debe ser siempre gratuita para el consumidor y ser proporcionada con la claridad necesaria que permita su comprensión¹⁸⁷.

La información es muy importante para la protección del consumidor no sólo en la etapa precontractual, sino sobre todo a través de informaciones especiales en: productos ó servicios peligrosos (art.6), productos deficientes ó reconstituidos (art. 9) y servicios de reparación (art. 21), operaciones de crédito (art 36).

La Obligación de Seguridad¹⁸⁸ también está consagrada en los arts. 5 y 6 de la Ley 24.240, ya que el sentido de las normas es garantizar que quien adquiere un producto ó servicio no sufra daños por el uso de la cosa adquirida ó el servicio contratado¹⁸⁹.

El art. 5 establece expresamente bajo el nombre "Protección al Consumidor" que las cosas o servicios deben ser suministrados o prestados en forma tal que

¹⁸⁴ Dijimos que desde la sanción del primer texto normativo siempre la interpretación tendía a la que le brinde mayor protección, obteniendo desde entonces carta de ciudadanía en nuestro ordenamiento jurídico un nuevo principio general, el de la protección al Consumidor (*favor consumidor o in dubio pro consumidor*).

¹⁸⁵ Perez Bustamante, Laura, *La reforma de la Ley de defensa al consumidor*, en Reformas a Lay del Consumidor, La Ley 2008

Pizarro, Ramón Daniel- Stiglitz Ruben Reformas a la ley de defensa del Consumidor, Rev La Ley 16/3/09

¹⁸⁶ En el texto original decía: "Información. Quienes produzcan, importen, distribuyan o comercialicen cosas o presten servicios, deben suministrar a los consumidores o usuarios, en forma cierta y objetiva, información veraz, detallada, eficaz y suficiente sobre las características esenciales de los mismos",

¹⁸⁷ El no cumplimiento del deber de información ha tenido en la jurisprudencia un profuso desarrollo.

El fundamento del deber de informar esta dado por la desigualdad que presupone que una se halle informada y la otra desinformada sobre un hecho que gravite o ejerza influencia sobre el consentimiento de esta ultima, de tal manera qu el contrato nunca se hubiera llegado a perfeccionarse o lo habria sido de manera mas favorable.

(C Fed de Córdoba, sala A, 26/8/2003, Altamira Gijena, Raúl E c/ Hyundai Argentina, Lexis Nexis online 1/70020718-11)

La ley de Defensa al consumidor consagra el derecho subjetivo del consumidor o del usuario a ser debidamente informado sobre la naturaleza y demás características de los bienes y servicios que adquiere, constituyendo un derecho esencial para quienes carecen en su mayoría de los conocimientos necesarios para poder juzgar por adelantado sus características intrínsecas, sus cualidades o defectos, conocer los riesgos de uso o consumoy las medidas a adoptar para evitarlos.

(C. Cont Ad.y trib Ciudad de Bs As , sala 2da., 8/6/2004, Staff MedicoSA c/ Ciudad de Bs As LL Online

¹⁸⁸ Lo que se entendía como un deber secundario de seguridad basado en una interpretación amplia del art.1198 del CC, se ha trasformado por aplicación del art.5 de la ley 24.440 en un deber de seguridad inescindible de toda obligación que emane de un contrato que encuadre dentro del concepto de relación de consumo

(C.Nac.Civ, sala E, 17/9/2007, Lencinas, Verónica c/ Grupo Concesionario Oeste SA y otro , DJ Online)

¹⁸⁹ Hernandez Carlos A, Frustagli, Sandra, *Comentario a los arts 5 y 6*, en en Ley de Defensa del Consumidor Picasso, Sebastian -Vazquez Ferreira, Roberto, pag 73 y ss Ed La Ley 2009

utilizados en condiciones previsibles o normales de uso no presenten peligro alguno para la salud o integridad física de los consumidores o usuarios. En el art. 6 se reafirma la protección estableciéndose que las cosas ó servicios cuya utilización pueda suponer un riesgo para la salud o la integridad física de los consumidores, deben comercializarse observando los mecanismos, instrucciones y normas establecidas razonables para garantizar la seguridad de los mismos. Con la sanción de la Ley 24.499 se reinstaló, a nuestro modo de ver, una de las normas mas importantes, aunque la solución idéntica era viable por la aplicación de los arts.1119, 1198 y 1113 del C. C, el art. 40 consagra la responsabilidad objetiva y solidaria de toda la cadena de comercialización, estableciendo como única causal para eximirse, el deber de probar que la causa del daño le ha sido ajena; con excepción del transportista quien podrá liberarse si prueba que el daño o vicio en la cosa no se produjo en ocasión del transporte¹⁹⁰. Ello ha venido a poner fin a las discusiones en cuanto a quienes se encuentran legitimados pasivamente para ser demandados por los daños causados en materia de productos, imponiéndoles un tipo de responsabilidad “solidaria” entre los integrantes de la cadena de producción o comercialización¹⁹¹. Sobre esta base, el citado art. 40 de la LPC ha establecido que los miembros de la cadena se podrán liberar “probando que la causa le es ajena..” creemos que esto, sólo puede entenderse como que se podrá probar que la causa le es ajena, demostrando la ruptura del nexo causal en alguna de las formas establecidas para el art. 1113 2º párrafo (ya sea mediante culpa de la víctima, culpa de un tercero por quien no se debe responder o caso fortuito o fuerza mayor externo), ya que en caso contrario saldríamos de un régimen de imputación objetiva para caer en uno de responsabilidad subjetiva con inversión de la carga probatoria, situación que realmente no creemos que haya sido perseguida por el legislador¹⁹². Un norma que ha traído discusiones es el art 40 bis que incorpora la figura del daño directo¹⁹³ como todo perjuicio o menoscabo al derecho del usuario o consumidor susceptible de apreciación pecuniaria, ocasionado de manera inmediata sobre sus bienes o sobre su persona como consecuencia de la acción u

¹⁹⁰El art. 40 de la Ley de Protección al Consumidor establece “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 vendedor y quien haya puesto su marca en la cosa o servicio. La responsabilidad es solid pero seguimos sosteniendo que ésta es en realidad una responsabilidad “*in solidum*”, pues reconocen distinto origen y se deja abierta la vía de reintegro dado que se dice la frase “sin perjuicio de las acciones de repetición que correspondan” o sea en la proporción correspondiente.aria sin perjuicio de las acciones de repetición que correspondan. Solo se liberará total o parcialmente quien demuestre que la causa del daño le ha sido ajena”.

¹⁹¹ Seguimos sosteniendo que ésta es en realidad una responsabilidad “*in solidum*”, pues reconocen distinto origen y además se dice la frase “sin perjuicio de las acciones de repetición que correspondan” o sea en la proporción correspondiente.

¹⁹² Garrido Cordobera Lidia M R, *La responsabilidad por riesgo de desarrollo en materia de productos de consumo*, en Responsabilidad Civil Ed Rubinzal Culzoni, 2007

¹⁹³ Picasso Sebastián, *Nuevas categorías de daños en la Ley de defensa al consumidor*, Especial para La Ley, abril 2008

Picasso Sebastián *Comentario del art 40 bis*, en Ley de Defensa del Consumido. Picasso , Sebastian - Vázquez Ferreira, Roberto pag 527 y ss, Ed La Ley 2009

Bueres, Alberto J, *Comentario del art 40 bis* en Ley de Defensa del Consumidor Picasso, Sebastian -Vázquez Ferreira, Roberto, pag 538 y ss Ed La Ley 2009

omisión del proveedor de bienes. Estableciendo también un sistema de pago de montos indemnizatorios en sede administrativa que serán deducibles de otras indemnizaciones que por el mismo concepto le pudieran corresponder en sede judicial¹⁹⁴.

Creemos que es sumamente importante la inclusión del Daño punitivo¹⁹⁵ en el art 52 bis, pese a la redacción criticable y a no compartir el tope legal dispuesto en la norma, se establece que el mismo es aplicable al proveedor que no cumpla con sus obligaciones legales o contractuales con el consumidor, a pedido de parte y en su beneficio, pero no podrá superar el límite de 5 millones de pesos, y se graduara en función de la gravedad del hecho y de las demás circunstancias¹⁹⁶. Sostenemos que esta norma se completa con los criterios del art 49 (perjuicio, posición en el mercado, cuantía del beneficio obtenido, gravedad de los riesgos o perjuicios sociales y su generalización, reincidencia)¹⁹⁷.

Para cerrar este ligero pantallazo hay que recordar que la publicidad adquiere en las relaciones de consumo un papel preponderante, ya que se ha establecido por la ley argentina que ella integra el contrato, formando parte de la oferta atento la generación de confianza que impulsa en el consumidor a realizar el contrato y por ende conlleva responsabilidad (art 8)¹⁹⁸.

8. Responsabilidad por Riesgo de Desarrollo

a. Noción de riesgo de desarrollo.

Dentro de la temática del desarrollo tecnológico y la protección al consumidor se ha planteado e intentado resolver la cuestión del “riesgo de desarrollo”, pero, dada la polémica existente sobre su reparabilidad la cuestión no esta zanjada¹⁹⁹. El tema se polariza aun mas en la doctrina y en la Jurisprudencia Argentina al no existir tampoco una consagración de la “excepción del avance de la ciencia” y si bien son pocos los casos en los que se ha planteado, en algunos a nuestro entender, lo ha sido de un modo confuso²⁰⁰.

¹⁹⁴ Pizarro, Ramón D- Stiglitz Rubén *Reformas a la ley de defensa del Consumidor*, Rev La Ley 16/3/09

¹⁹⁵ Pizarro, Ramón D, *Daños Punitivos*, en Derecho de Daños, 2da p, pag 291 y ss, La Rocca 1993

Kemelmajer de Carlucci, Aída, *Conviene la introducción de los llamados daños punitivos?* Anales de Academia de Derecho y Cs Ss de Buenos Aires, 2da epoca, XXXVIII, 1983, n31, pag 89 y ss

Lopez Herrera, Edgardo, *Los Daños punitivos*, Ed Abeledo Perrot 2008

¹⁹⁶ Picasso Sebastián *Comentario del art 52 bis*, en Ley de Defensa del Consumido. Picasso, Sebastian - Vázquez Ferreira, Roberto pag 593 y ss, Ed La Ley 2009.

¹⁹⁷ Garrido Cordobera, Lidia M R., *ponencia* al Congreso Internacional de Consumidores *en Hom a López Cabana*, 23 al 25 de septiembre de 2010.

¹⁹⁸ Santarelli, Fulvio, *Comentario del art 8*, en Ley de Defensa del Consumido. Picasso, Sebastian -Vázquez Ferreira, Roberto pag 99 y ss, Ed La Ley 2009

¹⁹⁹ Garrido Cordobera, Lidia M R , *Los daños colectivos-prospectiva general*, Ed Javeriana 2009

Garrido Cordobera, Lidia M R - Busto Lago, Manuel, *Los riesgos del desarrollo, una visión comparada*, Ed Reus 2010

Puede consultarse nuestros trabajos y citas respectivas a las obras de Pizarro, Márquez y Moiset de Espanes y Pietro Molinero

²⁰⁰ Garrido Cordobera, Lidia MR y Barocelli, Sergio S, *Responsabilidad por riesgo de desarrollo aproximaciones de la Jurisprudencia Argentina*, LL 2008-F (Rev del 21/9/08).

La respuesta del derecho europeo al problema parece ubicarse en tres niveles: 1) el de la prevención (exigencia de la seguridad de los productos), 2) el de la responsabilidad civil de los fabricantes de productos que hayan causado daños corporales y, 3) el de las garantías de las víctimas por el seguro. Nosotros creemos que también debería implantarse un fondo de garantía como se ha realizado para otros supuestos²⁰¹.

Pero ante la gravedad de los daños como el que se producen, creemos que previamente debemos despejar la confusión que puede existir entre los términos “desarrollo” y “riesgo de desarrollo”.

Hay que considerar el concepto de “desarrollo” con un nuevo sentido, el que se acuña, según Cadwell, en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Ambiente Humano; la complejidad de un programa de desarrollo es creciente a medida que se combinan los valores económicos y ecológicos, que se suman otros factores tales como los legales²⁰².

Siempre hemos sostenido que es una falacia el hablar de desarrollo vs. calidad de vida, pues el desarrollo debe beneficiar al hombre y no dañarlo, el progreso continuará, solo que tal vez exista mas conciencia o debería existir respecto a las consecuencias que se pueden producir, es necesario el compromiso social y ético de las empresas, el Estado y los consumidores, cuando se habla de desarrollo sustentable o sostenible se hace referencia al avance de los conocimientos de la ciencia y de la técnica en límites armónicos con la preservación de la calidad de vida²⁰³.

Podemos decir, que puede conceptualizarse el “riesgo de desarrollo”, de un modo técnico, como aquellas consecuencias dañosas de un producto que siendo desconocidas con la utilización de las técnicas científicas idóneas al momento de su producción en masa, autorización para el consumo y comercialización, son luego, con el avance propio de la ciencia y las técnicas consecuencia directa de la utilización de dicho producto²⁰⁴.

Prieto Molinero señala que los “riesgos de desarrollo” son situaciones que se producen cuando ocurre un daño como consecuencia de un defecto que resultaba imposible de ser establecido debido a que el estado de la ciencia y de la técnica existente al momento de la puesta en circulación sencillamente no brindaba elementos para conocer o siquiera sospechar, el potencial dañino del producto²⁰⁵.

²⁰¹ Garrido Cordobera, Lidia M R - Busto Lago, Manuel, *Los riesgos del desarrollo, una visión comparada*, Ed Reus 2010

²⁰² Cadwell, Lynton: *Integración de la política ambiental y el desarrollo económico*, pag. 23 y ss., Rev. Ambiente y Recursos Naturales, vol. I, n° 3, Ed. La Ley, 1984.

²⁰³ Garrido Cordobera Lidia M. R. *Los daños colectivos y la reparación*, Cáp. VI, pag. 158 y ss, Ed. Universidad, 1992.

²⁰⁴ Garrido Cordobera Lidia M. R. *Responsabilidad por riesgo de desarrollo*, en Bioética, Sociedad y Derecho, obra colectiva del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales “Ambrosio L. Gioja” de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales – UBA, Ed. Lerner, 1995.

²⁰⁵ Prieto Molinero, Ramiro- *El riesgo de desarrollo: un supuesto paradójico de la responsabilidad por producto*, Ed. Dickinson, Madrid 2005.

En este tema es clásico el trabajo de Salvador Coderch y Sole Feliu, para quienes serían riesgo de desarrollo los daños causados por un defecto de un producto que no era reconocible a la luz del estado de los conocimientos científicos y técnicos existentes en el momento de la comercialización del producto de que se trate²⁰⁶. Para Luis Andorno con la expresión "riesgo de desarrollo" se hace referencia al "riesgo" como consecuencia del insuficiente desarrollo de la ciencia o de la técnica en el momento en que el producto ha sido puesto en circulación, según se ha señalado en la doctrina europea, de esta manera, los llamados "riesgos de desarrollo" suponen el carácter defectuoso de un producto del que, sin embargo, no se conocía ni se podía conocer su potencialidad dañosa y es posteriormente, cuando, una vez causados los daños, los desarrollos científicos y técnicos permiten calificar ese producto como defectuoso²⁰⁷.

La terminología usada de "riesgo" según Parra Lucan alude a los riesgos de daños como consecuencia del insuficiente desarrollo de la ciencia o de la técnica al momento de la puesta en circulación del producto y según Fagnart la expresión acuñada es desafortunada ya que el desarrollo de la ciencia lejos de constituir un riesgo, permite eliminarlos²⁰⁸.

Meza, Boragina y Agoglia sostienen que por "riesgo de desarrollo" debe entenderse aquél que no puede ser científicamente conocido por el elaborador al momento del lanzamiento del producto al mercado, llegando a ser descubierto después de su consumo²⁰⁹.

López Cabana y Goldenberg por su parte caracterizan al "riesgo de desarrollo" como la nocividad que entraña un producto que al tiempo de su introducción al mercado de consumo masivo era considerado inocuo, pero que investigaciones o comprobaciones posteriores ponen de manifiesto su dañinidad²¹⁰.

La doctrina alemana ha introducido el tema de las denominadas "lagunas del desarrollo" para referenciar a los riesgos que están asociados a un producto pero que resultan inevitables, se sabe que el producto es potencialmente dañino pero se carece de medios para evitar el daño y dado el interés social se autoriza su comercialización; distinguiéndolo de los "defectos del desarrollo", en los que se ignora el carácter defectuoso del producto y por ello se ignora su carácter dañino²¹¹.

Aclaremos que a nuestro entender en cuanto a las "lagunas del desarrollo", estamos frente al incumplimiento del deber de informar los efectos secundarios al consumidor y además a una responsabilidad en cabeza del Estado por autorizar la circulación del producto en virtud del ejercicio del Poder de Policía.

²⁰⁶ Salvador Coderch, Pablo – Sole Feliu, Joseph- *Brujos y aprendices- Los riesgos de desarrollo en la responsabilidad de producto*, pag. 29, Ed. Marcial Pons 1999

²⁰⁷ Andorno Luis O, *Responsabilidad civil por productos elaborados*, Ed. Lexis Nexis 1997.

²⁰⁸ Prieto Molinero, Ramiro, *El riesgo de desarrollo: un supuesto paradójico de la responsabilidad por producto*, pag., 80 Ed. Dickinson, Madrid 2005.

²⁰⁹ Meza Jorge, Boragina, Juan Carlos y Agoglia M Martha, *Doctrina JA 1997-III-636*

²¹⁰ Goldemberg Isidoro , ,López Cabana Roberto M, *Los riesgos de desarrollo en la responsabilidad del proveedor profesional de productos*, JA 1990, I, 917.

²¹¹ Salvador Coderch, Pablo, Sole Feliu, Joseph, *Brujos y aprendices- Los riesgos de desarrollo en la responsabilidad de producto* pag. 41 y ss, Ed. Marcial Pons 1999.

El tema que nos ocupa requiere que recordemos que en el Derecho norteamericano el parámetro o canon de la responsabilidad objetiva se limita en su aplicación a los defectos de fabricación, mientras que “un canon por lo menos próximo a la responsabilidad por negligencia se prevee para los defectos de diseño y los relativos a las advertencias e instrucciones sobre las características y utilización del producto”²¹².

Esto obedecería a la recepción de criterios básicamente económicos de riesgo-utilidad por sobre el sociológico y normativo de las expectativas razonables del consumidor, evidenciando una influencia del análisis económico del Derecho. Recordemos que la responsabilidad por culpa atiende a la razonabilidad de los actos llevados a cabo por el productor, mientras que la responsabilidad objetiva mira si el producto era razonablemente seguro para destinarse a sus usos previsibles.

Volviendo una vez más sobre nuestra concepción de “riesgo de desarrollo”, nosotros la centramos más en la creación de un riesgo que en la noción de defecto propiamente dicho, el “riesgo de desarrollo” no es un defecto en sí mismo, nosotros preferimos hablar de creación de riesgo y no eximimos al fabricante en virtud del avance de la ciencia en nuestro derecho²¹³.

Creemos que esta cuestión interesa al Derecho, por los daños irreversibles y masivos que produce y que nos enfrenta a un problema ético de quien soporta el daño si la víctima o el fabricante que actuó limitado con el saber de su tiempo. Ante una realidad de ver daños tecnológicos sin ser reparados, bregamos por la instalación de los sistemas de fuente colectiva, hoy la certeza de que la víctima será reparada viene también de la mano de institutos tales como el seguro y los Fondos de Garantía²¹⁴.

b. Elementos de la responsabilidad

Decíamos en nuestro libro que todas estas definiciones o conceptualizaciones nos llevan a establecer ciertos elementos comunes, vemos que la dañosidad del producto no podía ser conocida por el productor al momento de la comercialización debido al estado de la ciencia en ese momento, pero todas reconocen también, que el daño se encuentra en relación de causalidad con el producto, queda por establecer entonces jurídicamente si corresponde la

²¹²Salvador Coderch, Pablo, Sole Feliu, Joseph, *Brujos y aprendices- Los riesgos de desarrollo en la responsabilidad de producto* pag. 81 y ss, Ed. Marcial Pons 1999 ,

²¹³Prieto Molinero, Ramiro-,*El riesgo de desarrollo: un supuesto paradójico de la responsabilidad por producto*, pg 113 Ed. Dickinson, Madrid 2005

Compartimos con Prieto Molinero la postura de que el “riesgo de desarrollo” no es un defecto en sí mismo, aunque discrepemos, ya que para él es “una situación determinada dentro de la cual puede producirse un defecto” y nosotros preferimos hablar de creación de riesgo, cabe ya aclarar que también lo hacemos en cuanto a eximir al fabricante en virtud del avance de la ciencia.

²¹⁴Garrido Cordobera Lidia M. R. *Los daños colectivos –prospectiva general*, pag. 115 y ss Ed. Javeriana 2009.

responsabilidad del fabricante o corresponde algún tipo de excepción por avance de la ciencia, o por considerarlo una situación de fuerza mayor²¹⁵.

En el Derecho argentino no se ata la responsabilidad estrictamente a la noción de defecto de fabricación y se habla de dañosidad y también de riesgo, lo que nos da mas amplitud

Toda actividad humana ocasiona un costo y un beneficio y puede afectar al que lo realiza o a un tercero, pero no todos son asumidos directamente, no siempre se internalizan las externalidades, ya que resulta más económico obtener los beneficios de una actividad sin asumir sus costos y aquí la noción de costo social es de gran importancia en esta materia, como también observar si el Derecho determina su internalización y su asunción, ya que se vincula con el pago de indemnizaciones, los costos preventivos, administrativos y judiciales.

Se argumenta que si las industrias financian y asumen el costo social podrían introducirse comportamientos ineficientes en el mercado, ya que no se asignarían todos los recursos a la producción, y se podrían desalentar aquellas actividades económicas que a pesar de generar daños son necesarias a la sociedad²¹⁶; Nosotros creemos que la “garantía de inocuidad” o “garantía de seguridad” corresponde a la estructura de todos los mercados, a la noción de Empresa y a la asunción por la misma de los riesgos insitos en la actividad que desempeña, recordemos que siempre hemos sostenido la existencia del riesgo de actividad con base en el criterio objetivo de la creación de riesgos y no en un factor subjetivo, por ello nos encolumnamos en la tendencia de imputar la responsabilidad al fabricante²¹⁷.

No compartimos la corriente que lo considera un riesgo imprevisible y atípico y de que es injusto hacerlo recaer sobre el fabricante ya que es ingobernable e imprevisible estadísticamente, y, por ende, inasegurable al no poder saberse su dimensión. Apoyándose esta posición además en el prurito de que el vicio no estriba en la cosa en sí, sino en el nivel alcanzado por la ciencia y no en las tomas de medida de seguridad del empresario²¹⁸.

En el sistema de responsabilidad del Código Civil Argentino, suele sostenerse que cuando la nocividad del producto resultare imprevisible al tiempo de elaborarlo, de ponerlo en circulación o comercializarlo, ninguno de los componentes de la cadena económica respondería frente al damnificado, pues si bien se revelarían como autores materiales del perjuicio, la imprevisibilidad conspiraría contra la posibilidad de considerarlos autores, vemos que el “riesgo de desarrollo” es asimilado una situación fortuita conforme a los principios que gobiernan la causalidad adecuada²¹⁹.

²¹⁵ Garrido Cordobera, Lidia M R - Busto Lago, Manuel, *Los riesgos del desarrollo, una visión comparada*, Ed Reus 2010

²¹⁶ Hemos dicho en nuestros trabajos que la situación contraria nos conduciría a que las víctimas queden desamparadas en aras de lograr una mayor actividad productiva.

²¹⁷ Por ejemplo en los productos farmacéuticos y químicos existe un riesgo típico y que hoy nadie puede alegar desconocer y que es justamente la existencia de tales riesgos, aunque pueda desconocerse su dimensión hasta que éstos se consoliden.

²¹⁸ Prieto Molinero, Ramiro-, *El riesgo de desarrollo: un supuesto paradójico de la responsabilidad por producto*, pg 113 Ed. Dickinson, Madrid 2005

²¹⁹ Meza Jorge, Boragina, Juan Carlos y Agoglia M Martha, *Doctrina JA 1997-III-636*

Para la otra postura, a la que adherimos, para que el “riesgo de desarrollo” que actúe como eximente de responsabilidad deberá revestir la calidad de caso fortuito o fuerza mayor extraño al producto y a la empresa; no implicaría caso fortuito eximente, la *communis opinio* sobre la inocuidad del producto, si posteriores conocimientos científicos comprueban su dañosidad²²⁰.

Creemos que para que actúe como eximente de responsabilidad deberá revestir la calidad de caso fortuito o fuerza mayor extraño al producto y a la empresa ya que en palabras de Benjamin “atribuir al consumidor los riesgos del desarrollo, implicaría reintroducir en el ordenamiento, muchos de los elementos indeseables del sistema basado en la culpa, y el público estaría siendo, de hecho, guinea pigs en el proceso de experimentación de producto en el mercado”²²¹.

Prieto Molinero centra su argumentación en la inexorabilidad, “sucede algo que va mas allá de la cualquier posibilidad de acción y que afecta por lo tanto la relación de causalidad” y contra los argumentos de que estamos frente a un hecho interno y no externo, sostiene que esta distinción se presenta como un artificio jurídico y que esto no va a quitar que el fabricante se enfrenta el límite invencible de el saber de su tiempo y que tanto este como el consumidor, son prisioneros de su tiempo, además de considerara que el fabricante no cuenta con los medios reales para intervenir y evitar el resultado dañoso²²².

Hay que tener presente la teoría de Rumelin en materia de relación de causalidad, para quien serían adecuadas las consecuencias no susceptibles de conocimiento en el momento de hecho, pero descubiertas después.

Sintetizando nuestra opinión podemos decir que el riesgo de su producción o acaecimiento esta en la actividad que se realiza y dentro de ella es previsible.

En el sistema argentino el fabricante respondería por darse la relación de casualidad adecuada (art. 906 C.C. Argentino), cabe incluirlo como ya lo hemos dicho en varios trabajos en la obligación de seguridad del Art. 1198 del C.C.

Argentino y en el riesgo de actividad cuyo soporte legal lo hallamos en el art. 1113

Pero, no podrá ser meritudo como imprevisible el daño que sobrevenga como consecuencia de una aptitud nociva que revele que la investigación del producto fue insuficiente o inadecuada según las normas científicas y técnicas propias de la época de puesta en el comercio, o de que no se agotaron los pasos previos exigidos por la *communis opinio* científica contemporánea al lanzamiento al mercado.

²²⁰ Goldemberg Isidoro , ,López Cabana Roberto M, *Los riesgos de desarrollo en la responsabilidad del proveedor profesional de productos*, JA 1990, I, 917

²²¹ Benjamín, Antonio, J.A., 1993-II-913.

²²² Prieto Molinero, *El riesgo de desarrollo: un supuesto paradójico de la responsabilidad por producto*, pg pag. 114 Ed. Dickinson, Madrid 2005 ob., cit..

También podemos recordar otro pasaje en el que manifiesta que no son pocos los doctrinarios que sostienen que excluir al riesgo de desarrollo de una responsabilidad objetiva importa la introducción de una valoración propia de la culpa, que poco menos que “pervierte” al sistema objetivo. A nuestro modo de ver, esto obviamente no es así, dado que el fundamento que da origen a la situación “riesgo de desarrollo” es el estado en que se encontraba el conocimiento humano en un momento dado y, sólo a partir de entonces, se analizará la conducta del fabricante, pero, ello, no a los efectos de una culpa, sino para ver si éste realmente este hizo todo lo posible en atención a aquellos límites objetivos; en definitiva, para verificar si se podía aplicar ese límite general al caso particular”.

2da parte del mismo cuerpo legal, en cuanto al Estado se está ante una responsabilidad basada en la mal denominada “falta de servicio” que es de carácter objetivo (art. 1112 C.C. Argentino) y operará de manera “*in solidum*” con el fabricante frente a la víctima.

Ante el supuesto de imposibilidad de determinar la real fuente o autor del daño, por estar frente a la presencia de un grupo de fabricantes (lo que ha ocurrido en la experiencia Americana), creemos que podrá operar la responsabilidad colectiva del Art. 1119 o la viabilidad de aplicar la teoría del Markert share o participación en le Mercado.

Debiéndose también tener presente la Ley de Protección al Consumidor (T.O.) donde no hay que perder de vista los arts 1, 2, 4, 5, 6, 37, 40, 40 bis y 52 bis.

Los factores de atribución de responsabilidad por “riesgo de desarrollo” son objetivos y no subjetivos, no creemos que por ser diversos (garantía, riesgo y falta de servicio) pueda hablarse de confusión sino de diversas hipótesis o casos.

Sostenemos que el daño producido por el “riesgo de desarrollo” es un daño resarcible, que debe ser indemnizado, que no existe una ruptura de la relación de causalidad y que el tiempo de manifestación del daño es lo que debe ser tenido en cuenta por lo que juega la consolidación de los daños y no puede operar la prescripción contada desde la adquisición o consumo del producto.

Aquí nos enfrentado con un dilema, la seguridad jurídica que brinda el instituto de la prescripción y la necesidad de tener presentes las características propias de este tipo de daños y sus consecuencias irreversibles, no sólo para el consumidor sino muchas veces para su descendencia ²²³.

Por supuesto, que lo consideramos un daño que no debe ser soportado por la víctima inocente, cuya única conducta “culpable” ha sido la de creer en lo que le decían de la inocuidad o no peligrosidad de un producto, para este sujeto el daño es un daño individual pero creemos que también es un daño colectivo que afecta a la sociedad toda y ante la posible inexistencia o insolvencia de los fabricantes, es que hemos propuesto como alternativa la operatividad de los Fondos de Garantía o compensación para que se satisfaga de algún modo la reparación ²²⁴.

c. El Principio de Precaución y el Riesgo de Desarrollo.

Teniendo en cuenta la gravedad de los daños tecnológicos que pueden muchas veces no solo afectar la salud de las generaciones presentes sino también comprometer a las generaciones futuras

²²³ Creemos firmemente que deben ser siempre indemnizables estos graves daños aún pasando los plazos ordinarios legales más largos, por lo que hemos planteado a nivel teórico la discusión de la intemporalidad o imprescriptibilidad.

²²⁴ Coinciden Goldenberd y López Cabana en los siguientes términos

“Habrán de buscarse remedios solidaristas, como los seguros forzosos y la estructuración de fondos de garantías, trasladándose a los costos finales de los productos, con el ánimo de dar soluciones rápidas a los damnificados y evitar la insolvencia o imposible identificación de los responsables, que genera la insatisfacción del damnificado consumidor o usuario destinado a soportar los daños injustamente sufridos”.

Como señalan muy bien Goldenberg y Caferatta la precaución y los riesgos de desarrollo comparten un origen común que sería una evaluación de riesgos basada en la información científica y estadística disponible en determinado momento, pero sus efectos son distintos y por ello se ha promovido la renovación del riesgo de desarrollo²²⁵.

Kemelmajer considera que el principio de precaución se aplica en todo aquello que suponga resguardar derechos humanos y lleva a privilegiar la hipótesis de que suceda lo peor, un daño irreversible aunque sea a largo plazo²²⁶.

El principio de precaución²²⁷ es un término bastante difícil de definir, sin embargo se lo puede conceptuar como "la actitud que debe observar toda persona que toma una decisión concerniente a una actividad de la que se puede razonablemente esperar que implicará un daño grave para la salud o la seguridad de las generaciones actuales o futuras o para el medio ambiente" (Kourilsky, Viney).

Nosotros coincidimos en lo dicho por Cozzi de que en nuestro país ha sido recepcionado expresamente por la Ley 25.675 del 2002, conocida como Ley General del Ambiente, pero en realidad tiene vigencia desde antes²²⁸.

Sin embargo autores como Pietro Molinero, consideran que aceptarlo implicaría lisa y llanamente la negación de la excepción por riesgo de desarrollo o avance de la ciencia, en su criterio la propia noción de riesgo de desarrollo queda en jaque pues apenas una actividad sea considerada como sospechosa ya equivaldría a establecer la defectuosidad del producto y una consecuente responsabilidad o aun peor, la abstención de la comercialización por razones de precaución podría llevar al fin de la puesta en circulación de productos innovadores²²⁹.

Dado que hemos sostenido la responsabilidad en virtud del riesgo de desarrollo y no su eximición, no podemos compartir sus argumentos y creemos que estamos frente a creadores de riesgos que deben hacerse responsables por la actividad que desempeñan y que cumplir con el principio de precaución jamás implicaría un cese en el avance tecnológico, sino el manejo de una tecnología más segura para los consumidores.

Recordemos que son condiciones de su aplicación: la situación de incertidumbre con respecto del riesgo (riesgo potencial) la evaluación científica (esto impide actitudes irracionales ante lo innovador, deben tenerse informes científicos o técnicos muchas veces contradictorios) y la posibilidad de consolidar un daño grave e irreversible (protección de la salud y la vida, del medio ambiente).

²²⁵ Goldenberg, Isidoro y Caferatta, Néstor *Responsabilidad por productos elaborado*, en Tratado de Responsabilidad Civil, Trigo Represas, Félix y López Mesa, Marcelo, 1ra T. IV pag. 492.

²²⁶ Kemelmajer de Carlucci, Aída, *Determinación de la filiación del clonado*, en JA 2001, n12.

²²⁷ Podemos decir que lo que sostiene al principio de precaución es la idea fuerza o base de la seguridad ante los daños, y la diferencia con la prevención radica en que funciona aun cuando la relación causal entre el daño y una tecnología no ha sido aun científicamente comprobado de modo indubitable, es un riesgo potencial; mientras que en la segunda esta situación ya es conocida y solo cabe la duda de la producción en cada caso concreto, se esta frente a un riesgo actual.

²²⁸ Cozzi, Eugenio H- *El principio de precaución. Las patentes de invención y la responsabilidad civil*, Ed. Ad Hoc, Monografías Derecho civil, 2005

²²⁹ Prieto Molinero, Ramiro Ob cit, cap., décimo pág. 414 y ss

Se trata de evaluar la magnitud de los riesgos posibles y en función de ellos adoptar las medidas tendientes a eliminar o a reducir los daños, esto necesariamente lleva al tema del deber de información que debe ser brindado al consumidor para que pueda decidir libremente y de esto último una manifestación la encontramos en el etiquetado de los productos transgénicos o genéticamente modificados

d . Algunas consideraciones finales.

Frente a un tema como el de la responsabilidad en virtud del “riesgo de desarrollo” no podemos olvidar bajo ningún pretexto lo imperativo del Principio General del “*alterum non laedere*” que en la Argentina tiene base constitucional en nuestro art. 19 de La Carta Magna, y que se relacionara necesariamente ante los nuevos supuestos dañinos con lo establecido en los art. 15 y 16 de Código Civil Argentino, la normativa ambiental y la Ley de Protección al Consumidor, no hacerlo, entendemos, es negar la verdadera razón de la Magistratura y del Derecho mismo que es la protección del ser humano.

El estado de alerta por el riesgo de desarrollo continúa (la normativa del CCC y de la Ley RE)

Dra Lidia Garrido Cordobera

Veamos someramente que normas creemos pertinentes del CCC para ser aplicadas a la cuestión de la responsabilidad por productos y servicios y al riesgo de desarrollo.

El problema se vera atrapado por las normas del art 42 CN, LDC, las leyes ambientales y el CCC, tanto en su Titulo preliminar como en el especifico donde se trata la cuestión de responsabilidad en el Titulo V; Capitulo 1

Si bien es conocida nuestra posición de considerar a este problema un supuesto de responsabilidad objetiva, con aplicación tanto de las normas Constitucionales y PDH, como también de las obligaciones que emergen de la LDC, indudablemente el problema no esta expresamente resuelto

El CCC establece entre sus disposiciones generales (Art1708) que las funciones de la responsabilidad son la prevención del daño, su reparación, y recordemos que en los supuestos en que sea admisible la sanción pecuniaria disuasiva (esto ultimo lamentablemente fue suprimido).

En los casos en que concurran las disposiciones de este Código y las de alguna ley especial relativa a responsabilidad civil, serian aplicables, en el siguiente orden de prelación: a) las normas indisponibles de este Código y de la ley especial; lo que nos remite lógicamente al artículo específico de la Ley de Consumidor (Art 1709)

Se establece en el Art 1710 que toda persona tiene el deber de prevención del daño, y que cuanto de ella dependa, debe evitar causar un daño no justificado;

adoptar, de buena fe y conforme a las circunstancias, las medidas razonables para evitar que se produzca un daño, o disminuir su magnitud; si tales medidas evitan o disminuyen la magnitud de un daño del cual un tercero sería responsable; tiene derecho a que éste le reembolse el valor de los gastos en que incurrió, conforme a las reglas del enriquecimiento sin causa; y no agravar el daño, si ya se produjo. Sobre la aplicación de los daños punitivos, se adoptaba la denominación de *Sanción pecuniaria disuasiva* y el juez tenía atribuciones para aplicarlo, a petición de parte, con fines disuasivos a quien actúa con grave menosprecio hacia los derechos de incidencia colectiva. Su monto se fijaría prudencialmente, tomando en consideración las circunstancias del caso, en especial la gravedad de la conducta del sancionado, su repercusión social, los beneficios que obtuvo o pudo obtener, los efectos disuasivos de la medida, el patrimonio del dañador, y criticábamos que tenga en cuenta también la posible existencia de otras sanciones penales o administrativas. La sanción tendría el destino que le asigne el juez por resolución fundada (ex Art 1714)

Con respecto a los factores, nosotros sostenemos que es de aplicación el factor objetivo, como lo hemos desarrollado anteriormente en otros trabajos, pero veamos al respecto que se preceptúa en el mentado código.

El factor de atribución es objetivo cuando la culpa del agente es irrelevante a los efectos de atribuir responsabilidad. En tales casos, el responsable se libera demostrando la causa ajena, excepto disposición legal en contrario (Art 1772)

Se considera caso fortuito al hecho que no ha podido ser previsto o que, habiendo sido previsto, no ha podido ser evitado (Art 1730) pero se establece que aunque ocurra el caso fortuito se es responsable conforme el inciso e) si el caso fortuito y, en su caso, la imposibilidad de cumplimiento que de él resulta, constituyen una contingencia propia del riesgo de la cosa o la actividad. Creemos que esta norma nos permite sostener la responsabilidad por riesgo de desarrollo.

Se recepta tanto el riesgo de las cosas como de las actividades estableciendo que toda persona responde por el daño causado por el riesgo o vicio de las cosas, o de las actividades que sean riesgosas o peligrosas por su naturaleza, por los medios empleados o por las circunstancias de su realización. La responsabilidad es objetiva (Art 1757).

No son eximentes la autorización administrativa para el uso de la cosa o la realización de la actividad, ni el cumplimiento de las técnicas de prevención. Estableciéndose como Sujetos responsables, al dueño y al guardián de un modo concurrente. No responden si prueban que la cosa fue usada en contra de su voluntad expresa o presunta. En caso de actividad riesgosa o peligrosa responde quien la realiza, se sirve u obtiene provecho de ella, por sí o por terceros, excepto lo dispuesto por la legislación especial.

Si el daño proviene de un miembro no identificado de un grupo determinado responden solidariamente todos sus integrantes, excepto aquél que demuestre que no ha contribuido a su producción (Art 1761); y si es un grupo realiza una actividad peligrosa para terceros, todos sus integrantes responden solidariamente por el daño causado por uno o más de sus miembros. Sólo se libera quien demuestra que no integraba el grupo (Art 1762). Recordemos que conforme al art 40 LDC estaremos abarcando a la cadena de comercialización

Si bien nosotros no compartimos fundamentar la responsabilidad por productos en un factor subjetivo y menos aun en el supuesto de riesgo de desarrollo, veamos lo que se preceptúa en el Art 1721 como norma de clausura del sistema de responsabilidad en ausencia de normativa expresa, allí se dispone que el factor de atribución será la culpa, analicemos entonces que normativa creemos seria importante tener en cuenta.

La culpa consiste en la omisión de la diligencia debida según la naturaleza de la obligación y las circunstancias de las personas, el tiempo y el lugar. Comprende la imprudencia, la negligencia y la impericia en el arte o profesión. Mientras que el dolo se configura por la producción de un daño de manera intencional o con manifiesta indiferencia por los intereses ajenos (esto último nos enlaza con el Dolo eventual penal).

Creemos que aquí es importante la existencia del Art 1725 sobre la *Valoración de la conducta* pues cuanto mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor es la diligencia exigible al agente y la valoración de la previsibilidad de las consecuencias pero sobre todo por que see recalca que cuando existe una confianza especial, se debe tener en cuenta la naturaleza del acto y las condiciones particulares de las partes, tendremos en nuestro supuesto un proveedor y un consumidor

Vemos que en el ámbito contractual para valorar la conducta en los contratos que suponen una confianza especial entre las partes, se estima el grado de responsabilidad, por la condición especial del agente.

Llegamos finalmente a un punto álgido, el de la responsabilidad del Estado, donde vemos una variación entre el Anteproyecto y el Proyecto del PE en el Art 1764.

La Reforma del PE estableció que la Responsabilidad del Estado se rige por las normas y principios del derecho administrativo nacional o local según corresponda y también en el Art 1766 la Inaplicabilidad de las disposiciones de este Título a la responsabilidad del Estado ni de manera directa, ni subsidiaria.

Recordemos que se presento un proyecto de ley de Responsabilidad del Estado que se transformara en la Ley 26994, que realmente desoye años de evolución en el Estado de Derecho; y en su proyectado art 2 in b) cerraba aun mas el sistema, pues como ya mencionáramos, expresamente señala que se exceptuaban de los alcances de esta ley (de la responsabilidad estatal) “los daños y perjuicios que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubieran podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes al momento de su acaecimiento”, incorporando legislativamente la excepción del avance de la ciencia, lo que daría para las victimas un doble sistema, si es dañado por un particular podría alegar responsabilidad por riesgo de desarrollo y si lo es por el Estado este se exceptuaría: creemos que esto no resistía lógica alguna ni principio de test de constitucionalidad y si bien fue suprimido en la sanción definitiva nos alerta sobre la cuestion.

El “riesgo de desarrollo” en materia de productos de consumo: un punto de tensión en la aplicación de los principios del derecho de Daños

Doctora Lidia M R Garrido Cordobera

1.Planteo del tema, 2. Los Principios de derecho Europeo de la Responsabilidad Civil (European Group on Tort Law), 3. El problema: “el riesgo de desarrollo” y “la excepción del avance de la ciencia”, 4. Tratamiento de la cuestión en Europa y Argentina, 5. Importancia de la faz preventiva, 6. El principio precautorio y el riesgo de desarrollo, 7.Colofón.

1. Planteo del tema

Como recordáramos en nuestro trabajo en homenaje a Francois Chabas todos soportamos ciertos riesgos latentes y nos beneficiamos en mayor o menor medida del avance de la ciencia y de las técnicas²³⁰ y vivimos en un mundo globalizado en el que las circunstancias que rodean la vida del hombre son cada vez mas complejas, se habla un mundo de riesgos²³¹, de continuos peligros²³², sin embargo sostenemos que aun ante estas circunstancias debemos tener presente que la protección de las victimas tiene carta de ciudadanía desde hace décadas en el derecho argentino. lo mismo que el derecho a la reparación²³³.

Pese a lo antedicho aun hoy en materia de responsabilidad por productos la cuestión de la atribución de la responsabilidad al productor por riesgo de desarrollo y la reparación plena no alcanzan absoluta coincidencia en el mundo²³⁴ y aun plantean discusiones doctrinarias²³⁵.

Pero debemos tener presente que además de luchar desde el Derecho por la reparación de los daños injustos debemos priorizar la evitacion de los mismos, ya que consideramos que la faz preventiva tiene en el Derecho de Daños una

²³⁰ Garrido Cordobera Lidia M R , La responsabilidad por riesgo de desarrollo en materia de productos de consumo, en Responsabilidad Civil, Ed Rubinzal Culzoni, pag 171 y ss

²³¹ Trigo Represas, Félix – López Mesa Marcelo, Tratado de la Responsabilidad civil, T III, pag 481 y ss, Ed La Ley .

²³² Zavala de Gonzáles, Matilde , Responsabilidad por riesgos, Ed Hammurabi pag 23 yss

²³³ Se le ha reconocido basamento constitucional desde hace décadas y mas recientemente in re Aquino

²³⁴ Pizarro, Ramón Daniel , Responsabilidad civil y riesgo de empresa, T II, pag 297 y ss

²³⁵ Garrido Cordobera Lidia M R , La responsabilidad por riesgo de desarrollo en materia de productos de consumo, en Responsabilidad Civil, Ed Rubinzal Culzoni, pag 171 y ss

importancia tal que requiere por parte de todos los sujetos (Estado, empresarios y consumidores) la adopción de las medidas preventivas necesarias a fin de evitar la consolidación de daños que pueden llegar a ser hasta masivos²³⁶.

En materia de responsabilidad por productos estamos frente a un tipo de daño que puede ser individual pero también frente a un daño masivo, catastrófico o colectivo²³⁷, recordemos como ejemplos los casos del aceite de colza adulterado en España²³⁸, el DES²³⁹, o los hemoderivados²⁴⁰ o el contagio de HIV²⁴¹ y el “síndrome de la vaca loca” o “encefalopatía bobina esponjiforme” que obligó a analizar a las proteínas como causante de procesos infecciosos y a no circunscribirse a los virus, bacterias y hongos²⁴².

²³⁶ Garrido Cordobera Lidia M R , La responsabilidad por riesgo de desarrollo en materia de productos de consumo, en Responsabilidad Civil, Ed Rubinzal Culzoni, pag 171 y ss

²³⁷ Garrido Cordobera Lidia M R , Los Daños colectivos y la reparación , Ed Unverdad, pag 37 y ss

²³⁸ Marco Molina Juana, la responsabilidad Civil por productos defectuosos. Fundamento y aplicación Ed Atelier

²³⁹ Garrido Cordobera Lidia M R, Bioética, la actividad industrial, los criterios económicos, la salud y el derecho de daños, en Salud, Derecho y Equidad, Homenaje a Gladys Mackinson, Ed. Ad- Hoc

²⁴⁰ Garrido Cordobera Lidia M R , El riesgo de desarrollo, en colección Derecho Civil, Ed Reus en prensa

²⁴¹ Lambert- Fiebre, Ivonne , La Responsabilidad de los fabricantes por el hecho de sus productos, en el Derecho de la Unión Europea, en Responsabilidad por daños en el tercer Milenio, Ed. Abeledo-Perrot,

Comentando la situación de contagio de HIV en Francia Lambert Fiebre reseña que el 12 de abril de 1995 la Corte de Casación, Sala 1ª Civil con fundamento en el art. 1147 del Código Civil dijo que el deudor debe ser condenado si no justifica que la inejecución proviene de una causa extraña que no puede serle imputada, aunque no haya ninguna mala fe de su parte y que con este punto de partida, se decide que "los centros de transfusión sanguínea están obligados a proveer a los receptores productos exentos de vicios y no pueden exonerarse de esta obligación de seguridad sino con la prueba de una causa extraña que no pueda serles imputada" y de igual modo el Consejo de Estado en sus decisiones del 26 de mayo de 1995 ha decidido que "los centros de transfusión sanguínea son responsables aun en ausencia de culpa de las consecuencias dañosas de la mala calidad de los productos provistos"

Mazeaud y Chabas, expresan que en todas esas sentencias se hace sentir la influencia de la directiva y es a luz de ella que son interpretados los textos de los arts 1147 y 1384 parr 1 del CC y se declara que un productor es responsable de los daños causados por un defecto de su producto, tanto en consideración a las víctimas inmediatas como a las víctimas indirectas, sin que haya tenido lugar distinción alguna según que tengan la calidad de parte contratante o de terceros, .v. Mazeaud, Henri, Mazeaud, Jean, Mazeaud, Leon y Chabas Francois Derecho Civil Obligaciones T II, traducción Luis O Andorno, pag 257 Ed Zavalía,

²⁴² Pigretti, Eduardo, Derecho ambiental profundizado, Ed La Ley, pag 115 y ss

También en materia alimentaria se plantea desde hace tiempo la cuestión de los aditivos, conservantes, la utilización de hormonas para lograr un mayor crecimiento, de los antibióticos y de la modificación genética para obtener un mejor producto vendible al consumidor²⁴³.

Creemos que hay que tener presente el camino recorrido desde el paradigma absoluto de los factores subjetivos hasta la instauración de los fondos de compensación como el sistema de Nueva Zelanda²⁴⁴, pues, problemas como el que hoy nos ocupa pueden tener una solución no solo por la vía de la responsabilidad objetiva sino también por la de la instauración de los sistemas de garantías colectivas de compensación, mas propiamente mediante los fondos²⁴⁵. Son cuestiones vinculadas en la problemática de la responsabilidad en materia de productos de consumo temas tales como la incidencia o el traslado de las indemnizaciones de estos daños a los precios de los bienes, la cobertura o no de ciertos riesgos por las compañías de seguros, el costo de las medidas de seguridad, todas situaciones que hacen al "coste de los accidentes" en la terminología de Calabresi²⁴⁶.

Recalamos como ya hemos sostenido que no hay que descuidar la faceta preventiva en el Derecho de daños aplicable a quienes son los creadores del riesgo a fin de evitar la consolidación de los daños.

2. Los Principios de derecho Europeo de la Responsabilidad Civil. (European Group on Tort Law)

Es conveniente que tengamos presente someramente la serie de Principios elaborados por este grupo de juristas conformado por expertos de varios países pues marcan las líneas comunes en el derecho tanto codificado como del common law y las últimas tendencias en materia de responsabilidad civil tendientes a la armonización y unificación.

El consumo por el hombre de ganado alimentado con harina animal (parte de tejido nervioso y esquelético se pulveriza para obtenerlo) que contenía el prion scrapie (Pr-Psc) origina desordenes neurológicos que finalmente llevan a la muerte, pero que por los síntomas pueden confundirse con otras enfermedades, fue recién en el año 2000 en la Revista Nature donde se informa que un grupo dirigido por el Dr. Aguzzi identificó una proteína natural que al adherirse a los priones modificados permite identificar la contaminación con el prion de la EEB²⁴³ Bello Janeiro, Domingo, Tratamiento de los Transgénicos en Europa, en RCyS, enero 2008

²⁴⁴ Prieto Molinero, Ramiro, El riesgo de desarrollo: un supuesto paradójico de la responsabilidad por productos, Ed. Dickinson,

²⁴⁵ Garrido Cordobera Lidia M R , Los Daños colectivos y la reparación , Ed Unverdad, pag 85 y ss

Garrido Cordobera Lidia M R , La responsabilidad por riesgo de desarrollo en materia de productos de consumo, en Responsabilidad Civil, Ed Rubinzal Culzoni, pag 171 y ss

²⁴⁶ Calabresi, Guido, El coste de los accidentes, Ed Ariel Derecho

Entre los principios plasmados debemos mencionar la consagración del principio general de obligación de reparar los daños sufridos por otra persona²⁴⁷ y entre los intereses protegidos encontramos la vida, la integridad física y síquica²⁴⁸.

La previsibilidad del daño²⁴⁹ se configura para una persona razonable en el momento de producirse la actividad considerándose en especial la cercanía en el tiempo y en el espacio entre la actividad dañosa y sus consecuencia o la magnitud del daño en relación con las consecuencias normales de tal actividad. En cuanto a los fundamentos para establecer la responsabilidad se menciona tanto la responsabilidad por culpa²⁵⁰ como la responsabilidad objetiva y al hablar de la responsabilidad de la empresa se conceptúa al “defecto” como toda desviación con respecto a los estándares que son razonablemente exigibles a la empresa o a sus productos o servicios²⁵¹.

Se dice que una actividad es anormalmente peligrosa si crea un riesgo previsible y significativo de daño, incluso aunque emplee todo el cuidado debido en su ejercicio²⁵². Es importante la noción de riesgo de daño que puede ser considerado significativo en atención a la gravedad o a la probabilidad del mismo

Se reconoce que la indemnización tiene efectos compensatorios pero que también contribuye a la finalidad de prevenir el daño²⁵³.

Como causas de exoneración se menciona solamente la conducta de un tercero y la fuerza de la naturaleza²⁵⁴ y también se establece que en casos excepcionales puede reducirse la indemnización si ella comporta una carga opresiva para el demandado a la luz de la situación económica de las partes.

También se consagra el deber de proteger por los daños, considerando diferentes situaciones en las que se daría este deber, mencionando la existencia del deber de actuar positivamente para proteger a los demás de daños si así se establece legalmente, también si quien actúa crea y controla una situación de peligro, si existe una especial relación entre las partes o si la gravedad del daño para una parte y la facilidad de evitarlo para la otra indican la existencia de ese deber²⁵⁵.

²⁴⁷ Rige también a los daños causados por una actividad anormalmente peligrosa Art. 1:101 b),.

²⁴⁸ Art 2:102, también a la dignidad humana.

²⁴⁹ El alcance de la responsabilidad está previsto en la Secc 2, Art 3:201 a)

²⁵⁰ Refiere al estándar de conducta exigible (4:101) y consiste en el de una persona razonable mencionando entre otros aspectos la peligrosidad de la actividad

²⁵¹ Art 4:202

²⁵² Las actividades anormalmente peligrosas son tratadas en el Cap V y en el art 5:101 (2) El Proyecto de 1998 en su Art 1665 hablaba de Actividad especialmente peligrosa quien realiza una actividad especialmente peligrosa, se sirve u obtiene provecho de ella por sí o por terceros, es responsable del daño causado por esa actividad.

Se considera actividad especialmente peligrosa a la que por su naturaleza o por las circunstancias en las que es llevada a cabo tiene aptitud para causar daños frecuentes o graves

²⁵³ Art10:101

²⁵⁴ Art.7:102

²⁵⁵ Art.4:103

3. El problema: “el riesgo de desarrollo” y la excepción del avance de la ciencia,

Hemos sostenido varias veces que el moderno Derecho de Daños con su visión centrada en la defensa de la víctima de los daños tecnológicos, ha captado dentro de la temática del desarrollo tecnológico y la protección al consumidor la cuestión del “riesgo de desarrollo”, pero dada la polémica existente sobre su reparabilidad la cuestión no está concluida .

En virtud de la gravedad de los daños que han ocurrido y pueden ocurrir englobados en este supuesto de daños por productos, creemos necesario nuevamente señalar que no debe mediar confusión entre los términos “desarrollo” y “riesgo de desarrollo”²⁵⁶.

Siempre hemos sostenido que es una falacia el hablar de desarrollo vs. calidad de vida, pues el desarrollo debe beneficiar al hombre y no dañarlo, el progreso exige más conciencia respecto a las consecuencias que se pueden producir, es necesario el compromiso social y ético de las empresas, el Estado y los consumidores, y cuando se hablamos de desarrollo sustentable o sostenible es en referencia al avance de los conocimientos de la ciencia y de la técnica en límites armónicos con la preservación de la calidad de vida²⁵⁷.

Podemos conceptualizar el “riesgo de desarrollo”, como aquellas consecuencias dañosas de un producto que siendo desconocidas con la utilización de las técnicas científicas idóneas al momento de su producción en masa, autorización para el consumo y comercialización, son luego, con el avance propio de la ciencia y las técnicas consecuencia directa de la utilización de dicho producto²⁵⁸.

Es clásico el trabajo de Salvador Coderch y Sole Feliu, para quienes sería riesgo de desarrollo los daños causados por un defecto de un producto que no era reconocible a la luz del estado de los conocimientos científicos y técnicos existentes en el momento de la comercialización²⁵⁹.

En la misma línea para Prieto Molinero los “riesgos de desarrollo” son situaciones que se producen cuando ocurre un daño como consecuencia de un defecto que resultaba imposible de ser establecido debido a que el estado de la ciencia y de la

²⁵⁶ Cadwell, Lynton: Integración de la política ambiental y el desarrollo económico, “Rev. Ambiente y Recursos Naturales” vol. I, n° 3, Ed. La Ley, pag. 23 y ss..

Señala que la humanidad se enfrenta a los futuro con tres opciones: 1) la del continuado progreso tecnológico y fracaso en el logro del control proporcional del mismo; 2) la de la regresión tecnológica, al punto de que sus capacidades de control puedan manejar la capacidad tecnológica; 3) la del descubrimiento de formas de superar las barreras actuales hacia una toma de decisión racional y comportamiento controlado.

²⁵⁷ Garrido Cordobera Lidia M. R. Ob cit, Cáp. VI, Ed. Universidad, , pag. 158 y ss

²⁵⁸ Garrido Cordobera Lidia M. R. Responsabilidad por riesgo de desarrollo, en “Bioética, Sociedad y Derecho, Ed. Lena, pag 71 y ss.

²⁵⁹ Salvador Coderch, Pablo, Sole Feliu, Joseph- Brujos y aprendices- Los riesgos de desarrollo en la responsabilidad de productos, Ed. Marcial Pons, pag. 29.

técnica existente al momento de la puesta en circulación sencillamente no daba elementos para conocer o siquiera sospechar, el potencial dañino del producto²⁶⁰. Recordemos que para Parra Lucan la terminología usada de “riesgo” alude a los riesgos de daños como consecuencia del insuficiente desarrollo de la ciencia o de la técnica al momento de la puesta en circulación del producto y según Fagnart la expresión acuñada es desafortunada ya que el desarrollo de la ciencia lejos de constituir un riesgo, permite eliminarlos²⁶¹.

Para Miller este supuesto operaría frente a productos que son considerados inocuos de acuerdo a los conocimientos vigentes al tiempo en que los mismos entran al mercado, pero que se convierten en peligrosos sobre la base de descubrimientos científicos posteriores²⁶².

En Argentina Luis O Andorno considera que con la expresión "riesgo de desarrollo" se hace referencia al “riesgo” como consecuencia del insuficiente desarrollo de la ciencia o de la técnica en el momento en que el producto ha sido puesto en circulación, según se ha señalado en la doctrina europea, de esta manera, los llamados “riesgos de desarrollo” suponen el carácter defectuoso de un producto del que, sin embargo, no se conocía ni se podía conocer su potencialidad dañosa y es posteriormente cuando, una vez causados los daños, los desarrollos científicos y técnicos permiten calificar ese producto como defectuoso²⁶³.

López Cabana y Goldenberg por su parte lo caracterizan como la nocividad que entraña un producto que al tiempo de su introducción al mercado de consumo masivo era considerado inocuo, pero que investigaciones o comprobaciones posteriores ponen de manifiesto su dañinidad²⁶⁴.

Puede observarse que en el Derecho argentino la responsabilidad no se ata estrictamente a la noción de defecto de fabricación y se habla de dañinidad y también de riesgo, lo que creemos nos da mas amplitud²⁶⁵.

²⁶⁰ Prieto Molinero, Ramiro, El riesgo de desarrollo: un supuesto paradójico de la responsabilidad por productos, Ed. Dickinson, .

²⁶¹ Prieto Molinero, Ramiro, El riesgo de desarrollo: un supuesto paradójico de la responsabilidad por productos, Ed. Dickinson, pag., 80.

²⁶² Miller, Maurice A, La responsabilidad civil por productos elaborados en el sistema del Comon Law, LL 143, pag., 558 y ss.

²⁶³ Andorno Luis O, Responsabilidad civil por productos elaborados Ed. Lexis Nexis 1997

²⁶⁴ Goldemberg Isidoro y López Cabana Roberto M, Los riesgos de desarrollo en la responsabilidad del proveedor profesional de productos, JA 1990, I, 917.

Otros autores argentinos como Meza, Boragina y Agoglia dicen que por “riesgo de desarrollo” debe entenderse aquél que no puede ser científicamente conocido por el elaborador al momento del lanzamiento del producto al mercado, llegando a ser descubierto después de su consumo

Meza Jorge, Boragina, Juan Carlos y Agoglia M Martha, Doctrina JA 1997-III-636

²⁶⁵ Garrido Cordobera Lidia M. R. La responsabilidad por riesgo de desarrollo en los productos de consumo, en Responsabilidad Civil Ed. Rubinzal Culzoni. , pag 180 y ss
Pizarro, Ramón Daniel, Responsabilidad civil y riesgo de empresa, T II, pag 352 y ss

Podemos establecer ciertos elementos comunes, la dañosidad del producto no podía ser conocida por el productor al momento de la comercialización debido al estado de la ciencia en ese momento, y que el daño se encuentra en relación de causalidad con el producto, habrá pues que establecer jurídicamente si corresponde la responsabilidad del fabricante o por el contrario algún tipo de excepción por avance de la ciencia, o por considerarlo una situación de fuerza mayor.

Recordemos que La doctrina alemana ha introducido el tema de las denominadas “lagunas del desarrollo” para referenciar a los riesgos que están asociados a un producto pero que resultan inevitables, se sabe que el producto es potencialmente dañino pero se carece de medios para evitar el daño y dado el interés social se autoriza su comercialización; distinguiéndolo de los “defectos del desarrollo”, en los que se ignora el carácter defectuoso del producto y por ello se ignora su carácter dañino²⁶⁶

Ya sostuvimos y reiteramos nuestra posición de que ante las “lagunas del desarrollo”, estamos frente al incumplimiento del deber de informar los efectos secundarios al consumidor y a una responsabilidad en cabeza del Estado por autorizar la circulación del producto en virtud del ejercicio del Poder de Policía²⁶⁷. En el Derecho norteamericano se habla de defectos de distintos tipos: de diseño, de fabricación o de adecuada información²⁶⁸ y que el sistema de Restatement (Third) of Torts : Products Liability en la sección 2da el parámetro o canon de la responsabilidad objetiva limita su aplicación a los defectos de fabricación, y según Salvador Coderch y Sole Feliu “un canon por lo menos próximo a la responsabilidad por negligencia se prevee para los defectos de diseño y los relativos a las advertencias e instrucciones sobre las características y utilización del producto”²⁶⁹.

En nuestra concepción de “riesgo de desarrollo”, nos centramos más en la creación de un riesgo que en la noción de defecto propiamente dicho, y nos inclinamos por de creación de riesgos mas que por la configuración de un defecto²⁷⁰.

²⁶⁶ Salvador Coderch, Pablo –Sole Feliu, Joseph, Brujos y aprendices- Los riesgos de desarrollo en la responsabilidad de productos , Ed. Marcial Pons, pag. 41 y ss.

²⁶⁷ Garrido Cordobera Lidia M. R. La responsabilidad por riesgo de desarrollo en los productos de consumo, en Responsabilidad Civil, Ed. Rubinzal Culzoni. pag 188 y ss

²⁶⁸ Pizarro, Ramón Daniel ,Responsabilidad civil y riesgo de empresa, T II, pag 342 y ss

²⁶⁹ Salvador Coderch, Pablo –Sole Feliu, Joseph, Brujos y aprendices- Los riesgos de desarrollo en la responsabilidad de productos , Ed. Marcial Pons 1999, pag. 81 y ss

²⁷⁰ Podríamos compartir con Prieto Molinero la postura de que el “riesgo de desarrollo” no es un defecto en si mismo, Aunque discrepamos, ya que para él es “una situación determinada dentro de la cual puede producirse un defecto” y en eximir al fabricante en virtud del avance de la ciencia, si compartimos en sostener ambos la necesidad de la implementación de Fondos de Garantía o compensación para los daños de este tipo

Frente a los daños producidos por los “riesgos del desarrollo” cabe reflexionar una vez si estamos frente a un supuesto que genere responsabilidad o no, y esto necesariamente nos vincula al tema de la excepción por el avance de la ciencia y de la técnica y a plantearnos la posible ruptura de la relación de causalidad por constituir un caso fortuito o fuerza mayor.

La concepción que no compartimos, sostiene que aceptar la reparación de éste tipo de daños implica frenar el avance científico, la línea opuesta a la que si adherimos sostiene la reparación de los daños producidos, considerando que deben aceptarse por el empresario los riesgos de introducir un producto en el Mercado y por lo tanto deben indemnizarse las consecuencias dañosas que se han ocasionado.

Nosotros basamos la responsabilidad en factores objetivos de atribución pues consideramos al “riesgo de desarrollo” un riesgo de la empresa o de actividad, y que no revestiría el carácter de caso fortuito extraño a la cosa²⁷¹.

Se han expresado como argumentos medulares en la tesis negativa que al ser este un riesgo atípico no permite adoptar las medidas preventivas, que admitir la responsabilidad por este tipo de daños desalentaría la investigación científica y que se encarecerían los costos de producción que finalmente recaerían en los consumidores.

La réplica acertada ha sostenido que en todo tipo de economía se debe garantizar la inocuidad del producto que se lanza al mercado masivo de consumo, que en el moderno Derecho de Daños la óptica se debe centrar en la víctima no en el actuar del elaborador, que la responsabilidad funciona como un estímulo para el perfeccionamiento y el avance de la industria al alentar los estudios de investigación y calidad, que se estaría reafirmando la función preventiva del Derecho y que no significa un encarecimiento de los seguros sino la real dimensión de los “accidentes” utilizando la terminología de Tunc.

Es interesante que recordemos una vez mas el análisis que realizan los alemanes Schaffer y Ott dada la situación que se da en el Derecho Comparado, concluyendo que el pase de un sistema de la no reparación por aplicarse la excepción del avance de la ciencia a uno donde no prosperare tal excepción, considerando que esto no influiría en la conducta de los empresarios²⁷².

Prieto Molinero, Ramiro, El riesgo de desarrollo: un supuesto paradójico de la responsabilidad por productos, Ed. Dickinson pag. 113

²⁷¹ Garrido Cordobera Lidia M. R. La responsabilidad por riesgo de desarrollo en los productos de consumo, en Responsabilidad Civil, Ed. Rubinzal Culzoni pag 189 y ss

Pizarro, Ramón Daniel, Responsabilidad civil y riesgo de empresa, T II, pag 399 y

ss

²⁷² Schafer y Ott- Análisis Económico del Derecho Ed. Tecnos .

Sin embargo, Fagnart (citado por Prieto Molinero), afirma que los países que suprimieron la excepción por estado de la ciencia estarían violando la lógica de la norma europea; pues “es totalmente contradictorio fundamentar la responsabilidad sobre el defecto del producto tal como está definido en el art. 6 de la Directiva y prever una responsabilidad por riesgos de desarrollo, responsabilidad que es incompatible con la definición de defecto del

Debemos considerar varias cuestiones, la primera es qué se debe entender por avance de la ciencia y de la técnica para que pueda funcionar como causal de no reparación de los daños, con “ciencia” se alude al conjunto de conocimientos teóricos y sistemáticos sobre una porción del conocimiento, principios, reglas y teorías que permiten explicar la realidad y se alude con “técnica” al conocimiento aplicado o sea que pasamos del ámbito que puede ser teórico al práctico, que nos permite comprobaciones empíricas, y en cuanto a la noción de “tecnología” suele decirse que es el conjunto de conocimientos propios de la actividad industrial. La segunda cuestión es el acceso al conocimiento disponible, entendiendo por tal el disponible en el mundo científico, aunque sea una opinión minoritaria, ya que la historia a dado claros ejemplos de posiciones que se consideraban que eran extravagantes o alocadas y resultaron luego en leyes de la física²⁷³. Compartimos la tendencia de imputar la responsabilidad al fabricante y creemos que la “garantía de inocuidad” o mejor la “garantía de seguridad” corresponde a la estructura de todos los mercados, tanto a la de un mercado libre como inclusive a la de economía planificada, esta responsabilidad que sostenemos se corresponde con la noción de Empresa y a la asunción por la misma de los riesgos insitos en la actividad que desempeña²⁷⁴. No compartimos la corriente que lo considera un riesgo imprevisible y atípico²⁷⁵ y que es injusto el hacerlo recaer sobre el fabricante ya que es ingobernable²⁷⁶ e

producto”, agrega que la sociedad no tiene derecho a esperar un nivel de seguridad en tanto éste no pueda ser ofrecido por el estado del conocimiento y llega a preguntarse si el “riesgo de desarrollo” no será, en realidad, una causa de responsabilidad distinta y diferente a la resultante de la puesta en circulación.

²⁷³ En una línea distinta a la nuestra puede consultarse Prieto Molinero, El riesgo de desarrollo: un supuesto paradójico de la responsabilidad por productos, Ed. Dickinson, pag 191 y ss.

²⁷⁴ Siempre hemos sostenido la existencia del riesgo de actividad con base en el criterio objetivo de la creación de riesgos y no en un factor subjetivo

²⁷⁵ Para Mesa, Boragina y Agoglia en el actual sistema de responsabilidad del Código Civil Argentino, cuando la nocividad del producto resultare imprevisible al tiempo de elaborarlo, de ponerlo en circulación o comercializarlo, ninguno de los componentes de la cadena económica respondería frente al damnificado, pues si bien se revelarían como autores materiales del perjuicio, la imprevisibilidad conspiraría contra la posibilidad de considerarlos autores jurídicos del mismo El Riesgo de Desarrollo para estos autores es como una situación fortuita conforme a los principios que gobiernan la causalidad adecuada, pero, desde luego no podrá ser merituado como imprevisible el daño que sobrevenga como consecuencia de una aptitud nociva que revele que la investigación del producto fue insuficiente o inadecuada según las normas científicas y técnicas propias de la época de puesta en el comercio, o de que no se agotaron los pasos previos exigidos por la comunis opinión científica contemporánea al lanzamiento al mercado.

Meza Jorge, Boragina, Juan Carlos y Agoglia M Martha, Doctrina JA 1997-III-636

²⁷⁶ Sin embargo Prieto Molinero por ejemplo centra su argumentación en la inexorabilidad, “sucede algo que va mas allá de la cualquier posibilidad de acción

imprevisible estadísticamente y por ende inasegurable al no poder saberse su dimensión, apoyándose sus sostenedores además en el prurito de que el vicio no estriba en la cosa en sí, sino en el nivel alcanzado por la ciencia y no en las tomas de medida de seguridad del empresario²⁷⁷.

Creemos que para que funcione como eximente de responsabilidad deberá revestir la calidad de caso fortuito o fuerza mayor extraño al producto²⁷⁸ y a la empresa y coincidimos con Benjamín en que “atribuir al consumidor los riesgos del desarrollo, implicaría reintroducir en el ordenamiento, muchos de los elementos indeseables del sistema basado en la culpa, y el público estaría siendo, de hecho, guinea pigs en el proceso de experimentación de producto en el mercado”²⁷⁹.

En cuanto al argumento de estar los dos sujetos “fabricante y consumidor” en igualdad de situación frente al desconocimiento, este es un dato real y habrá entonces que optar por una solución dada desde el Derecho, nosotros consideramos mas justo que el creador del riesgo soporte económicamente el daño, aunque nuestra posición de máxima es la de creación de los Fondos de garantía o compensación y no aceptamos que esto implique un desmantelamiento de la actividad productiva

Sintetizando nuestra opinión podemos decir que el riesgo de su producción o acaecimiento esta en la actividad que se realiza y dentro de ella es previsible y que en el sistema argentino el fabricante respondería por darse la relación de causalidad adecuada (art. 906 C.C. Argentino), cabe incluirlo como ya lo hemos dicho en la obligación de seguridad del Art. 1198 del C.C. Argentino y en el riesgo de actividad cuyo soporte legal lo hallamos en el art. 1113 2da parte del mismo

y que afecta por lo tanto la relación de causalidad” y contra los argumentos de que estamos frente a un hecho interno y no externo, sostiene que esta distinción se presenta como un artificio jurídico y que esto no va a quitar que el fabricante se enfrenta al limite invencible del saber de su tiempo y que tanto este como el consumidor, son prisioneros de su propio tiempo, y que el fabricante no cuenta con los medios reales para intervenir y evitar el resultado dañoso

Prieto Molinero, Ramiro, El riesgo de desarrollo: un supuesto paradójico de la responsabilidad por productos, Ed. Dickinson. pag. 114

²⁷⁷ Morello, Augusto, “Los daños por los productos elaborados en el Derecho Español”, J. A. 1987.

Situándonos específicamente en los productos farmacéuticos y químicos decimos que existe un riesgo típico y que ningún productor puede alegar desconocer y que es justamente la existencia de tales riesgos, aunque pueda desconocerse su dimensión hasta que éstos se consoliden

²⁷⁸ Para Goldenberg y López Cabana para que actúe como eximente de responsabilidad deberá revestir la calidad de caso fortuito o fuerza mayor extraño al producto y a la empresa y no implicaría caso fortuito eximente, la communis opini sobre la inocuidad del producto, si posteriores conocimientos científicos comprueban su dañosidad.

²⁷⁹ Benjamín, Antonio, J.A., 1993-II-913.

cuerpo legal, también se debe tener presente la Ley de Protección al Consumidor donde no hay que perder de vista los arts 5,6, 37 y 40, 40 bis, 49, 52 y 52 bis de dicha normativa²⁸⁰, y cuando se nos presente el supuesto de imposibilidad de determinar la real fuente o autor del daño por estar frente a la presencia de un grupo de fabricantes, (lo que ha ocurrido en la experiencia Americana) creemos que podrá operar la responsabilidad colectiva del Art. 1119 o bien se podrá aplicar la teoría del Market share o participación en el Mercado²⁸¹.

Como se observa los factores de atribución de responsabilidad por “riesgo de desarrollo” son objetivos y no subjetivos, no creemos que por ser diversos (garantía, riesgo) pueda hablarse de confusión sino de diversas hipótesis o casos. Por todo lo desarrollado es que sostenemos que el daño producido por el “riesgo de desarrollo” es un daño resarcible, que debe ser indemnizado, que no existe una ruptura de la relación de causalidad y que el tiempo de manifestación del daño es lo que debe ser tenido en cuenta por lo que juega la consolidación de los daños y no puede operar la prescripción contada desde la adquisición o consumo del producto²⁸².

Lo consideramos un daño injusto y como tal no debe ser soportado por la víctima inocente cuya única conducta “culpable” ha sido la de creer en lo que le decían de la inocuidad o no peligrosidad de un producto, para este sujeto el daño es un daño individual pero creemos que también es un daño colectivo que afecta a la sociedad toda y ante la posible inexistencia o insolvencia de los fabricantes, es que hemos propuesto como alternativa la operatividad de los Fondos de Garantía o compensación para que se satisfaga de algún modo la reparación²⁸³.

Frente a este tipo de daños y frente a otros, es una realidad que no podemos asistir al espectáculo diario de ver que las reparaciones de los daños lleguen

²⁸⁰ Con las modificaciones y agregados de la Ley 26361

²⁸¹ Garrido Cordobera, L M R - Cordobera G de Garrido, Rosa La responsabilidad por participación en el mercado (MARKET SHARE) en La responsabilidad, Libro Homenaje a Isidoro Goldenberg, Ed Abeledo Perrot. pag 359 y ss
Ponencia realizada por Aída Kemelmajer de Carlucci a la Jornadas Rioplatenses (Revista Jurídica de San Isidro, n^{ro}. 24, enero-junio de 1988, pág. 134),

²⁸² Aquí nos hemos enfrentado con un dilema, la seguridad jurídica que brinda el instituto de la prescripción y la necesidad de tener presentes las características propias de este tipo de daños y sus consecuencias irreversibles, no sólo para el consumidor sino muchas veces para su descendencia. Creemos firmemente que deben ser siempre indemnizables estos graves daños aún pasando los plazos legales más largos, por lo que hemos planteado a nivel teórico la discusión de la intemporalidad o imprescriptibilidad

²⁸³ Coinciden Goldenberg y López Cabana en los siguientes términos

“Habrán de buscarse remedios solidaristas, como los seguros forzosos y la estructuración de fondos de garantías, trasladándose a los costos finales de los productos, con el ánimo de dar soluciones rápidas a los damnificados y evitar la insolvencia o imposible identificación de los responsables, que genera la insatisfacción del damnificado consumidor o usuario destinado a soportar los daños injustamente sufridos”.

tarde para cumplir sus fines de garantía, o que queden daños sin ser reparados y es por eso que bregamos por la instalación de estos sistemas de fuente colectiva de reparación, ya que la certeza de que la víctima será reparada viene también de la mano de institutos tales como el seguro y los Fondos de Garantía²⁸⁴. Reiteramos que la cuestión de los riesgos de desarrollo interesa al Derecho por los daños irreversibles y masivos que puede producir y que nos enfrenta a un problema de política legislativa con trasfondo ético el de decidir quien soportara el daño si la víctima o el fabricante que actuó limitado con el saber de su tiempo. Nosotros creemos firmemente que las víctimas no pueden ser sacrificadas en aras del avance de la ciencia, pues esto no se comparece ni con las nociones de desarrollo sustentable, calidad de vida y menos aún con los derechos del hombre, además recordemos que generalmente se está poniendo en juego a las futuras generaciones representadas por la descendencia (los autores que se dedican a Bioética hablan de la degradación genética).

4. Tratamiento de la cuestión en Europa y Argentina,

Podemos sintetizar que la respuesta del derecho europeo al problema planteado se ubica en tres niveles: 1- el de la prevención con la exigencia de la seguridad de los productos, 2- el de la responsabilidad civil de los fabricantes de productos que hayan causado daños corporales y, 3- el establecimiento de indemnización a las víctimas mediante el sistema de garantías.

Conforme a Directiva 95/2001 de Seguridad de los productos se entiende por producto seguro cualquier producto que no presente riesgo alguno o únicamente riesgos mínimos compatibles con el uso del producto y que sean considerados admisibles dentro del respeto de un nivel elevado de protección²⁸⁵.

Un producto se considerara seguro cuando cumpla las normas comunitarias específicas o si no existen, las nacionales y entre las pautas a ser tenidas en cuenta se mencionan los códigos de buena conducta en materia de salud y seguridad, la situación de los conocimientos o la técnica y la seguridad que razonablemente los consumidores puedan esperar.

Los productores deberán proporcionar al consumidor la información adecuada que le permita evaluar los riesgos inherentes al producto, cuando estos no sean inmediatamente perceptibles y se establece que deberan tomar las medidas apropiadas consistentes por ejemplo en retirar los productos del mercado, advertir a los consumidores, recuperar los productos etc.

Los distribuidores también deben cumplir la obligación general de seguridad, participar en la vigilancia, y proporcionar la documentación necesaria para permitir la rastreabilidad de los productos.

Se establece el deber para ambos de informar de inmediato a las autoridades competentes si determinan que un producto es peligroso.

²⁸⁴ Garrido Cordobera Lidia M. R. Los daños colectivos y la reparación Ed. Universidad, pag 85 y ss

²⁸⁵ Un ejemplo de su aplicación lo encontramos en la prohibe hasta el 2010 de juguetes y artículos para bebés que contengan ftalatos en el PVC, afectan hígado, riñones y pulmones

Con respecto al tema de la responsabilidad por productos recordemos que la Directiva 374/85 se aplica a los bienes muebles producidos industrialmente, estén o no incorporados a otro bien mueble o inmueble, y que la Directiva 34/99 amplió el ámbito de aplicación a las materias primas agrícolas (tales como la carne, los cereales, las frutas y las legumbres) y a los productos de la caza para evitar cualquier posibilidad de excepción.

Esta modificación contribuyó a aumentar el grado de protección de los consumidores y a devolverles la confianza en la seguridad de los productos agrícolas al alentar a los productores y a los importadores a respetar estrictamente las normas y las medidas de protección aplicables y a adoptar una actitud responsable con respecto a las materias primas agrícolas.

La Directiva establece el principio de la responsabilidad objetiva del productor en caso de daños causados por los defectos de sus productos (si varias personas son responsables del mismo daño, la responsabilidad será solidaria), en ella se entiende por productor no solo al productor en sentido estricto sino a toda persona que participa en el proceso de producción, abarcando al importador del producto defectuoso, a aquel que se presente como productor poniendo su nombre, marca o cualquier otro signo distintivo en el producto y a toda aquella persona que suministra un producto cuyo fabricante no puede ser identificado. En lo pertinente a la carga de la prueba, la víctima debe demostrar la existencia del daño, el defecto del producto, la relación de causalidad entre el daño y el defecto y dado el marco de la responsabilidad sin culpa que prevé la Directiva, no es por tanto necesario probar la negligencia o la culpa del productor o del importador.

Un producto es defectuoso cuando no ofrece la seguridad a la que una persona tiene legítimamente derecho, el carácter defectuoso del producto se aprecia en función de la presentación del producto, del uso razonable del mismo, y la fecha de puesta en circulación, aclarándose que la puesta en circulación de un producto más perfeccionado no puede tenerse en cuenta para la determinación del carácter defectuoso del producto de que se trate.

En cuanto a la exoneración de la responsabilidad del productor se dice que este no será responsable si demuestra: que no ha puesto el producto en circulación, que el defecto que ha causado el daño ha aparecido después la puesta en circulación, que el producto no ha sido fabricado para una venta de la que él obtendrá un beneficio, que el producto no se ha fabricado ni distribuido en el ámbito de su actividad profesional, que el defecto se debe a que el producto se ajusta a normas imperativas dictadas por los poderes públicos, que en el momento en que el producto se puso en circulación el estado de los conocimientos científicos y técnicos no permitían descubrir la existencia del defecto (sobre último supuesto, los Estados miembros pueden autorizar excepciones) que, en el caso del fabricante de una parte integrante del producto final, el defecto sea imputable al diseño del producto a que se ha incorporado o a las instrucciones dadas por el fabricante del producto. Como se ve admite expresamente la "excepción por avance de la ciencia" frente a los supuestos de "riesgo de desarrollo".

Son daños cubiertos por la Directiva los daños causados por muerte o lesiones corporales y causados a una cosa de uso o de consumo privados distinta del producto defectuoso, con deducción de una franquicia (500 ecus).

La Directiva no se aplica a los daños resultados de accidentes nucleares cubiertos por convenios internacionales ratificados por los Estados miembros, pero cabe señalar que la Directiva no restringe en modo alguno la reparación de los daños morales prevista en las legislaciones nacionales. .

En cuanto a la expiración de la responsabilidad, la víctima dispone de un plazo de tres años para solicitar la reparación de los daños a partir del momento en que ha tenido conocimiento del daño, del defecto y de la identidad del productor y la responsabilidad del productor expira tras diez años a partir de la fecha en la que el productor puso el producto en circulación, pero su responsabilidad no puede quedar limitada o excluida, con relación al perjudicado, por virtud de cláusulas limitativas de la responsabilidad, esto no afecta a las disposiciones nacionales en materia de responsabilidad contractual y extracontractual, por lo que el perjudicado puede hacerlas valer.

En España es de aplicación el Real Decreto Legislativo 1/2007 texto refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y usuarios, en cuyo Libro III dividido en tres capítulos encontramos como principio general que los productores²⁸⁶ serán responsables de los daños causados por los defectos de los productos que fabriquen o importen (art 135), estableciendo también la responsabilidad del proveedor²⁸⁷, el art 137 nos brinda el concepto legal de producto defectuoso como aquel que no ofrezca la seguridad²⁸⁸ que cabría legítimamente esperar, teniendo en cuenta todas las circunstancias y especialmente su presentación y uso razonablemente previsible del mismo y el momento de su puesta en circulación, considerándose producto a todo bien mueble así como al gas y a la electricidad.

El Art 140 establece las causas de exoneración de responsabilidad, estableciendo en el inc e) la excepción en virtud del estado de los conocimientos científicos y técnicos, pero cabe aclarar que el parr 3 consiga que en caso de medicamentos, alimentos o productos alimentarios destinados al consumo humano, los sujetos responsables no podran invocarlo.

En cuanto al monto indemnizatorio se establece como responsabilidad civil global frente a muerte y lesiones personales causadas por productos idénticos que presenten el mismo defecto tiene como limite la cuantía de 63.106.270,96 Euros. La responsabilidad podrá reducirse o suprimirse en función de las circunstancias del caso si el daño causado fuera debido conjuntamente a un defecto del producto y la culpa del damnificado o de una persona por la que este deba responder civilmente (Art.145).

²⁸⁶ El art 5 define a productor sin perjuicio de lo dispuesto en el art 138.

²⁸⁷ En el art .146 establece su responsabilidad pero solo cuando haya suministrado a sabiendas de la existencia del vicio el producto. Nosotros no compartimos esta solución

²⁸⁸ El art 11 establece el deber general de seguridad.

En el derecho argentino con la sanción el 22 de septiembre de 1993 de la ley 24240 de Defensa del Consumidor²⁸⁹, nuestro país se incorporó al grupo de naciones que han puesto la atención en la protección de los consumidores de bienes y servicios, si bien había sufrido el veto presidencial del art 40 en lo atinente a la responsabilidad de la cadena de comercialización, esta situación fue saneada por ley 24.499 y recientemente la Ley ha recibido una nueva modificación en el 2008 por la Ley 26361 que establece por ejemplo la aplicación al *bystander*, incorpora los daños punitivos en el art 52 bis, establece el trato digno, la reciprocidad entre la formación del contrato y la rescisión, el efecto de cosa juzgada en las acciones de incidencia colectiva.

El art 1 entiende como comprendidas a las personas físicas o jurídicas que adquiera bienes en forma gratuita u onerosa para su consumo final o de su grupo familiar o social, incluyéndose a quien sin ser parte de una relación de consumo esta expuesto a ella.

El deber de informar surge expresamente del Art. 4º²⁹⁰ en cabeza del proveedor y debe ser clara, cierta y detallada, debiendo ser gratuita y con la claridad necesaria que permita su comprensión de la dice: adquiriendo vital importancia para la protección del consumidor no solo en la etapa precontractual, sino sobre todo a través de informaciones especiales en: productos o servicios peligrosos (art.6º), productos deficientes o reconstituidos (art.9) y servicios de reparación (art.21).

La Obligación de seguridad esta consagrada en los Arts. 5 y 6 de la Ley 24.240, ya que el sentido de las normas es garantizar que quien adquiere un producto o servicio no sufra daños por el uso de la cosa adquirida o el servicio contratado.

El art.5º establece expresamente bajo el nombre Protección al Consumidor que las cosas o servicios deben ser suministrados o prestados en forma tal que utilizados en condiciones previsibles o normales de uso no presenten peligro alguno para la salud o integridad física de los consumidores o usuarios

En el artículo siguiente se reafirma la protección estableciéndose que las cosas o servicios cuya utilización pueda suponer un riesgo para la salud o la integridad física de los consumidores deben comercializarse observando los mecanismos, instrucciones y normas establecidas o razonables para garantizar la seguridad de los mismos.

Decíamos que con reinstalación del art 40²⁹¹ consagra la responsabilidad objetiva y solidaria de toda la cadena de comercialización, estableciendo como

²⁸⁹ Con la reforma constitucional en 1994 dicha protección llega a su máxima expresión

²⁹⁰ La ley anterior establecía “**Información.** Quienes produzcan, importen, distribuyan o comercialicen cosas o presten servicios, deben suministrar a los consumidores o usuarios, en forma cierta y objetiva, información veraz, detallada, eficaz y suficiente sobre las características esenciales de los mismos”,

²⁹¹ “ Responsabilidad: 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 vendedor y quien haya puesto su marca en la cosa o servicio. La responsabilidad es solidaria sin perjuicio de las acciones de repetición que correspondan. Solo se liberará total o parcialmente quien demuestre que la causa del daño le ha sido ajena”

única causal para eximirse, el deber de probar que la causa del daño le ha sido ajena; con excepción del transportista quien podrá liberarse si prueba que el daño no se produjo en ocasión del transporte. Y ella es a nuestro modo de ver una de las normas mas importantes, aunque la solución idéntica era viable por la aplicación de los arts 1119 , 1198 y 1113, 2do parr. del Código Civil

Los miembro de la cadena se podrán liberar “probando que la causa les ajena..”, creemos que esto, sólo puede entenderse como que podrá probar que la causa le es ajena, probando la ruptura del nexo causal en alguna de las formas establecidas en el Art. 1113 2º párrafo (ya sea mediante culpa de la víctima, culpa de un tercero por quien no se debe responder o caso fortuito o fuerza mayor externo.

El art 40bis establece lo que denomina daño directo como aquel que se sufre de manera inmediata sobre los bienes o la persona y el limite de 5 canastas basicas para un hogar categoria 3 ²⁹² .

Creemos importante la inclusión de los daños punitivos en el art 52 bis independientes de cualquier otra indemnización que corresponda, se establecerán por el juez a instancia del damnificado y en su beneficio, pero no podrá superar el limite de 5 millones de pesos, extremo que no compartimos por considerar que puede llegar a ser una suma irrisoria para una gran empresa²⁹³, el mismo se graduara en función de la gravedad del hecho y de las demás circunstancias y creemos que se completa con los criterios del art 49 (perjuicio, posición en el mercado, cuantía del beneficio obtenido, gravedad de los riesgos o perjuicios sociales y su generalización, reincidencia)..

Vemos que frente a la “excepción del avance de la ciencia”, la modificación de la Ley de defensa al consumidor nada dice, y nosotros continuamos sosteniendo que existe en nuestro derecho la responsabilidad por “riesgo de desarrollo”, siendo plenamente aplicable el art 40 en defensa de los interesas de los consumidores.

5. Importancia de la faz preventiva

Creemos que el evitar la consolidación de los daños debe ser la guia en el actual Derecho de daños, y ellono debe ser meramente una declaración de principios vacía de contenidos u operatividad, a tal fin consideramos muchas veces que el Juez por ejemplo debe cumplir no solamente con la dilucidación de resolver el conflicto planteado sino que además puede ordenar medidas a fin de evitar la prosecución de nuevos daños sin que ello implique menoscabar el debido proceso²⁹⁴ .

De Cupis ya señalaba que entre los fenómenos jurídicos que se unen al daño podíamos encontrar a la prevención²⁹⁵ pero podemos decir que en los últimos

²⁹² Este articulo ha recibido varios comentarios adversos ver Reformas a la Ley de defensa al consumidor , Dtor Roberto Vázquez Ferreira, Ed La Ley

²⁹³ Para una Pyme puede se gravosa y hasta ruinoso pero para la filial de una Multinacional no tener ningun carácter disuador de futuras acciones antisociales.

²⁹⁴ Podemos citar en esta linea Aguiar, Enoch, Hechos y Actos jurídicos, T IV, Ed Tea, pag 172 yss

²⁹⁵ De Cupis, Adriano, el Daño, pag 572 y ss Ed Bosch

tiempos se le ha reconocido su real importancia en el Derecho de daños como derivación del principio “alterum non laedere” .

Este autor destaca que desde el punto de vista de la víctima no puede negarse que la prevención del daño sea preferible a su represión, ya que a través del resarcimiento el daño no se elimina del mundo de los hechos sino que se busca solo restaurar el equilibrio de intereses comprometidos.

En este terreno de la prevención de los daños es sumamente importante el rol que debe cumplir el Estado en virtud del poder de policía conforme lo hemos venido sosteniendo²⁹⁶, sobre todo en una sociedad como la actual.

En materia de Derecho Civil el agregado al art 2499²⁹⁷ de la ley 17711 del año 1968 nos permite plantear la prevención de los daños²⁹⁸ mediante lo que se conoce como acción de daño temido o tutela inhibitoria²⁹⁹, acción ejercida por quien teme de que de una cosa derive un daño.

Nosotros somos partidarios de una lectura amplia de este artículo a fin de lograr la protección efectiva del derecho a no ser dañado ni en la persona ni en los bienes.

Morello señala con agudeza que el enlace interdisciplinario de lo social y lo económico con lo jurídico, necesariamente debe ensamblarse en una técnica preventiva del daño³⁰⁰. Sostiene entre otras ideas que hay que prevenir, impedir o hacer cesar la existencia o el acrecentamiento de perjuicios en el tráfico de masa, buscando preservar siempre al consumidor dañado en su persona o sus bienes.

El proyecto de reformas de 1998 establecía en su artículo 1585 que toda persona tiene el deber de evitar causar un daño, de optar de buena fe, conforme a las circunstancias las medidas razonables para evitar que se produzca un daño o disminuir su magnitud, y de no agravar el daño si ya se ha producido y el artículo siguiente considera que el Tribunal tiene atribuciones para disponer las medidas tendientes a evitar la producción del daño futuro.

Hoy además la tutela preventiva tiene base constitucional explícita en el art 43 que habilita a interponer el amparo contra los actos de particulares o autoridades que en forma actual o inminente lesionen, restrinjan, alteren o amenacen derechos y garantías reconocidos en la Constitución. Recordemos una vez más el efecto

²⁹⁶ Garrido Cordobera Lidia M R, El rol del estado en el Derecho de daños, Rev de UCES.

Es importante todas las normas y reglamentaciones que el estado dicta en materia de seguridad alimentaria y de los productos .

Garrido Cordobera Lidia M R, Los daños colectivos y la reparación, cap V Ed Universidad pag 117 y ss

²⁹⁷ Para Mosset Iturraspe implica la derogación del art 1132 mientras que para otros autores solo de su 2da parte.

²⁹⁸ Garrido, Roque F y Andorno Luis O, Reformas al Código Civil , Ed Zavalia

²⁹⁹ Lorenzetti, Ricardo Luis, La tutela civil inhibitoria, LL 1995-1218.

Llamas Pombo, Eugenio, La tutela inhibitoria del daño, (la otra manifestación del derecho de daños) en RCyS 2002

³⁰⁰ Morello Augusto M, el Derecho de daños en la actual dimensión social, en Derecho de Daños T1, Ed la Rocca, pag 218.

disuasivo de la sanción de conductas socialmente reprochables³⁰¹ y debemos mencionar también la aplicación de los punitivos como disuador de conductas antisociales³⁰², como ya lo hicieramos en varios trabajos desde 1989, con respecto a este instituto³⁰³ el proyecto de 1998 lo preveía expresamente bajo el nombre de multa civil en su art 1587³⁰⁴ y actualmente la ley 26361 que reforma la Ley de protección al Consumidor Argentina en su art 52 bis lo establece, creemos que es una oportunidad perdida ya que si bien aplaudimos al incorporación de los punitivos no compartimos la limitación³⁰⁵ y además al no establecer claramente cuales son los criterios de aplicación³⁰⁶ motiva críticas y dudas.

En materia de consumo las medidas preventivas en principio se ejercen a través de autorizaciones, controles, y frente al peligro del daño de decomiso de los productos y retiro de los bienes del mercado.

Frente al supuesto de “riesgo de desarrollo”, una vez establecida la causa del daño veremos que el origen del daño pasa a ser conocido y por lo tanto deberá actuarse a fin de evitar futuros daños de igual naturaleza y con respecto a los consolidados sobre los cuales no se han tomado las medidas preventivas solo cabe plantear como lo hemos sostenido la responsabilidad por esos daños.

6. El principio precautorio y los riesgo de desarrollo

Teniendo en cuenta la gravedad de los daños tecnológicos es que desde los años 70 en Alemania y a fines del 80 en el ámbito internacional se comienza a invocar este principio de precaución³⁰⁷, que opera ante la sospecha fundada de que determinados daños puedan ocurrir como consecuencia por ejemplo de la ingesta

³⁰¹ Tengamos presentes las opiniones de Andre Tunc y Genevive Viney .

³⁰² Pizarro, Ramon Daniel, Los Daños punitivos , en Derecho de daños T 2 Ed La Rocca

Garrido Cordobera Lidia M R, Bioética, la actividad industrial, los criterios económicos, la salud y el derecho de daños en, Salud, Derecho y Equidad, homenaje a Gladys Mackinson, obra colectiva, Ed. AH- HOC

Garrido Cordobera Lidia M R La actividad industrial y riesgo de actividad, en Avances de Investigación en Derecho y Ciencias Sociales págs. 105y ss

³⁰³ Trigo Represas coincide con Pizarro en que no existe obstáculo en que una ley pueda autorizar puniciones pecuniarias en caso de graves inconductas.

³⁰⁴ Multa civil: El Tribunal tiene atribuciones para aplicar una multa civil a quien actua con grave indiferencia respecto de los derechos ajenos o de los intereses de incidencia colectiva . su monto se fija tomando en consideración las circunstancias del caso, en especial los beneficios que aquel obtuvo o pudo haber obtenido con su conducta y tiene el destino que le asigne el tribunal por resolución fundada.,

³⁰⁵ Repetimos lo dicho al tratar el tema.

³⁰⁶ Los encontramos en el art 47 de LPC.

³⁰⁷ Son condiciones de su aplicación: la situación de incertidumbre con respecto del riesgo (riesgo potencial) la evaluación científica (esto impide actitudes irracionales ante lo innovador, se da la existencia de informes científicos o técnicos muchas veces contradictorios) y la posibilidad de consolidar un daño grave e irreversible (protección de la salud y la vida, el medio ambiente).

o el uso de un producto, este principio persigue una mayor seguridad ante los riesgos potenciales de ciertas actividades.

Podemos decir que lo que nuclea al principio de precaución es la idea fuerza de la seguridad ante los daños, y la diferencia con la prevención radica en que funciona aun cuando la relación causal entre el daño y una tecnología no ha sido aun científicamente comprobado de modo indubitable, es un riesgo potencial; mientras que en la segunda esta situación ya es conocida y solo cabe la duda de la producción en cada caso concreto, se esta aquí frente a un riesgo actual.

Como vemos y lo señalan muy bien Goldenberg y Caferatta la precaución y los riesgos de desarrollo comparten un origen común que sería una evaluación de riesgos basada en la información científica y estadística disponible en determinado momento, pero sus efectos son distintos³⁰⁸.

El principio de precaución es un término bastante difícil de definir, sin embargo se lo puede conceptualizar como "la actitud que debe observar toda persona que toma una decisión concerniente a una actividad de la que se puede razonablemente esperar que implicará un daño grave para la salud o la seguridad de las generaciones actuales o futuras o para el medio ambiente"(Kourilsky, Viney).

Kemelmajer considera que el principio de precaución se aplica en todo aquello que suponga resguardar derechos humanos y lleva a privilegiar la hipótesis de que suceda un daño irreversible aunque sea a largo plazo³⁰⁹.

En nuestro país ha sido recepcionado expresamente por la Ley 25.675 del 2002, conocida como Ley General del Ambiente, además cabe señalar que con la Reforma Constitucional al incorporarse los Tratados con rango constitucional y consagrarse en el art. 41 un derecho al medio ambiente sano y a la calidad de vida y en el art. 42 los derechos de los consumidores, tiene plena vigencia e importancia la discusión de los daños que puedan ocasionarse en virtud del riesgo de desarrollo y su cruzamiento con el principio de precaución³¹⁰.

Sin embargo autores como Pietro Molinero, consideran que aceptarlo implicaría lisa y llanamente la negación de la excepción por riesgo de desarrollo o avance de la ciencia, en su criterio la propia noción de riesgo de desarrollo queda en jaque pues apenas una actividad sea considerada como sospechosa ya equivaldría a establecer la defectuosidad del producto y una consecuente responsabilidad o aun peor, que la abstención de la comercialización por razones de precaución podría llevar al fin de la puesta en circulación de productos innovadores³¹¹.

Dado que hemos sostenido la responsabilidad en virtud del riesgo de desarrollo y no su eximición, no podemos compartir tal argumento y creemos que estamos frente a creadores de riesgos que deben hacerse responsables por la actividad

³⁰⁸ Trigo Represas, Félix y López Mesa, Marcelo, Tratado de la Responsabilidad civil T. IV. Ed La Ley, escrito por Goldenberg, Isidoro y Caferatta, Néstor, pag. 492

³⁰⁹ Kemelmajer de Carlucci, Aída, Determinación de la filiación del clonado, en JA 2001, n12.

³¹⁰ Cozzi, Eugenio H, El principio de precaución. Las patentes de invención y la responsabilidad civil Ed. Ad Hoc, Monografías Derecho civil.

³¹¹ Prieto Molinero, Ramiro, El riesgo de desarrollo: un supuesto paradójico de la responsabilidad por productos, Ed. Dickinson, pag. 414 yss

que desempeñan, y que cumplir con el principio de precaución jamás implicaría un cese en el avance tecnológico, sino el manejo de una tecnología más segura para los consumidores.

Roberto Andorno, destaca que la aplicación lisa y llana del principio de precaución al derecho civil francés de la responsabilidad parece por ahora excesiva a menos que se repensara totalmente el sistema de reparación de daños, y recuerda los dichos de Viney con referencia a que la teoría del riesgo creado ya aportaría por el momento la protección necesaria, aclarando que esto no obsta a que en un futuro pueda acentuarse la necesidad de brindar una protección aun mayor a la comunidad cubriendo los riesgos potenciales³¹².

Una de las cuestiones más discutidas entre los autores es la de determinar el sujeto destinado a observarlo, si es aplicable directamente sólo al Estado e indirectamente a los particulares mediante las reglamentaciones que éste dicta o también de modo directo debe ser observado por los particulares, por ejemplo los fabricantes de productos medicinales

Hay que evaluar la magnitud de los riesgos posibles y en función de ellos adoptar las medidas tendientes a eliminar o a reducir los daños, esto necesariamente lleva al tema del deber de información que debe ser brindado al consumidor para que pueda decidir libremente³¹³.

7.Colofón

No reconocer la reparabilidad del daño y la responsabilidad en virtud del “riesgo de desarrollo” es negar la verdadera razón de ser del Derecho que es la protección del ser humano, no podemos olvidar bajo ningún pretexto lo imperativo del Principio General del “*alterum non laedere*” con base constitucional en nuestro art. 19³¹⁴.

Tampoco podemos desconocer la incorporación de los tratados internacionales, ni la existencia de la normativa ambiental y la Ley de Protección al Consumidor, hacer caso omiso de ellos darles una lectura restrictiva es contrariar los fines del derecho mismo.

³¹² Andorno Roberto , El principio de precaución, un nuevo standart jurídico para la era tecnológica, LL 2002, D ,1328

³¹³ Una manifestación la encontramos en el etiquetado de los productos transgénicos o genéticamente modificados.

³¹⁴ Necesariamente se relaciona ante los nuevos supuestos dañosos con lo establecido en los art. 15 y 16 de Código Civil Argentino,

Responsabilidad por riesgo de desarrollo. Aproximaciones de la jurisprudencia argentina.

Por Lidia M. R. Garrido Cordobera y Sergio Sebastián Barocelli

I. El desarrollo como punto de tensión del derecho de daños.

Las profundas transformaciones sociales, culturales, económicas y políticas por las que han atravesado y atraviesan las sociedades de nuestro tiempo han obligado a pensar y repensar nuevas situaciones en el campo de lo jurídico³¹⁵. Hemos sostenido que muchas de estas actividades innovadoras pueden ser potencialmente fuente generadora de daños, y que el derecho debe adecuarse a estas nuevas realidades y comprender que temas como los riesgos que puede provocar la nanomedicina, con sus "máquinas" moleculares inobservables, el uso en seres humanos de "células madre"³¹⁶, los Transgénicos son como antaño el desafío planteado por el daño ambiental, el producido por medicamentos, pudiendo generar un "daño injusto" que pugna por su reparación. Hay que distinguir como lo hacemos siempre los "riesgos del desarrollo" que abarca esta serie de situaciones descritas y que son presentadas día a día en virtud del avance tecnológico y científico de la humanidad y que hoy nos enfrenta al desafío del desarrollo sustentable³¹⁷ del concepto técnico de "riesgo de desarrollo".

En otras oportunidades hemos conceptualizado al "riesgo de desarrollo" como aquellas consecuencias dañosas que son desconocidas con la utilización de las técnicas científicas idóneas al momento de su producción en masa, autorización para el consumo y comercialización, pero que luego, con el avance de las técnicas y de la ciencia se descubre que ciertos daños son la consecuencia directa de la utilización de dicho producto³¹⁸.

Referenciábamos generalmente a productos como alimentos, medicamentos, prótesis, tecnología, o ciertas actividades riesgosas como las transfusiones sanguíneas, actividades industriales o comerciales de alto impacto ambiental, como algunos de los ejemplos en donde se han vislumbrado situaciones en las que puede plantearse la responsabilidad.

Entendimos siempre, y he allí una toma de posición frente a la cuestión, que "el riesgo de desarrollo" no debe constituirse como un eximente de

³¹⁵ La estandarización de las transacciones, las constantes nuevas producciones científicas y tecnológicos, la masificación del consumo de productos elaborados, entre otras circunstancias han generado nuevos desafíos en materia de daños.

³¹⁶ GARRIDO CORDOBERA, Lidia - KUNZ, Ana, *El derecho de daños ante las innovaciones científicas y tecnológicas*, Sup. Act 15/08/2006, 2

³¹⁷ GARRIDO CORDOBERA, Lidia *El derecho de daños frente a la cuestión ambiental*, Rev de Legislación y Jurisprudencia 2006 N4 Ed Reus

³¹⁸ GARRIDO CORDOBERA, Lidia M. R., *La responsabilidad por riesgo de "desarrollo"*, Sup. Act 23/05/2006, 1 GARRIDO CORDOBERA, Lidia M. R. *La responsabilidad por riesgo de "desarrollo" en materia de productos de consumo*, en Responsabilidad Civil, Homenaje a Francois Chabas, Ed Rubinzal-Culzoni

responsabilidad³¹⁹, sino que los proveedores³²⁰ de bienes y servicios deben aceptar los riesgos de introducir un producto o servicio en el mercado y por lo tanto deben indemnizarse las consecuencias dañosas que se han ocasionado. Hemos sostenido que las víctimas no pueden ser sacrificadas en aras del avance de la ciencia, pues esto no se compara ni con las nociones de desarrollo sustentable o calidad de vida y menos aun con los derechos humanos³²¹ sobre todo teniendo presente los diferentes pronunciamientos de nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación, que han sostenido la jerarquía constitucional del derecho a la reparación. partiendo desde el clásico precedente “Santa Coloma”, hasta el más reciente “Aquino”³²².

Este instituto que nos ocupa ha preocupado siempre a la doctrina nacional³²³ y no encuentra una consagración expresa en nuestro ordenamiento positivo. Pese a lo antedicho aun hoy es materia de discusión la cuestión de la atribución de responsabilidad al productor por riesgo de desarrollo y los alcances de una reparación plena, extremos que no alcanzan absoluta coincidencia en el mundo³²⁴ y plantean arduas discusiones doctrinarias³²⁵.

³¹⁹ La Directiva del Consejo 85/374/Comunidad Económica Europea del 25/7/85, estableció en su artículo 7 inciso e, que el productor de productos elaborados no será responsable si prueba 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. No obstante, dejó en libertad a los Estados miembros para decidir sobre esa causal de exoneración. La mayoría de los países europeos han aceptado la eximente, en tanto algunos (Finlandia, Luxemburgo y Noruega) la han rechazado.

PRIETO MOLINERO, Ramiro, *El riesgo de desarrollo: un supuesto paradójico de la responsabilidad por productos*, Ed. Dickinson,

³²⁰ En el presente trabajo utilizamos el término proveedor en sentido amplio, de conformidad con la nueva redacción del artículo 2º de la Ley N° 24.240, como “...toda persona física o jurídica de naturaleza pública o privada, que desarrolla de manera profesional, aun ocasionalmente, actividades de producción, montaje, creación, construcción, transformación, importación, concesión de marca, distribución y comercialización de bienes y servicios, destinados a consumidores o usuarios.”

³²¹ GARRIDO CORDOBERA, Lidia M. R., *La responsabilidad por riesgo de "desarrollo"*, Sup. Act 23/05/2006, 1

³²² PIZARRO, Ramón D., *La Corte consolida la jerarquía constitucional del derecho a la reparación (primeras reflexiones en torno a un fallo trascendente y a sus posibles proyecciones futuras)*, Sup. Especial La Ley 2004 (setiembre), 5 - Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales Tomo I, 529.

³²³ GOLDENBERG, Isidoro LOPEZ CABANA, Roberto, *Los riesgos de desarrollo en la responsabilidad del proveedor*, JA 1990,I,917, GOLDENBERG, Pablo, *Los riesgos del desarrollo (Un supuesto especial de responsabilidad por productos elaborados)*, LA LEY 1996-E, 927, MÁRQUEZ, José Fernando - MOISSET DE ESPANÉS, Luis, *Responsabilidad por productos y servicios peligrosos o defectuosos. El riesgo de desarrollo como eximente*, LA LEY 2008-B, 948, entre otros. TRIGO REPRESAS, Félix - LOPEZ MESA, Marcelo, *Tratado de la Responsabilidad civil*, T III, pag 481 y ss, Ed La Ley, PIZARRO, Ramón Daniel, *Responsabilidad civil y riesgo de empresa*, T II, pag 297 y ss

³²⁴ PIZARRO, Ramón Daniel, *Responsabilidad civil y riesgo de empresa*, T II, pag 297 y ss

³²⁵ GARRIDO CORDOBERA Lidia, *La responsabilidad por riesgo de desarrollo en materia de productos de consumo*, Responsabilidad Civil, Ed Rubinzal Culzoni, pag 171 y ss

Es clásico el siempre citado trabajo de Salvador Coderch y Sole Feliu, para quienes sería riesgo de desarrollo los daños causados por un defecto de un producto que no era reconocible a la luz del estado de los conocimientos científicos y técnicos existentes en el momento de la comercialización³²⁶. En una línea similar para Prieto Molinero los “riesgos de desarrollo” son situaciones que se producen cuando ocurre un daño como consecuencia de un defecto que resultaba imposible de ser establecido debido a que el estado de la ciencia y de la técnica existente al momento de la puesta en circulación sencillamente no daba elementos para conocer o siquiera sospechar, el potencial dañino del producto³²⁷.

López Cabana y Goldenberg por su parte lo caracterizan como la nocividad que entraña un producto que al tiempo de su introducción al mercado de consumo masivo era considerado inocuo, pero que investigaciones o comprobaciones posteriores ponen de manifiesto su dañinidad³²⁸.

Para Miller este supuesto funciona frente a productos que son considerados inocuos de acuerdo a los conocimientos vigentes al tiempo en que los mismos entran al mercado, pero que se convierten en peligrosos sobre la base de descubrimientos científicos posteriores³²⁹.

Sin embargo creemos conveniente recordar que para Parra Lucan la terminología usada de “riesgo” alude a los riesgos de daños como consecuencia del insuficiente desarrollo de la ciencia o de la técnica al momento de la puesta en circulación del producto y según Fagnart la expresión acuñada es desafortunada ya que el desarrollo de la ciencia lejos de constituir un riesgo, permite eliminarlos³³⁰.

En Argentina Luis O Andorno considera que con la expresión “riesgo de desarrollo” se hace referencia al “riesgo” como consecuencia del insuficiente desarrollo de la ciencia o de la técnica en el momento en que el producto ha sido puesto en circulación, según se ha señalado en la doctrina europea, de esta manera, los llamados “riesgos de desarrollo” suponen el carácter defectuoso de un producto del que, sin embargo, no se conocía ni se podía conocer su potencialidad dañosa y es posteriormente cuando, una vez causados los daños, los desarrollos científicos y técnicos permiten calificar ese producto como defectuoso³³¹.

En nuestra concepción de “riesgo de desarrollo”, nos centramos más en la creación de un riesgo que en la noción de defecto propiamente dicho, y nos

³²⁶ SALVADOR CODERCH, Pablo - SOLE FELIU, Joseph- *Brujos y aprendices- Los riesgos de desarrollo en la responsabilidad de productos*, Ed. Marcial Pons, pag. 29.

³²⁷PRIETO MOLINERO, Ramiro, *El riesgo de desarrollo: un supuesto paradójico de la responsabilidad por productos*, Ed. Dickinson, .

³²⁸ GOLDENBERG, Isidoro - LOPEZ CABANA, Roberto , *Los riesgos de desarrollo en la responsabilidad del proveedor profesional de productos*, JA 1990, I, 917.

³²⁹ MILLER, Maurice A, *La responsabilidad civil por productos elaborados en el sistema del Comon Law*, LL 143, pag., 558 y ss.

³³⁰PRIETO MOLINERO, Ramiro, *El riesgo de desarrollo: un supuesto paradójico de la responsabilidad por productos*, Ed. Dickinson, pag., 80.

³³¹ ANDORNO, Luis O, *Responsabilidad civil por productos elaborados* Ed. Lexis Nexis 1997

inclinamos por de creación de riesgos mas que por la configuración de un defecto³³².

No compartimos la corriente que lo considera un riesgo imprevisible y atípico³³³ y que es injusto el hacerlo recaer sobre el fabricante ya que es ingobernable³³⁴ e imprevisible estadísticamente y por ende inasegurable al no poder saberse su dimensión, apoyándose sus sostenedores en el argumento de que el vicio no estriba en la cosa en sí, sino en el nivel alcanzado por la ciencia y no en las tomas de medida de seguridad del empresario³³⁵.

Creemos que para que funcione como eximente de responsabilidad deberá revestir la calidad de caso fortuito o fuerza mayor extraño al producto³³⁶ y a la empresa y coincidimos con Benjamín en que atribuir al consumidor los riesgos del desarrollo, “implicaría que el público estaría siendo, de hecho, guinea pigs en el proceso de experimentación de productos en el mercado”³³⁷.

En la Argentina puede considerarse que el artículo 4º del Decreto 1798/94, reglamentario de la Ley N° 24.240, hace una mención tangencial a la cuestión, sosteniendo que *“los proveedores de cosas o servicios que, posteriormente a la introducción de los mismos en el mercado de consumo, tengan conocimiento de su peligrosidad, deberán comunicar inmediatamente tal circunstancia a las autoridades competentes y a los consumidores mediante anuncios publicitarios suficientes.”*

Creemos, que la responsabilidad por riesgo de desarrollo se encuentra alcanzada por la obligación de seguridad (consagrada por el art. 42 de la Constitución Nacional y los art. 1198 del C.C. y 5 y 6 de la Ley N° 24.240 de Defensa del Consumidor); y por el riesgo de actividad (art. 40 de la Ley N° 24.240 de Defensa del Consumidor y el 1113 2ª parte del C.C.).

Frente al supuesto de imposibilidad de determinar la real fuente o autor del daño, por estar frente a la presencia de un grupo de fabricantes, creemos que podrá operar la responsabilidad colectiva³³⁸ (art. 1119 y art 40 ya citado) o cabría

³³² Compartimos con Prieto Molinero la postura de que el “riesgo de desarrollo” no es un defecto en si mismo, aunque discrepamos, ya que para él es “una situación determinada dentro de la cual puede producirse un defecto” y en eximir al fabricante en virtud del avance de la ciencia, si compartimos en sostener ambos la necesidad de la implementación de Fondos de Garantía o compensación para los daños de este tipo.

³³³ MEZA Jorge, BORAGINA, Juan - AGOGLIA M Martha, Doctrina JA 1997-III-636

³³⁴ PRIETO MOLINERO, Ramiro, *El riesgo de desarrollo: un supuesto paradójico de la responsabilidad por productos*, Ed. Dickinson. pag. 114

³³⁵ MORELLO, Roberto, Los daños por los productos elaborados en el Derecho Español, J. A. 1987.

³³⁶ Para Goldenberg y López Cabana para que actúe como eximente de responsabilidad deberá revestir la calidad de caso fortuito o fuerza mayor extraño al producto y a la empresa y no implicaría caso fortuito eximente, la communis opini sobre la inocuidad del producto, si posteriores conocimientos científicos comprueban su dañosidad.

³³⁷ BENJAMIN Antonio, J.A., 1993-II-913.

³³⁸ GARRIDO CORDOBERA, Lidia M. R., *Los daños colectivos y la reparación*, Universidad, Bs. As..

analizar, la viabilidad de aplicar la teoría del *market share* o participación en el mercado como ya lo hemos sostenido con anterioridad³³⁹, También encontramos entre los sujetos pasivos comprendido al Estado como garante y protector del bien común, siendo una responsabilidad de carácter objetivo (art. 1112 C.C.) basada en la falta de servicio en ejercicio del poder de policía y que operará de manera *in solidum* con el fabricante y la cadena frente a la víctima.

II. El riesgo de desarrollo en la jurisprudencia argentina.

Los tribunales argentinos no han resuelto aún casos en los que se debata la responsabilidad por riesgo de desarrollo del proveedor de productos, sin embargo, en varios pronunciamientos se han referido *obiter dictum* y tangencialmente al tema en algunos confundiendo el termino técnico con el de riesgos del desarrollo. Analizaremos a continuación algunos de ellos.

a) Riesgos del desarrollo

En un supuesto de daño ambiental por filtración subterránea de hidrocarburos de una estación de servicios, la sala H de la Cámara Nacional Civil porteña entendió que "...no puede desconocerse que el nuevo derecho se modela en la actualidad en la jerarquización de la persona humana y con ello se prioriza la solidaridad social. Es que por su propia naturaleza y en virtud de los principios que le han dado vida, entre los que no escapan los riesgos del desarrollo y los criterios economicistas que informan al derecho, hallamos que al referirse el artículo 41 Constitución Nacional a esta materia ha adoptado el criterio de desarrollo sostenible en contraposición al del sostenido."³⁴⁰

Por otra parte, la sala A de la Cámara de Apelaciones de Comodoro Rivadavia, concluyó que "...el contrato de adhesión es claro ejemplo de la evolución del contrato clásico, que dio cauce jurídico a la aparición de las "estructuras de producción de bienes y servicios", las "estructuras de consumo" y que explica su fundamento económico. El diseño del contrato, fruto de la evolución empresaria y del empresario, que con su capital forma determinada actividad y absorbe el riesgo del desarrollo y el éxito del negocio."³⁴¹

b) Riesgo de desarrollo

Pero quien ha dado mayores precisiones sobre la cuestión ha sido la sala II de la Cámara 1a de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mar del Plata, que, a través del voto de la doctora Zampini, al cual adhirieron el resto de los integrantes del tribunal, sostuvo que "...a la luz del art. 40 de la ley 24.240, (...) (que) dispone que "si el daño al consumidor resulta del vicio o riesgo de la cosa o de la prestación del servicio, responderán el productor, el fabricante, el importador, el distribuidor, el

³³⁹CORDOBERA G de GARRIDO, Rosa- GARRIDO CORDOBERA, Lidia. "La responsabilidad por participación en el mercado" en Alterini A.A.-Lopez Cabana, M.M. (Dir) "La responsabilidad", homenaje a Isidoro H. Goldenberg, pág. 359, Ed. Abeledo Perrot,

³⁴⁰ C. Nac. Civ., sala H, 01/10/1999, Subterráneos de Buenos Aires S.E. v. Propietario de la estación de servicio Shell calle Lima entre Estados Unidos e Independencia, JA 1999-IV-309.

³⁴¹ Cámara de Apelaciones de Comodoro Rivadavia, sala A, 12/10/2007, S., J. c. T. H. S.R.L., LLPatagonia 2008 (abril), 179

proveedor, el vendedor y quien haya puesto su marca en la cosa o servicio...", (...) en los casos de riesgos de desarrollo (...) toda vez que no se interrumpa el nexo causal adecuado entre la nocividad del producto y los daños causados, no cabe sino la responsabilidad del productor o fabricante, quien debe garantizar al consumidor el buen funcionamiento y eficacia de lo que introduce en el mercado.”³⁴²

Agrega asimismo dicho fallo respecto a los exigentes de responsabilidad que “sólo se libera el fabricante o elaborador, total o parcialmente de responsabilidad, si prueba que el daño sufrido por el adquirente se debe: a) culpa inexcusable de la víctima, y b) el hecho del tercero equivalente al caso fortuito por quien no debe responder.”

Análogos pronunciamientos ha tenido en una resolución administrativa la Dirección de Defensa del Consumidor de la Municipalidad de Pilar, que en un interesante decisorio sostuvo que “.. en los casos de riesgos de desarrollo toda vez que no se interrumpe el nexo causal adecuado entre la nocividad del producto y los daños causados, no cabe sino la responsabilidad del productor o fabricante, quien debe garantizar al consumidor el buen funcionamiento y eficacia de lo que introduce en el mercados”³⁴³

En cuanto a qué supuestos es aplicable la responsabilidad por riesgo de desarrollo otro fallo de la Cámara Nacional Civil, sala E, sostuvo en el voto del doctor Racimo: “No entraré a debatir si la cuestión de la denominada de los riesgos del desarrollo resulta aplicable en estos casos en el derecho argentino, porque la cuestión examinada en el *sub lite* se refiere a la prestación de un servicio y no de la entrega de un producto cuyos riesgos eran ignorados al momento de su producción o de su venta. (...) Lo esencial en este caso es que el cumplimiento de las reglas gubernamentales establecidas en el pliego licitatorio no relevan *per se* de responsabilidad al concesionario como prestador del servicio. El deber legal de seguridad impone que el concesionario se adecue a las modificaciones tecnológicas para mantener el ya referido estándar progresivo de seguridad frente a los usuarios. El cumplimiento de un estándar de seguridad gubernamental es de alguna evidencia respecto de la inexistencia de negligencia de los fabricantes pero no es concluyente sobre esos temas en los casos de productos elaborados.”³⁴⁴

En lo relativo a la relación de causalidad afirmó la sala K de la Cámara Nacional Civil que “..toda vez que en los casos de riesgo de desarrollo no se interrumpa el nexo causal adecuado entre la nocividad del producto y el daño causado, no cabe sino la responsabilidad del productor, quien debe garantizar al consumidor el buen funcionamiento de lo que introduce en el mercado. Se trata de una responsabilidad objetiva en la que no corresponde investigar los elementos subjetivos propios de la conducta del proveedor profesional de productos" (...) Para la teoría de la responsabilidad objetiva, acreditada la relación de causalidad

³⁴² Cámara 1a de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mar del Plata, sala II, 08/07/2003, T y C S.R.L. c. Fiat Auto Argentina S.A., JA 2004-I, 337 - LLBA 2004, 527.

³⁴³ Dirección de Defensa del Consumidor, Municipalidad de Pilar, 03/11/2005, Oyarzun Santana, Fernando c. Daimler Chrysler Argentina S.A., LLBA 2006, 712.

³⁴⁴ C. Nac. Civ., sala E, 17/09/2007, Lencinas, Verónica C. v. Grupo Concesionarios Oeste S.A. y otro, Citar Lexis N° 35011864.

entre el vicio de fabricación (o elaboración) y el daño, el productor no se libera probando que de su parte no hubo culpa, por lo que quienes se enrolan en ella rechazan la posibilidad de pretender la liberación demostrando la diligencia adecuada.”³⁴⁵

En cuanto al factor de atribución se ha sostenido que "sólo el régimen de la responsabilidad objetiva del fabricante permitirá resolver adecuadamente el problema de la protección al consumidor o usuario, pues esta época de enormes progresos científicos y tecnológicos en la producción masiva de bienes, requiere una concepción solidaria del derecho. (...) toda vez que en los casos de riesgo de desarrollo no se interrumpa el nexo causal adecuado entre la nocividad del producto y el daño causado, no cabe sino la responsabilidad del productor, quien debe garantizar al consumidor el buen funcionamiento y eficacia de lo que introduce en el mercado. Se trata de una responsabilidad objetiva en la que no corresponde investigar los elementos subjetivos propios de la conducta del proveedor profesional de productos,”³⁴⁶ sustentando normativamente dicho pronunciamiento en el art. 40 de la Ley N° 24.240. En análogo sentido, ha sostenido lo propio la Sala C de la Cámara Nacional Civil³⁴⁷.

Por último, en un supuesto de infección del virus VIH en el llamado "período ventana", se entendió que era responsable la clínica que realizó la transfusión, ya que "...para que se configure el caso fortuito el hecho debe ser extraño a la actividad de la empresa, y en el caso es propio de la empresa médica. (...) y no por la inevitabilidad se le hace cargar a la víctima el riesgo, ni se deja de reparar el daño, porque justamente es en estos casos donde lo inevitable no rompe el nexo de causalidad adecuado porque está en directa relación con el riesgo empresario.” Sostuvo asimismo la sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal que "resulta significativo que no cualquier caso fortuito puede funcionar como eximente sino que se requiere que sea externo o ajeno al propio riesgo". No obstante se señaló también que "...de ninguna manera lo que vengo sosteniendo implica poner a cargo del centro de salud las cargas "del riesgo de desarrollo" (por el que no se responde por ser una consecuencia mediata no previsible) ya que en mi voto comencé señalando que al tiempo de la realización de la transfusión los interrogatorios ya eran conocidos, recomendados y practicados, y agregó que los tests mínimos de detección se realizaban.”³⁴⁸

Conclusiones.

Creemos que el derecho de daños debe continuar en el camino del “giro copernicano” en cambiar el eje de la mirada, ya no en el reproche de la conducta sino centrarlo en la víctima que ha sufrido un daño injustamente, como sostiene

³⁴⁵ C. Nac. Civ., sala K, 06/11/2000, Botas Ruta, María A. v. Carrefour Argentina S.A., Lexis N° 30010530.

³⁴⁶ C. Civ. y Com. La Matanza, sala 1ª, 28/06/2007, Bruzzese, María R. y otros v. Arcor S.A.I.C., Lexis N° 70042374.

³⁴⁷ 19/04/2005, Travetto, Oscar Horacio y otro c. Sevel Argentina S.A. s/ordinario, EDSe, 17/10/2006.

³⁴⁸ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, sala II, 20/12/2005, R., M. A. c. OSECAC y otros, La Ley Online.

Lambert-Faivre, ya no se debe soportar el daño como un designio divino, sino se pretende que el daño sea prevenido y evitado, y, si esto no ocurre, que sea reparado, por lo que se habla desde hace años de un "crédito a la indemnización" y no ya de una "deuda de responsabilidad".³⁴⁹

Resulta igualmente esperable que en las próximas reformas a realizarse a la legislación de fondo del derecho privado, sea incluido como un supuesto expreso de responsabilidad la "responsabilidad por riesgo de desarrollo" a fin de ahuyentar problemas interpretativos y no adoptar la "excepción del avance de la ciencia" como lo hace la Directiva Comunitaria pues sin un adecuado sistemas de Fondos de Compensación para los daños personales implicaría dejar sin reparar daños graves que están en relación de causalidad adecuada y que encuentran su fundamento en un factor objetivo .

³⁴⁹ LAMBERT-FAIVRE, Yvonne, *"L'évolution de la responsabilité civile d'un crédit de responsabilité à une créance d'indemnisation"*, "Revue Trimestrielle de Droit Civil", 1987.

CAPITULO 1
Responsabilidad civil

SECCION 1ª
Disposiciones generales

ARTICULO 1708.- Funciones de la responsabilidad. Las disposiciones de este Título son aplicables a la prevención del daño y a su reparación.

ARTICULO 1709.- Prelación normativa. En los casos en que concurran las disposiciones de este Código y las de alguna ley especial relativa a responsabilidad civil, son aplicables, en el siguiente orden de prelación:

- a) las normas indisponibles de este Código y de la ley especial;
- b) la autonomía de la voluntad;
- c) las normas supletorias de la ley especial;
- d) las normas supletorias de este Código.

SECCION 2ª
Función preventiva y punición excesiva

ARTICULO 1710.- Deber de prevención del daño. Toda persona tiene el deber, en cuanto de ella dependa, de:

- a) evitar causar un daño no justificado;
- b) adoptar, de buena fe y conforme a las circunstancias, las medidas razonables para evitar que se produzca un daño, o disminuir su magnitud; si tales medidas evitan o disminuyen la magnitud de un daño del cual un tercero sería responsable, tiene derecho a que éste le reembolse el valor de los gastos en que incurrió, conforme a las reglas del enriquecimiento sin causa;
- c) no agravar el daño, si ya se produjo.

ARTICULO 1711.- Acción preventiva. La acción preventiva procede cuando una acción u omisión antijurídica hace previsible la producción de un daño, su continuación o agravamiento. No es exigible la concurrencia de ningún factor de atribución.

ARTICULO 1712.- Legitimación. Están legitimados para reclamar quienes acreditan un interés razonable en la prevención del daño.

ARTICULO 1713.- Sentencia. La sentencia que admite la acción preventiva debe disponer, a pedido de parte o de oficio, en forma definitiva o provisoria, obligaciones de dar, hacer o no hacer, según corresponda; debe ponderar los criterios de menor restricción posible y de medio más idóneo para asegurar la eficacia en la obtención de la finalidad.

ARTICULO 1714.- Punición excesiva. Si la aplicación de condenaciones pecuniarias administrativas, penales o civiles respecto de un hecho provoca una punición irrazonable o excesiva, el juez debe computarla a los fines de fijar prudencialmente su monto.

ARTICULO 1715.- Facultades del juez. En el supuesto previsto en el artículo 1714 el juez puede dejar sin efecto, total o parcialmente, la medida.

SECCION 3ª Función resarcitoria

ARTICULO 1716.- Deber de reparar. La violación del deber de no dañar a otro, o el incumplimiento de una obligación, da lugar a la reparación del daño causado, conforme con las disposiciones de este Código.

ARTICULO 1717.- Antijuridicidad. Cualquier acción u omisión que causa un daño a otro es antijurídica si no está justificada.

ARTICULO 1718.- Legítima defensa, estado de necesidad y ejercicio regular de un derecho. Está justificado el hecho que causa un daño:

a) en ejercicio regular de un derecho;

b) en legítima defensa propia o de terceros, por un medio racionalmente proporcionado, frente a una agresión actual o inminente, ilícita y no provocada; el tercero que no fue agresor ilegítimo y sufre daños como consecuencia de un hecho realizado en legítima defensa tiene derecho a obtener una reparación plena;

c) para evitar un mal, actual o inminente, de otro modo inevitable, que amenaza al agente o a un tercero, si el peligro no se origina en un hecho suyo; el hecho se halla justificado únicamente si el mal que se evita es mayor que el que se causa. En este caso, el damnificado tiene derecho a ser indemnizado en la medida en que el juez lo considere equitativo.

ARTICULO 1719.- Asunción de riesgos. La exposición voluntaria por parte de la víctima a una situación de peligro no justifica el hecho dañoso ni exime de responsabilidad a menos que, por las circunstancias del caso, ella pueda calificarse como un hecho del damnificado que interrumpe total o parcialmente el nexo causal.

Quien voluntariamente se expone a una situación de peligro para salvar la persona o los bienes de otro tiene derecho, en caso de resultar dañado, a ser indemnizado por quien creó la situación de peligro, o por el beneficiado por el acto de abnegación. En este último caso, la reparación procede únicamente en la medida del enriquecimiento por él obtenido.

ARTICULO 1720.- Consentimiento del damnificado. Sin perjuicio de disposiciones especiales, el consentimiento libre e informado del damnificado, en la medida en que no constituya una cláusula abusiva, libera de la responsabilidad por los daños derivados de la lesión de bienes disponibles.

ARTICULO 1721.- Factores de atribución. La atribución de un daño al responsable puede basarse en factores objetivos o subjetivos. En ausencia de normativa, el factor de atribución es la culpa.

ARTICULO 1722.- Factor objetivo. El factor de atribución es objetivo cuando la culpa del agente es irrelevante a los efectos de atribuir responsabilidad. En tales casos, el responsable se libera demostrando la causa ajena, excepto disposición legal en contrario.

ARTICULO 1723.- Responsabilidad objetiva. Cuando de las circunstancias de la obligación, o de lo convenido por las partes, surge que el deudor debe obtener un resultado determinado, su responsabilidad es objetiva.

ARTICULO 1724.- Factores subjetivos. Son factores subjetivos de atribución la culpa y el dolo. La culpa consiste en la omisión de la diligencia debida según la naturaleza de la obligación y las circunstancias de las personas, el tiempo y el lugar. Comprende la imprudencia, la negligencia y la impericia en el arte o profesión. El dolo se configura por la producción de un daño de manera intencional o con manifiesta indiferencia por los intereses ajenos.

ARTICULO 1725.- Valoración de la conducta. Cuanto mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor es la diligencia exigible al agente y la valoración de la previsibilidad de las consecuencias.

Cuando existe una confianza especial, se debe tener en cuenta la naturaleza del acto y las condiciones particulares de las partes.

Para valorar la conducta no se toma en cuenta la condición especial, o la facultad intelectual de una persona determinada, a no ser en los contratos que suponen una confianza especial entre las partes. En estos casos, se estima el grado de responsabilidad, por la condición especial del agente.

ARTICULO 1726.- Relación causal. Son reparables las consecuencias dañosas que tienen nexo adecuado de causalidad con el hecho productor del daño. Excepto disposición legal en contrario, se indemnizan las consecuencias

inmediatas y las mediatas previsibles.

ARTICULO 1727.- Tipos de consecuencias. Las consecuencias de un hecho que acostumbran a suceder según el curso natural y ordinario de las cosas, se llaman en este Código “consecuencias inmediatas”. Las consecuencias que resultan solamente de la conexión de un hecho con un acontecimiento distinto, se llaman “consecuencias mediatas”. Las consecuencias mediatas que no pueden preverse se llaman “consecuencias casuales”.

ARTICULO 1728.- Previsibilidad contractual. En los contratos se responde por las consecuencias que las partes previeron o pudieron haber previsto al momento de su celebración. Cuando existe dolo del deudor, la responsabilidad se fija tomando en cuenta estas consecuencias también al momento del incumplimiento.

ARTICULO 1729.- Hecho del damnificado. 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.

ARTICULO 1730.- Caso fortuito. Fuerza mayor. 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.

Este Código emplea los términos “caso fortuito” y “fuerza mayor” como sinónimos.

ARTICULO 1731.- Hecho de un tercero. 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.

ARTICULO 1732.- Imposibilidad de cumplimiento. El deudor de una obligación queda eximido del cumplimiento, y no es responsable, si la obligación se ha extinguido por imposibilidad de cumplimiento objetiva y absoluta no imputable al obligado. La existencia de esa imposibilidad debe apreciarse teniendo en cuenta las exigencias de la buena fe y la prohibición del ejercicio abusivo de los derechos.

ARTICULO 1733.- Responsabilidad por caso fortuito o por imposibilidad de cumplimiento. Aunque ocurra el caso fortuito o la imposibilidad de cumplimiento, el deudor es responsable en los siguientes casos:

- a) si ha asumido el cumplimiento aunque ocurra un caso fortuito o una imposibilidad;
- b) si de una disposición legal resulta que no se libera por caso fortuito o por imposibilidad de cumplimiento;
- c) si está en mora, a no ser que ésta sea indiferente para la producción del caso

fortuito o de la imposibilidad de cumplimiento;

d) si el caso fortuito o la imposibilidad de cumplimiento sobrevienen por su culpa;

e) si el caso fortuito y, en su caso, la imposibilidad de cumplimiento que de él resulta, constituyen una contingencia propia del riesgo de la cosa o la actividad;

f) si está obligado a restituir como consecuencia de un hecho ilícito.

ARTICULO 1734.- Prueba de los factores de atribución y de las eximentes. Excepto disposición legal, la carga de la prueba de los factores de atribución y de las circunstancias eximentes corresponde a quien los alega.

ARTICULO 1735.- Facultades judiciales. No obstante, el juez puede distribuir la carga de la prueba de la culpa o de haber actuado con la diligencia debida, ponderando cuál de las partes se halla en mejor situación para aportarla. Si el juez lo considera pertinente, durante el proceso debe comunicar a las partes que aplicará este criterio, de modo de permitir a los litigantes ofrecer y producir los elementos de convicción que hagan a su defensa.

ARTICULO 1736.- Prueba de la relación de causalidad. La carga de la prueba de la relación de causalidad corresponde a quien la alega, excepto que la ley la impute o la presuma. La carga de la prueba de la causa ajena, o de la imposibilidad de cumplimiento, recae sobre quien la invoca.

SECCION 4ª Daño resarcible

ARTICULO 1737.- Concepto de daño. Hay daño cuando se lesiona un derecho o un interés no reprobado por el ordenamiento jurídico, que tenga por objeto la persona, el patrimonio, o un derecho de incidencia colectiva.

ARTICULO 1738.- Indemnización. La indemnización comprende la pérdida o disminución del patrimonio de la víctima, el lucro cesante en el beneficio económico esperado de acuerdo a la probabilidad objetiva de su obtención y la pérdida de chances. Incluye especialmente las consecuencias de la violación de los derechos personalísimos de la víctima, de su integridad personal, su salud psicofísica, sus afecciones espirituales legítimas y las que resultan de la interferencia en su proyecto de vida.

ARTICULO 1739.- Requisitos. Para la procedencia de la indemnización debe existir un perjuicio directo o indirecto, actual o futuro, cierto y subsistente. La pérdida de chance es indemnizable en la medida en que su contingencia sea razonable y guarde una adecuada relación de causalidad con el hecho generador.

ARTICULO 1740.- Reparación plena. La reparación del daño debe ser plena. Consiste en la restitución de la situación del damnificado al estado anterior al

hecho dañoso, sea por el pago en dinero o en especie. La víctima puede optar por el reintegro específico, excepto que sea parcial o totalmente imposible, excesivamente oneroso o abusivo, en cuyo caso se debe fijar en dinero. En el caso de daños derivados de la lesión del honor, la intimidad o la identidad personal, el juez puede, a pedido de parte, ordenar la publicación de la sentencia, o de sus partes pertinentes, a costa del responsable.

ARTICULO 1741.- Indemnización de las consecuencias no patrimoniales. Está legitimado para reclamar la indemnización de las consecuencias no patrimoniales el damnificado directo. Si del hecho resulta su muerte o sufre gran discapacidad también tienen legitimación a título personal, según las circunstancias, los ascendientes, los descendientes, el cónyuge y quienes convivían con aquél recibiendo trato familiar ostensible.

La acción sólo se transmite a los sucesores universales del legitimado si es interpuesta por éste.

El monto de la indemnización debe fijarse ponderando las satisfacciones sustitutivas y compensatorias que pueden procurar las sumas reconocidas.

ARTICULO 1742.- Atenuación de la responsabilidad. El juez, al fijar la indemnización, puede atenuarla si es equitativo en función del patrimonio del deudor, la situación personal de la víctima y las circunstancias del hecho. Esta facultad no es aplicable en caso de dolo del responsable.

ARTICULO 1743.- Dispensa anticipada de la responsabilidad. Son inválidas las cláusulas que eximen o limitan la obligación de indemnizar cuando afectan derechos indisponibles, atentan contra la buena fe, las buenas costumbres o leyes imperativas, o son abusivas. Son también inválidas si liberan anticipadamente, en forma total o parcial, del daño sufrido por dolo del deudor o de las personas por las cuales debe responder.

ARTICULO 1744.- Prueba del daño. El daño debe ser acreditado por quien lo invoca, excepto que la ley lo impute o presuma, o que surja notorio de los propios hechos.

ARTICULO 1745.- Indemnización por fallecimiento. En caso de muerte, la indemnización debe consistir en:

a) los gastos necesarios para asistencia y posterior funeral de la víctima. El derecho a repetirlos incumbe a quien los paga, aunque sea en razón de una obligación legal;

b) lo necesario para alimentos del cónyuge, del conviviente, de los hijos menores de veintiún años de edad con derecho alimentario, de los hijos incapaces o con capacidad restringida, aunque no hayan sido declarados tales judicialmente; esta indemnización procede aun cuando otra persona deba prestar alimentos al

damnificado indirecto; el juez, para fijar la reparación, debe tener en cuenta el tiempo probable de vida de la víctima, sus condiciones personales y las de los reclamantes;

c) la pérdida de chance de ayuda futura como consecuencia de la muerte de los hijos; este derecho también compete a quien tenga la guarda del menor fallecido.

ARTICULO 1746.- Indemnización por lesiones o incapacidad física o psíquica. En caso de lesiones o incapacidad permanente, física o psíquica, total o parcial, la indemnización debe ser evaluada mediante la determinación de un capital, de tal modo que sus rentas cubran la disminución de la aptitud del damnificado para realizar actividades productivas o económicamente valorables, y que se agote al término del plazo en que razonablemente pudo continuar realizando tales actividades. Se presumen los gastos médicos, farmacéuticos y por transporte que resultan razonables en función de la índole de las lesiones o la incapacidad. En el supuesto de incapacidad permanente se debe indemnizar el daño aunque el damnificado continúe ejerciendo una tarea remunerada. Esta indemnización procede aun cuando otra persona deba prestar alimentos al damnificado.

ARTICULO 1747.- Acumulabilidad del daño moratorio. El resarcimiento del daño moratorio es acumulable al del daño compensatorio o al valor de la prestación y, en su caso, a la cláusula penal compensatoria, sin perjuicio de la facultad morigeradora del juez cuando esa acumulación resulte abusiva.

ARTICULO 1748.- Curso de los intereses. El curso de los intereses comienza desde que se produce cada perjuicio.

SECCION 5ª Responsabilidad directa

ARTICULO 1749.- Sujetos responsables. Es responsable directo quien incumple una obligación u ocasiona un daño injustificado por acción u omisión.

ARTICULO 1750.- Daños causados por actos involuntarios. El autor de un daño causado por un acto involuntario responde por razones de equidad. Se aplica lo dispuesto en el artículo 1742.

El acto realizado por quien sufre fuerza irresistible no genera responsabilidad para su autor, sin perjuicio de la que corresponde a título personal a quien ejerce esa fuerza.

ARTICULO 1751.- Pluralidad de responsables. Si varias personas participan en la producción del daño que tiene una causa única, se aplican las reglas de las obligaciones solidarias. Si la pluralidad deriva de causas distintas, se aplican las reglas de las obligaciones concurrentes.

ARTICULO 1752.- Encubrimiento. El encubridor responde en cuanto su

cooperación ha causado daño.

SECCION 6ª

Responsabilidad por el hecho de terceros

ARTICULO 1753.- Responsabilidad del principal por el hecho del dependiente. El principal responde objetivamente por los daños que causen los que están bajo su dependencia, o las personas de las cuales se sirve para el cumplimiento de sus obligaciones, cuando el hecho dañoso acaece en ejercicio o con ocasión de las funciones encomendadas.

La falta de discernimiento del dependiente no excusa al principal. La responsabilidad del principal es concurrente con la del dependiente.

ARTICULO 1754.- Hecho de los hijos. Los padres son solidariamente responsables por los daños causados por los hijos que se encuentran bajo su responsabilidad parental y que habitan con ellos, sin perjuicio de la responsabilidad personal y concurrente que pueda haber a los hijos.

ARTICULO 1755.- Cesación de la responsabilidad paterna. La responsabilidad de los padres es objetiva, y cesa si el hijo menor de edad es puesto bajo la vigilancia de otra persona, transitoria o permanentemente. No cesa en el supuesto previsto en el artículo 643.

Los padres no se liberan, aunque el hijo menor de edad no conviva con ellos, si esta circunstancia deriva de una causa que les es atribuible.

Los padres no responden por los daños causados por sus hijos en tareas inherentes al ejercicio de su profesión o de funciones subordinadas encomendadas por terceros. Tampoco responden por el incumplimiento de obligaciones contractuales válidamente contraídas por sus hijos.

ARTICULO 1756.- Otras personas encargadas. Los delegados en el ejercicio de la responsabilidad parental, los tutores y los curadores son responsables como los padres por el daño causado por quienes están a su cargo.

Sin embargo, se liberan si acreditan que les ha sido imposible evitar el daño; tal imposibilidad no resulta de la mera circunstancia de haber sucedido el hecho fuera de su presencia.

El establecimiento que tiene a su cargo personas internadas responde por la negligencia en el cuidado de quienes, transitoria o permanentemente, han sido puestas bajo su vigilancia y control.

SECCION 7ª

Responsabilidad derivada de la intervención de cosas y de ciertas actividades

ARTICULO 1757.- Hecho de las cosas y actividades riesgosas. Toda persona responde por el daño causado por el riesgo o vicio de las cosas, o de las actividades que sean riesgosas o peligrosas por su naturaleza, por los medios empleados o por las circunstancias de su realización.

La responsabilidad es objetiva. No son eximentes la autorización administrativa para el uso de la cosa o la realización de la actividad, ni el cumplimiento de las técnicas de prevención.

ARTICULO 1758.- Sujetos responsables. El dueño y el guardián son responsables concurrentes del daño causado por las cosas. Se considera guardián a quien ejerce, por sí o por terceros, el uso, la dirección y el control de la cosa, o a quien obtiene un provecho de ella. El dueño y el guardián no responden si prueban que la cosa fue usada en contra de su voluntad expresa o presunta.

En caso de actividad riesgosa o peligrosa responde quien la realiza, se sirve u obtiene provecho de ella, por sí o por terceros, excepto lo dispuesto por la legislación especial.

ARTICULO 1759.- Daño causado por animales. El daño causado por animales, cualquiera sea su especie, queda comprendido en el artículo 1757.

SECCION 8ª

Responsabilidad colectiva y anónima

ARTICULO 1760.- Cosa suspendida o arrojada. Si de una parte de un edificio cae una cosa, o si ésta es arrojada, los dueños y ocupantes de dicha parte responden solidariamente por el daño que cause. Sólo se libera quien demuestre que no participó en su producción.

ARTICULO 1761.- Autor anónimo. Si el daño proviene de un miembro no identificado de un grupo determinado responden solidariamente todos sus integrantes, excepto aquel que demuestre que no ha contribuido a su producción.

ARTICULO 1762.- Actividad peligrosa de un grupo. Si un grupo realiza una actividad peligrosa para terceros, todos sus integrantes responden solidariamente por el daño causado por uno o más de sus miembros. Sólo se libera quien demuestra que no integraba el grupo.

SECCION 9ª

Supuestos especiales de responsabilidad

ARTICULO 1763.- Responsabilidad de la persona jurídica. La persona jurídica responde por los daños que causen quienes las dirigen o administran en ejercicio o con ocasión de sus funciones.

ARTICULO 1764.- Inaplicabilidad de normas. Las disposiciones del Capítulo 1 de

este Título no son aplicables a la responsabilidad del Estado de manera directa ni subsidiaria.

ARTICULO 1765.- Responsabilidad del Estado. La responsabilidad del Estado se rige por las normas y principios del derecho administrativo nacional o local según corresponda.

ARTICULO 1766.- Responsabilidad del funcionario y del empleado público. Los hechos y las omisiones de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones por no cumplir sino de una manera irregular las obligaciones legales que les están impuestas se rigen por las normas y principios del derecho administrativo nacional o local, según corresponda.

ARTICULO 1767.- Responsabilidad de los establecimientos educativos. El titular de un establecimiento educativo responde por el daño causado o sufrido por sus alumnos menores de edad cuando se hallen o deban hallarse bajo el control de la autoridad escolar. La responsabilidad es objetiva y se exime sólo con la prueba del caso fortuito.

El establecimiento educativo debe contratar un seguro de responsabilidad civil, de acuerdo a los requisitos que fije la autoridad en materia aseguradora.

Esta norma no se aplica a los establecimientos de educación superior o universitaria.

ARTICULO 1768.- Profesionales liberales. La actividad del profesional liberal está sujeta a las reglas de las obligaciones de hacer. La responsabilidad es subjetiva, excepto que se haya comprometido un resultado concreto. Cuando la obligación de hacer se preste con cosas, la responsabilidad no está comprendida en la Sección 7a, de este Capítulo, excepto que causen un daño derivado de su vicio. La actividad del profesional liberal no está comprendida en la responsabilidad por actividades riesgosas previstas en el artículo 1757.

ARTICULO 1769.- Accidentes de tránsito. Los artículos referidos a la responsabilidad derivada de la intervención de cosas se aplican a los daños causados por la circulación de vehículos.

ARTICULO 1770.- Protección de la vida privada. El que arbitrariamente se entromete en la vida ajena y publica retratos, difunde correspondencia, mortifica a otros en sus costumbres o sentimientos, o perturba de cualquier modo su intimidad, debe ser obligado a cesar en tales actividades, si antes no cesaron, y a pagar una indemnización que debe fijar el juez, de acuerdo con las circunstancias. Además, a pedido del agraviado, puede ordenarse la publicación de la sentencia en un diario o periódico del lugar, si esta medida es procedente para una adecuada reparación.

ARTICULO 1771.- Acusación calumniosa. En los daños causados por una

acusación calumniosa sólo se responde por dolo o culpa grave.

El denunciante o querellante responde por los daños derivados de la falsedad de la denuncia o de la querrela si se prueba que no tenía razones justificables para creer que el damnificado estaba implicado.

SECCION 10ª

Ejercicio de las acciones de responsabilidad

ARTICULO 1772.- Daños causados a cosas o bienes. Sujetos legitimados. La reparación del menoscabo a un bien o a una cosa puede ser reclamado por:

- a) el titular de un derecho real sobre la cosa o bien;
- b) el tenedor y el poseedor de buena fe de la cosa o bien.

ARTICULO 1773.- Acción contra el responsable directo e indirecto. El legitimado tiene derecho a interponer su acción, conjunta o separadamente, contra el responsable directo y el indirecto.

SECCION 11ª

Acciones civil y penal

ARTICULO 1774.- Independencia. La acción civil y la acción penal resultantes del mismo hecho pueden ser ejercidas independientemente. En los casos en que el hecho dañoso configure al mismo tiempo un delito del derecho criminal, la acción civil puede interponerse ante los jueces penales, conforme a las disposiciones de los códigos procesales o las leyes especiales.

ARTICULO 1775.- Suspensión del dictado de la sentencia civil. Si la acción penal precede a la acción civil, o es intentada durante su curso, el dictado de la sentencia definitiva debe suspenderse en el proceso civil hasta la conclusión del proceso penal, con excepción de los siguientes casos:

- a) si median causas de extinción de la acción penal;
- b) si la dilación del procedimiento penal provoca, en los hechos, una frustración efectiva del derecho a ser indemnizado;
- c) si la acción civil por reparación del daño está fundada en un factor objetivo de responsabilidad.

ARTICULO 1776.- Condena penal. La sentencia penal condenatoria produce efectos de cosa juzgada en el proceso civil respecto de la existencia del hecho principal que constituye el delito y de la culpa del condenado.

ARTICULO 1777.- Inexistencia del hecho, de autoría, de delito o de responsabilidad penal. Si la sentencia penal decide que el hecho no existió o que el sindicado como responsable no participó, estas circunstancias no pueden ser

discutidas en el proceso civil.

Si la sentencia penal decide que un hecho no constituye delito penal o que no compromete la responsabilidad penal del agente, en el proceso civil puede discutirse libremente ese mismo hecho en cuanto generador de responsabilidad civil.

ARTICULO 1778.- Excusas absolutorias. Las excusas absolutorias penales no afectan a la acción civil, excepto disposición legal expresa en contrario.

ARTICULO 1779.- Impedimento de reparación del daño. Impiden la reparación del daño:

- a) la prueba de la verdad del hecho reputado calumnioso;
- b) en los delitos contra la vida, haber sido coautor o cómplice, o no haber impedido el hecho pudiendo hacerlo.

ARTICULO 1780.- Sentencia penal posterior. La sentencia penal posterior a la sentencia civil no produce ningún efecto sobre ella, excepto en el caso de revisión. La revisión procede exclusivamente, y a petición de parte interesada, en los siguientes supuestos:

- a) si la sentencia civil asigna alcances de cosa juzgada a cuestiones resueltas por la sentencia penal y ésta es revisada respecto de esas cuestiones, excepto que derive de un cambio en la legislación;
- b) en el caso previsto en el artículo 1775 inciso c) si quien fue juzgado responsable en la acción civil es absuelto en el juicio criminal por inexistencia del hecho que funda la condena civil, o por no ser su autor;
- c) otros casos previstos por la ley.

Responda las siguientes cuestiones

Lidia Garrido Cordobera

- 1) Como se conceptualiza al riesgo de desarrollo ?
- 2). Analice el sistema imperante en el derecho europeo y el americano en materia de Riesgos de desarrollo y la excepción del avance de la ciencia
- 3) Cuales son los argumentos en el derecho argentino que se podrían aplicar para sostener la aplicación de una responsabilidad por riesgo de desarrollo
- 4) Cuales son los argumentos en el derecho Argentino para sostener la aplicación de la excepción del avance de la Ciencia.
- 5) Considera que este tema debe estar expresamente regulado y de que forma? Fundamente
- 6) El derecho humano pro homine y los derechos de las generaciones futuras se encuentran en discusión en este tema?
- 7) Como funcionaria el sistema de prescripción?
- 8) Seria viable establecer una relación entre el desarrollo sustentable y este tema? fundamente
- 9) El principio precautorio es de aplicacion? Fundamente
- 10) Que rol tiene el estado? La autorización exime de responsabilidad al Proveedor? Existe responsabilidad en virtud del Poder de policía ?

Choice Responsabilidad Civil en el CCC

1. El CCC ha unificado las orbitas de la responsabilidad contractual y extra
a) si b) si, pero se mantiene ciertas diferencias c) Falso
2. Para que proceda la acción de prevención es exigible
a) la concurrencia de algún factor de atribución
b) la previsibilidad o existencia de daño
c) ambos
3. Al haber sido suprimidos los daños punitivos no tienen cabida en el sistema de derecho privado V F
4. Son causales de justificación en el CCC
a) ejercicio regular de un derecho, legitima defensa y estado de necesidad
b) estado de necesidad y legitima defensa
5. Quien voluntariamente se expone a una situación de peligro para salvar a otro o sus bienes, en caso de ser dañado tienen derecho a ser indemnizado
a) por quien creo la situación de peligro
b) por el beneficiario en la medida en que se enriquecio
c) cualquiera de las dos

6. El consentimiento libre e informado del damnificado
- a) libera de la responsabilidad sobre daños a bienes disponibles
 - b) no debe constituir una clausula abusiva
 - c) ambos
7. El CCC consagra como norma de clausura en materia de factores de atribución la culpa V F
8. Cuando se establece una obligación de resultado la responsabilidad es
- a) subjetiva b) objetiva c) según las circunstancias del caso
9. El factor subjetivo puede surgir por culpa pero también por dolo eventual V F
10. El CCC consagra en materia de valoración de conducta
- a) una situación especial para el caso de contratos que suponen una confianza especial entre las partes-
 - b) un mismo regimen uniforme
11. En materia de relación de causalidad son eximentes
- a) hecho del damnificado
 - b) hecho de un tercero que reuna los caracteres del CF
 - c) imposibilidad de cumplimiento
 - d) CF o FM
 - e) todas
12. El CCC consagra en materia de prueba la carga dinámica
- a) siempre que comunique a las partes y permita a los litigantes ofrecer y producir los elementos que hagan a su defensa
 - b) sin ningún requisito y puede hacerlo en la Sentencia
13. Habra daño cuando se lesiona
- a) derechos individuales o intereses no reprobados
 - b) derechos de incidencia colectiva
 - c) ambos
14. La indemnización comprende si corresponde la perdida de la chance
- a) nunca
 - b) en la medida de que ella sea razonable y guarde una adecuada relación de causalidad
15. Están legitimados a reclamar el daño no patrimonial rente a una gran discapacidad
- a) el legitimado directo
 - b) el legitimado directo y a titulo personal los ascendientes, descendientes y conyuge

c) el legitimado directo y a título personal los ascendientes, descendientes, conyuge y quienes convivan con aquel recibiendo trato familiar

16. El CCC regula el supuesto de muerte de un hijo como pérdida de chance de ayuda futura V F

17. Se establece el sistema de renta frente a una incapacidad física o síquica permanente aunque el damnificado continúe ejerciendo una tarea remunerada V F

18. Se consagran en el CCC los principios

- a) alterum non laedere
- b) reparación plena
- c) prevención
- d) legitimación amplia
- e) en caso de duda el factor objetivo

19. el Juez puede

- a) atenuar la indemnización en función de equidad siempre
- b) atenuar la indemnización en función de equidad salvo en caso de dolo
- c) atenuar la indemnización en función de equidad salvo en caso de responsabilidad objetiva
- d) nunca

20- Para el CCC el factor es objetivo cuando la culpa del agente es irrelevante a los efectos de atribuir responsabilidad y el responsable solo se libera demostrando causa ajena

V F

Choice Respuestas

- 1- B
- 2- B
- 3- F
- 4- A
- 5- C
- 6- C
- 7- V
- 8- B
- 9- V
- 10- A
- 11- E
- 12- A
- 13- C
- 14- B
- 15- C

- 16- V
- 17- V
- 18- A, B, C, D
- 19- B
- 20- V

GUÍA PARA LA ELABORACIÓN DE TRABAJOS PRÁCTICOS.

Introducción: el trialismo jurídico

La propuesta de trabajo es analizar la jurisprudencia seleccionada desde el enfoque trialista, como cosmovisión iusfilosófica.

La teoría trialista, elaborada dentro de la concepción tridimensional, que incluye en el Derecho **hechos, normas y valores**, incorpora en la construcción del objeto de nuestra ciencia repartos de lo que favorece o perjudica al ser y específicamente a la vida ("potencia" e "impotencia"), captados (descriptos e integrados) por normas y valorados según consideraciones que culminan en la atención a la justicia.

Según el trialismo, el objeto de interés de la ciencia jurídica es una "complejidad pura" referida en última instancia al reparto de vida humana.

El Trialismo jurídico reconoce en el derecho la unión de tres dimensiones; la **realidad**, o sea la **dimensión sociológica** u orden de conductas; las **normas**, o sea la **dimensión normativa** u orden normativo y el **valor**, o sea la **dimensión dikelógica o axiológica** u orden de valor. Siendo la principal dentro de éstas tres dimensiones: la realidad, compuesta por las conductas o comportamientos humanos cuyos autores son los hombres, que son los encargados de realizar repartos. Los repartos son las distribuciones, para el trialismo lo que se puede repartir es "potencia" e "impotencia".

Esta doctrina proclama la necesidad de constituir el fenómeno jurídico de un modo tridimensional, es decir como un mundo organizado en tres esferas. En el centro se halla el orden de repartos (dimensión sociológica), descrito e integrado por el ordenamiento normativo (dimensión nomológica), y por encima de él se advierte la justicia, que valora conjuntamente tanto el uno como el otro (dimensión dikelógica). Por tanto, la **Teoría Trialista** entiende que el **fenómeno jurídico** se compone de **tres elementos: conducta, norma, y justicia**.

Las conductas de reparto (de potencia o impotencia) son impuestas por los repartidores a los demás en forma autoritaria, o mediante el acuerdo con ellos. Luego la norma realiza una captación lógica neutral de esos repartos proyectados, y así el orden de repartos se traduce en derechos, deberes, y facultades bajo el ángulo normativo. Por último, el reparto debe cumplir con el supremo principio de

justicia, que consiste en asegurar a cada individuo una esfera de libertad dentro de la cual sea capaz de desarrollar su personalidad. (Goldschmidt, Werner, 1996)

ETAPAS PARA LA ELABORACIÓN DE LOS TRABAJOS PRÁCTICOS.

1) **Lectura crítica.**

Primeramente se deberá leer atentamente y de manera crítica el fallo indicada para el trabajo práctico. En el caso que se hubiesen indicado dos fallos, se deberá realizar una comparación de los mismos, tratando de encontrar similitudes y diferencias entre ambos.

2) **Análisis.**

Tras la lectura del fallo se deberá plasmar por escrito el análisis del o de los fallos de acuerdo a las siguientes pautas:

- a) Los trabajos deberán presentarse por escrito.
- b) Los trabajos deberán ser realizados en forma individual.
- c) Los trabajos prácticos deberán ceñirse a la estructura establecida en este explicativo.
- d) Los trabajos no deben exceder las tres carillas.

ESTRUCTURA

Los fallos se analizarán dividiendo el trabajo en los siguientes marcos, que deberán estar claramente individualizados con subtítulos:

Marco Fático

Marco Normativo

Marco Lógico

Marco Axiológico

Conclusión

Opinión.

En el caso de haber dos fallos para el mismo trabajo práctico, se deberá realizar una comparación de los mismos conforme a los marcos, proponiéndose la comparación en dos columnas.

En cada subtítulo se deberá completar el análisis correspondiente conforme a las siguientes indicaciones:

MARCO FÁCTICO.

Según el trialismo el orden de la conducta o de los comportamientos humanos alude a la dimensión sociológica. La conducta lleva a cabo repartos y esto significa que mediante los mismos se adjudica o distribuye potencia, que significa acordar ventajas o beneficios, e impotencia, lo contrario o sea atribuir carga o perjuicio. Lo primero se visualiza como derecho lo segundo como deber.

En este apartado deberá desarrollarse de manera sintética y jurídica **los hechos narrados en el fallo**, indicando las **pretensiones de cada una de las partes**.

MARCO NORMATIVO.

El orden nomológico se compone, como es obvio, de normas y “La norma es la captación lógica de un reparto por parte de un tercero neutral (...) describe conductas y es un ente lógico.”

En este marco se deberá indicar las **normas aplicadas al fallo** y analizar su **contenido y aplicación** tanto por parte del **actor como el demandado**.

MARCO LÓGICO.

En este apartado se deberá individualizar los “términos clave” más importantes del fallo, desarrolla el contenido de los mismos en forma de glosario.

Por ejemplo, si los “términos clave” del fallo son inflación, emergencia económica y derecho de propiedad, deberá indicarse:

Inflación: *Es el aumento sostenido y generalizado del nivel de precios de bienes y servicios, medido frente a un poder adquisitivo estable.*

Emergencia económica:

Derecho de propiedad:....

Los “términos clave” pueden estar explícita o implícitamente en el fallo, y para establecer su definición deberá recurrirse muchas veces a otras fuentes.

MARCO AXIOLÓGICO.

El más importante valor objetivo y trascendente es la justicia, que no se realiza solo ni hace repartos. Este valor señala un deber ser ideal aunque no se realice, ya que vale por sí mismo. A esto lo denomina aspecto dikelógico (“Dike” del griego justicia, la dikelogía es la ciencia de la justicia).

Para algunos este valor supremo se completa con otros como la libertad, la cooperación, la solidaridad, el orden, la seguridad, la paz, el desarrollo, el bien común y hasta el poder.

En este apartado deberá indicarse **cuáles son los valores que están en juego en el fallo analizado**, indicando su alcance, implicancia y trascendencia más allá del caso concreto. Los valores pueden estar explícita o implícitamente en el fallo.

CONCLUSIÓN DEL FALLO.

En este subtítulo se deberá indicar **cómo decidió el órgano jurisdiccional** la cuestión planteada en autos, indicando la instancia de decisión.

OPINIÓN.

Por último se deberá realizar una **valoración personal de la cuestión**, criticando el sentido de la sentencia con su debida justificación.