



UNIVERSIDAD NACIONAL DE ROSARIO
FACULTAD DE DERECHO
ESCUELA DE GRADUADOS

MAESTRÍA EN DERECHO PRIVADO

Tesis de Maestría

**UNA VISIÓN TRIALISTA DE LA
RESPONSABILIDAD POR RIESGOS DE
DESARROLLO EN EL DERECHO DE CONSUMO**

Autor: **SERGIO JUNIORS SHWOIHORT**

Directora de tesis: **MARIA LAURA ESTIGARRIBIA BIEBER**

AÑO 2016

SUMARIO

INTRODUCCIÓN	4
CAPÍTULO I: NOCIÓN DE RELACIÓN DE CONSUMO EN LA LEGISLACIÓN ARGENTINA	17
El concepto de consumidor en la legislación argentina.....	22
La noción de proveedor en la legislación argentina.....	33
<i>Supuestos incluidos</i>	34
<i>Situaciones excluidas</i>	37
CAPÍTULO II: RESPONSABILIDAD DERIVADA DE LAS RELACIONES DE CONSUMO	39
Consideraciones previas.....	40
Presupuestos.....	40
<i>Hecho humano</i>	42
<i>Daño</i>	43
<i>Relación de causalidad</i>	49
<i>Imputabilidad</i>	52
<i>Antijuridicidad</i>	60
Solidaridad.....	62
CAPÍTULO III: RESPONSABILIDAD POR RIESGOS DE DESARROLLO.....	65
Consideraciones generales.....	66
Definición.....	67
Dimensión Normológica.....	70
<i>La cuestión en la legislación Argentina</i>	71
<i>Un pretendido fundamento normativo específico para responsabilizar por riesgos de desarrollo</i>	76
<i>Los riesgos de desarrollo y los proyectos de reforma al Código Civil argentino de Vélez Sarsfield</i>	79
<i>La cuestión en la legislación Brasileña</i>	84
<i>La cuestión en la legislación de España</i>	87
Dimensión Sociológica.....	91
Dimensión Dikelógica.....	107
<i>Argumentos a favor</i>	109
<i>Argumentos en contra</i>	113
<i>Nuestra postura</i>	122

CAPÍTULO IV: NUESTRA POSICION Y PROPUESTA SOBRE LA CUESTIÓN: LA VULNERABILIDAD COGNOSCITIVA DE AMBAS PARTES Y LA NECESIDAD DE IMPLEMENTAR UN RÉGIMEN BASADO EN SOCIALIZACIÓN DE RIESGOS.....	129
Consideraciones generales.....	130
Condiciones para la operatividad del sistema de socialización de daños.....	133
Características del sistema de socialización de daños.....	136
Financiamiento del Sistema.....	137
CAPÍTULO V: CONCLUSIONES.....	148
BIBLIOGRAFÍA.....	156

INTRODUCCIÓN

Desde que el hombre existe se ha visto expuesto a riesgos de diferente índole. En la antigüedad, tuvo que soportar los peligros que le irrogaba la naturaleza misma, al tener que vivir en un estado salvaje y con pocas herramientas para combatir las inclemencias climáticas o el ataque de las fieras.

Con el devenir del tiempo, más precisamente con el avènement y desarrollo de la industria, comienzan a aparecer nuevas clases de peligros, derivados del uso de maquinarias, nuevas tecnologías y diferentes acciones de otros seres humanos.

Lo cierto es que todos estos riesgos siguen presentes en la actualidad, han aumentado y se han diversificado, lo cual ha llevado a hablar al sociólogo alemán ULRICH BECK, ya en la década de los 80 del siglo pasado, de una *“sociedad del riesgo”* sosteniendo que *“somos testigos (sujeto y objeto) de una fractura dentro de la modernidad, la cual se desprende de los contornos de la sociedad industrial clásica y acuña una nueva figura, a la que aquí llamamos «sociedad (industrial) del riesgo»*. *Esto requiere un difícil equilibrio entre las contradicciones de continuidad y cesura en la modernidad, que se reflejan a su vez en el contraste entre modernidad y sociedad industrial, entre sociedad industrial y sociedad del riesgo”*¹.

El Diccionario de la Lengua, de la Real Academia Española define al riesgo como la *“contingencia o proximidad de un daño”*²; en otras palabras, con el

¹ BECK, Ulrich: *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*, Ed. Paidós, Barcelona – Buenos Aires - México, 1.986, p. 16.

² [Http://www.rae.es](http://www.rae.es). Consultado el 04/04/2016.

término se alude a la posibilidad de sufrir un perjuicio derivado de alguna acción o acontecimiento concreto.

En materia jurídica nos representan especial interés aquellos peligros de los cuales pueda derivar algún daño respecto de las personas, ya sean consideradas de manera individual –vgr. daño causado por el consumo de un producto en mal estado, o el derivado de un accidente de tránsito- o teniendo en consideración a un número indeterminado de ellas –vgr. daños causados al medio ambiente-.

Asimismo, suscitan interés los daños que puedan experimentar los bienes de la persona, que conforman su patrimonio.

No pretendemos abordar en el presente análisis una teoría general de los riesgos, ni tampoco tratar a todas las clases que puedan representar importancia jurídica, sino que nos centraremos en unos de los tantos que están latentes en la actualidad, cuales son los “*riesgos de desarrollo*”.

Según PIZARRO son aquellos que derivan “*de un defecto de un producto que al tiempo de su introducción era considerado inocuo, a la luz del estado de los conocimientos técnicos y científicos existentes a ese momento, resultando su peligrosidad indetectable, pero cuya nocividad es puesta de manifiesto por comprobaciones posteriores*”³.

³ PIZARRO, ramón D.: *Responsabilidad civil por riesgo creado y de empresa*, Ed. La Ley, Tomo II, Bs. As., año 2.006, p. 391.

En este mismo sentido, se lo define como *“aquel riesgo que no puede ser científicamente conocido al momento del lanzamiento del producto al mercado, viniendo a ser descubierto solamente después de un cierto período de uso del producto o del servicio (Dominik Vetri, profilli della responsabilità del produttore negli Stati Uniti, Dano da prodotti e responsabilità dell’impresa, p. 71)”*⁴.

Como puede apreciarse, y tal como lo señala GARRIDO CORDOBERA respecto de la figura, *“podemos establecer ciertos elementos comunes: que la dañosidad del producto no pueda ser conocida por el productor al momento de la comercialización debido al estado de la ciencia en ese momento, y que el daño se encuentre en relación de causalidad con el producto”*⁵.

Es decir que lo que se nos presenta aquí es una situación en la cual el fabricante de un producto determinado, luego de haber realizado las experimentaciones necesarias y obtenido la autorización pertinente para la comercialización, lo hace en el convencimiento de que el mismo no es dañino para las personas o las cosas aunque, pasado un determinado período de tiempo, el producto muestra ser lesivo; circunstancia que no pudo preverse conforme el estado de la ciencia y la técnica al momento de su introducción en el mercado, a pesar de haberse tomado las previsiones necesarias, disponibles a dicho momento.

⁴ En la obra: BENJAMIN, Antonio Herman, LIMA MARQUES, Claudia, ROSCOE BESSA, Leonardo: *Manual de Direito do Consumidor*, Ed. Revista dos Tribunais, San Paulo, año 2.007, p.129. Traducción propia del siguiente texto: *“aquele risco que não pode ser científicamente conhecido ao momento do lançamento do produto no mercado, vindo a ser descoberto somente após um certo período de uso do produto e do serviço”*.

⁵ 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*, en *Prevención del Daño*, Revista de Derecho de Daños, 2008-2, Ed. Rubinzal Culzoni, p. 136.

Surge así, el interrogante referido a si debe o, cuando menos si resulta conveniente, que el fabricante responda por esta clase de daños.

No caben dudas acerca que el empresario poco diligente –vgr., aquel que lanza al mercado un producto insuficientemente probado o investigado- o que actúa dolosamente, introduciendo en el comercio un producto del cual conoce su peligrosidad para las personas o las cosas o al menos tiene serias y fundadas dudas al respecto-, debe responder por ese actuar culposo o doloso, pero estas no son las circunstancias del supuesto que estudiaremos.

La figura descrita *ut supra* es claramente diferente, ya que el fabricante ha seguido a conciencia las normas de elaboración del producto, ha investigado suficientemente –en cuanto el estado de la ciencia y la técnica se lo permiten en un momento dado- y ha realizado las experimentaciones necesarias sobre su inocuidad; no obstante lo cual, pasado un tiempo, el daño se produce.

El tema es arduamente debatido en el derecho comparado, y las discusiones aún no han sido zanjadas.

Existen países como España, que han optado por eximir de responsabilidad al proveedor en estos supuestos. Así, el artículo 140 del Real Decreto 1/2007⁶ - que establece las causas de exoneración de responsabilidad del productor por daños causados por productos- dice que el mismo no será responsable si prueba *“E) Que el estado de los conocimientos científicos y técnicos existentes en el*

⁶ Disponible en: http://noticias.juridicas.com/base_datos/Admin/rdleg1-2007.html. Consultado por última vez el 04/04/2016.

momento de la puesta en circulación no permitía apreciar la existencia del defecto”.

No obstante, esa causa de eximición de responsabilidad no juega en todos los casos; dado que el mismo artículo 140, en su parte final, dispone que *“En el caso de medicamentos, alimentos o productos alimentarios destinados al consumo humano, los sujetos responsables, de acuerdo con este capítulo, no podrán invocar la causa de exoneración del apartado 1, letra e.”*, con lo cual puede apreciarse que en esta situación igualmente debe responder, dado el valor del bien jurídico protegido, la particular gravedad de sus consecuencias y su posible carácter masivo.

Otros países, como Argentina⁷ y Brasil⁸, nada dicen al respecto, con lo que debe presumirse ineludiblemente la responsabilidad del productor, más si se tiene en cuenta que en ambos casos las legislaciones protectorias de los consumidores y usuarios establecen un sistema de responsabilidad con factor de imputación objetivo.

⁷ Artículo 40 de la Ley de Defensa del Consumidor N° 24.240: *“Si el daño al consumidor resulta del vicio o riesgo de la cosa o de la prestación del servicio, responderán el productor, el fabricante, el importador, el distribuidor, el proveedor, el vendedor y quien haya puesto su marca en la cosa o servicio. El transportista responderá por los daños ocasionados a la cosa con motivo o en ocasión del servicio. La responsabilidad es solidaria, sin perjuicio de las acciones de repetición que correspondan. Sólo se liberará total o parcialmente quien demuestre que la causa del daño le ha sido ajena”*. Fuente: <http://infoleg.mecon.gov.ar/>. Consultado el 04/04/2016.

⁸ Art. 12 del CDC: *“Art. 12 - O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparaçãõ dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricaçãõ, construçãõ, montagem, fórmulas, manipulaçãõ, apresentaçãõ ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilizaçãõ e riscos”*. Traducción propia: *“El fabricante, el productor, el constructor nacional o extranjero, y el importador responden, independientemente de la existencia de culpa, por la reparación de los daños causados a los consumidores por los defectos de diseño, fabricación, construcción, montaje, fórmulas, manipulación, presentación o acondicionamiento de sus productos, así como por informaciones insuficientes o inadecuadas sobre su utilización y riesgos”*. Fuente: <http://www2.planalto.gov.br/acervo/legislacao>. Consultado el 04/04/2016.

Como puede apreciarse, la situación no es solo discutida, sino irresuelta y compleja.

Piénsese que en el trasfondo de decidir la reparación o la eximición de responsabilidad en estos supuestos se estarían definiendo también, incentivos o desincentivos económicos para los proveedores, aspecto que guarda una importancia trascendental debido a que, como señalan los economistas norteamericanos LEVIT y DUBNER, *“la gente responde a los incentivos, aunque no necesariamente de maneras predecibles o evidentes”*⁹.

En este sentido, si se carga al empresario con la responsabilidad por esta clase de daños derivados de los riesgos de desarrollo, podría estar quitándose un incentivo a la investigación acerca de nuevos productos (vgr. los farmacéuticos, cuyo desarrollo y avance resulta de indubitable importancia y hasta constituye una necesidad).

Por otro lado, si se exige sin más de responsabilidad al fabricante, podría estar generándose un empresario guiado por el desinterés en la profundización de las pruebas en los productos nuevos o en innovaciones –fundado muchas veces en el ahorro de costos-, que podría derivar en mayores perjuicios a la sociedad.

En suma, la problemática es latente, relevante y por sobre todo actual, siendo por demás escasamente tratada en la doctrina, tanto nacional como extranjera; ello sin desconocer la existencia de importantes obras al respecto.

⁹ LEVITT, Steven D., DUBNER, Stephen J.: *Superfreakonomics*; Ed. Debate, Buenos Aires, 2.010, p. 12.

En este estado de situación, creemos firmemente que la Teoría Trialista del mundo jurídico puede echar luz sobre la complejidad de la presente temática.

Como señala el maestro GOLDSCHMIDT, *“basta un análisis superficial del fenómeno jurídico para descubrir bajo su superficie elementos de diferente índole. Estos elementos pueden someramente designarse mediante las voces: conducta, norma y justicia”*¹⁰. Justamente, la mayor parte de los autores que han abordado la temática, lo han hecho desde una perspectiva que podría considerarse parcial – si tomamos como referencia a la teoría trialista- y, por lo general, han centrado el análisis de la cuestión desde una posición normativista.

Nuestra propuesta consiste en brindar una visión sobre la responsabilidad por los daños derivados de los riesgos de desarrollo en materia de consumo, desde esta óptica omnicomprendiva, estudiando sus distintas facetas.

Consideramos que resulta insuficiente centrarnos, a la hora de abordar un fenómeno jurídico complejo, en solo uno de sus aspectos. Por el contrario, debemos necesariamente desglosarlo para comprenderlo en su esencia e integridad.

En este sentido, creemos que la visión trialista nos permite ese nivel de análisis, y nos facilita las herramientas necesarias para una definición de la cuestión referida a la responsabilidad por esta clase de daños, derivados de los riesgos de desarrollo.

¹⁰ GOLDSCHMIDT, Werner: *Introducción Filosófica al Derecho. La Teoría Trialista del Mundo Jurídico y sus Horizontes*; Ed. Lexis Nexis, Buenos Aires, año 2.005, p 8.

A raíz de lo expuesto, en el presente abordaje se analizará la responsabilidad derivada de los riesgos de desarrollo en materia de consumo, a la luz de la Teoría Trialista del Mundo Jurídico, a fin de apreciar el mencionado fenómeno de manera integral, buscando proponer un sistema de reparación de los daños derivados de los mismos que devenga lo más justo posible, para todas las partes involucradas en el fenómeno.

Como mencionáramos en los párrafos anteriores, a lo largo del presente trabajo se utilizarán algunos de los elementos y la estructura de análisis y estudio de la Teoría Trialista del Mundo Jurídico -aunque sin efectuar una declinación trialista pormenorizada, ya que no se utilizarán absolutamente todas las categorías que la misma propone-, por considerarla el instrumento ideal para desglosar y analizar la complejidad del tema en cuestión.

En este sentido, como mencionáramos precedentemente, creemos que el enfoque Trialista nos posibilita tomar contacto con la totalidad del fenómeno jurídico que aquí se nos presenta.

Así, *normológicamente*, nos permitirá discurrir por el estado normativo actual en la Argentina respecto de la cuestión relacionada con los riesgos de desarrollo, y cuáles son las soluciones que brinda nuestra legislación para esta problemática concreta. Asimismo, posibilitará tomar contacto comparativamente con la regulación de la temática en otros países; concretamente, en España y Brasil.

Sociológicamente podremos ponernos en contacto con la realidad social, captando los repartos de potencia e impotencia, a través de los fallos y decisiones judiciales que se analizarán, derivados de diferentes argentinos.

Por último, *dikelógicamente*¹¹ nos abrirá las puertas a la posibilidad de efectuar una mirada valorativa sobre la cuestión, permitiéndonos hacer aportes que entendemos de relevancia en materia de daños derivados de los riesgos de desarrollo, para la búsqueda de una solución justa a la hora de la reparación de los mismos.

Ello pone de manifiesto la mirada holística que permite la utilización de esta doctrina, superadora, a nuestro criterio, del positivismo y del iusnaturalismo, que nos permitirá fragmentar el análisis de los riesgos de desarrollo, cuyo debate deviene de relevancia en los tiempos que corren, especialmente desde un punto de vista axiológico.

Consideramos que este enfoque enriquecedor es uno de los aportes fundamentales de la presente labor.

Por otro lado, sentada la base teórica sobre la cual se trabajará, merece un párrafo aparte la una caracterización de la metodología que se utilizará.

En este sentido, vale la pena destacar que, desde el aspecto metodológico, este abordaje es eminentemente cualitativo, característica muy propia de las

¹¹ Las terminologías “dimensión normológica”, “dimensión sociológica” y “dimensión dikelógica” fueron tomadas de la obra del maestro Werner GOLDSCHMIDT: *Introducción filosófica al derecho. La teoría Trialista del Mundo Jurídico y sus Horizontes*, 7° Ed., Ed. Lexis Nexis, Buenos Aires, año 2005, ya citada en el presente.

investigaciones en el área de las ciencias sociales y humanas, que como señala YNOUB “*se nutre de orientaciones filosóficas interesadas en la comprensión de los fenómenos históricos, humanos y subjetivos*”¹².

Por su parte, es de tipo *exploratorio* ya que a través del mismo intentaremos brindar una visión general y aproximativa respecto de una realidad concreta, y *explicativo* ya que tiende a una elaboración teórica que engloba un conjunto de definiciones y suposiciones organizadas sistemáticamente, y relacionadas con suposiciones que pretenden dar una solución a la cuestión ligada a la Responsabilidad por los riesgos del desarrollo, particularmente en nuestro país, brindando una propuesta de solución concreta y fundada al respecto.

Asimismo, el presente trabajo es de tipo *comparativo*, ya que coteja similitudes y diferencias, particularmente en la dimensión normológica del fenómeno estudiado, en los países que se han tomado como referencia para el objeto del presente estudio.

Finalmente, se emplean técnicas de recopilación y análisis crítico de material bibliográfico -de doctrina, legislación y jurisprudencia, nacional y extranjeros-, disponibles en soporte papel o a través de acceso de redes informáticas.

Bajo ese marco teórico y metodológico, consideramos *prima facie*, que existe una vulnerabilidad cognoscitiva de ambas partes (proveedores y consumidores) en cuanto a los riesgos de desarrollo se refiere, lo cual constituye un fundamento adecuado para constituirlos en un factor de eximición de

¹² YNOUB, Roxana C.: El proyecto y la metodología de la investigación, Ed. CENGAGE Learning, Buenos Aires, Año 2.007, p.98.

responsabilidad, con la consecuente justa y necesaria implementación de un régimen basado en la socialización de las consecuencias dañosas para el logro de una adecuada e integral reparación de las víctimas.

Desde ese punto de vista, se abordará específicamente la noción de relación de consumo en nuestro país, para detenernos luego en el análisis de manera general de la responsabilidad derivada de las relaciones de consumo, y el estado del arte en torno a la cuestión de la responsabilidad por daños derivados de los riesgos de desarrollo en Argentina, efectuando un paralelismo con España y Brasil¹³. Así también, se describirán las razones que justifican o no la reparación de los daños derivados de los riesgos de desarrollo.

Como ha expresado GOLDSCHMIDT, *“el mundo jurídico tiene sus requerimientos como una vivienda humana, verbigracia, de permitir el descanso nocturno, dar posibilidad de preparar y tomar alimentos, y de ofrecer un lugar para estar las horas diurnas. Ahora bien, lo mismo que una vivienda puede proveer estas diversas necesidades mediante diferentes habitaciones que cómodamente brindan espacio para dormitorio, cocina, comedor y habitación de estar, o puede obligar a que se cumplan estas satisfacciones estrechamente a través de sofás-camas, living-comedor y cocina-armario, la Jurídica puede ser cómoda y trialista, o angosta y uni o bi dimensional”*¹⁴, y es por ello que hemos optado para el

¹³ Es dable destacar que se toman a España y a Brasil como punto de referencia para el análisis mencionado, dado que son dos de los Estados que más desarrollo han alcanzado en lo que se refiere a la materia de Derechos del Consumidor en los últimos años y, además, por tener una posición antagónica en cuanto a la reparación de los daños derivados del riesgo de desarrollo: España, exime de responsabilidad en estos supuestos; Brasil, al igual que nuestro país, no lo hace, si bien por omisión de su tratamiento específico.

¹⁴ GOLDSCHMIDT, Werner: *Ob. Cit.*, p 35.

presente abordaje por la visión Trialista del Mundo Jurídico, con prelación a cualquier otro enfoque jusfilosófico.

Sentadas las líneas centrales sobre las cuales se discurrirá a lo largo del presente, iniciamos el análisis de la cuestión planteada.

CAPÍTULO I

NOCION DE RELACION DE CONSUMO EN ARGENTINA

Previo a adentrarnos en el análisis de la responsabilidad que deriva de las relaciones de consumo, entendemos que resulta necesario describirla, identificando cuáles son sus elementos constitutivos.

La ley 24.240, sancionada en el año 1993, no hablaba de relación de consumo, sino que el vínculo que se establecía entre el proveedor y el consumidor o usuario, para quedar encuadrado en sus disposiciones, debía ser netamente “contractual”, y a título oneroso. El texto del Art. 1 de la mencionada norma, establecía que *“La presente ley tiene por objeto la defensa de los consumidores o usuarios. Se consideran consumidores o usuarios, las personas físicas o jurídicas **que contratan a título oneroso** para su consumo final o beneficio propio o de su grupo familiar o social...”*¹⁵, y continuaba enumerando cuales eran los bienes y servicios que podían contratarse.

No obstante, en el año 1994, con la reforma de nuestra Constitución Nacional, se incorpora una norma exclusiva para los consumidores y usuarios, y protectoria de sus derechos, cual es el artículo 42. Dicha disposición no circunscribe el vínculo entre proveedores y consumidores a una relación meramente contractual, sino que amplía el espectro al disponer en su primera parte que *“los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en **la relación de consumo***¹⁶ *a la protección de la salud...”* y continúa la enumeración de derechos y facultades de los cuales estos gozan.

¹⁵ Ley 24.240 de Defensa del Consumidor. Fuente: <http://www.infoleg.gov.ar>, consultado el 04/04/2016. La negrita de apartado es nuestra.

¹⁶ La negrita de apartado es nuestra.

Desde ese entonces la doctrina, con basamento en la norma constitucional aludida, entendió que el artículo 1° de la ley 24.240, quedaba implícitamente ampliado por la normativa constitucional y, por ende, la relación en este ámbito no era meramente contractual, sino que también podía ser extendida la aplicación de sus disposiciones, a la órbita extracontractual, interpretación que fue adoptada de manera prácticamente unánime por la jurisprudencia.

Recién en el año 2008 –catorce años después de la última reforma constitucional- y de la mano de la ley 26.361, se procedió a adecuar la norma inferior a lo preceptuado por nuestra Carta Magna, estableciéndose de un modo amplio, en el nuevo artículo 3 de la ley 24.240, que la *“relación de consumo es el vínculo jurídico entre el proveedor y el consumidor o usuario”*.

Una vuelta atrás en este aspecto, aunque no en la conceptualización de fondo sino en cuanto a la técnica legislativa, lo constituye la metodología utilizada por el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, que regula a la *“relación de consumo”* en el Capítulo 1, del Título 3 (del Libro 3), denominado *“De los contratos de consumo”*, por lo que pareciera incluir al género dentro de la especie, y no a la inversa como sería lógico. Dicha circunstancia no es explicada de manera concreta por los redactores de la normativa mencionada, no obstante lo cual consideramos que la misma constituye un mero “detalle” frente a la importancia que tiene la inclusión de un núcleo duro de normas y principios generales aplicables a las relaciones de consumo, paralelamente a los microsistemas ya existentes, lo cual deviene en un acierto que aplaudimos.

En este sentido, y volviendo al tema que nos ocupa, del análisis integrado de los artículos 1 y 3 de la Ley 24.240 de Defensa del Consumidor, y del artículo 1092 del Código Civil y Comercial de la Nación, se desprende que los elementos centrales constitutivos de esta “relación de consumo”, o al decir de PIZARRO y VALLESPINOS al referirse a los elementos esenciales de las obligaciones, “*aquellos factores indispensables para su configuración, sin los cuales no es posible concebir su existencia*”¹⁷, son:

Por un lado los *sujetos*, donde puede verse bien marcada la existencia de dos polos, uno activo, constituido por los consumidores y usuarios, y el otro pasivo, constituido por los proveedores de bienes y servicios.

Aquí, aparece uno de los primeros signos distintivos de este vínculo jurídico, que diferencia a esta rama del tradicional derecho civil. El consumidor - acreedor, es el débil, y el proveedor –deudor-, al menos en la generalidad de los casos, es el fuerte; a diferencia de lo que ocurre en el derecho civil, donde generalmente son los acreedores quienes tienen la balanza inclinada hacia su lado, mientras que los deudores se encuentran en una situación de inferioridad.

Con el surgimiento del Derecho Laboral, se fue rompiendo este esquema clásico, y por ello se ha debido ir abandonando el principio del “*favor debitoris*”, aquel que dispone que *en caso de duda se debe estar siempre a favor del deudor*, evolucionándose a un criterio más amplio, para hablar del principio del “*favor debilis*”, es decir que en caso de duda debe estarse a favor de la parte más endeble en la relación jurídica.

¹⁷ PIZARRO, Ramón D., VALLESPINOS, Carlos G.: *Instituciones de derecho Privado – Obligaciones*, Tomo I, Ed. Hammurabi, Bs. As., año 2.006, p. 133.

Precisamente, en materia de Derecho del Consumo, se habla del principio denominado “*in dubio, pro consumatore*”, que implica que no solo las normas legales, sino también las contractuales, y cualquier tipo de estipulación, debe interpretarse en favor del consumidor; lo cual debe por demás, reflejarse en las decisiones de los organismos administrativos y judiciales.

En los próximos acápite, abordaremos con mayor especificidad el aspecto subjetivo de la relación de consumo, y veremos quienes pueden adoptar este carácter en el derecho argentino, y las variaciones que hubieron en nuestro país en cuanto al contenido del concepto de consumidor, principalmente luego de la reforma del año 2008 a la ley 24.240, efectuada por la Ley 26.361 con la inclusión del *bystander*, figura que ha sido dejada de lado por la definición de consumidor adoptada por el artículo 1.092 del Código Civil y Comercial de la Nación.

Otro de los elementos de esta relación, lo constituye el *objeto*, formado aquí por la prestación de bienes y servicios, ya sean estos adquiridos de manera gratuita u onerosa.

Por otra parte, tenemos a la causa que, conforme al actual artículo 1° de la ley 24.240, y el artículo 1.092 del Código Civil y Comercial de la Nación, puede ser tanto un acto jurídico bilateral (vgr., un contrato de compraventa de consumo, de tarjeta de crédito, de ahorro previo, de tiempo compartido, de medicina privada, etc.) como un hecho ilícito.

Por último, el cuarto elemento esencial de la relación de consumo, lo constituye el *vínculo jurídico*, el cual amalgama a todos los anteriores, el cual puede ser de naturaleza contractual o bien, extracontractual.

El concepto de consumidor en la legislación argentina

Originariamente, la ley de Defensa del Consumidor N° 24.240, adoptaba un concepto de consumidor, sumamente restringido. En este sentido, decía el artículo 1° que *“Se consideran consumidores o usuarios, las personas físicas o jurídicas que contratan a título oneroso para su consumo final o beneficio propio o de su grupo familiar o social: a) La adquisición o locación de cosas muebles; b) La prestación de servicios; c) La adquisición de inmuebles nuevos destinados a vivienda, incluso los lotes de terreno adquiridos con el mismo fin, cuando la oferta sea pública y dirigida a personas indeterminadas”*.

Quedaban fuera del ámbito de protección entonces, un sin número de importantísimas relaciones.

La ley 26.361, sancionada en el mes de marzo del año 2008, efectúa numerosas modificaciones a la ley de Defensa del Consumidor, muchas de ellas de gran trascendencia, ya que amplían considerablemente el ámbito de aplicación de la misma; en primer término al incorporar las relaciones a título gratuito y en otros supuestos, como lo es el caso del “tercero expuesto a la relación de consumo” -denominado *bystander*, por la doctrina extranjera-.

Una de las principales reformas efectuadas por la norma aludida, ha recaído en el artículo 1 de la ley 24.240. Analicemos la norma.

La disposición actual define como consumidor o usuario a *“toda persona física o jurídica que adquiere o utiliza bienes o servicios en forma gratuita u onerosa como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social”*. Prácticamente igual redacción es la que mantiene el artículo 1.092 del Código Civil y Comercial de la Nación, aunque no refiere en su definición a la gratuidad u onerosidad de la adquisición.

Al igual que en la situación anterior a la reforma del año 2008, la Ley 24.240 continúa manteniendo la posibilidad de que pueda considerarse consumidor o usuario tanto a las personas físicas -acerca de las cuales no cabe ninguna duda-, como a las jurídicas -que han sido resistidas en su consideración con tal calidad y que en la legislación extranjera tiene dispar aceptación-. Entendemos que tal criterio de la ley es acertado ya que, tal como lo señalan PIZARRO y VALLESPINOS, *“una persona jurídica también puede realizar actos de consumo, o sea adquirir bienes o servicios para satisfacer una necesidad individual, sin canalizar el resultado de dicha contratación nuevamente en el proceso productivo... Al igual que las personas físicas, una persona jurídica puede hallarse en un plano de inferioridad frente al proveedor profesional de bienes y servicios, y requerir de similar nivel de protección. La situación de debilidad del consumidor no descansa en su carácter de persona física o jurídica, sino en las modalidades y la complejidad que asume asimismo la contratación en materia de*

*bienes y servicios; y en la diferencia profunda que existe entre el consumidor con el otro gran protagonista de la relación: el proveedor profesional*¹⁸.

Siguiendo un criterio objetivo en torno a la cuestión, creemos que lo definitivo para otorgar a una persona jurídica el carácter de consumidor es el hecho de que se constituya en el destinatario final del producto o servicio, siendo el último eslabón de la cadena, sin reinsertarlo en el proceso de producción, distribución y comercialización.

Es dable destacar, que el Anteproyecto de Código Civil Unificado con el Código de Comercio del año 2012, si bien adoptaba este criterio, incorporaba en la parte final del artículo 1.092, una condición para ser considerado consumidor, cual era que el bien adquirido o el servicio utilizado *“no tenga vínculo con su actividad comercial, industrial, artesanal o profesional”*. Afortunadamente, dicha línea no fue incorporada a la redacción del texto que fue sancionado, ya que ello generaría la posibilidad de exclusión de muchas empresas (tengan o no personalidad jurídica) para reclamar en supuestos en los que claramente se encuentran ante una situación de vulnerabilidad, Vgr., el caso de los servicios de telefonía o internet, donde las prestadoras son grandes multinacionales que rompen con todo equilibrio contractual, en los cuales podría considerarse que dicho servicio es soporte de su actividad, y por ende dejarlas fuera de la protección legal.

Continuando con el análisis de la norma, la misma específica, asimismo, que *“queda comprendida la adquisición de derechos en tiempos compartidos,*

¹⁸ PIZARRO, Ramón D. y VALLESPINOS, Carlos G.: *Ob. cit.*, pp. 105-106.

clubes de campo, cementerios privados y figuras afines”, aclaración que entendemos deviene absolutamente innecesaria, atento que todos esos tipos se encuentran subsumidos en la definición general.

Luego, efectúa dos inclusiones; la primera, al expresar que “*se considera asimismo consumidor o usuario a quien, sin ser parte de una relación de consumo, como consecuencia o en ocasión de ella adquiere o utiliza bienes o servicios como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social*”; y la segunda, cuando dice “*y a quien de cualquier manera está expuesto a una relación de consumo*”.

La primera incorporación viene a consagrar la diferencia ya esbozada por la doctrina española entre el consumidor jurídico y el consumidor material, garantizándole protección a este último. Al decir de FERNANDEZ GIMENO, “*consumidor jurídico: será aquel que realice el acto o negocio jurídico de adquisición del bien, producto o servicio. Consumidor material: será aquel que realice la utilización, uso, disfrute o consumo del bien, producto o servicio*”¹⁹.

De más está decir, que estas dos categorías de consumidores o usuarios, pueden coincidir -y de hecho es lo que suele ocurrir- en la misma persona. Pero para el hipotético caso que así no fuere, la ley incluye a ambos brindándole al consumidor material la calidad de consumidor y la protección de las normas específicas en la materia con la consecuente posibilidad reclamar por sí, en forma directa, ante toda la cadena de producción, distribución y comercialización.

¹⁹ FERNANDEZ GIMENO, José P.: *Derecho de Consumo*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, España, año 1.999, p. 97.

La segunda inserción de la norma bajo análisis fue la que amplió considerablemente durante unos pocos años en nuestro país, el ámbito subjetivo de aplicación de la ley de Defensa del Consumidor, comprendiendo a un enorme plexo de sujetos y relaciones, con una extensión que no resultó claramente determinada; nos referimos al caso del “tercero expuesto a la relación de consumo”.

En este sentido, la norma le otorgaba la calidad de consumidor o usuario, también, a todo aquel que *“de cualquier manera está expuesto a una relación de consumo”*, conforme la redacción de la última parte del artículo 1 de la Ley 24.140. Incorporaba en el concepto mismo, como ya se dejó dicho, la figura del denominado, por la jurisprudencia y doctrina anglosajona, *bystander*.

Esto, sin lugar a dudas, posicionó a nuestra ley de Defensa del Consumidor, en los primeros lugares en torno a la amplitud del concepto de consumidor y usuario y su protección; pero tuvo como inconveniente, principalmente, la indefinición de sus límites.

En el marco del MERCOSUR, quien ya tenía incorporado el instituto era Brasil, que lo previó en su Código de Defensa del Consumidor (CDC)²⁰. Al respecto señala la autora brasileña WINGERT ODY que *“esa equiparación alcanza la protección a aquellos que no encuadran en la definición legal de destinatario final del producto o servicio cuando hay daño, tal como en la*

²⁰ Código de Defensa del Consumidor Brasileño, Sección II: De la responsabilidad por el hecho del producto y del servicio, Artículo 17: *“Para los efectos de esta sección, se equiparan a los consumidores, todas las víctimas del evento”*; y Capítulo V: De las Prácticas Comerciales, Sección I: De las disposiciones generales, Artículo 29: *“Para los fines de este Capítulo y del siguiente, equiparase a los consumidores, todas las personas, determinables o no, expuestas a las prácticas previstas en ellos”*.

hipótesis de accidente aéreo, explosión de una tienda de fuegos artificiales..., casos que, como regla, si no hubiese la equiparación en el CDC, serían resueltas según la reparación postulada por el derecho común²¹. Así también lo ha previsto la legislación Comunitaria, en la Resolución 123/96 del Grupo Mercado Común²².

Sin embargo, es dable destacar que en los casos que anteceden, la norma realiza una equiparación²³, más no incluyen a este tercero en el concepto de consumidor, simplemente le hacen extensiva la protección.

Ante dicha redacción del artículo 1 de la ley 24.240, surgieron varios interrogantes, Vgr., si tienen límites de aplicación las normas de defensa del consumidor y, de tenerlos, cuáles son los parámetros para determinarlos, ya que la ley no establecía coto alguno.

De dicha indefinición surgió la necesidad de conducirse con mucho cuidado a la hora de meritar los hechos e incluir a ese “tercero ajeno a la relación de consumo” en el concepto de consumidor, aplicando un criterio restrictivo. Esto, en atención a que a través de la reforma introducida, al incorporarlo en tal carácter, se le permitía el acceso a una normativa de carácter tuitivo, que beneficiaba a

²¹ WINGERT ODY, Lisiane F.: *O conceito de consumidor e noção de vulnerabilidade nos países do Mercosul*, en Revista de Direito de Consumidor, Ed. Revista Dos Tribunais, año 2.007 p. 88. Texto traducido libremente por el autor del original siguiente: “*essa equiparação alcança a proteção àqueles que não preenchem a definição legal de destinatário final de produto ou serviço quando há dano, tal como na hipótese de acidente aéreo, explosão de loja de fogos de artifício... casos que, como regra, se não houvesse a equiparação no CDC, seriam resolvidas em reparação postulada segundo o direito comum*”.

²² Resolución 123/96 GMC. Artículo I. “*Consumidor es toda persona física o jurídica que adquiere o utiliza productos o servicios como destinatario final en una relación de consumo en función de ella. Equipáranse a consumidores a las personas, determinables o no, expuestas a las relaciones de consumo*”.

²³ Equiparar: “*Considerar a alguien o algo igual o equivalente a otra persona o cosa*”. Diccionario de la Lengua Española. Vigésima segunda edición. Disponible en: www.rae.es. Consultado el 04/04/2016.

este sujeto permitiendo la aplicación tanto de la norma expresa como de todos los principios generales que informan a este Derecho protectorio, entre los que cabía destacar el de “*in dubio, pro consumatore*”.

Asimismo, la inclusión del *bystander* como sujeto de la Ley de Defensa del Consumidor, otorgaba a quien conseguía acreditarse como tal, numerosos beneficios, más allá del ya mencionado de la aplicación de los principios tuitivos específicos; así, la prescripción de su acción ya no sería de dos años (artículo 4.037 del entonces vigente Código Civil de Vélez Sarsfield), sino de tres (artículo 50 de la ley 24.240); la responsabilidad sería de carácter objetivo, y solidaria entre todos los componentes de la cadena de producción, distribución y comercialización y hasta podría, eventualmente, solicitar la aplicación de los *daños punitivos* (artículo 52 bis de la ley 24.240), entre otros.

Desde nuestro punto de vista, hemos considerado desde ese entonces, excesiva la inclusión del *tercero expuesto a la relación de consumo* dentro de los sujetos que integran el concepto de consumidor²⁴. Evidentemente, se trata de una persona ajena a la relación de consumo y, de querer brindársele una protección especial, podría haber sido cubierto mediante la extensión de aplicación de la normativa, para aquellas situaciones en que se considere que realmente resulta atinente, por las especiales circunstancias que rodeen el hecho causante del daño.

²⁴ ESTIGARRIBIA BIEBER, María Laura, SHWOIHORT, Sergio Juniors: *¿Hasta dónde resulta conveniente extender el concepto de consumidor?*, Libro de Ponencias de las XXII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, T V Comisión de Derecho Interdisciplinario, Ed. Advocatus, año 2.009, p. 33.

Lo contrario constituía una laxitud excesiva del concepto, que trajo consigo numerosos planteos -algunos tal vez abusando de la imprecisión conceptual- y, en ciertos casos, la sustracción de algunas situaciones del que fuera su ámbito natural, para incluirlo en un excesivo afán protectorio, dentro de una normativa de excepción que, como tal, debe ser aplicada en forma restrictiva -solo para aquellos casos en que la debilidad estructural del sujeto en la relación de consumo así lo amerite-.

Esta situación fue la que ha llevado a la supresión de la figura en el marco del actual Código Civil y Comercial de nuestro país, aprobado por la Ley 26.994.

En este sentido, en el año 2012 fue presentado para consideración del Congreso de la Nación Argentina, un Anteproyecto de Código Civil Unificado con el Código de Comercio, que fuera encargado por Decreto N° 191/2011 a una comisión de reformas presidida por el Dr. Ricardo Luis Lorenzetti, e integrada, asimismo, por la Dra. Elena Higton de Nolasco y Aida Kemelmajer de Carlucci, quienes han recibido la colaboración en aspectos especiales por parte de diversos juristas especialistas en diferentes áreas del Derecho privado²⁵.

²⁵ En este sentido, en el Anexo del Anteproyecto elevado se detalla una lista de los colaboradores, a saber: Abreut de Begher, Liliana, Aleg'ria, Héctor, Alferillo, Pascual, Alterini, Atilio A., Ameal, Oscar, Andino, Marcela, Barbier, Eduardo, Basset, Úrsula, Belluscio, Augusto C., Bergel, Salvador D., Bertoldi de Fourcade, María V., Bono, Gustavo, Borda, Aeljandro, Boretto, Mauricio, Bueres, Alberto J., Cafferatta, Néstor, Chechile, Ana M., Chyrikins, Héctor, Cifuentes, Santos, Compagnucci de Caso, Rubén, Córdoba, Marcos, D'Alessio, Carlos, De Hoz, Marcelo, Di Lella, Pedro, Dreyzin, Adriana, Duprat, Carolina, Etcheverry, Raúl, Fargosi, Horacio, Ferrer, Francisco, Ferreyra de la Rúa, María A., Flah, Lily, Fowler Newton, Enrique, Galdós, Jorge M., Gómez Alonso de Diaz Cordero, María L., Gómez Leo, Osvaldo; Gonzalez del Solar, Nicolás, Grosman, Cecilia, Gurfinkel de Wendy, Lilian, Heredia, Pablo, Hernández, Carlos, Herrera, Marisa, Iñiguez, Marcelo, Kiper, Claudio, Kraut, Alfredo, Lamm, Eleonora, Leiva Fernández, Luis F., Liber, Nora, Lloveras, Nora, Manóvil, Rafael, Mariani de Vidal, Mariana, Márquez, José Fernando, Martorell, Eduardo, Mazoratti, Osvaldo, Mathus Escorihuela, Miguel, Medina, Graciela, Messina, Graciela, Mayo, Jorge A., Minyersky, Nelly, Molina de Juan, Mariel, Molina Quiroga, Eduardo, Mosset Iturraspe, Jorge, Muller, Enrique, Najurieta, María S., Nicolau, Noemí, Nissen, Ricardo, Orelle,

El artículo 1092 del anteproyecto mencionado, establecía *“Relación de consumo. Consumidor. Relación de consumo es el vínculo jurídico entre un proveedor y un consumidor. Se considera consumidor a la persona física o jurídica que adquiere o utiliza bienes o servicios como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social, siempre que no tenga vínculo con su actividad comercial, industrial, artesanal o profesional. Queda equiparado al consumidor quien, sin ser parte de una relación de consumo como consecuencia o en ocasión de ella, adquiere o utiliza bienes o servicios en forma gratuita u onerosa como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social, siempre que no tenga vínculo con su actividad comercial, industrial, artesanal o profesional”*²⁶.

En los fundamentos de dicho anteproyecto –que con las modificaciones introducidas por el Poder Ejecutivo Nacional, pasó a ser el Proyecto de Código Civil y Comercial presentado al Congreso, que sirvió de base para las discusiones que se gestaron en ambas Cámaras Legislativas, que dieron finalmente lugar a la sanción del actual Código Civil y Comercial, que entró en vigencia el 1° de Agosto del año 2015- expresamente se decía, al explicar el concepto de consumidor y de contrato de consumo adoptado, que *“Estas definiciones receptan las existentes en la legislación especial, depurando su redacción y terminología conforme a observaciones efectuadas por la doctrina. En especial cabe mencionar la figura*

José María, Paolantonio, Martín, Parellada, Ariel, Parellada, Carlos, Pelegrini, María Victoria, Picasso, Sebastián, Pizarro, Ramón D., Puerta de Chacón, Alicia, Richard, Efraín H., Rivera, Julio, Roitman, Horacio, Rossi, Hugo E., Ruiz de Erenchun, Alberto, Sagarna, Fernando A., Saux, Edgardo, Seguí, Adela, Silvestre, Norma, Smayevsky, Miriam, Sozzo, Gonzalo, Stiglitz, Gabriel, Stiglitz, Rubén, Tanzi, Silvia, Tobías, José W., Uzal, María E., Vallespinos, Gustavo, Vergara, Leandro, Vigiola de Molina Quiroga, Lidia, Vítolo, Daniel R., Wayar, Ernesto, White, Ricardo, y Wierzba,, Sandra. Anteproyecto de Código Civil Unificado con el de Comercio 2012, Ed. Códice, Bs. As., año 2012, p. 845 a 847.

²⁶ Anteproyecto de Código Civil Unificado con el de Comercio 2012, Ed. Códice, Bs. As., año 2.012, p. 238 y 239.

del consumidor expuesto, incluido en la ley especial dentro de la definición general de consumidor. Ello ha sido una traslación inadecuada del Código de Defensa del Consumidor de Brasil (artículo 29), que contempla esta noción en relación a las prácticas comerciales, pero no como noción general. Como se advierte, la fuente si bien amplía la noción de consumidor, la limita a quien se halla expuesto a prácticas abusivas lo que aparece como absolutamente razonable. En cambio, la redacción de la ley 26.361, carece de restricciones por lo que, su texto, interpretado literalmente, ha logrado una protección carente de sustancialidad y límites por su amplitud. Un ejemplo de lo expuesto lo constituye el hecho de que alguna opinión y algún fallo que lo recepta, con base en la frase 'expuestas a una relación de consumo', han considerado consumidor al peatón víctima de un accidente de tránsito, con relación al contrato de seguro celebrado entre el responsable civil y su asegurador. La definición que surge del texto, constituye una propuesta de modificación de la ley especial. De todos modos, y tomando como fuente el artículo 29 del Código de Defensa del Consumidor de Brasil, la hemos reproducido al regular las 'Prácticas abusivas' ya que, en ese caso, su inclusión aparece como razonable".

En suma, como puede apreciarse, con buen criterio se ha dejado de lado la noción del tercero expuesto a la relación de consumo (*bystander*), dentro del concepto general de consumidor, vedando su interpretación y aplicación con ese alcance, y lo mantuvo exclusivamente, a nivel de equiparación, para los casos concretos de prácticas abusivas (artículo 1.096 del mismo anteproyecto, la cual fue mantenida intacta en el Código Civil y Comercial vigente en nuestro país actualmente).

Deviene interesante recordar que la ley de Defensa del Consumidor nace con la finalidad de disminuir o acotar la situación de asimetría y debilidad estructural en que se encuentra el consumidor o usuario (profano) con respecto al proveedor (profesional, experto), en el ámbito del mercado. Esta motivación inicial, que no lo es solo de la ley, sino de toda esta nueva normativa que ha venido surgiendo desde mediados de la década de 1950, impulsada por la doctrina y la jurisprudencia, ha comenzado a evolucionar, ha mutado, ampliando su amparo a sujetos que no son “técnicamente” consumidores pero que, por circunstancias especiales, merecen la extensión de tal protección.

La línea evolutiva que se ha dado en Estados Unidos y España, fue seguida luego, en nuestra región, por Brasil y el MERCOSUR, a la cual se agregó luego, la República Argentina.

No obstante, no debe olvidarse aquel propósito inicial que mencionáramos precedentemente, por lo cual creemos que hay que ser cuidadosos en evitar otorgarle significaciones o connotaciones que lleven a las normas consumeriles a invadir otras ramas del Derecho, que también gozan de sus propios principios y reglas. Sin lugar a dudas, debemos seguir en este camino de fortalecimiento de los Derechos de este colectivo, pero siempre precaviéndonos acerca que las interpretaciones y alcances que le demos a sus preceptos puedan cercenar derechos de otros sujetos -mediante una improcedente defensa, por excesiva-, o atenten contra otras disciplinas no menos importantes u otorguen privilegios a ciertos sujetos que no revisten la característica de “débil jurídico”, que constituye

el *leit motiv* de la existencia de esta normativa especial, conforme lo expusiéramos oportunamente²⁷.

La noción de proveedor en la legislación argentina.

El proveedor es el sujeto que se encuentra en el polo pasivo de la relación de consumo. El artículo 2 de la ley 24. 240, luego de la reforma por ley 26.361, establece que proveedor *“es 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 o usuarios. Todo proveedor está obligado al cumplimiento de la presente ley. No están comprendidos en esta ley los servicios de profesionales liberales que requieran para su ejercicio título universitario y matrícula otorgada por colegios profesionales reconocidos oficialmente o autoridad facultada para ello, pero sí la publicidad que se haga de su ofrecimiento. Ante la presentación de denuncias, que no se vinculen con la publicidad de los servicios, presentadas por los usuarios y consumidores, la autoridad de aplicación de esta ley informará al denunciante sobre el ente que controle la respectiva matrícula a los efectos de su tramitación”*.

De la lectura de la norma puede apreciarse que dentro del amplio espectro de personas que podrían llegar a constituirse en proveedores, solo algunos

²⁷ ESTIGARRIBIA BIEBER, María Laura, SHWOIHORT, Sergio Juniors: *Ob. cit.*, p. 33.

pueden serlo, ya que existen algunas exclusiones expresas en la norma mencionada, que trataremos en el próximo título.

Supuestos incluidos

Quedan subsumidos por la disposición del artículo 2 de la ley, y por ende les resulta obligatorio el cumplimiento de la ley de defensa del consumidor, toda *persona física o jurídica*, sea de naturaleza *pública o privada*; es decir que, en lo que respecta a las personas de existencia moral, están incluidos tanto las empresas y sociedades de manos particulares, como el Estado en sus distintos niveles (Nacional, Provincial, Municipal y las diferentes formas en que desarrollen la actividad, vgr., una sociedad o empresa del Estado).

Ahora bien, no basta con revestir la calidad de alguno de los sujetos mencionados para ser pasibles de aplicación de las normas de defensa de los consumidores y usuarios, sino que además, se debe desarrollar, de manera profesional, y aunque sea de modo ocasional, alguna de las actividades que menciona la ley, cuya noción se expondrá en los párrafos posteriores.

Asimismo, un requisito más es exigido para el encuadre en la normativa protectoria que venimos estudiando. Las actividades aludidas, deben estar destinadas a los consumidores y usuarios, es decir, a destinatarios finales. Si alguna de ellas tuviera como destino un sujeto que vaya a reincorporar el producto o servicio en el mercado, no estaremos en presencia de una relación de

consumo, sino ante una relación comercial, que será regida por las disposiciones mercantiles aplicables al caso concreto.

Las actividades que menciona la ley, y que deben realizarse de manera profesional, y aun ocasionalmente, con el destino antedicho, para ser considerados proveedores a los fines de la ley, son:

a. *Producción*: como bien lo señala LORENZETTI “*la producción se identifica con la elaboración de productos. Éstos pueden pertenecer a cualquier área de la economía: agrícola-ganadera, industrial o terciaria como los productos informáticos*”²⁸. Es decir que queda incluida toda actividad que implique la creación de bienes materiales para su posterior introducción en el mercado.

b. *Montaje*: se relaciona con la tarea de armado. Es “*la combinación de las diversas partes de un todo*”²⁹. Aquí no hay producción de los bienes, sino la unión de diferentes partes que conforman en su conjunto un producto en particular.

c. *Creación*: también implica producción, pero de una obra intelectual. La creación es el producto del intelecto.

d. *Construcción*: se refiere específicamente a la actividad de edificación de inmuebles.

²⁸ LORENZETTI, Ricardo Luis: *Consumidores*, 2º Edición Actualizada, Ed. Rubinzal - Culzoni, Santa Fe, año 2.009, p. 111.

²⁹ Conf. Diccionario de la Real Academia Española, 22º Edición, disponible en: www.rae.es. Consultado por última vez el 04/04/2016.

e. *Transformación*: también queda incluida en la ley de defensa del consumidor la actividad que implica el paso de un producto o bien determinado, por un proceso específico que crea algo diferente, que lo hace diferir del anterior total o parcialmente.

f. *Importación*: la importación implica la introducción a nuestro territorio nacional, de bienes o servicios provenientes de otros países.

g. *Concesión de marca*: la marca “es el signo que distingue un producto de otro o un servicio de otro”³⁰. La misma, una vez que ha sido debidamente registrada, concede un derecho exclusivo de uso, es decir, que solo aquel que tenga registrada la marca a su nombre, dispone de la titularidad de ella, y por ende es el único que puede usarla, pudiendo ejercer, asimismo, los derechos que la ley le concede para excluir a terceros en su utilización indebida. Al mismo tiempo, la marca constituye un verdadero derecho de propiedad, y por ende, quien sea su “dueño”, puede disponer de ella de diferentes formas. Las más difundidas en la actualidad, son la concesión –o licencia de uso- y la franquicia de la marca, que se instrumentan a través de contratos, y que al decir de OTAMENDI “*permiten al titular de la marca una difusión que en muchos casos él solo no podría lograr*”³¹.

³⁰ OTAMENDI, Jorge: *Derecho de Marcas*, 6° Edición actualizada; Ed. Lexis Nexis Abeledo - Perrot, Buenos Aires, año 2.006, p.1.

³¹ OTAMENDI, Jorge: *Ob. Cit.*, p.18.

h. Distribución: implica el reparto de los productos dentro de un ámbito geográfico, con o sin la finalidad de ser comercializados (vgr. el transporte de mercaderías).

i. Comercialización de bienes y servicios: implica la circulación de los bienes y servicios en el mercado, quedando incluidos todos los contratos que se utilicen con tal finalidad (Ej. contratos de compraventa, concesión, suministro, compraventa, agencia y sub-agencia, etcétera).

Situaciones excluidas.

El artículo 2 de la ley 24.240 reformada, excluye de manera expresa los servicios de profesionales liberales que requieran para su ejercicio título universitario y matrícula otorgada por colegios profesionales reconocidos oficialmente o autoridad facultada para ello.

Es decir que las relaciones establecidas entre los profesionales liberales -con título habilitante- y sus clientes, no son consideradas relaciones de consumo, sino relaciones civiles, que pueden encuadrar, según los casos particulares, en las disposiciones de la locación de servicios o de la locaciones de obra, pero no en las previsiones de las normas protectorias de los consumidores y usuarios.

Si alguna irregularidad en el ejercicio profesional, afectara a algún consumidor y éste reclamara ante el organismo de aplicación de la ley 24.240, la cuestión no podrá tener tratamiento en esa esfera, ni tampoco estará al amparo

de estas normas protectorias, sino que la autoridad de aplicación informará al ente que controle la matrícula respectiva a fin de que tome la intervención debida.

La ley deja a salvo, y por tanto es alcanzado por sus disposiciones, a la publicidad que se haga del ofrecimiento de los servicios de estos profesionales liberales. En consecuencia, las ofertas que se efectúen al público, es decir, a personas indeterminadas, sí los obligan.

Otra excepción, señalada por LORENZETTI, radica en el hecho de que los profesionales realicen su actividad en forma de empresa, en cuyo caso, sostiene que se diluye la figura del profesional liberal para conformarse la de proveedor³².

Habiendo quedado delineada la estructura de la relación de consumo en nuestro país, pasemos a considerar las características generales de la responsabilidad que de ella puede derivar.

³² LORENZETTI, Ricardo Luis: *Consumidores*, Ob. cit., p. 115.

CAPÍTULO II

RESPONSABILIDAD DERIVADA DE LAS RELACIONES DE CONSUMO

Consideraciones previas

Hemos descrito e identificado en los acápites anteriores, qué se entiende por relación de consumo, y cuáles son los elementos que la componen; esto es: los sujetos –proveedores, consumidores y usuarios-, el objeto y la causa de la misma.

Descrito, entonces, la clase de vínculo jurídico al que hacemos referencia cuando hablamos de *relación de consumo*, corresponde centrarnos en el análisis de la responsabilidad que puede derivar de la misma, en el ámbito civil, cuestión que constituye el eje central de este capítulo.

Presupuestos

La responsabilidad derivada de las relaciones de consumo, participa de los presupuestos básicos de toda responsabilidad civil en general sin perjuicio que, en esta órbita, algunos de ellos asuman una significación mayor o menor, dadas las particularidades de esta rama del Derecho, que se verán a continuación.

Trataremos de manera conjunta los presupuestos de la responsabilidad, sin distinción entre la órbita contractual y la extracontractual ya que, como bien lo señalan PIZARRO y VALLESPINOS, ha operado una superación del distingo entre ambas, y *“la doctrina moderna dominante admite pacíficamente la unidad conceptual del fenómeno resarcitorio y el carácter común que tienen los presupuestos de la reparación en ambos ámbitos. La dualidad de regímenes no*

se justifica en la hora actual y se presenta como un anacronismo. En este sentido se ha pronunciado la doctrina dominante en Argentina (Bustamante Alsina, Bueres, Alterini, Ameal, López Cabana, Mosset Iturraspe, Trigo Represas, Yzquierdo Losada). Fue también el criterio que siguió la recomendación aprobada por las XII Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Bariloche, 1989, Comisión 2, Unificación de los regímenes de responsabilidad civil)³³.

Ese es, asimismo, el criterio que sigue la ley 24.240 que, en su artículo 40, dispone que *“Si el daño al consumidor resulta del vicio o riesgo de la cosa o de la prestación del servicio, responderán el productor, el fabricante, el importador, el distribuidor, el proveedor, el vendedor y quien haya puesto su marca en la cosa o servicio. El transportista responderá por los daños ocasionados a la cosa con motivo o en ocasión del servicio. La responsabilidad es solidaria, sin perjuicio de las acciones de repetición que correspondan. Sólo se liberará total o parcialmente quien demuestre que la causa del daño le ha sido ajena”*. Como puede apreciarse, la norma fija la responsabilidad de manera genérica, sin distinguir entre la órbita contractual y la extracontractual.

Finalmente, el criterio de la unificación de la responsabilidad contractual y extracontractual, ha sido adoptado también, por el Código Civil y Comercial de la Nación. En este sentido, en los fundamentos del Anteproyecto aludido, se ha expuesto que *“en materia de reparación, y siguiendo a los proyectos anteriores, se recepta la unificación de los ámbitos de responsabilidad contractual y extracontractual. Al respecto, existe uniforme opinión doctrinal que ha sido*

³³ PIZARRO, Ramón D., y VALLESPINOS, Carlos G.: *Instituciones de Derecho Privado - Obligaciones*, Tomo II, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, año 2.006, p. 472.

expresada en distintos encuentros científicos. También los proyectos anteriores se inclinan por la misma tesis. Por ejemplo, el artículo 1581 del Proyecto de 1998, dispone: 'Las disposiciones de este Título son aplicables a cualquiera que sea la fuente del deber jurídico de cumplir o de reparar el daño'. El texto proyectado, confiere unicidad al régimen de la responsabilidad contractual y extra contractual... La tesis que se adopta es la unidad del fenómeno de la ilicitud, lo cual no implica homogeneidad, ya que hay diferencias que subsisten. Con la solución que proponemos se unifican claramente los supuestos que han generado dificultades serias, como ocurre con los daños a la persona en el ámbito de la responsabilidad contractual (ejemplo, responsabilidad médica)»³⁴.

Sentado lo anterior, para dar nacimiento a esta responsabilidad, deben darse los cinco presupuestos que señala MOSSET ITURRASPE para la responsabilidad en general³⁵, es decir, que debe haber: 1) Hecho humano; 2) Daño; 3) Relación de causalidad entre el hecho y el daño; 4) Imputabilidad –sea esta subjetiva u objetiva-; y 5) Antijuridicidad. Analicémoslos.

Hecho humano.

El *hecho humano*, hace referencia a un actuar del hombre, es decir una acción determinada que produce un resultado o consecuencia específica que en este caso, resulta lesivo de los intereses de otro sujeto, por lo que debe

³⁴ Anteproyecto de Código Civil Unificado con el de Comercio 2012, Ed. Códice, Bs. As., año 2.012, p. 754 y 755.

³⁵ MOSSET ITURRASPE, Jorge (Director): *Responsabilidad Civil*, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, año 1.997, p. 46 y 47.

repararse. Ese hecho, puede concretarse tanto por acción, como por omisión. Terminológicamente conviene hablar de acción u omisión, cuando estamos refiriéndonos a la responsabilidad en la órbita extracontractual, y de “incumplimiento”, cuando nos adentramos en la esfera contractual³⁶, sin perjuicio de la mención a la unificación a la que hiciéramos referencia en el apartado anterior.

Daño.

ORGAZ ha dicho hace ya tiempo que “...la responsabilidad civil del agente comienza solo cuando existe un daño causado...”³⁷.

En esa línea de pensamiento, han señalado STIGLITZ y ECHEVESTI que “el daño es el presupuesto central de la responsabilidad civil. De allí que pueda hablarse de un Derecho de daños o de una Responsabilidad por daños al referirse a ella... ello en razón de que le problema de la responsabilidad civil del agente comienza a plantearse, cuando existe daño causado. Recién en presencia de ese daño, el intérprete tiene que preguntarse luego si medió antijuridicidad, relación causal y un factor de atribución...”³⁸.

El *daño*, al menos en materia de responsabilidad civil, es el elemento más importante de todos. Ya lo señalaba el artículo 1.068 del Código Civil (en materia

³⁶ Cabe aclarar sin embargo, que el incumplimiento contractual puede darse por acción o por omisión.

³⁷ ORGAZ, Alfredo: *El Daño resarcible - Actos Ilícitos-*, 3ra. Edición actualizada, Ed. Depalma, año 1.967, p. 17.

³⁸ STIGLITZ, Gabriel, y ECHEVESTI, Carlos, en MOSSET ITURRASPE, Jorge: *Responsabilidad Civil*, Ed. Hammurabi, Bs. As., año 1.997, P. 212).

de responsabilidad extracontractual, ya que sí diferenciaba entre ambas), cuando disponía que *“No habrá acto ilícito punible para los efectos de este Código, si no hubiese daño causado...”*.

A ese respecto, enseñaba CAZEAUX, que *“desde un punto de vista metodológico el daño es el primer elemento, puesto que el problema de la responsabilidad civil del agente comienza recién a plantearse cuando existe un daño causado. Sólo en presencia del daño, el jurista tiene que indagar si ha sido causado ilícitamente... a la inversa, si no hay daño alguno resulta superfluo investigar la existencia o inexistencia de los otros elementos”*³⁹. Es decir que puede válidamente afirmarse en la actualidad que, en el ámbito civil, *no existe responsabilidad sin daño*.

Dicho presupuesto esencial de la responsabilidad civil, se encuentra actualmente definido en el artículo 1.737 del Código Civil y Comercial de la Nación al expresar que *“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”*.

No obstante, en materia de Derecho del consumo, el daño y su resarcimiento, presentan ciertas particularidades que lo diferencian del Derecho civil tradicional que merecen la pena resaltarse. En el ámbito de la protección de los derechos de los consumidores y usuarios, puede haber responsabilidad de los proveedores, y pueden los consumidores ejercitar determinados derechos y

³⁹ CAZEAUX, Pedro N., TRIGO REPRESAS, Félix A.: *“Compendio de Derecho de las Obligaciones”*, Tomo II, 2º Edición actualizada, Ed. Librería Editora Platense, La Plata, año 1.996, p. 400.

acciones, sin que se verifique un daño cierto y actual, bastando la posibilidad inminente de su ocurrencia.

El ejemplo más representativo de lo expuesto -sin perjuicio de otros que dejamos de lado porque excederían el cometido del presente trabajo- está dado por la función disuasiva - punitiva incorporada en la normativa protectoria a través de la figura de los “daños punitivos”, que permite imponer una indemnización con carácter de *castigo ejemplar*, independientemente del padecimiento de un daño concreto.

En ese sentido, establece el artículo 52 bis de la ley 24.240 que *“Al proveedor que no cumpla sus obligaciones legales o contractuales con el consumidor, a instancia del damnificado, el juez podrá aplicar una multa civil a favor del consumidor, la que se graduará en función de la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso, independientemente de otras indemnizaciones que correspondan. Cuando más de un proveedor sea responsable del incumplimiento responderán todos solidariamente ante el consumidor, sin perjuicio de las acciones de regreso que les correspondan. La multa civil que se imponga no podrá superar el máximo de la sanción de multa prevista en el artículo 47, inciso b) de esta ley”*.

Como puede apreciarse, se ha introducido en la ley de defensa del consumidor –con la modificación efectuada en el año 2008 por la ley 26.361-. una herramienta de indudable importancia para la sanción y la correspondiente prevención de incumplimientos que se deriven de las relaciones de consumo, que venía siendo reclamado por gran parte de la doctrina en nuestro país, como así

también había motivado varios *obiter dicta* de nuestros magistrados, quienes lamentaban en muchos casos la falta de este instituto para introducir un castigo adicional, principalmente en los casos de daños al medio ambiente y a los consumidores.

Así, verbigracia, lo había señalado la Dra. Conde de la Sala F de la Cámara Nacional Civil en el conocido caso *“Craien, Miguel A. c/Coca Cola S.A.”* ya en el año 1995, cuando sostuvo que *“no existen en nuestra legislación, como ocurre en el derecho estadounidense, los denominados daños punitivos, que consisten en una penalización civil que imponen los tribunales, a modo de castigo ejemplar en determinados supuestos”* y que *“es imprescindible legislar sobre el tema en forma concreta, debido a que la Ley de Defensa al Consumidor es insuficiente para prevenir los daños a los consumidores, debiendo partirse del análisis de la jurisprudencia y la legislación comparada, existente en el derecho inglés y estadounidense; en especial de este último, del que pueden extraerse ideas útiles y, además, los resultados de una larga experiencia, ponderando las opiniones críticas que, a mi entender, en muchos aspectos, permitirán dar solución a este tema de acuerdo a las particulares características de nuestro derecho, que se aparta ostensiblemente del derecho anglosajón”*⁴⁰.

Según enseñaba TUNC *“existe pena privada o indemnización punitiva cuando, por expresa disposición de la ley o por la voluntad de las partes, sin acudir a los principios, normas y garantías del derecho penal, se sancionan ciertas graves inconductas, mediante la imposición de una suma de dinero a la*

⁴⁰ Craien, Miguel Angel c. Coca Cola S.A.I.C. y F. s/daños y perjuicios, L. 175.561, voto de la Dra. Ana María Conde, JA T. III, p. 195/200, p. 198.

*víctima de un comportamiento ilícito o, más excepcionalmente, al propio Estado o a otros terceros (ligas de consumidores, organizaciones de tutela del ambiente, entidades de bien público, etc.)*⁴¹.

En síntesis, como bien señala LORENZETTI, siguiendo a PIZZARO y a VALLESPINOS, *“los daños punitivos consisten en sumas de dinero que los tribunales mandan a pagar a la víctima de ciertos ilícitos, que se suman a las indemnizaciones por daños realmente experimentados por el damnificado, que están destinados a punir graves inconductas del demandado y a prevenir hechos similares en el futuro”*⁴². Permiten, entonces, una reparación cuya causa remite, en última instancia, a sancionar el incumplimiento *per se*, y cuya justificación coadyuva a la prevención, con lo que la inclusión de esta figura resulta absolutamente compatible con la finalidad de las normas de consumo, las que despliegan su actividad tanto en el área de la prevención como de la reparación⁴³.

Como puede apreciarse, la norma del artículo 53 *bis* de la ley 24.240, faculta al juez a aplicar una multa civil, a pedido y en favor del consumidor damnificado, contra el proveedor –o proveedores- que no cumplan con sus obligaciones legales o contractuales respecto de este último.

No obstante, su redacción ha sido criticada debido a que, con su amplitud, permite la aplicación de esta figura a cualquier incumplimiento

⁴¹ En PIZARRO, Ramón D., y VALLESPINOS, Carlos G.: *Instituciones de Derecho Privado – Obligaciones*, T III, Ed. Hammurabi, año 2.007, p. 208

⁴² LORENZETTI, Ricardo L.: *Consumidores*, Ed. Rubinzal Culzoni, año 2.009, p. 557.

⁴³ FARINA, Juan M.: *Defensa del consumidor y del usuario – Comentario exegético de la ley 24.240 con las reformas de la ley 26.361*, Ed. Astrea, año 2.009, p. 567.

–aunque sea meramente objetivo- de la normativa o de las disposiciones contractuales por parte de los proveedores, sin analizar la gravedad del comportamiento de estos últimos, lo cual ha llevado a los jueces a imponerlas con mucha medida, inclusive desvirtuando en algunos casos la finalidad esencial que las mismas persiguen.

Esta situación fue advertida a poco tiempo de la sanción de la ley 26.361, y ahondada en las XXII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, realizadas en la ciudad de Córdoba en los días 24 y 25 de septiembre del año 2009, en el marco de la Comisión Interdisciplinaria – Derechos del Consumidor, donde se concluyó que debían establecerse determinados requisitos para una adecuada interpretación de la norma por parte de los magistrados, en los términos siguientes: *“Los daños punitivos proceden en casos de particular gravedad, que trasuntan menosprecio por derechos individuales o de incidencia colectiva, abuso de posición dominante y también en los supuestos de ilícitos lucrativos, con la finalidad de dismantelar plenamente sus efectos”*, brindando de esta manera ciertos parámetros para la imposición de la multa que, si bien no surgen de la redacción legal transcrita, servirían para moderar la extensión de su monto.

Es dable destacar que dicha figura, con la misma función, aunque con distinta denominación (se la llamó “sanción pecuniaria disuasiva”), pretendió extender su aplicación a todos los derechos de incidencia colectiva en el Derecho argentino, mediante la incorporación en el Anteproyecto de Código Civil Unificado con el Código de Comercio del año 2012, del artículo 1.713 que establecía que *“El juez tiene atribuciones para aplicar, a petición de parte, con*

fines disuasivos, una sanción pecuniaria a quien actúa con grave menosprecio hacia los derechos de incidencia colectiva mencionados en el artículo 14, inciso c). Pueden peticionarla los legitimados para defender dichos derechos. Su monto se fija prudencialmente, tomando en consideración las circunstancias del caso, en especial la gravedad de la conducta del sancionado, se repercusión social, los beneficios que obtuvo o pudo obtener, los efectos disuasivos de la medida, el patrimonio del dañador, y la posible existencia de otras sanciones penales o administrativas. La sanción tiene el destino que le asigne el juez por resolución fundada...”⁴⁴.

No obstante ello, la norma transcripta no prosperó, y no fue incorporada al Código Civil y Comercial de la Nación, por lo que la figura comentada continúa teniendo operatividad solo en el marco de las relaciones reguladas por la Ley 24.240 de Defensa del Consumidor.

Relación de causalidad

La relación de causalidad implica la conexión entre el hecho perjudicial (acto ilícito o incumplimiento) y el daño. No es otra cosa que, como bien lo señala BORDA, “*el principio de que debe haber una relación de causa a efecto entre el hecho ilícito y el daño*”⁴⁵.

⁴⁴ Anteproyecto de Código Civil unificado con el Código de Comercio 2.012, Ed. Códice, Bs. As., año 2012, p. 367.

⁴⁵ BORDA, Guillermo A.: *Manual de Obligaciones*, Undécima Edición Actualizada, Ed. Lexis Nexis Abeledo - Perrot, Bs. As, año 2.003, p. 434.

Más específicamente, como enseñan RIVERA y MEDINA, “...es la adecuada relación de causa-efecto que ha de existir entre la conducta antijurídica y el resultado dañoso...”⁴⁶, destacando que en nuestro derecho positivo, como se verá, se sigue la teoría de la causalidad adecuada (Conforme al antiguo artículo 906 del anterior Código Civil Argentino, y al actual artículo 1.726 del Código Civil y Comercial de la Nación⁴⁷).

Aquí también aparecen características peculiares de la responsabilidad en las relaciones de consumo, que escapan a los esquemas de la responsabilidad civil en general.

Existen diferentes teorías que abordan la cuestión referente a la limitación del encadenamiento causal de las consecuencias que se derivan de un hecho dañoso, y del daño propiamente dicho. Así, a modo de enumeración, y sin entrar en el abordaje específico de cada una de ellas, se esgrimen las teorías de la *condictio sine qua non*, la de la causa próxima, la de la causa eficiente, y la de la causalidad adecuada, esta última, adoptada por nuestra legislación, como dijéramos en el párrafo anterior.

Esto implica que, para poder imputar las consecuencias de un hecho dañoso a la persona que lo realiza, debe darse un nexo adecuado de causalidad –lo cual ocurre cuando la acción realizada es normalmente capaz de producir el resultado

⁴⁶ RIVERA, Julio César, MEDINA, Graciela: *Código Civil Comentado*, arts. 896 a 1.065, Ed. Rubinzal Culzoni, año 2.007, pág. 38.

⁴⁷ El artículo 906 del anterior Código Civil Argentino que establecía que “*En ningún caso son imputables las consecuencias remotas, que no tienen con el hecho ilícito nexo adecuado de causalidad*”, y el actual artículo 1.726 del Código Civil y Comercial de la Nación que establece que “*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*”.

dañoso-. Pues bien, esta teoría no resulta aplicable en todos los casos en materia de responsabilidad derivada de las relaciones de consumo.

Así, por ejemplo, si un consumidor adquiere en un supermercado un producto que, no estando vencido, ha perdido la cadena de frío en el marco de su transporte hasta el local comercial, ocasionándole un perjuicio a su salud, el mismo puede reclamar el resarcimiento, no solo a su proveedor directo (el supermercado, en el caso), sino también puede ir contra el fabricante del producto, el cual cumplió en el caso con todos los deberes a su cargo para la introducción en el mercado de un producto en condiciones para su venta y posterior consumo.

Entonces, es normal que un producto vencido cause un perjuicio en la salud de quien lo ingiere, pero no es normal que la introducción de un producto en buenas condiciones en el mercado, cause ese efecto por ese solo hecho. Por ende, en este segundo supuesto, no habría un nexo adecuado de causalidad, pero no obstante ello, el productor es solidariamente responsable –porque así lo establece la ley 24.240 en su art. 40-.

Por ello, y tal como lo mencionáramos oportunamente, si bien los presupuestos de la responsabilidad en esta materia, son los mismos que para la responsabilidad en general, algunos de ellos asumen aquí particularidades específicas que denotan la existencia de un esquema autónomo, más exigente y estricto, en vistas a la protección de la *parte débil* de la relación.

Volveremos oportunamente sobre la cuestión del nexo de causalidad, al tratar concretamente la responsabilidad derivada de los riesgos de desarrollo, dado el estrecho vínculo que los une.

Imputabilidad

Imputar implica *“atribuir a alguien la responsabilidad de un hecho reprobable”*⁴⁸. Esta imputación, se realiza a través de un factor de atribución, que *“constituye el elemento axiológico valorativo, en virtud del cual el ordenamiento jurídico dispone la imputación de las consecuencias dañosas del incumplimiento obligacional o de un hecho ilícito stricto sensu a una determinada persona”*⁴⁹.

La mencionada atribución de responsabilidad, puede efectuarse de manera subjetiva u objetiva.

La *subjetiva*, implica que se tiene en cuenta el obrar del agente, es decir, se pondera si el mismo ha actuado con intención de causar el daño (dolo) o si su obrar ha sido negligente o imprudente (culpa).

En este sentido, el artículo 1.724 del Código Civil y Comercial de la Nación establece que *“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*

⁴⁸ Diccionario de la Real Academia Española, 22º Edición, disponible en: www.rae.es. Consultado por última vez el 04/04/2016.

⁴⁹ PIZARRO, Ramón D., VALLESPINOS Carlos G.: *Ob. cit.*, p. 575.

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”.

Por el otro lado, encontramos los *factores objetivos de atribución*, en los cuales se deja totalmente de lado la actitud del causante del daño (es decir que no interesa si ha obrado con culpa o con dolo), para poner la mirada sobre la víctima, sobre quien ha padecido el perjuicio. Es decir que el Derecho vislumbra que una persona ha sufrido un daño, y que ese perjuicio debe ser reparado. Entre los factores de atribución de tipo objetivo, suelen mencionarse al riesgo –en sus dos variantes, creado y provecho-, la garantía, la equidad, el abuso del derecho, entre otros.

En palabras del artículo 1.722 del Código Civil y Comercial de la Nación, “*el factor de atribución es objetivo cuando la culpa del agente es irrelevante a los efectos de atribuir responsabilidad...*”.

La diferencia esencial entre ambos tipos de imputación –obviamente sin perjuicio de las nociones conceptuales referidas-, se refleja primordialmente en dos aspectos: la extensión de los perjuicios reparables, y las causales de eximición de responsabilidad.

Si el factor de atribución por el cual se imputa responsabilidad es de tipo subjetivo, se responderá por las consecuencias *inmediatas* y *mediatas*, cuando existe culpa, y también por las *casuales* cuando existiere dolo. Para eximirse de

responsabilidad, el agente deberá demostrar que de su parte no hubo culpa o dolo, o que realizó todas las acciones a su alcance para evitar el daño producido.

En cambio, si el factor de atribución es de tipo objetivo, la reparación alcanza a las consecuencias inmediatas y mediatas previsibles, con lo que la extensión de la reparación es más acotada que en el caso de responsabilidad subjetiva. No obstante, en lo que se refiere a la posibilidad de eximirse de responsabilidad, los extremos a acreditar son más exigentes que en la anteriormente aludida, ya que quien pretenda librarse de las consecuencias dañosas del hecho deberá probar la ruptura del *nexo causal*, acreditando el caso fortuito o la fuerza mayor, la culpa de la víctima o de un tercero por quien no debe responder.

En materia de responsabilidad derivada de las relaciones de consumo, el hecho de atribución es, eminentemente, de carácter objetivo tal y como surge del artículo 40 de la ley 24.240 cuando establece que *“si el daño al consumidor resulta del vicio o riesgo de la cosa o de la prestación del servicio, responderán el productor, el fabricante, el importador, el distribuidor, el proveedor, el vendedor y quien haya puesto su marca en la cosa o servicio. El transportista responderá por los daños ocasionados a la cosa con motivo o en ocasión del servicio. La responsabilidad es solidaria, sin perjuicio de las acciones de repetición que correspondan. Sólo se liberará total o parcialmente quien demuestre que la causa del daño le ha sido ajena”*.

Lo que interesa a la ley es la protección de los consumidores y usuarios, independientemente de la culpa o negligencia de los sujetos a quienes legalmente se imputa la responsabilidad. Lo importante ante la producción de un perjuicio, es

que este existe, y como tal, debe ser reparado. El eje central, entonces, sobre el cual gira la reparación en esta materia, es la noción de riesgo.

La Teoría del Riesgo, surge en Francia en el Siglo XIX; tiene dos vertientes centrales que difieren en el fundamento que le otorgan al deber de reparar.

Por un lado, la *teoría del riesgo creado*, en virtud de la cual quien es dueño o se sirve de cosas potencialmente riesgosas para la sociedad o sus miembros, se encuentra obligado a reparar los daños que se puedan derivar de ellas. En otras palabras, existe un “consumo” de seguridad por la introducción en el medio de elementos potencialmente dañosos, y por ese consumo, resulta obligado su dueño o guardián.

Por el otro lado, se esgrime la *teoría del riesgo provecho* (o riesgo beneficio), que surge básicamente para limitar a la anterior, que entiende que el dueño o quien se sirve de la cosa, no debe responder por cualquier riesgo, sino sólo por aquellos que le importen la obtención de una ventaja, de un beneficio, o de un provecho, principalmente económico. Dentro de esta vertiente de pensamiento, una postura más lata entiende que el beneficio que se obtiene no necesariamente debe ser económico, sino que debe incluirse todo tipo de ventaja, tanto patrimonial como extrapatrimonial.

En nuestro Derecho se introducen con la reforma de la ley 17.711, las bases de la teoría del riesgo creado en el párrafo 2° del artículo 1.113 del anterior Código Civil, cuando dice que “*en los supuestos de daños causados con las cosas, el dueño o guardián, para eximirse de responsabilidad, deberá demostrar*

*que de su parte no hubo culpa; pero **si el daño hubiere sido causado por el riesgo o vicio de la cosa**⁵⁰, sólo se eximirá total o parcialmente de responsabilidad acreditando la culpa de la víctima o de un tercero por quien no debe responder”.*

Quedaba así incorporada, en el año 1968 en nuestro sistema, la teoría del riesgo creado, introduciendo un cambio radical en la materia, al traslucir el fundamento objetivo de la responsabilidad; ya que hasta ese momento el deber de reparar estaba guiado y fundado en factores de carácter exclusivamente subjetivos.

Estos nuevos lineamientos son receptados asimismo, por la Ley de Defensa del Consumidor, en su artículo 40 antes transcrito, que hace responsable solidariamente a todos los integrantes de la cadena de fabricación, distribución y comercialización, por los daños que se deriven al consumidor por el riesgo o vicio de las cosas, o de la prestación de un servicio, y ratificados por el Código Civil y Comercial de la Nación que establece en su artículo 1.757 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. 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”.*

⁵⁰ La negrita es nuestra.

Por ende, son tres los elementos de los que pueden derivar responsabilidad para el consumidor: las cosas riesgosas, cosas viciosas (o defectuosas), y los servicios. Veamos las nociones de cada uno de ellos en esta materia.

Cosas riesgosas.

Las cosas, según se extrae del artículo 16 del Código Civil y Comercial de la Nación, constituyen objetos materiales susceptibles de valor económico y, se las considera riesgosas, cuando potencialmente pueden causar algún daño a terceros, sea en su persona o en sus bienes.

Esos objetos materiales riesgosos, para ingresar en el ámbito de protección de la ley 24.240, deben provenir de un proveedor y ser introducidos al mercado como destinados al consumo, quedando por ende excluidos de esta normativa los riesgos que derivan, por ejemplo, de los residuos peligrosos (nucleares, patológicos, etc.).

Es dable destacar aquí que cobra especial relevancia el deber de información que pesa sobre el fabricante acerca de los productos que elabora, su forma de uso y conservación, y las precauciones que deben observarse; que debe mantenerse en toda la cadena de comercialización hasta llegar al consumidor.

Resulta casi sobreabundante decir que muchas de las cosas destinadas a la utilización por parte de las personas –principalmente los electrodomésticos- tienen

un riesgo intrínseco a la hora de su uso, que es imposible de eliminar. Una plancha, por ejemplo, es un elemento sumamente riesgoso, que puede producir quemaduras y otros daños a las personas; pero la mera producción de estas no da lugar al consumidor a reclamar al fabricante por los perjuicios que le hubiera ocasionado la utilización de la plancha, toda vez que hubiera sido utilizada conforme a las instrucciones dadas y a su destino, sino que dará lugar a la posibilidad de solicitar resarcimiento si la lesión se produce por una falta de información acerca de la utilización del producto, aunque este no tenga defectos de fabricación o si el producto resulta *defectuoso*.

Cosas Viciosas (o defectuosas)

El vicio en las cosas, implica un defecto, una imperfección o una anomalía en su fabricación o confección, que afecta luego su funcionamiento, potenciando los riesgos de su utilización. Ese vicio o defecto puede ser de diseño –o presentación-, o bien de fabricación.

El *defecto de diseño* se da en la etapa de concepción o idea inicial del producto. Como señala LORENZETTI, en este caso “*el producto se diseña, se concibe bien, es lo que quiere hacer el fabricante y resulta, en su caso, aprobado por la autoridad estatal, pero es mal elaborado*”⁵¹.

⁵¹ LORENZETTI, Ricardo Luis: *Consumidores*, 2º Edición Actualizada, Ed. Rubinzal - Culzoni, Santa Fe, año 2.009, p. 522.

En estos supuestos, la cosa o producto está bien fabricado, pero el problema está en que el mismo fue mal concebido. Un ejemplo típico y muy conocido de ello lo representa el caso “Richard Grimshaw vs. Ford Motors Company”⁵² que por un mal diseño del vehículo (Ford Pinto), si era colisionado desde su parte trasera y, en determinadas condiciones que no vienen al caso ser desarrolladas en este acápite, producía la explosión del tanque de combustible.

Los daños que deriven de estos vicios, son resarcibles siempre y cuando se acredite el nexo causal entre el defecto de diseño y el daño.

Por su parte, el *defecto de fabricación*, se da cuando existe una falla humana o mecánica generada durante el proceso de elaboración del producto, o en sus controles intermedios o final. Se caracteriza, como señalan SPOVIERI y DELL’OCA, “*por la disconformidad entre un producto determinado y los demás de su serie o, también, por la disconformidad entre una unidad – producto y el diseño que debió seguirse en su manufactura*”⁵³.

En estos casos el producto, que puede tener un riesgo intrínseco propio – vgr., la plancha para seguir con el ejemplo anterior-, ve incrementado su potencial dañoso, a raíz de anomalías o errores en los procesos de fabricación.

Si esos riesgos potenciales se concretan en perjuicios para el consumidor o sus bienes, éstos deben ser reparados e indemnizados por quienes intervinieron en la fabricación, distribución y comercialización del producto, de manera

⁵² Disponible en <http://law.justia.com/cases/california/court-of-appeal/3d/119/757.html>. Consultado el 04/04/2016.

⁵³ SPOVIERI, Eduardo L., DELL’OCA, Gastón: *Daños por Productos Elaborados*, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, año 2.012.

solidaria, sin perjuicio de las eventuales acciones de repetición que tengan entre ellos.

Servicios.

Finalmente, la ley 24.240 establece que deben repararse los daños que se deriven al consumidor en la prestación de los servicios.

Puede decirse que *servicio*, en esta órbita, es toda actividad que busca responder a la satisfacción de alguna o algunas necesidades de los clientes o usuarios. Aquí, ya dejamos de lado el concepto de materialidad característicos de las cosas, para ingresar al ámbito de obligaciones de hacer.

El artículo 40 no hace ningún tipo de referencia respecto de que los servicios deben ser riesgosos, o que deben haber vicios en la prestación del mismo, por lo que cualquier clase o tipo de incumplimiento o irregularidad en la prestación, que cause un daño, queda incluida en la norma, y genera la responsabilidad del prestador.

Antijuridicidad

La antijuridicidad es otro de los elementos o presupuestos de la responsabilidad, e implica que la conducta del sujeto sea contraria al

ordenamiento jurídico. Es decir que la conducta antijurídica, es la conducta ilícita, en sentido amplio.

Esta antijuridicidad, puede ser *formal* o *material*. La primera, se da cuando se contraría una norma específica, mientras que la segunda es más amplia, comprendiendo la integridad del ordenamiento jurídico, incluso de los principios generales que lo inspiran y orientan, como por ejemplo, la omisión de conductas requeridas en cumplimiento del principio de *buena fe objetiva*.

Habíamos dicho que la responsabilidad derivada de las relaciones de consumo, es atribuida a título objetivo. Ahora bien, existe una importante corriente doctrinaria que sostiene que en la responsabilidad objetiva en general, no se advierte la presencia de antijuridicidad.

En defensa de estas ideas, se esgrime que en la sociedad actual, existen cosas y actividades necesarias para el desarrollo económico y productivo, que ineludiblemente generan riesgos en el medio en que están insertas. Son una suerte de mal necesario, que no puede ser suprimido. La responsabilidad que derive de estas actividades que son lícitas no sería, por ende, suficiente para transformarla en antijurídica.

No obstante, señalan PIZARRO y VALLESPINOS, que “*un cuidadoso replanteo de la cuestión lleva a admitir que también en la responsabilidad objetiva puede encontrarse el presupuesto de la antijuridicidad objetiva (Alterini, Mosset Iturraspe, Zannoni, Bueres)*”, y agregan que “*varias razones sustentan este razonamiento: 1- la creación de un riesgo, a través de una actividad humana que*

*socialmente es reconocida como valiosa es lícita. Sin embargo, el mero hecho de generar un riesgo, cuando todavía no ha determinado un detrimento a terceros, constituye una cuestión al margen de la responsabilidad civil. De allí que no puede ser esta etapa anterior a la producción del daño la que deba computarse al tiempo de calibrar la juridicidad o antijuridicidad de la acción; 2- La actividad riesgosa puede devenir dañosa. Y es entonces donde opera la transgresión del principio *alterum non laedere*, y la consecuente antijuridicidad; 3- la antijuridicidad no es un elemento exclusivo de la responsabilidad subjetiva; por el contrario, comprende como regla general todos los supuestos de responsabilidad civil, cualquiera sea el factor de atribución aplicable y con la sola excepción de los casos de obligación de resarcir derivada de los actos lícitos; 4- Esta construcción permite, finalmente, menores reparos interpretativos cuando por vía analógica se propicia la aplicación de las normas del Código Civil en materia de actos ilícitos culposos a los supuestos de responsabilidad objetiva⁵⁴.*

Como puede apreciarse entonces, queda claro que, en base a los fundamentos expuestos por los juristas cordobeses, la antijuridicidad puede darse tanto en la responsabilidad subjetiva, como en la objetiva.

Solidaridad

Finalmente, para culminar la caracterización de la responsabilidad en este ámbito, dispone el párrafo segundo del artículo 40 de la ley 24.240, que “la

⁵⁴ PIZARRO, Ramón D., VALLESPINOS Carlos G.: *Instituciones de Derecho Privado – Obligaciones*, Tomo II, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, año 2.006, p. 484.

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

Ocurre que la ley 24.240, en su texto originario, fue objeto de recortes por parte del decreto 2089/93, que la promulgó, vetándola parcialmente, y una de las supresiones realizadas, correspondía al artículo 40, en forma total, eliminando el tratamiento de la responsabilidad de la Ley, texto que fuera reincorporado por la ley 24.999 que introdujo el texto transcrito.

La solidaridad implica que el consumidor o usuario que sufra algún daño derivado de una relación de consumo, puede reclamar la totalidad de la indemnización a cualquiera de los sujetos que intervengan en la cadena de producción, distribución y comercialización de los productos y servicios –sea productor, fabricante, importador, distribuidor, proveedor, vendedor, o quien haya puesto su marca en la cosa o servicio-.

La ley protege al consumidor –víctima del eventual evento dañoso, y parte más débil en la relación de consumo-, y le brinda un abanico de sujetos pasivos a los cuales puede reclamar, haciendo de este modo más segura la posibilidad de que pueda percibir lo que a él le corresponde por la reparación de los perjuicios causados.

Deja a salvo la ley, las acciones de regreso que puedan tener estos sujetos –que podríamos denominar proveedores de un modo amplio-. Es decir que, cualquiera de ellos va a tener que hacer frente al reclamo del damnificado pero,

luego, si el que paga no fue el verdadero responsable del hecho –incumplimiento o acto ilícito-, podrá volverse contra quien resulta realmente responsable, solicitándole el reintegro de lo que hubiere abonado con motivo del reclamo.

No obstante, esta última etapa es totalmente ajena al consumidor, quien verá satisfecho su interés por cualquiera de los sujetos que intervienen en la cadena de distribución y comercialización de los bienes y servicios, independientemente de quien haya sido el responsable directo del daño, y de las acciones recursorias que puedan tener los demás frente a éste.

CAPÍTULO III

RESPONSABILIDAD POR RIESGOS DE DESARROLLO

Consideraciones generales

En el presente acápite, abordaremos la cuestión referida a una clase específica de riesgo, cual es el *riesgo de desarrollo*, la responsabilidad que del mismo puede derivar, y quién es el sujeto que debe cargar con la adjudicación de imputación que ella supone. Decimos que el mismo es peculiar, ya que difiere sustancialmente de la noción general de riesgo.

En este sentido, cuando referimos a alguna cosa o producto como riesgoso, estamos aludiendo a que se conoce de manera cierta que el mismo tiene una potencialidad dañosa, y que dicho conocimiento está presente tanto en quien lo elabora, como en quien lo adquiere.

No obstante, aquí tratamos de un riesgo del cual puede derivar un perjuicio que es desconocido por ambas partes, en concreto por el proveedor y el consumidor, circunstancia que le otorga relevancia al tema para un abordaje más minucioso.

Ello es así, porque no está claro aún -y existen posiciones legislativas y doctrinarias encontradas al respecto- si debe o no responder el elaborador o fabricante de un determinado producto por las consecuencias perjudiciales derivadas de un riesgo que no pudo conocer al momento de introducirlo al mercado.

Es justamente esta la temática que se describirá en los párrafos siguientes, en los cuales procuraremos dar una visión integral de la cuestión, intentando brindar algunas soluciones al respecto.

Definición

Se han ensayado diversas definiciones en torno a lo que puede entenderse por los riesgos de desarrollo.

En este sentido, como hemos mencionado, señala PIZARRO que *“se entiende por riesgo del desarrollo al que deriva de un defecto de un producto que al tiempo de su introducción era considerado inocuo, a la luz del estado de los conocimientos técnicos y científicos existentes a ese momento, resultando su peligrosidad indetectable, pero cuya nocividad es puesta de manifiesto por comprobaciones posteriores”*⁵⁵.

Por su parte, TRIGO REPRESAS y LÓPEZ MESA, siguiendo a GOLDENBERG y LÓPEZ CABANA, consideran como riesgo de desarrollo a *“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 dañosidad”*⁵⁶.

GARRIDO CORDOBERA, los considera como *“aquellas consecuencias dañosas de un producto elaborado 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*

⁵⁵ PIZARRO, ramón D.: *Ob. cit.*, p. 391.

⁵⁶ TRIGO REPRESAS, Félix A., LOPEZ MESA, Marcelo J.: *Tratado de la Responsabilidad Civil*, Tomo III, Ed. La Ley, Bs. As., año 2.004, p. 506.

*técnicas se descubre que ciertos daños son la consecuencia directa de la utilización de dicho producto*⁵⁷.

BENJAMIN, el autor brasileño, siguiendo a VETRI, sostiene que *“es aquel riesgo que no puede ser científicamente conocido al momento de lanzamiento del producto al mercado, viniendo a descubrirse después de un cierto período de uso del producto o servicio*⁵⁸.

Como bien puede apreciarse y, sin perjuicio de otras tantas definiciones que puedan traerse a colación aquí, existe un elemento común en las nociones referenciadas, cual es el desconocimiento por parte del fabricante acerca de la nocividad del producto a la hora de introducirlo en el mercado.

Es decir, que para que nos encontremos frente al supuesto bajo análisis, debemos tener un producto cuya composición haya sido controlada e investigada de conformidad con los conocimientos científicos y técnicos de un momento dado, lo cual conduce a que sea aprobada su introducción en la sociedad por los órganos de control pertinentes, no obstante lo cual luego se comprueba su dañabilidad.

⁵⁷ GARRIDO CORDOBERA, Lidia M.: *La Responsabilidad por riesgo del desarrollo*, LL, 23/05/2006, sección actualidad.

⁵⁸ BENJAMIN, Antonio H., LIMA MARQUEZ, Claudia, ROSCOE BESSA, Leonardo: *Manual de Direito do Consumidor*, Ed. Revista dos Tribunais, Sao Paulo (Brasil), año 2.007, p. 129. *Define-se risco de desenvolvimento como sendo aquele risco que não pode ser científicamente conhecido ao momento do lançamento do produto no mercado, vindo a ser descoberto somente apos um certo período de uso do produto e do serviço (Dominick VETRI, Profili della responsabilita del produttore negli Stati Uniti, Dano da prodotti e responsabilita dell'impresa, p. 71).*

Esto permite diferenciarlo claramente, como bien lo señalan SPROVIERI y DELL'OCA, siguiendo a TALLONE, de las llamadas "lagunas de desarrollo". Una laguna de desarrollo *"está constituida por riesgos que son conocidos desde el momento de la puesta en circulación del producto, aunque el estado de la ciencia y de la técnica no permite acceder a mecanismos capaces de evitar, prevenir o reducirlos. En estos casos, el producto no es defectuoso si se acompaña con las debidas advertencias acerca de esos riesgos conocidos pero inevitables y siempre que no se defrauden las legítimas expectativas de seguridad"*⁵⁹.

Un claro ejemplo de lo que puede considerarse una laguna de desarrollo, es el caso de las advertencias introducidas en los prospectos de los medicamentos, cuando se efectúa la descripción de las bondades del mismo, pero a su vez se informa que puede generar deterioro de otra funcionalidad del organismo humano, o producir otras consecuencias adversas que son conocidas, pero absolutamente inevitables.

Pues bien, en los acápites siguientes, procederemos con la apreciación y análisis del presente fenómeno, a la luz de algunas de las categorías que nos facilita el Trialismo Jurídico. Corresponde preguntarse aquí, como lo hiciera el propio Goldshmidt⁶⁰ ¿en qué orden temporal y lógico han de llevarse a efecto los análisis de las tres dimensiones?

⁵⁹ SPROVIERI, Luis E., DELL'OCA, Gastón: *Daños por productos elaborados*, Ed. Abeledo Perrot, Bs. As., año 2.012, p.285.

⁶⁰ GOLDSHMIDT, Werner: *Introducción Filosófica al Derecho. La Teoría Trialista del Mundo Jurídico y sus Horizontes*, Ed. Lexis Nexis, Bs. As., 7° Edición, año 2.005, p.36.

La respuesta en este caso concreto, y sin perjuicio de que la misma pueda ser discutible, es que por tratarse de una temática que en la actualidad reviste un carácter más bien abstracto, sin perjuicio de su inconmensurable importancia práctica, y atendiendo el difuso tratamiento del tema en la jurisprudencia en nuestro país, comenzaremos el abordaje por la dimensión normológica, para vislumbrar luego la dimensión sociológica a la luz de los fallos que se han dictado en nuestro territorio sobre la cuestión y el tratamiento que le han dado a la misma los magistrados, para llegar, finalmente, a la dimensión dikelógica en la cual nos centraremos sobre la justicia o no del reparto proyectado.

Dimensión Normológica

Desde esta perspectiva, nos encontramos ante un panorama un tanto complejo, ya que existe en esta materia una carencia histórica, una laguna en el ordenamiento jurídico, por ausencia de regulación de la figura específica de los riesgos de desarrollo, con la consecuente problemática ligada a cuál sería la consecuencia jurídica concreta de producirse algún daño que derive de ellos en nuestro Derecho, y quien debería asumirla.

Concretamente, el centro de la cuestión aquí, reside en vislumbrar si los riesgos de desarrollo constituyen o no un eximente de responsabilidad, lo cual nos evidenciará quienes serían los beneficiarios de la adjudicación de impotencia que supone cargar con las indemnizaciones consecuentes a los daños.

A raíz de ello, se debe recurrir a la elaboración de la norma del complejo del Derecho privado, mediante autointegración, pudiendo apreciarse que en esta orbita deben tenerse en cuenta un conjunto de disposiciones que permiten arribar a diferentes consecuencias jurídicas con efectos diametralmente opuestos.

Es por ello que analizaremos a continuación, los aspectos normativos relacionados con esta cuestión, tanto en nuestro país, como en algunas legislaciones comparadas.

La cuestión en la legislación Argentina

En nuestro sistema jurídico, deben tenerse en cuenta para el presente abordaje, un conjunto de disposiciones de nuestro Derecho Privado.

En este sentido, el Código Civil y Comercial de la Nación establece dos deberes centrales que se corresponden con dos funciones de la responsabilidad civil. En primer lugar, el deber de prevención del daño, incorporado en el artículo 1.710 de la normativa referida, que establece que *“Toda persona tiene el deber, en cuanto dependa de ella, de: a) evitar causar un daño no justificado; b) adoptar, de buena fe y conforme 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 las reglas del enriquecimiento sin causa; c) no agravar el daño, si ya se produjo”*, la cual refleja la función preventiva de la responsabilidad.

En segundo lugar, el deber de resarcir el daño causado, establecido de manera genérica en el artículo 1.716, cuando sostiene que *“la violación del deber de no dañar a otro, o el incumplimiento de una obligación, da lugar a la reparación del daño causado, conforme las disposiciones de este Código”*, cuya idea se completa, en lo que corresponde al presente trabajo, con la disposición del artículo 1.757 del mismo cuerpo legal, cuando expresa 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. No son eximentes la autorización administrativa para el uso de la cosa o la realización de la actividad, ni el cumplimiento de técnicas de prevención”*. Dichas disposiciones, reflejan la tradicional función resarcitoria de la responsabilidad civil.

Por su parte, específicamente en el marco de las relaciones de consumo, debemos considerar la disposición del artículo 40 de la Ley de Defensa del Consumidor, que establece que *“Si el daño al consumidor resulta del vicio o riesgo de la cosa o de la prestación del servicio, responderán el productor, el fabricante, el importador, el distribuidor, el proveedor, el vendedor y quien haya puesto su marca en la cosa o servicio. El transportista responderá por los daños ocasionados a la cosa con motivo o en ocasión del servicio. La responsabilidad es solidaria, sin perjuicio de las acciones de repetición que correspondan. Sólo se liberará total o parcialmente quien demuestre que la causa del daño le ha sido ajena”*.

Esa era, por demás, la orientación del artículo 1.113 de nuestro anterior Código Civil, que luego de la reforma de la Ley 17.711, incorporó expresamente en nuestro Derecho, como se vio en el capítulo anterior, la responsabilidad por el riesgo o vicio de la cosa, al establecer en su párrafo segundo que: *“...si el daño hubiere sido causado por el riesgo o vicio de la cosa, sólo se eximirá total o parcialmente de responsabilidad acreditando la culpa de la víctima o de un tercero por quien no debe responder...”*, a lo cual debiera agregarse el caso fortuito o fuerza mayor.

Claramente, y desde una primera mirada a las mencionadas disposiciones legales, enmarcadas en una parte del régimen jurídico argentino donde prima la responsabilidad objetiva como lo hemos visto, no debería costar trabajo la atribución de la responsabilidad a los proveedores por los daños que sus productos causen a los consumidores, cargándolos consecuentemente con la impotencia que ello supone.

Ahora bien, no obstante lo expuesto y, paralelamente, deben considerarse las disposiciones del Código Civil y Comercial relativas a las consecuencias dañosas que merecen reparación en nuestro entorno jurídico.

Establece el artículo 1.726 del Código Civil y Comercial que *“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”*.

Con menos palabras, y con una redacción más acotada y clara, la disposición aludida continúa la orientación que seguía el Código Civil de Vélez Sarsfield, que disponía en su artículo 904 que *“las consecuencias mediatas son también imputables al autor del hecho, cuando las hubiere previsto, y cuando empleando la debida atención y conocimiento de la cosa, haya podido preverlas”*; continuaba el artículo 905 del mismo cuerpo legal diciendo que *“las consecuencias puramente casuales no son imputables al autor del hecho, sino cuando debieron resultar, según las miras que tuvo al ejecutar el hecho”*, y cerraba la idea el artículo 906 sosteniendo que *“en ningún caso son imputables las consecuencias remotas, que no tienen con el hecho ilícito nexo adecuado de causalidad”*.

Es decir que, a la luz de la legislación actual, si bien la Ley de Defensa del Consumidor N° 24.240 en su Art. 40, reforzada por las disposiciones de los artículos 1.716 y 1.757 del Código Civil y Comercial, establecen la responsabilidad del proveedor cuando del producto o servicio derive un daño a los consumidores o usuarios, en virtud de otras disposiciones de nuestro Derecho privado, aparece que no podría atribuirse a los fabricantes o elaboradores, las consecuencias dañosas que puedan derivar de un producto, motivados en riesgos que no podían preverse al momento de su incorporación al mercado, lo cual llevaría a que los mismos queden eximidos de responsabilidad, con la consecuente adjudicación de impotencia para los consumidores, lo cual les implicaría cargar con las consecuencias dañosas sin indemnización alguna.

Ello es así porque el sistema seguido por nuestro Código Civil y Comercial actual, como también lo era en el anterior Código Civil, está fundamentalmente centrado en la “previsibilidad” de las consecuencias dañosas del actuar, lo que cuadra con el sistema moderno de Responsabilidad por daños. Entonces, si las consecuencias dañosas no son previsibles para el sujeto, no se lo puede cargar con la responsabilidad que de él derive.

Como señala SOZZO, *“el Derecho de Daños moderno regula binariamente los problemas; si existe previsibilidad objetiva o causalidad adecuada, la regla jurídica que funciona es aquella que manda reparar los daños; si no existe previsibilidad, el problema queda regulado mediante otra regla jurídica que niega la existencia de responsabilidad. El problema con el que no puede lidiar el Derecho de Daños moderno es el de la incerteza, que es justamente el problema que presentan los riesgos de desarrollo”*⁶¹.

En suma, en el supuesto de los daños derivados de los riesgos de desarrollo, nos encontramos ante la situación en la que el sujeto que introduce el producto al mercado, no conocía –ni podía conocer- a la luz de los avances de la ciencia y de la técnica en ese momento, las consecuencias dañosas del mismo. Ante dicha situación, normativamente se puede llegar a dos soluciones con consecuencias jurídicas sumamente dispares.

⁶¹ SOZZO, Gonzalo: *Riesgos del Desarrollo y Sistema de Derecho de Daños (Hacia un Derecho de Daños Pluralista)*, en Revista de Derecho Privado, 2006-2, Eximentes de Responsabilidad II, Ed. Rubinzal Culzoni, p. 119-120.

Por un lado, podría operar el reparto de impotencia en cabeza del fabricante, en razón de las disposiciones aludidas de la Ley de Defensa del Consumidor, y del Código Civil y Comercial.

Sin embargo, por el otro lado, y con otros válidos fundamentos legales, no se justificaría el reparto de impotencia en el fabricante, productor o elaborador, por quedar el supuesto en cuestión, fuera de los límites de su previsibilidad al momento de su introducción en el mercado.

Ello conlleva a una necesaria tarea de síntesis y creación en nuestro ordenamiento jurídico, a fin de poder resolver con justicia los eventuales casos que se susciten.

Un pretendido fundamento normativo específico para responsabilizar por riesgos de desarrollo

Sin perjuicio de lo expuesto en los párrafos anteriores, existen quienes han pretendido encontrar fundamentos legales específicos en nuestro Derecho, referidos a los riesgos de desarrollo, para responsabilizar a los proveedores, centrados en la disposición del artículo 4 del Decreto 1.798/94.

Dicha norma del Poder Ejecutivo Nacional, reglamentaria de la Ley 24.240 de Defensa del Consumidor, establece 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”.

En ese sentido, expresa SOZZO que, a su modo de ver “*el panorama en torno a la regulación jurídica de los riesgos del desarrollo cambió a partir de la sanción de la ley 24.240 y en particular, luego de la sanción del decreto reglamentario 1.798 de 1.994... Reglamentando el Art. 4° de la ley que sienta la regla general en materia de información, el decreto reglamentario introduce el problema de los riesgos de desarrollo*”⁶².

El contenido normativo del artículo 4 del Decreto Reglamentario 1.798 del año 1.994, tiene claramente su fuente en el artículo 10 del Código de Defensa del Consumidor de Brasil (Ley N° 8.078) que, luego de disponer que “*el proveedor no podrá colocar en el mercado de consumo un producto o servicio que sabe o debería saber que representa un alto grado de nocividad o peligrosidad a la salud o seguridad*”, establece en su § 1º, que “*el proveedor de productos o servicios que, posteriormente a su introducción en el mercado de consumo, tuviera conocimiento de la peligrosidad que representan, deberá comunicar el hecho inmediatamente a las autoridades competentes y a los consumidores, mediante anuncios publicitarios*”⁶³.

⁶² SOZZO, Gonzalo: *op. Cit.*, p. 81-82.

⁶³ Art. 10º § 1º - Ley N° 8078: “O fornecedor de produtos e serviços que, posteriormente à sua introdução no mercado de consumo, tiver conhecimento da periculosidade que apresentem, deverá comunicar o fato imediatamente às autoridades competentes e aos consumidores, mediante anúncios publicitários”. Disponible en <http://www.idec.org.br/>. Consultado por última vez el 04/04/2016.

No creemos que de la norma citada surja claramente la regulación normativa de los riesgos de desarrollo en nuestro Derecho.

Ello es así por cuanto la disposición del artículo 4 del Decreto Reglamentario 1.798/94, establece meramente una obligación informativa en cabeza del proveedor que entra a regir una vez que el mismo toma conocimiento de la dañosidad del producto que ha lanzado al mercado, pero en manera alguna puede considerarse que ella englobe el supuesto de la responsabilidad por los riesgos de desarrollo.

En este sentido, bien pudo haber estado el producto en circulación en el mercado por cinco o seis años, y al séptimo año descubrirse que el mismo tiene algún componente que produce, vgr., efectos nocivos para la salud de las personas. Es evidente que los daños que pudo haber causado el producto a los consumidores en los años previos a dicho descubrimiento está latente, y pueden aparecer víctimas de ello. En esta última situación surgiría la cuestión relativa a la reparación de esos daños, y en ella emerge el debate objeto de análisis en el presente abordaje.

La cuestión abordada por la disposición bajo análisis tiene que ver con un deber informativo del proveedor, para el hipotético caso de que se compruebe la dañosidad del producto. No es otra cosa que un imperativo derivado del principio de buena fe, que difiere de la cuestión relativa a la responsabilidad por los perjuicios que hayan derivado de los riesgos de desarrollo que, como vimos en nuestro sistema jurídico, por centrarse en la idea de previsibilidad del daño para

deber repararlo, podría dejar actualmente -a nuestro criterio- a la víctima de los mismos, sin la indemnización correspondiente.

Lo que si resulta válido afirmar, es que la norma del artículo 4 del Decreto Reglamentario N° 1.798/94, a pesar de no regular específicamente la responsabilidad por riesgos de desarrollo, si los reconoce ya que admite la existencia fáctica de productos que pueden estar circulando en el mercado, luego de los controles correspondientes, que tienen una potencialidad daños intrínseca que es desconocida al momento de su puesta a disposición del consumidor.

Los riesgos de desarrollo y los proyectos de reforma al Código Civil argentino de Vélez Sarsfield.

Algunos de los diversos proyectos de reforma al anterior Código Civil Argentino (que por su parte realizaban la unificación de la legislación civil y comercial en nuestro Derecho), trataron la cuestión de los riesgos de desarrollo, cuando menos tangencialmente.

En este sentido, el artículo 1.113 última parte, del Proyecto de Código Único de 1.987, efectuaba una limitación de la indemnización en los casos en los que la imputación de responsabilidad se produjera mediando un factor objetivo de atribución, y excluía de la misma al demandado que “...adoptó todas las medidas técnicas idóneas para evitar el daño”.

Como bien lo señalan TRIGO REPRESAS y LÓPEZ MEZA, *“el criterio del Proyecto asume, aunque limitadamente, los riesgos del desarrollo, ya que la prueba de la adopción de las medidas que señala sólo son aptas para descartar la indemnización plena, pero permite a la víctima el acceso a un resarcimiento, con el alcance que prevé la normativa propuesta”*⁶⁴.

Por su parte, el Proyecto de Unificación Civil y Comercial del año 1993, en su artículo 1.591 establecía que *“El elaborador responde por los daños causados por el defecto del producto por él fabricado”*, y seguidamente disponía las diferentes causales de eximición de responsabilidad, diciendo que *“podrá (el elaborador) liberarse probando las siguientes circunstancias:... 4) Los conocimientos científicos y técnicos no permitían suponer la existencia del defecto al momento de la puesta en circulación del producto”*.

Es decir que el mencionado cuerpo normativo preveía, expresa y claramente, la eximición de responsabilidad en los casos de daños derivados de los riesgos de desarrollo. Tal como se verá oportunamente, la fuente de la norma mencionada son los artículos 1, 3 y 7 de la Directiva de la Comunidad Económica Europea N° 85/374 del 25/7/85.

Expresaba en ese momento la comisión redactora del Proyecto que *“Es cuestión muy discutida sobre quien pesa el riesgo de desarrollo. La Directiva permite a los países integrantes de la CEE establecer en su legislación interna*

⁶⁴ TRIGO REPRESAS, Félix A., LOPEZ MESA, Marcelo J.: *Tratado de la Responsabilidad Civil*, Tomo III, Ed. La Ley, año 2.004, Bs. As., p. 506.

*que el elaborador también responda por él, solución a la que podría llegarse, en nuestro país, en un estado ulterior de desarrollo económico de las empresas*⁶⁵.

En cuanto al Proyecto de Código Civil Unificado con el Código de Comercio del año 1.998, no había alusión expresa a la figura que venimos tratando. No obstante ello, el cuerpo normativo aludido contenía algunas disposiciones interesantes que podrían haber sido de aplicación al supuesto de responsabilidad por riesgos de desarrollo.

En este sentido, el artículo 1.591, establecía la “posibilidad de conocer”, diciendo que *“se considera que un sujeto hubo de haber conocido la existencia o la inexistencia, presente o futura, de cierto hecho o situación, si cualquier otro sujeto, de sus condiciones y en sus circunstancias, que hubiera actuado diligentemente, la habría tenido por cierta, en razón de la información a su alcance, o de su grado de probabilidad según lo que normalmente acontece”*.

La mencionada disposición podría haberse utilizado como termómetro para calibrar el grado de profundidad en las averiguaciones previas a la introducción del producto en el mercado por parte de los fabricantes, a fin de determinar si realmente se está ante un riesgo de desarrollo –es decir, que no podía preverse-, o meramente ante una situación de incumplimiento motivada en la culpa del fabricante.

⁶⁵ BELLUSCIO, Cesar A., BERGEL, Salvador D., KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída R., LE PERA, Sergio, RIVERA, Julio C., VIDELA ESCALADA, Federico N., ZANNONI, Eduardo A.: *Reformas al Código Civil – Proyecto y notas de la Comisión designada por decreto 468/92*, Ed. Astrea, Bs. As., año 1.993, p. 384.

Por otro lado, podría inferirse la responsabilidad por daños derivados de los productos elaborados –incluyendo entre ellos a los que se produzcan por riesgos de desarrollo- de la disposición del artículo 1.668, que establecía una obligación tácita de seguridad en los siguientes términos: *“Quien realiza una actividad, y se sirve u obtiene provecho de ella, tiene a su cargo la obligación tácita de seguridad: a) Si de la actividad, o de un servicio prestado en razón de ella, puede resultar un daño a las personas que participan de la actividad o reciben el servicio, o a sus bienes. b) Si, además, puede prevenir ese daño de manera más fácil o económica que si lo hace el damnificado”*.

El dato no hubiera sido menor, máxime si tenemos en consideración que el año 1998, el actual artículo 40 de la Ley 24.240, no estaba vigente ya que había sido observado por parte del Poder Ejecutivo Nacional, mediante el Decreto N° 2.089/93⁶⁶.

⁶⁶ En los considerandos del Decreto 2089/93 se explicaban los motivos de la exclusión de la disposición del Art. 40 de la Ley 24.240, en los siguientes términos: *“...Que el artículo 40 del Proyecto de Ley N° 24.240 establece un sistema de responsabilidad solidaria por daños, general y no discriminado para cierto tipo de productos, para la cadena de producción, distribución y comercialización, sin posibilidad de excluir tal responsabilidad en los casos en los cuales se justifique que no ha mediado culpa del agente. El sistema es más amplio que los vigentes en países más avanzados en la producción de bienes y servicios e inclusive del sistema del principal socio de la REPUBLICA ARGENTINA en el MERCOSUR, la REPUBLICA FEDERATIVA DEL BRASIL, circunstancia ésta que opera como una clara desventaja comparativa para productores y consumidores y torna procedentes los comentarios efectuados previamente con relación a la garantía del artículo 10. Que la norma reseñada del artículo 40 con relación al régimen de responsabilidad por daños por vicio o defecto de la cosa o de la prestación del servicio, redundaría igualmente en un aumento del precio de los productos y en menor competencia en los mercados, objetivos claramente reñidos con el programa económico del Gobierno Nacional y perjudicial para el interés de los consumidores cuya defensa se persigue. Que resulta pertinente proponer al HONORABLE CONGRESO DE LA NACION un Proyecto de Ley a fin de subsanar la situación descrita en el considerando precedente con relación al régimen de responsabilidad por daños. Que debe tenerse presente a este respecto que la defensa del consumidor se encuentra tutelada, a más del resto de las normas de este Proyecto de Ley y de la Ley de Lealtad Comercial, por el artículo 1113 del Código Civil, que establece la responsabilidad por el riesgo o vicio de la cosa, y que tal responsabilidad es solidaria conforme a lo establecido por el Código Civil para los daños cuando medie culpa o negligencia. Que corresponde igualmente señalar que en los casos potencialmente más graves, relativos a las sustancias alimenticias o medicinales, respecto de los cuales algunas*

Finalmente, el Anteproyecto de Código Civil Unificado con el Código de Comercio del año 2.012, tampoco consagró alusiones específicas en lo que a la cuestión de los riesgos de desarrollo se refiere, lo cual quedó reflejado, como hemos visto, en el actual Código Civil y Comercial de la Nación.

Sin perjuicio de ello, respecto de este último cuerpo legal, merece la pena resaltarse la cuestión ligada a la incorporación expresa de la función preventiva de la responsabilidad en el artículo 1.710 transcrito en los párrafos anteriores.

Ello impondría al proveedor la necesidad de incrementar sus investigaciones y análisis sobre la potencialidad dañosa de sus productos de manera previa a su introducción al mercado.

Asimismo, para el hipotético caso de que esos riesgos se concretaran en daños efectivos, se habilitaría la acción preventiva del Art. 1.711, que *“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”*.

legislaciones de defensa del consumidor, como la de los ESTADOS UNIDOS DE AMERICA, establecen regímenes especiales más severos que el general, los artículos 200 y siguientes del Código Penal incriminan tanto al que las adulterare de un modo peligroso para la salud, como al que las vendiere, pusiere en venta, entregare o distribuyere, disimulando su carácter nocivo, aun cuando tales hechos fueren cometidos por imprudencia o negligencia o por impericia en el propio arte o profesión o por inobservancia de los reglamentos u ordenanzas, y que la indemnización de los daños causados por tales delitos reviste también carácter solidario...”

No obstante, como se dijo, no hay expresiones concretas relativas a los riesgos de desarrollo en el mismo ni, por ende, alusiones en torno a quien carga con las consecuencias dañosas que puedan derivar de los mismos en nuestro Derecho.

La cuestión en la legislación Brasileña

Es destacable el grado de desarrollo de la normativa protectoria de los consumidores en el vecino país que dispone, desde el año 1.990, de un Código de Defensa del Consumidor (Ley N° 8.078)⁶⁷.

En el mencionado cuerpo normativo se establecen disposiciones de protección y defensa del consumidor, declarándolos de orden público e interés social, en los términos de los artículos 5, inciso XXXII, y 170 inciso V, de la Constitución Federal de Brasil, y artículo 48 de sus disposiciones transitorias (artículo 1).

El Código brasileño, establece ciertas obligaciones en cabeza del proveedor -entendido por el artículo 3⁶⁸ como toda persona física o jurídica, pública o privada, nacional o extranjera, o sus entes descentralizados, que desarrollan actividades de producción, montaje, cría, construcción, transformación, importación, exportación, distribución o comercialización de productos o

⁶⁷ Consultado 04/04/2016 en <http://www.idec.org.br/>. Instituto Brasileiro de Defensa del Consumidor.

⁶⁸ Art. 3° Ley N° 8078: "*Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividades de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.*"

prestación de servicios- en los artículos. 8, 9 y 10⁶⁹, referidas a la calidad de los productos, la necesidad de que los mismos no acarreen riesgos que comprometan la salud y la seguridad de los consumidores, la información que deben brindar sobre los mismos, y la obligación de no introducirlos al mercado si sabe –o debería saber- que hay un alto grado de nocividad para los consumidores y usuarios.

Posteriormente pone, al igual que la legislación Argentina, en cabeza del proveedor la responsabilidad por el hecho del producto o servicio, en los términos de su artículo 12⁷⁰ al decir que *“el fabricante, el productor, el constructor, nacional o extranjero, y el importador responden, independientemente de la existencia de culpa, por la reparación de los daños a los consumidores por defectos del proyecto, de fabricación, construcción, montaje, fórmulas, manipulación, presentación o acondicionamiento de sus productos, como así también por las informaciones insuficientes o inadecuadas sobre su utilización y riesgos”*.

⁶⁹ Art. 8º Ley N° 8078: *“Os produtos e serviços colocados no mercado de consumo não acarretarão riscos à saúde ou segurança dos consumidores, exceto os considerados normais e previsíveis em decorrência de sua natureza e fruição, obrigando-se os fornecedores, em qualquer hipótese, a dar as informações necessárias e adequadas a seu respeito. Parágrafo único. Em se tratando de produto industrial, ao fabricante cabe prestar as informações a que se refere este artigo, através de impressos apropriados que devam acompanhar o produto”*. Art. 9º Ley N° 8078: *“O fornecedor de produtos e serviços potencialmente nocivos ou perigosos à saúde ou segurança deverá informar, de maneira ostensiva e adequada, a respeito da sua nocividade ou periculosidade, sem prejuízo da adoção de outras medidas cabíveis em cada caso concreto”*. Art. 10 – *“O fornecedor não poderá colocar no mercado de consumo produto ou serviço que sabe ou deveria saber apresentar alto grau de nocividade ou periculosidade à saúde ou segurança”*.

⁷⁰ Art. 12º Ley N° 8078: *“O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos”*.

Asimismo, prevé causales de exoneración de la responsabilidad objetiva establecida por la norma en el artículo 12 inciso 3⁷¹: *“El fabricante, el constructor, el productor o el importador solo no serán responsables cuando prueben: I- Que no colocó el producto en el mercado; II- Que, aun cuando haya colocado el producto en el mercado, el defecto no existe; III- La culpa exclusiva del consumidor o de un tercero”*.

Como puede apreciarse, en cuanto a los riesgos de desarrollo, la legislación no los ha contemplado como una eximente de responsabilidad, limitándose a establecer supuestos específicos y taxativos en los que se considera que existe ruptura del nexo causal entre la acción u omisión, y el daño al consumidor.

En palabras de BENJAMIN *“El Código no incluyó, entre las causas de exoneración, los riesgos de desarrollo, esto es, los defectos que –en la etapa del estado de la ciencia y de la técnica en la época de la puesta en circulación del producto o servicio- eran desconocidas e imprevisibles. Por adoptar un sistema de responsabilidad civil objetiva vinculado al riesgo de empresa, la ley brasilera no podía, con razón, exonerar al fabricante, al productor, al constructor y al importador en presencia de un riesgo de desarrollo”*⁷². Ese ha sido en sintéticas palabras el fundamento de la exclusión de la eximente.

⁷¹ Art. 3º Ley Nº 8078, § 3º: *“O fabricante, o construtor, o produtor ou importador só não será responsabilizado quando provar: I - que não colocou o produto no mercado; II - Que, embora haja colocado o produto no mercado, o defeito inexistir; III - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro”*.

⁷² BENJAMIN, Antonio H., LIMA MARQUEZ, Claudia, ROSCOE BESSA, Leonardo: *Manual de Direito do Consumidor*, Ed. Revista dos Tribunais, Sao Paulo (Brasil), ano 2.007, p. 128: *O Código não incluiu, entre as causas exoneratórias, os riscos de desenvolvimento, isto é, os defeitos que –em face do estado da ciência e da técnica a época da colocação em circulação do produto ou serviço- eram desconhecidos e imprevisíveis. Por adotar um sistema de responsabilidade civil objetiva alicerçado no risco de empresa, a lei brasileira não podia, com*

La cuestión en la legislación de España.

Bien menciona MUNAR CADENA que en Europa, “una de las primeras y más evidentes preocupaciones dentro de la naciente unión europea fue, precisamente, la de evitar la disparidad legislativa en el tratamiento de la responsabilidad de los empresarios por la manufacturación de bienes, régimen cuyo tratamiento unitario se imponía de manera necesaria dentro de esa perspectiva de unificación económica que orientó los primeros pasos del sistema comunitario”⁷³.

Como lo señala O´DONELL, “la cuestión fue tratada por primera vez en el Proyecto de Directiva de la CEE de 1.975 que disponía la admisión de este tipo de responsabilidad, pero la cuestión trajo una virtual fractura en el seno de la Comisión Económico-Social de la CEE, donde los consejeros de Francia, Bélgica, Dinamarca, Grecia, Irlanda y Luxemburgo la apoyaron, pero Italia y el Reino Unido se opusieron a su inclusión, por lo que en definitiva se arribó a una solución de compromiso consistente en la aceptación en principio de la causal de liberación, concediendo al mismo tiempo a los Estados miembro la opción de derogarla en su derecho interno”⁷⁴.

Recuerdan MÁRQUEZ y MOISSET ESPANÉS que en aquella época “dos problemas fueron motivo de discusiones especiales y prolongadas: uno de ellos la

razão, exonerar o fabricante, o produtor, o construtor e o importador na presença de um risco de desenvolvimento.

⁷³ MUNAR CADENA, Pedro O.: *La Responsabilidad por productos. Los grandes hitos de su evolución, en Derecho del Consumo. Problemáticas Actuales*, (Directores) José Manuel Gual Acosta y Juan Carlos Villalba Cuellar, Bogotá, Colombia, año 2.013, p. 190.

⁷⁴ O´DONELL, Gastón: *Derecho Privado Empresarial – Obligaciones y Contratos*, Ed. Errepar, Bs. As., año 2.012, p. 380.

*posibilidad de que se estableciesen límites máximos a la responsabilidad económica del productor, y el otro... la posibilidad de admitir como eximente de responsabilidad los 'riesgos de desarrollo' o 'development risks', aspectos sobre los que habían formulado reservas en 1985 Dinamarca y el Reino Unido, razón por la cual aunque ya en mayo de 1985 había consenso, la directiva no se aprobó hasta el 25 de julio, y fue notificada a los Estados miembros el 30 de julio de ese año. Se estableció un plazo de tres años para que se adecuase la legislación interna a la directiva, pero se admitió que en los dos puntos que hemos mencionado cada Estado pudiese adoptar la solución que creyese conveniente*⁷⁵.

En esa línea se orientó la actual Directiva 85/374/CEE del Consejo de la Unión Europea, que procura la homogenización de la legislación del bloque, en materia de responsabilidad derivada por los daños causados por productos elaborados, la cual tiene una importancia trascendental dada la posibilidad de libre circulación de los bienes y servicios de los estados partes, que conduce a la necesidad de contar con reglas semejantes –sino iguales- en esta materia, aunque esa unificación no se pudo lograr en lo relacionado con los riesgos de desarrollo como eximentes de responsabilidad, ya que la mencionada directiva deja al libre albedrío de los Estados miembros la responsabilidad o no del proveedor por los mismos.

Este criterio se conoce como “tesis dubitativa” la cual, según LORENZETTI *“probablemente, y sin decirlo, sea la tesis mayoritaria, expresada con toda*

⁷⁵ MARQUEZ, José F., MOISSET DE ESPANÉS, Luis: *Responsabilidad por productos y servicios peligrosos o defectuosos. El riesgo de desarrollo como eximente*, en PICASSO – VAZQUEZ FERREYRA (Directores): *Ley de Defensa del Consumidor – Comentada y Anotada*, Tomo II (Parte Especial), Ed. La Ley, Bs. As., año 2.009, p. 771.

*claridad en la Directiva del Consejo 85/374/CEE del 25 de Julio de 1.985, que al no tener claridad en el tema dejó en libertad a los Estados miembro para decidir sobre esta causal de exoneración*⁷⁶.

Haciendo uso de esa posibilidad, España ha decidido exceptuar al proveedor de la reparación de los riesgos de desarrollo, aunque con excepciones importantes: los productos farmacéuticos y los alimenticios.

En ese sentido, la actual regulación española en la materia está dada por el *Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y Otras Leyes Complementarias*⁷⁷.

Dicha normativa, que tiene como objeto establecer el régimen jurídico de protección de los consumidores en desarrollo del artículo 51.1 y 2 de la Constitución española que, de acuerdo con el artículo 53.3 de la misma, tiene el carácter de principio informador del ordenamiento jurídico (artículo 1), es la que da marco y soporte a la regulación de los riesgos de desarrollo en ese país.

Dicho cometido lo realiza en el artículo 140 referido a las causales de exoneración de la responsabilidad, al disponer: *“1. El productor no será responsable si prueba: ...e) Que el estado de los conocimientos científicos y técnicos existentes en el momento de la puesta en circulación no permitía apreciar la existencia del defecto”*.

⁷⁶ LORENZETTI, Ricardo L.: *Consumidores*, 2º Ed. Actualizada, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, año 2.009, p. 542.

⁷⁷ Texto consultado por última vez el 04/04/2016 en <http://www.consumo-inc.gob.es/>. Instituto Nacional del Consumo.

La norma mencionada prevé expresamente la cuestión referida a los riesgos de desarrollo, y toma postura: el productor (elaborador o fabricante) no es responsable por los mismos si al momento de introducir los productos al mercado, los conocimientos científicos y técnicos disponibles no le permitieron apreciar que el mismo adolecía de un defecto que podría redundar en daño a los consumidores.

No obstante, tal como adelantáramos, la normativa española establece dos excepciones de relevancia en la parte final del artículo 140, cuando dispone: “3. *En el caso de medicamentos, alimentos o productos alimentarios destinados al consumo humano, los sujetos responsables, de acuerdo con este capítulo, no podrán invocar la causa de exoneración del apartado 1, letra e)*”.

Refiriendo al panorama expuesto –aunque de manera previa a la sanción del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y Otras Leyes Complementarias- sostienen MÁRQUEZ y MOISSET ESPANES que la misma sitúa a España “entre los países que han aceptado la eximente de los riesgos de desarrollo, aunque ahora –tomando como antecedente la anterior Ley General del Consumo- excluye esta eximente cuando se trata de alimentos y drogas para consumo humano lo que, como expresa Mullerat, constituye una postura original de la legislación española”⁷⁸, que por demás reduce en gran medida el ámbito de aplicación de la eximente, ya que –y aún más en el caso de los productos farmacéuticos- son los supuestos en los que mayor

⁷⁸ MARQUEZ, José F., MOISSET DE ESPANÉS, Luis: *op. Cit.*, p. 771.

probabilidades hay de existencia de riesgos de desarrollo, sin perjuicio de que quedan incluidos otros supuestos como la tecnología electrónica o mecánica, particularmente la de la industria automotriz, todos supuestos no menos importantes.

Dimensión Sociológica

En la jurisprudencia nacional, se registran escasos precedentes sobre la materia bajo análisis, aunque existen fallos que reflejan situaciones fácticas que se han presentado a lo largo de nuestro territorio, donde se ha hecho referencia específica a los riesgos de desarrollo, y en los cuales se ha efectuado adjudicaciones de impotencia en la forma que veremos *infra*.

Bien señala JUNQUEIRA CALIXTO que *“ya son conocidos numerosos y tristes casos de daños provocados por productos tenidos por seguros en el momento en que fueron introducidos al mercado, cuyos riesgos solo fueron descubiertos después de largos años, por fuerza del avance científico y tecnológico. Se citan como ejemplos los cigarrillos, que hoy comprobadamente pueden acarrear cáncer de pulmón, o la silicona implantada por las mujeres en los senos, o el antiolesterol MER-29, que acarreó ceguera en algunas personas que hicieron uso del mismo, el talco Morhange, que provocó la muerte en algunos niños en Francia y, tal vez el caso más famoso, el Contergan - Talidomina que,*

*ingerido por mujeres embarazadas, acarreó el nacimiento de niños físicamente deformados*⁷⁹.

A dichos casos mencionados por el autor brasileño, que pueden ya ser considerados históricos, pueden sumarse otros que han sido sumamente difundidos y que generaron conmoción en el mundo científico, vgr. el caso del producto “Lipobay” o “Baycol”, un medicamento anti colesterol que habría sido usado por seis millones de personas en todo el mundo y que fue retirado por su fabricante, Bayer, luego de haber provocado la muerte de 31 personas solo en los EEUU.

Los efectos adversos de dicho producto, llegaron a nuestro país, donde sus consecuencias dañosas fueron analizadas en el caso *“Rein, Favio Eduardo c/ Bayer S.A. y otros s/ Daños y Perjuicios”*⁸⁰, resuelto por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala A, en el año 2012, donde se condenó a la firma alemana a pagar una indemnización al actor por la suma de \$300.000 comprensiva del daño moral e incapacidad psicofísica sobreviniente.

⁷⁹ JUNQUEIRA CALIXTO, Marcelo: *A Responsabilidade Civil do Fornecedor de Produtos pelos Riscos do Desenvolvimento*, Ed. Ronovar, Rio de Janeiro, año 2004, p. 176. Traducción libre del autor efectuada sobre el siguiente texto: *“Já são conhecidos numerosos e tristes casos de danos provocados por produtos tidos por seguros no momento em que foram introduzidos no mercado, cujos riscos só foram descobertos após longos anos, por força do avanço científico tecnológico. Citam-se como exemplos os cigarros, que hoje comprovadamente podem acarretar o câncer de pulmão, o silicone implantado pelas mulheres em seus seios, o anticolésterol MER-29, que acarretou a cegueira em algumas pessoas que dele fizeram uso, o talco Morhange, que provocou a morte de algumas crianças na França e, talvez o caso mais famoso, o Contergan – Talidomina que, ingerido por mulheres grávidas, acarretou o nascimento de crianças fisicamente deformadas”*.

⁸⁰ MICROJURIS: MJ-JU-M-74846-AR - MJJ74846 - MJJ74846. <http://ar.microjuris.com/>. Disponible en: <http://ar.microjuris.com/>. Consultado por última vez el 04/04/2016.

La causa aludida se motivó en el hecho de que en el mes de septiembre del año 1998 el Sr. Rein concurrió a efectuarse un chequeo médico en el cual se le prescribió una dieta hipograsa e hipocolesterolemica durante cuatro semanas, control de laboratorio e interconsulta cardiológica, en razón de habersele detectado "dislipidemia importante".

Posteriormente, el actor realizó una interconsulta donde otro profesional le ordenó la realización de estudios y, a raíz de los resultados que estos arrojaron, prescribió al mismo el medicamento "Lipobay", de laboratorios Bayer, además de recomendarle una dieta y que dejara de fumar.

Luego de comenzado el tratamiento recomendado, aproximadamente a fines de octubre de 1998, el Sr. Rein empezó a sufrir astenia progresiva, cefaleas intensas con cansancio muscular y disminución de la libido, síntomas por los cuales no consultó inmediatamente a un facultativo, pues los atribuyó al cuadro de astenia que presentaba. El cuadro progresó, al punto tal que a fines de noviembre de 1998 el actor ya no podía levantarse de la cama, pues padecía de una pérdida total de la fuerza muscular y de disminución de la visión del ojo izquierdo, cuadro ante el cual es derivado a una clínica médica, en donde le habrían indicado que suspendiera la toma del Lipobay.

No obstante ello, los síntomas persistían, por lo que el demandante se comunicó telefónicamente con la responsable médica de Bayer S.A., quien asentó en su informe, bajo el acápite "Descripción del evento adverso", los siguientes síntomas del actor: mialgias, debilidad muscular y visión borrosa en el ojo

izquierdo. Asimismo consignó que, según le había referido el Sr. Rein, el tratamiento estaba suspendido desde el 25 de noviembre del año 1998. Asimismo, sin perjuicio de lo expuesto, se le recomienda desde la firma la suspensión de la ingesta del medicamento mencionado.

El día 3 de marzo del año 1999, los profesionales de la Clínica Médica donde el afectado estaba siendo atendido, constataron que el actor presentaba "tiroiditis de Hashimoto hipotiroidismo".

Dos años después, en el mes de agosto del año 2001, Bayer S.A., dispuso voluntariamente el retiro del mercado del producto Lipobay en todas sus concentraciones. En dicha oportunidad se justificó esta decisión sosteniendo que la misma *"obedece a la evaluación de recientes datos de farmacovigilancia que indican un creciente riesgo de rabdomiólisis, derivado del uso concomitante de cerivastatina y gemfibrozil. A pesar de que consta en el prospecto dicha asociación como una contraindicación, se siguen recibiendo reportes espontáneos de miopatía - rabdomiólisis asociados al uso concomitante de estos compuestos"*.

Sumado a ello, la Administración Nacional de Medicamentos, Alimentos y Tecnología Médica (ANMAT) agregó otro fundamento a las expresiones anteriores vertidas por la firma Bayer S.A., como causa del retiro del medicamento, al motivarla en *"comunicaciones internacionales de efectos adversos graves por cerivastatina en general, asociada al gemfibrozil y/o por la administración de dosis elevadas de la primera"*.

Finalmente, el 13 de agosto del año 2001, por medio de la Disposición N° 4236/2001, la A.N.M.A.T. suspendió la comercialización y el uso de todas las especialidades medicinales que contengan como principio activo cerivastatina⁸¹.

Otro reciente caso ligado daños causados por medicamentos en nuestro país, fue decidido también en la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala G, en el marco de los autos "*L. N. R. c/ Laboratorios Phoenix S.A.I.C.F. y otro s/ daños y perjuicios*"⁸², del año 2012, en el cual, además de las indemnizaciones por daños y perjuicios, se impuso una multa en concepto de daños punitivos por la suma de \$100.000.

En el mismo se trató de una demanda interpuesta por una persona que fue medicada con un producto medicinal denominado "Megalex" (cuyas drogas principales eran la Domperidona y la Ranitidina) recetado por un gastroenterólogo, que no contenía en su prospecto adjunto la contraindicación de "hiperprolactinemia", y que le produjo a la actora problemas ginecológicos, hinchazón generalizada, principalmente en su zona mamaria y alteraciones en la visión, además de mareos.

Otro caso en el que se ha mencionado expresamente a los riesgos de desarrollo, fuera de la materia ligada a los medicamentos, fue "*TyC S.R.L. c/ Fiat*

⁸¹ Disposición N° 4236/2001 ANMAT. Disponible en <http://infoleg.mecon.gov.ar/>. Consultado por última vez el 04/04/2016.

⁸² MICROJURIS, MJ-JU-M-75109-AR - MJJ75109. Disponible en: <http://ar.microjuris.com/>. Consultado por última vez el 04/04/2016.

Auto Argentina S.A. s/ Daños y Perjuicios”, resuelto por la Excma. Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial, Sala Segunda Cámara, en el año 2003⁸³.

En el mismo, la actora (T y C S.R.L.), promovió una demanda de daños y perjuicios contra Fiat Auto Argentina S.A., aparándose en la disposición del Art. 40 de la ley 24.240.

La citada sociedad había adquirido de los demandados, por intermedio de la concesionaria Galante Hnos. S.A., un vehículo marca Fiat, modelo Ducato Furgón 14, con el fin de utilizarlo para el traslado de equipamiento y herramientas.

El día 27 de Enero del año 1999, con motivo de haber sido contratados para efectuar una obra en Río Gallegos, dos empleados de la empresa se encontraban próximos a la ciudad de Puerto San Julián (Provincia de Santa Cruz), cuando el motor del citado rodado se detuvo por completo como consecuencia de un desperfecto.

A raíz de ello, debieron trasladar el vehículo a la agencia Arco Polar S.A., para que procedieran a su reparación, la cual demoró cuatro días, durante los cuales los integrantes de la firma debieron alojarse en un hotel, y alquilar un rodado para poder cumplir sus tareas laborales, lo cual motivó el reclamo judicial.

Como resultado del pleito, la automotriz FIAT Auto Argentina S.A. fue condenada a indemnizar a la actora los perjuicios sufridos a raíz de la rotura de la

⁸³ Revista Jurisprudencia Argentina: JA 2004-I p. 337.

camioneta, fundándose el Exelentísimo tribunal en la obligación de garantía del fabricante que prevé la Ley de Defensa del Consumidor, y compartiendo la conclusión a la que arribara el magistrado de la instancia anterior, esto es, que los gastos sufridos por la sociedad actora se encuentra en relación de causalidad adecuada con la rotura del vehículo.

Expresamente sostuvo el Tribunal que *“en los casos de riesgos de desarrollo -como en el presente pleito-, toda vez que no se interrumpa el nexo causal adecuado entre la nocividad del producto y los daños causado, 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 (Boretto, Mauricio; "Tutela del consumidor en el contexto negocial de los contratos de distribución", publicado en RDCO, nº 202 del 12/06/2003, p. 487 y ss.; Goldenberg - López Cabaña, "Los riegos del desarrollo en la responsabilidad del proveedor profesional de productos", J.A., 1990-I-919; Farina, Juan M.; "Defensa del consumidor y del usuario", Edit. Astrea, Ciudad de Bs. As., 2000, 4393 y ss.). 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. Por consiguiente, si ha existido relación de causalidad jurídica entre la rotura del vehículo y las indemnizaciones fijadas por el judicante, la idea central finca en esclarecer la vinculación que debe necesariamente existir entre un antecedente (rotura de la camioneta Fiat Ducato) y su consecuente, los daños sufridos por la sociedad actora”.*

Otro caso similar en el ámbito automotriz, donde también se mencionó el tema que venimos abordando, fue “*Travetto, Oscar Horacio y Otro c/ SEVEL Argentina S.A. s/ Ordinario*”, resuelto por la Excma. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala C, en el año 2.006⁸⁴.

En el mismo, la actora promovió su demanda manifestando que en el mes de Diciembre del año 1.993 había adquirido un automotor marca Peugeot, modelo 505, con el que luego de efectuados los controles pertinentes y una vez que la concesionaria hubiera efectuado el primer *service*, emprendió con su familia un viaje a San Juan y a Chile.

En el trayecto, y en plena Cordillera de los Andes, a 4.700 metros de altura, se rompió el forro del embrague del automóvil, quedando varado a esa altura sin poder moverlo y permaneciendo más de diez horas allí.

A raíz de ello, expresaba la actora que su hija, María Noel, sufrió un síndrome de apunamiento con principio de asfixia por la exposición prolongada en altura, situación que habría provocado en su madre ciertas fobias hacia los espacios cerrados, todo ello sin perjuicio de los gastos de reparación del automóvil.

Ante ello, la demandada manifestó que había fabricado el automotor de acuerdo a las normas de calidad y seguridad vigentes, y que había cumplido con

⁸⁴ Cita MICROJURIS *on line*: MJ-JU-M-4530-AR. Disponible en: <http://ar.microjuris.com/>. Consultado por última vez el 04/04/2016.

la obligación de prestar el servicio de garantía de sus productos, realizando todas las reparaciones necesarias al vehículo, sin cargo.

Como resultado del proceso, el Excelentísimo Tribunal condenó a Sevel Argentina a indemnizar a la actora, por considerar a la empresa como responsable por los daños físicos y psíquicos de los pasajeros generados por la exposición prolongada a la altura, a raíz de la falla en el vehículo.

El Tribunal consideró que el argumento central de la obligación de reparar *“encuentra sustento en el genérico deber de seguridad que le incumbe al lanzar al mercado producto, deber que, en última instancia es un derivación de la regla de buena fe que consagra el art. 1198, Cód. Civil. Y también, por cierto, en la norma más específica contenida en el art. 40 de la ley 24.240...”*, y dijo que *“sobre la base de ese enfoque, le bastaría al consumidor con la prueba del incumplimiento, materializado en la existencia de un daño a su salud, seguridad o intereses económicos, causado por el defecto o vicio del producto en cuestión, ya que verificado el incumplimiento contractual la culpa se presume e incumbe al deudor la prueba de hechos excluyentes o eximentes. Pero lo cierto es que, de todos modos, en esta materia no cabe sujetarse a la prueba de un factor de atribución subjetivo (culpa), que pondría a cargo del consumidor la difícil prueba de que el vicio o defecto se debe a culpa del fabricante, toda vez que nos hallamos ante una hipótesis de responsabilidad de índole objetiva, moldeada en las nociones de riesgo o vicio contenidas en el art. 1113 in fine del Código Civil, que se insertan en el ámbito propio de los llamados contratos de consumo, conforme lo establece expresamente el art. 40 de la ley 24.240...”*

Cierra el Tribunal su razonamiento recurriendo a los argumentos de un reconocido autor de la materia, y haciendo expreso reconocimiento de que considera al asunto como un caso de responsabilidad por riesgos de desarrollo, diciendo que *“así lo sostiene también Farina, quien -citando a otros autores- expresa: 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”*.

Sin lugar a dudas, uno de los fallos que ha abordado en nuestro país con mayor grado de análisis la cuestión relativa a los riesgos de desarrollo como un eximente de responsabilidad, es el caso *“P., F. M. v. Inmuno S.A. y otro”*, resuelto por la Cámara Nacional Civil, Sala H, en el año 2009⁸⁵.

En el mes de mayo de 1.995, se presentó a los estrados judiciales una persona de sexo femenino, y reclamó la indemnización de los daños y perjuicios que dijo haber sufrido al haber sido contagiada con el virus del HIV por su marido (ya fallecido al momento del inicio de la demanda), quien a su vez lo había contraído por la utilización de los productos fabricados, distribuidos y/o sugeridos por los demandados.

⁸⁵ Cita MICROJURIS *on line*: MJ-JU-M-46850-AR. Disponible en: <http://ar.microjuris.com/>. Consultado por última vez el 04/04/2016.

Alegaba que su marido fue hemofílico y, como consecuencia de ello, había sido tratado con productos hemoderivados. Tales productos, según alegaba la actora, estaban infectados por el conocido virus del HIV.

A este cuadro de situación, se sumó que la mujer había quedado embarazada, y que tuvo un hijo que nació infectado, producto de lo cual falleció unos años después. Lo mismo le ocurriría a la actora, cuyo deceso se produjo luego de iniciada la acción, que fue continuada posteriormente por sus otros dos hijos, que se encontraban sanos.

En el marco de la sustanciación de la causa, se produjeron declaraciones testimoniales calificadas, efectuadas por médicos de renombre, ligados al área de la hemoterapia y la hemofilia, que manifestaron que *“en el año 1983 - 1984 se comienza a conocer en el mundo una enfermedad viral que se transmitía por los concentrados que se aplicaban a los hemofílicos. Que el virus se llamó de inmunodeficiencia adquirida. Que a partir de ese momento la Federación Internacional de la hemofilia impartió normas a nivel internacional aconsejando que se restringiera la aplicación de concentrados a las situaciones de riesgo...”*.

Asimismo, se manifestó que *“luego con el tiempo se detectó sobre todo en Francia y en Estados Unidos la existencia del virus hasta que en un momento se comprobó que los concentrados que se aplicaban a los hemofílicos estaban contaminados por un virus...”*, y que *“cuando se empezó a estudiar a los primeros pacientes con hemofilias más severas y por lo tanto con mayor cantidad de*

concentrados, los porcentajes de seropositividad superaban ampliamente el cincuenta por ciento”.

En el caso, el Tribunal tuvo por probado que el contagio del virus del HIV que sufrió el marido de la actora (y que luego le transmitiera a esta) fue consecuencia del uso de los concentrados fabricados, importados o comercializados por las demandadas, condenándolas en consecuencia al resarcimiento de los daños y perjuicios.

Una vez encuadrada la situación como un caso de responsabilidad por riesgos de desarrollo, expresamente sostuvo que *“luego de haber analizado las distintas posturas sustentadas, estimo que no puede considerarse a los riesgos de desarrollo como una casual eximente de responsabilidad en el caso de responsabilidad objetiva por productos elaborados. Tengo especialmente en cuenta que para que opere la eximente del caso fortuito, éste debe ser externo a la cosa que produce el daño. Y, como antes he dicho, en este supuesto no lo es: está dentro de ella. Así lo ha entendido nuestra jurisprudencia: ‘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 (sobre la necesidad de la exterioridad del daño la doctrina se viene expidiendo desde el año 1.978... La inexistencia de un reactivo que permita eliminar por completo la transmisión de virus de la hepatitis C, no puede configurar un caso fortuito que exima de responsabilidad al centro de salud por el contagio de la actora –en el caso, mediante una transfusión realizada en una operación-, por cuanto constituye un riesgo propio de la actividad que desarrolla y la fuerza mayor para operar como eximente debe ser ajena o*

extraña al riesgo o vicio de la cosa. (CNFed. Civ. Y Com. sala III, “Chávez, Miriam B. v.N.J.J. 29/08/2005-IX, 136). Aclaro que si bien en el voto se dice que ello no significa poner a cargo del centro de salud el riesgo del desarrollo, es claro que se entendió en el sub lite que el caso fortuito debía ser extraño a la cosa riesgosa. Este aspecto técnico jurídico tiene la entidad suficiente para hacer razonar de la forma en que se propone, es decir, arribando a la conclusión de que el derecho argentino no autoriza que el riesgo de desarrollo funcione como eximente de responsabilidad en los supuestos de responsabilidad por los daños generados por productos elaborados. Es previsible que todo medicamento que haya obtenido la preceptiva autorización de comercialización beneficie, al menos, a algún grupo de pacientes. Además, debo agregar que en un caso como el presente lo previsible no era específicamente la aparición del virus del HIV, cosa que por supuesto no podría exigírsele ni a los codemandados ni a ningún científico, sino que ante la experiencia –que ya es mucha en la industria farmacológica-, aunque no se sepa cuál sea la que efectivamente aparecerá. En suma, se podría decir que se debe prever que va a suceder lo imprevisto. Ello es lo previsible”.

Y cerró su razonamiento el Tribunal con un concluyente *obiter dicta*, en sentido contrario a la admisión de los riesgos de desarrollo como eximentes de responsabilidad, sosteniendo que *“no sólo de lege lata corresponde rechazar que los riesgos de desarrollo permitan a los laboratorios eximirse de responsabilidad, sino que –y lo que se transforma en un argumento de igual relevancia a la luz de las sospechas que se han generado en torno a la conducta de las empresas demandadas en los países del tercer mundo- es recomendable también de lege ferenda que no se establezca como causal eximente. Por ello, estimo que los*

laboratorios deben responder por haber introducido al mercado un producto vicioso como fue el concentrado antihemofílico que fue apto para contagiar el virus del HIV aun cuando pueda sostenerse que los conocimientos científicos de la época no permitían conocer el vicio. En suma, entiendo que las codemandadas serán responsables por los riesgos de desarrollo”.

Finalmente, otra situación concreta ligada a la temática abordada, y vinculada con la salud, es la relacionada con los implantes mamarios PIP (Poly Implants Protheses), fabricados en Francia, país cuyo gobierno recomendó, en el año 2.010, que las mujeres que los tuvieran se los retiren, en razón de que sus autoridades fueron alertadas por la Agence Nationale de Sécurité du Médicament es des Produits de Santé (ANSM) de Francia, sobre los efectos adversos del producto y su riesgo más elevado de rotura⁸⁶.

En Argentina, dicha marca de prótesis mamarias se comercializó entre los años 2007 y 2010, hasta que la Administración Nacional de Medicamentos, Alimentos y Tecnología Médica (ANMAT) copió la medida tomada en Francia, y los prohibió mediante la Resolución N° 1501/10, y ordenó a la firma PROESTETICA S.A., que las distribuía en argentina, a retirar del mercado todas aquellas prótesis que se hayan comercializado, y no hayan sido implantadas.

⁸⁶ Más información e informes técnicos al respecto pueden consultarse en el sitio oficial de la Agence Nationale de sécurité du médicament es des produits de santé (ANSM) de Francia. Disponible en [Http://ansm.sante.fr/Dossiers/Implants-mammaires-PIP-pre-remplis-de-gel-de-silicone](http://ansm.sante.fr/Dossiers/Implants-mammaires-PIP-pre-remplis-de-gel-de-silicone). Consultado por última vez el 04/04/2016.

La empresa francesa habría distribuido unas 13 mil prótesis en el país a través de la firma aludida, pero no se sabe cuántas personas en Argentina realmente las tienen colocadas.

En este sentido, la cuestión relacionada con las prótesis PIP ya han llegado a los estrados judiciales, aunque aún sin definiciones de fondo conocidas, en razón de haberse planteado como una acción colectiva de clase, respecto de cuya procedencia tuvo oportunidad de pronunciarse, en el mes de noviembre del año 2014, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala B, en los autos "*Luna Virginia Daniela y otros c/ Poly Implant Prothese y ots. s/ daños y perjuicios*"⁸⁷, donde ha revocado una sentencia de primera instancia que había rechazado una acción de clase por la cual se pretendía la indemnización respecto a un fabricante de prótesis mamarias, pues el *a quo* no fundamentó las razones por las que no se encontraban reunidos los presupuestos de las acciones colectivas, por lo que deberá abrirse el proceso en su etapa inicial, a los fines de poder determinar si procede la litigación colectiva individual homogénea.

En suma, como puede apreciarse de los decisorios referenciados, surge que en los casos en los que se han presentado situaciones fácticas encuadrables en la figura de los riesgos de desarrollo y que han llegado a una decisión al respecto, nuestros tribunales se han volcado, decididamente a la hora de realizar el reparto de la impotencia que supone una indemnización de daños y perjuicios, a atribuirlo a la empresas que habían colocado los productos en el mercado.

⁸⁷ Cita MICROJURIS *on line*: Disponible en: <http://ar.microjuris.com/>. Consultado por última vez el 04/04/2016.

Ello así, fundado en un deber de garantía de seguridad que debe brindar el proveedor respecto de sus productos (legalmente establecido en nuestro sistema jurídico), y en el hecho de que no puede cargarse con las consecuencias dañosas al consumidor, damnificado, en razón de que se encuentra en una situación de desventaja respecto de los proveedores.

Asimismo, han entendido los tribunales sentenciantes, que la imprevisibilidad generada por los riesgos de desarrollo no alcanza la dimensión tal de configurar un verdadero caso fortuito que actúe como eximente de responsabilidad, independientemente que la misma sea intrínseca o extrínseca al producto, cuestión sobre la que volveremos más adelante al tratar los argumentos en favor y en contra de la figura tratada.

Lo cierto es que actualmente, existen productos que provocan divergencias entre científicos y que todavía están en fase de estudios y análisis previos a su comercialización. En esa orientación, se pueden citar, a modo de ejemplo, la cuestión ligada a los alimentos genéticamente modificados –muchos de ellos ya introducidos al mercado-, la utilización de anabólicos, la radiación de los celulares y hornos microondas, todos los cuales dividen opiniones, y sobre los cuales aún hoy no se conoce a ciencia cierta si generan o no riesgos para la salud humana lo que marca, sin lugar a dudas, la importancia del presente estudio.

Dimensión Dikelógica

GOLDSHMIDT distingue la “Axiología Dikelógica” de la “Axiosofía Dikelógica”. Mientras la primera contempla la estructura formal de la justicia, la segunda se enfoca estrictamente en su contenido.

Como bien señala el autor mencionado, en este orden de ideas *“la Axiología Dikelógica analiza, en primer lugar, la justicia del reparto aisladamente considerado; y luego, en segundo término, ella aborda la justicia del orden de repartos o, lo que es lo mismo, la justicia del régimen, el cual, si la valoración resulta positiva, constituye un régimen de justicia”*⁸⁸.

Desde esa perspectiva encararemos el análisis de este acápite, procurando desentrañar y fundar –desde nuestro punto de vista- si la captación lógica del reparto proyectado deviene justa o injusta, conforme la regulación normativa actual.

En este sentido, hemos dejado sentado en párrafos anteriores que, actualmente, y a nuestro modo de ver, no existe una regulación específica de la cuestión relacionada con los riesgos de desarrollo en nuestro Derecho, lo cual conduce a la aplicación de las reglas básicas en materia de responsabilidad civil y de consumo, que devienen en soluciones jurídicas dispares, y normativamente válidas.

⁸⁸ GOLDSCHMIDT, Werner: *op. Cit.*, p. 417.

Ello puede llevar, en nuestro sistema jurídico, a considerar que el fabricante es responsable por los daños sufridos por el consumidor, aún en los casos en los conocimientos científicos y técnicos existentes al momento de la puesta del producto en el mercado no le permitían conocer la potencialidad dañosa del mismo (postura que han venido amparando nuestros tribunales); o bien, pueden conducir a que el fabricante quede absolutamente desvinculado de la responsabilidad por riesgos de desarrollo, en virtud de la aplicación de las reglas de la imprevisibilidad de las consecuencias, previstas en nuestro Código Civil y Comercial.

Vimos que esos contrastes existen también en la legislación comparada⁸⁹.

Repasemos a continuación, los diferentes argumentos que se han dado en favor y en contra de la admisión de la eximente de responsabilidad fundada en los riesgos de desarrollo, a fin de brindar un panorama más acabado sobre los motivos que inspiran una y otra posición, no sin antes dejar de recordar, como bien lo señalan MARQUEZ y MOISSET ESPANÉS, que *“en nuestro país el tema no es tratado en la legislación, lo que motiva profundos debates sobre su aceptación como eximente. Ante la ausencia de una definición legal sobre la procedencia de la excepción de riesgo de desarrollo, en el plano jurídico es necesario analizar la cuestión desde la teoría general de la responsabilidad civil y las normas particulares aplicables a la responsabilidad por productos. La elaboración doctrinaria viene teñida por criterios axiológicos y económicos que se*

⁸⁹ En el presente trabajo, se han tomado como legislaciones de referencia la de España y Brasil, dado el desarrollo alcanzado en ambos países en materia de Derechos del Consumidor, como así también por la antítesis existente entre ambas regulaciones.

invocan como fundamentos tanto para la tesis que admite la excepción, como para la que la rechaza...⁹⁰.

Argumentos a favor

Entre los argumentos a favor de que los riesgos de desarrollo sean considerados como una eximente de responsabilidad del fabricante o productor, se han esbozado los siguientes:

Primero

Se ha dicho que cargar al proveedor con las consecuencias dañosas que deriven de un riesgo de desarrollo, implica establecer un desincentivo a la investigación y a la innovación. En este sentido, citan MÁRQUEZ y MOISSET ESPANÉS algunos fragmentos del informe elaborado por la Fondazione Rosselli (publicado en el año 2.004), destinado a analizar la incidencia económica de la cláusula relativa al riesgo de desarrollo prevista en el Art. 7, letra e), de la Directiva 85/374/CEE sobre la responsabilidad por daños causados por productos defectuosos.

En ese sentido, el informe dice que *“El argumento fundamental del actual debate sobre la cláusula de riesgos de desarrollo es que la eliminación de esta cláusula perjudicaría la innovación. Las conclusiones del presente informe parecen indicar que el argumento esgrimido a menudo de que la CRD es un factor importante para alcanzar el equilibrio de la Directiva entre la necesidad de*

⁹⁰ MARQUEZ, José F., MOISSET DE ESPANÉS, Luis: *op. Cit.*, p. 778.

*mantener los incentivos a la innovación y los intereses de los consumidores está justificada y se basa en lo siguiente: la CRD protege los incentivos a la innovación reduciendo los riesgos relacionados con esta última, sin desviar los recursos de la investigación y el desarrollo a pólizas de seguro y animando a las empresas a adoptar los conocimientos de vanguardia; la CRD es probablemente un factor clave para determinar la estabilidad relativa de los costes del seguro de responsabilidad por productos defectuosos en la industria europea y mantener los litigios en un nivel razonable; en un régimen de responsabilidad estricta, las empresas de los sectores de alta tecnología/alto riesgo tendrían muchas dificultades para obtener una póliza de seguro razonable que cubriera sus riesgos de desarrollo*⁹¹.

Segundo

Como ya lo mencionara el informe aludido, se señala en contra del argumento de la asegurabilidad que las compañías de seguro nunca van a elaborar pólizas que cubran este tipo de riesgos, pues no son calculables. También contra el argumento acerca de la difusión del seguro, se señala que al no ser conocido el riesgo no podría asegurarse⁹².

Tercero

Se sostiene, asimismo, que como se trata de riesgos que son, además de imprevisibles, inusuales, no puede organizarse un sistema de prevención adecuado para hacer frente a las eventuales consecuencias dañosas. Como señala O'Donnell, *“se trata de un riesgo atípico que no permitiría aplicar políticas*

⁹¹ MARQUEZ, José F., MOISSET DE ESPANÉS, Luis: *op. Cit.*, p. 771.

⁹² SOZZO, Gonzalo: *op. Cit.*, p. 79-80.

*de previsión financiera adecuadas, justamente porque no se conoce el riesgo, los cálculos actuariales y las estadísticas no ayudan*⁹³.

Cuarto

Uno de los argumentos más sólidos para considerar la viabilidad de la eximente que venimos desarrollando, constituye la consideración de la misma como un caso fortuito.

En este sentido, se sostiene que existe incompatibilidad de responsabilidad al elaborador o fabricante en un sistema –como el vigente en nuestro país-, donde se ha adoptado la teoría de la causalidad adecuada y previsibilidad de las consecuencias.

Sostienen SPOVIERI y DELL’OCA, haciendo referencia al anterior Código Civil de Vélez Sarsfield, que *“dentro del sistema de responsabilidad del Código Civil, cuando la nocividad del producto resulta imprevisible al tiempo de elaborarlo, ponerlo en circulación, o comercializarlo, ninguno de los componentes de la cadena económica responde frente al damnificado, pues si bien se revelarían como autores materiales del perjuicio, la imprevisibilidad conspira contra la posibilidad de considerarlos autores jurídicos del mismo”*, y continúan afirmando que *“...ni siquiera el Art. 907, CCiv. sirve para saltar la valla de la previsibilidad, ya que esa norma se refiere a hechos involuntarios pero de*

⁹³ O’DONNELL, Gastón: *Op. Cit.*, p. 382.

*consecuencias previsibles. Lo imprevisible está siempre fuera de las posibilidades resarcitorias*⁹⁴.

Señala al respecto PRIETO MOLINERO que *“aun cuando se considere a la responsabilidad por productos como una responsabilidad objetiva imputable por actividad peligrosa, sin consideración alguna al saber que podía manejar el fabricante, todavía estaríamos desconociendo lo evidente, es decir, que hasta que surge un determinado saber ni siquiera es posible hablar de la existencia de una relación de causalidad determinada... porque el estado de la ciencia y de la técnica no solo determina el saber a disposición del fabricante, sino que también de la medida de lo que podrá ser considerado hasta ese momento como nexo de causalidad”*. Y en virtud de lo expuesto, cierra categóricamente su razonamiento el mencionado autor, sosteniendo que *“el riesgo de desarrollo tiene la virtualidad de eximir de responsabilidad en el caso de daños por productos defectuosos, pero, ello, no porque se trate de una decisión del legislador de limitar la imputabilidad objetiva en atención a la imposibilidad absoluta que enfrentaba el fabricante, sino por algo aún más radical que se da en el plano que sirve de base fáctica a la imputación: porque ni el fabricante, ni el propio legislador, en tanto ‘consumidores de leyes causales’, contaban al momento de fabricar el producto con una relación de causalidad que fuera aplicable respecto de un determinado producto*⁹⁵.

⁹⁴ SPROVIERI, Luis E., DELL’OCA, Gastón: *Ob.cit.*, p. 289.

⁹⁵ PRIETO MOLINERO, Ramiro J.: *“El Riesgo de Desarrollo: un supuesto paradójico de la responsabilidad por productos”*, Ed. Dykinson, Madrid, año 2.005, p.125.

Posiblemente el argumento del *casus*, sea el que más se adecúa normativamente a la regulación actual en nuestro derecho a la luz de las normas de los artículos 1.716, 1.726, 1.727 y 1.728 del Código Civil y Comercial (estrechamente ligados ideológicamente a los artículos 904, 905, 906 y 1.113 del Código Civil de Vélez Sarsfield).

Argumentos en contra

Entre los argumentos que se auspician en contra de que los riesgos de desarrollo sean considerados como una eximente de responsabilidad del fabricante o productor, se han esbozado los siguientes:

Primero

El primer argumento que se puede mencionar en pos de la responsabilidad del elaborador por los riesgos de desarrollo, es la garantía de inocuidad de los productos que se lanzan al mercado masivo de consumo.

En este sentido, sostiene LÓPEZ CABANA que el elaborador “*debe garantizar a los consumidores la inocuidad de los bienes que introduce en la comunidad*”⁹⁶.

Normativamente dicha posición tiene andamiaje ya que, como hemos visto *ut supra*, la ley de Defensa del Consumidor N° 24.240, establece en su artículo 5 que “*las cosas y servicios deben ser suministrados o prestados en forma tal que,*

⁹⁶ LOPEZ CABANA, Roberto M.: *Responsabilidad civil por productos defectuosos en el MERCOSUR*, RCyS, año 1, N° 1, p. 27.

utilizados en condiciones previsibles o normales de uso, no presenten peligro alguno para la salud o integridad física de los consumidores o usuarios”.

Como enseña FARINA al comentar la norma mencionada, *“la ley 24.240 se ocupa no solo de los intereses económicos del consumidor, sino también de la protección de su salud, de su integridad física y, en general, de su seguridad”*⁹⁷.

Ello implica que los productos y servicios que se lancen al mercado, deben garantizar un cierto grado de incolumidad del patrimonio, la salud y seguridad de los consumidores y usuarios, sin que su uso o consumo adecuado les cause perjuicio alguno.

Es la posición sustentada por la Sala H, de la Cámara Nacional Civil, la cual siguiendo las ideas de PIZARRO, ha dicho que *“la admisión de esta eximente conduciría a una fuerte regresión en lo que han sido los grados históricos de protección del consumidor logrados en esta parte del planeta, luego de muchos esfuerzos, por razones puramente economicistas. Expresa que el desarrollo debe garantizar a los consumidores inocuidad de los bienes de consumo masivo que se lanzan al mercado. Agrega que en modo alguno ignoramos que muchas veces resulta inevitable la existencia de riesgos no detectables al momento de la introducción del producto al mercado a la luz del estado de conocimientos científicos y técnicos existentes. La pregunta es: ¿quién debe asumir, en última instancia, el costo económico de tales contingencias? ¿El accionista titular de la empresa que lucra con el producto en el mercado, en el marco de su riesgo*

⁹⁷ FARINA, Juan M.: *Defensa del Consumidor y del Usuario. Comentario exegético de la ley 24.240 con las reformas de la ley 26.361*. Ed. Astrea, Bs. As., año 2.009, p. 188.

empresario o el damnificado? Termina diciendo que no duda de que debe serlo el primero, que es por otra parte, quien lucra con su actividad y está en mejores condiciones de asegurarse y de internalizar tales costos integrándolos al precio de los productos, distribuyéndolo finalmente entre los propios consumidores”⁹⁸.

En Brasil, dicha obligación va aún más allá, y su profundización deviene en lo que han dado en llamar la *teoría de la calidad*.

Señala BENJAMIN, siguiendo a Thierry que esta teoría “*se trata de una relectura de las garantías tradicionales bajo el prisma de la producción, comercialización y consumo en masa. Se busca con ella dar, por lo menos en el plano teórico, unicidad de fundamentos a la responsabilidad civil del fabricante con relación a los consumidores*”.

Explica el autor referido, que “*haciendo abstracción de la garantía de evicción, los bienes de consumo, en el derecho del consumidor, deben estar cubiertos por dos tipos de garantías básicas: contra los vicios de calidad y contra los vicios de cantidad. Los vicios de calidad se dividen en dos categorías. La primera de ellas, que tienen que ver principalmente con la tutela de la incolumidad físico – psíquica del consumidor, las llamaremos vicios de calidad por inseguridad. Es bajo ese prisma que examinaremos los accidentes de consumo. La segunda categoría la denominaremos vicios de calidad por inadecuación. Ella tiene que ver, por un lado con el desempeño de los productos y servicios, o sea, con el cumplimiento de su finalidad de acuerdo con la expectativa legítima del*

98 C. Nac. Civ., sala H, 3/8/2009, “P., F. M. v. Inmuno S.A. y otro”, ya citado.

*consumidor. De otro lado, se manifiestan con un carácter de durabilidad, esto es, la garantía de que el producto o servicio no perderá, total o parcialmente, de forma prematura, su utilidad, también en sintonía con la expectativa legítima del consumidor*⁹⁹.

En suma, lo que ocurre es que el consumidor deposita sobre el producto o servicio una expectativa de confianza en el sentido de que el mismo no le será perjudicial a su salud, ni causará daños en sus otros bienes, y es justamente esa expectativa la que deben garantizar el elaborador o fabricante, evitando frustrarla.

Para algunos autores, dicha teoría de la calidad subyace en los artículos 42 de la Constitución Nacional y en los artículos 4, 5 y 6 de la ley 24.240, desde la cual *“es posible afirmar que los productos y servicios no pueden ser defectuosos*¹⁰⁰.

⁹⁹ BENJAMIN, Antônio Herman, LIMA MARQUES, Claudia, ROSCOE BESSA, Leonardo: *op cit.*, p. 107. *“Trata-se de uma releitura das garantias tradicionais sob o prisma da produção, comercialização e consumo em massa. Busca-se com ela dar, pelo menos no plano teórico, unicidade de fundamentos a responsabilidade civil do fornecedor em relação aos consumidores (Thierry Bourgoignie, Eléments pour une théorie du droit de la consommation, p. 298)...Abstraindo-se a garantia contra a evicção, os bens de consumo, no direito do consumidor, devem estar cobertos por dois tipos de garantias básicas: contra os vícios de qualidade e contra os vícios de quantidade. Os vícios de qualidade bifurcam-se em duas categorias. A primeira delas, que tem a ver precipuamente com a tutela da incolumidade físico-psíquica do consumidor, chamaremos de vícios de qualidade por insegurança. É sob tal prisma que examinaremos os acidentes de consumo. A segunda categoria denominaremos vícios de qualidade por inadequação. Tem ela a ver, por um lado, com o desempenho dos produtos e serviços, ou seja, com o cumprimento de sua finalidade em acordo com a expectativa legítima do consumidor. De outro lado, manifesta-se com um carácter de durabilidade, isto é, a garantia de que o produto ou serviço não perderá, total ou parcialmente, de forma prematura, sua utilidade, também em sintonia com a expectativa legítima do consumidor”.*

¹⁰⁰ SOZZO, Gonzalo: *op. Cit.*, p. 80-81.

Segundo

Existen autores que sostienen que el caso encuadra en el llamado “riesgo de empresa”, por lo que el elaborador tiene la obligación de prever que el producto puede llegar a producir o provocar un efecto no deseado, y de darse el supuesto, lo debe reparar.

Así, se ha dicho que *“por más que los ensayos hubieran tratado de explorar todas las consecuencias que el uso del producto pudiera generar, siempre existe el riesgo de que nuevos descubrimientos pongan de manifiesto el defecto. Este riesgo existente, real, pero genérico e indeterminado, es lo que ha debido ser previsto; es lo que ocurre según el curso natural y ordinario de las cosas y, por lo tanto, susceptible de prever; es la eventualidad de que eclosionen consecuencias dañosas, esto es: lo previsible es el riesgo y por él se responde al darse así entendida la relación de causalidad adecuada entre la actividad de la empresa y el daño”*¹⁰¹.

Se entiende que si ello no fuera así, el público consumidor de los productos, serían conejos de india durante el proceso de evaluación del producto. Hay podido o no preverse la potencialidad dañosa del producto, el proveedor debe responder.

¹⁰¹ VENINI, Juan C., VENINI, Guillermina: *Responsabilidad por productos elaborados*, con cita de Agogliá, Meza y Boragina, en Revista JA 1995-IV-758, pág. 273.

Por ello, *“el elaborador debe cargar con el riesgo de empresa, asumiendo os riesgos ínsitos de la actividad que desempeña, que reconoce base en un factor objetivo de atribución derivado de la creación de riesgo”*¹⁰².

Tercero

Otro de los argumentos que se invoca para fundamentar la responsabilidad del fabricante, es la asegurabilidad del riesgo de desarrollo.

En este sentido, señala TALLONE que *“el fabricante se halla en una mejor posición para distribuir los costes de los daños causados por sus productos. Y ello porque una vez asegurado, el productor tiene una mayor capacidad para repercutir el coste de las primas del seguro sobre el precio del producto. De esta manera, los costes acaban siendo soportados por los mismos consumidores”*¹⁰³.

Contra la postura que sostiene la imposibilidad o dificultad de asegurar esta clase de riesgos desconocidos, esgrimida *ut supra*, sostiene PIZARRO que *“desconocido no significa inexistente. Tan posible y previsible es su existencia que plantea esta problemática. La no posibilidad de calibrar con precisión su configuración efectiva, entidad y proyección no obsta a la contratación de seguros, mucho menos dentro de ámbitos normativos que han establecido techos o topes indemnizatorios en la materia. La mejor prueba la encontramos en aquellos países de la Unión Europea que no admiten la eximente que nos ocupa, en forma absoluta o en determinados ámbitos (vgr., alimentos), en donde no ha*

¹⁰² SPROVIERI, Luis E., y DELL’OCA, Gastón: *Daños por Productos Elaborados*, Ed. Abeledo Perrot, Bs. As., año 2.012, p. 290, siguiendo a GARRIDO CORDOBERA, Lidia.

¹⁰³ TALLONE, Federico C.: *Daños causados por productos elaborados*, Ed. Hammurabi, Bs. As., año 2.002, p.92, siguiendo a SHERMAN, Paul: *Product liability for the general practitioner*.

existido el menor problema para la contratación de seguros que cubran tales contingencias”.

Cuarto

Se ha dicho, asimismo, que atribuir la responsabilidad al fabricante, lejos de generar desincentivos a la investigación y a la innovación, produce el efecto contrario, ya que al tener que responder el fabricante por riesgos imprevisibles, dedicará mayores recursos y esfuerzos a esos ámbitos.

Sostiene en ese sentido el autor aludido que *“si el fabricante sabe que va a responder por cualquier peligro, incrementará sus esfuerzos por reducir su incertidumbre, descubriendo nuevos riesgos y adoptando lo antes posible las medidas de seguridad adecuadas”*¹⁰⁴.

Quinto

Uno de los argumentos más sólidos –paralelamente con el de entender que no estamos frente a un caso fortuito- para cargar con las consecuencias dañosas al fabricante, lo constituye el hecho de que de lo contrario se iría en contra de un sistema de responsabilidad objetiva coherente.

En este sentido, se ha dicho que *“la substracción de los riesgos de desarrollo, de los defectos imprevisibles, destruiría el principio de la responsabilidad objetiva, al terminar admitiendo como eximente a una*

¹⁰⁴ TALLONE, Federico C.: *Daños causados por productos elaborados*, Ed. Hammurabi, Bs. As., año 2.002, p.93.

*circunstancia que se orienta a revelar exclusivamente la ausencia de reproche subjetivo*¹⁰⁵.

Sexto

El otro de los argumentos fuertes, como lo adelantáramos, para responsabilizar al fabricante por los riesgos de desarrollo, tiene que ver con la exclusión del mismo de su consideración como un caso fortuito, por no reunir los requisitos de este instituto jurídico eximente de responsabilidad.

Sostiene el artículo 1.730 del Código Civil y Comercial que *“se considera caso fortuito o fuerza mayor al hecho que no ha podido ser previsto o que, habiendo sido previsto, no ha podido ser evitado. El caso fortuito o fuerza mayor exime de responsabilidad, excepto disposición en contrario...”*. Como puede apreciarse, la figura guarda estrecha relación con el requisito de la previsibilidad, como presupuesto para la atribución de responsabilidad.

Con su clara y característica retórica, señala MOSSET ITURRASPE que *“con la naturaleza se convive; en ella se actúa y se desarrolla la vida, de ahí que su incidencia, sus efectos, tanto al asumir una relación obligacional como al cumplirla, cuanto en ocasión de efectuar actos de los cuales se desprende un perjuicio, deba ser prevista. Ello obliga al distingo entre los hechos normales, habituales, corrientes de la naturaleza –la salida, el recorrido y el ocultamiento del sol y tantos otros-, y los hechos extraordinarios. Con los primeros ‘debemos contar’, deben estar en nuestros cálculos –así, cuando hacemos un viaje,*

¹⁰⁵ PIZARRO, Ramón D.: *Responsabilidad Civil por Riesgo Creado y de Empresa – Parte Especial*, T II, Ed. La Ley, año 2.007, p. 400.

sabemos que a partir de tal hora se producirá el oscurecimiento propio de la noche, con consecuencias en la circulación. Los otros son los hechos extraordinarios, que están fuera del acontecer habitual, y son, por tanto imprevisibles; si además de extraordinarios son irresistibles, no podemos hacer nada para evitar sus efectos, y cuando tales hechos desencadenan consecuencias dañosas, estamos ante el caso fortuito o la fuerza mayor, que, en nuestro derecho, son expresiones que guardan sinonimia”¹⁰⁶.

Para configurar, entonces, el caso fortuito, deben darse una serie de requisitos que PIZARRO y VALLESPINOS, siguiendo a la doctrina nacional y extranjera, han resumido en los siguientes: *“ser imprevisible, inevitable, actual, ajeno al presunto responsable y, en su caso, extraño al riesgo o vicio de la cosa o de la actividad desarrollada por el demandado”¹⁰⁷.*

Justamente, se alega que el requisito de la externalidad del *casus* no se cumplimenta en este supuesto. Así, señala PIZARRO, refiriéndose a la cuestión de si los riesgos de desarrollo pueden constituir caso fortuito, *“que dicha conclusión es inaceptable pues omite considerar que para que opere la eximente del caso fortuito, éste debe ser externo a la cosa que produce el daño. Y en el supuesto que nos ocupa no lo es: está dentro de ella (y consecuentemente, del*

¹⁰⁶ MOSSET ITURRASPE, Jorge (Director): *Responsabilidad Civil*. Ed. Hammurabi, Bs. As., año 1.997, p. 125.

¹⁰⁷ PIZARRO, Ramón D., VALLESPINOS, Carlos G.: *Instituciones del Derecho Privado. Obligaciones*. T III, Ed. Hammurabi, Bs. As., año 2.007, p. 293.

*riesgo empresario del proveedor profesional), sin que su eventual desconocimiento por parte de este último incida en ello en lo más mínimo*¹⁰⁸.

Séptimo

Finalmente, se sostiene que es difícil determinar lo que debe entenderse por estado de los conocimientos técnicos y científicos a los fines de la eximente de responsabilidad.

No dedicaremos mayores comentarios a este argumento, ya que consideramos que la dificultad para definir o delimitar ciertos conceptos en el campo jurídico, no puede entenderse como un fundamento válido para dejar de lado una figura jurídica –sea o no considerada de relevancia-, sino que ello solo puede constituir el motivo para un análisis más profundo de la cuestión, buscando los límites necesarios que satisfagan lo más posible el valor justicia en la implementación del instituto jurídico.

Admitir lo contrario, sería dar rienda suelta al simplismo y caer en el aval de los mínimos esfuerzos.

Nuestra postura

Como puede apreciarse, de la lectura de los párrafos que anteceden puede verse claramente que existen argumentos razonables que constituyen los

¹⁰⁸ PIZARRO, Ramón D.: *Responsabilidad Civil por Riesgo Creado y de Empresa – Parte Especial*, T II, Ed. La Ley, año 2007, p. 399.

fundamentos en favor y en contra respecto de la reparación de los daños que deriven de los riesgos de desarrollo.

Como enseña el maestro CIURO CALDANI, para reconocer la justicia de la estructura del reparto, hay que considerar la legitimidad de los repartidores, los beneficiarios, los objetos, la forma y las razones¹⁰⁹.

En cuanto a la legitimidad de los repartidores que han impuesto las normas que hoy deben aplicarse a los casos que se presenten de riesgos de desarrollo en razón de la carencia histórica existente que hace que no se disponga de una norma específica en ese sentido, debemos decir que los mismos son plenamente legítimos, y constituyen repartidores infrautónomos (democráticos), ya que fundan su legitimidad en una mayoría.

Respecto de los beneficiarios del reparto, encontramos en el supuesto a los consumidores y a los proveedores, quienes afrontan la eventual potencia o impotencia del reparto por merecimiento natural de su condición de tales, lo que marca el grado de abstracción de ambos sujetos de la conducta y su eventual consecuencia jurídica.

En el caso, el proveedor elabora atendiendo y respetando las normas respectivas; El consumidor, consume, más si acaece el daño derivado de un riesgo de desarrollo, uno u otro, según el eventual criterio judicial (aunque hemos visto cual es el denominador común y constante en nuestro país), deberán absorber la potencia o impotencia del reparto.

¹⁰⁹ CIURO CALDANI, Miguel A.: *Aportes lusfilosoficos para la construcción del Derecho*, Ed. Zeus, Rosario, año 2.008, p. 43.

El objeto del mismo está dado por los detrimentos y desplazamientos patrimoniales que se produzcan como consecuencia del daño mismo y, posteriormente, de la sentencia judicial que determine la atribución de las consecuencias a uno u otro beneficiario. Dicho objeto, por ende, no puede considerarse justo o injusto en sí mismo, sino solamente con miras a la justicia del desequilibrio patrimonial, y modo de re equilibrio, que generen el daño derivado de un riesgo de desarrollo, y la consecuente y eventual reparación.

En cuanto a la forma, por tratarse de un reparto autoritario, impuesto por un tercero, que se realiza mediante un proceso de adjudicación o no de la responsabilidad, podríamos decir que el mismo es formalmente justo.

Finalmente, donde se produce el desequilibrio que nos lleva a decir que el actual régimen de atribución de responsabilidad por riesgos del desarrollo deviene injusto, son las razones del reparto, ya que al no estar prevista la situación concreta en la normativa actual, las razones de cada reparto proyectado, están pensadas para situaciones concretas diversas.

El artículo 40 de la Ley 24.240, y los artículos 1.716, 1.726, 1.727 y 1.728 del Código Civil y Comercial, son normas que proyectan repartos concretos que no se adecuan estricta y acabadamente a la situación jurídica objeto del presente abordaje, y ello conlleva a resultados que consideramos injustos, y requieren atención y una solución que logre contemplar y satisfacer el interés de todas las partes.

Es necesaria una modificación en el orden de los repartos en nuestro sistema jurídico, que permita abordar la complejidad de la problemática de los riesgos de desarrollo.

Si bien es cierto que es preferible un régimen más abstencionista, consideramos que en el caso de la Responsabilidad derivada de los riesgos de desarrollo, debería incorporarse un cierto grado moderado de intervención, para garantizar la justicia del reparto.

La actual interpretación de las normas puede resumirse diciendo que el proveedor, en principio, es responsable de los daños y perjuicios que sus productos causen a los consumidores, pero para el caso concreto de los riesgos de desarrollo, choca la reparación con una valla insalvable en la actualidad, cual es la imprevisibilidad.

El hecho de que un producto cause daños a los consumidores, es captado por la norma protectoria de los consumidores, y es plenamente justo que así lo sea, ya que los proveedores de bienes y servicios deben asegurar la inocuidad de los mismos frente a los destinatarios de ellos (sean directos o indirectos), como así también responder ante los perjuicios que ellos causen.

Ahora bien, las normas también efectúan la captación lógica de otra situación concreta, cual es la imprevisibilidad. Solamente se debe responder, y en este caso lo debería hacer el elaborador o fabricante por aquellos daños cuando los hubiere previsto, o cuando empleando la debida atención y conocimiento de la cosa haya podido preverlas, pero no así por aquellas consecuencias dañosas que

sean meramente casuales, es decir, que no sean previsibles, y que por ello no guarden con el hecho un nexo adecuado de causalidad.

En este último supuesto, y considerando las disposiciones independientemente de sus efectos, podría decirse que las mismas son razonables y tienen un fundamento lógico.

No obstante ello, y apenas nos adentramos un poco más en el análisis de las adjudicaciones de potencia e impotencia que las normas realizan, vemos que las mismas son injustas, ya que pueden dejar sin reparación a un sujeto completamente vulnerable –el consumidor-, frente al proveedor, especialista, que obtiene beneficios económicos con la introducción de productos al mercado, cargando de este modo el destinatario final con la impotencia constituida por el perjuicio causado por el producto.

Pero aún más, cavando un poco más hondo en la cuestión, podemos apreciar que tampoco es justo que el proveedor que ha utilizado todos los medios disponibles a su alcance, que ha cumplido con las reglamentaciones, y que ha realizado todos los estudios y análisis necesarios sobre los mismos a la luz de los conocimientos científicos y técnicos (estado del arte) al momento de la introducción del producto en el mercado, deba responder ante los daños que cause al consumidor en estas circunstancias, es decir que es injusto que responda por los riesgos de desarrollo.

Cabe preguntarse entonces, que es lo que ocurre y cuál es la salida más justa a esta situación.

Respecto de la primera pregunta, en cuanto a que es lo que ocurre, a nuestro criterio existe una vulnerabilidad cognoscitiva de ambas partes, tanto del consumidor como del proveedor.

La vulnerabilidad cognoscitiva del consumidor es sumamente común, se da siempre por razones obvias y es, justamente, una de las causas por las cuales existe una normativa protectoria de los consumidores y usuarios.

El consumidor, desconoce acerca de las formas de elaboración del producto, la manera exacta en la que llegan desde el establecimiento fabril hasta las góndolas de los lugares en los que él los adquiere, y tampoco tiene porque conocerlas. Como consecuencia de esa vulnerabilidad, menos podrá conocer y saber, cuales son los riesgos intrínsecos que un producto puede tener.

Éste presume que el producto que adquiere está elaborado conforme a las reglamentaciones vigentes, y que reúne todas las condiciones exigidas legalmente y que no tienen más riesgos que los informados para estar en el lugar en el que están: el mercado.

Por el otro lado, y esto es lo poco común, también el proveedor se encuentra en un estado de vulnerabilidad cognoscitiva, refiriéndonos al caso concreto de los riesgos de desarrollo.

Es decir, el proveedor, conforme con las definiciones que hemos dado sobre el tema, no conoce ni puede conocer, según los conocimientos científicos y técnicos –es decir, el estado del arte- al momento de lanzar el producto al mercado, que el mismo es dañoso para el consumidor.

El proveedor sí conoce, o debería conocer -y de esto no cabe ninguna duda y no es objeto de discusión-, cuales son los potenciales riesgos extrínsecos del producto en sí, e inclusive los intrínsecos del mismo, pero en este último caso no los conoce a todos, y es por ello que su conocimiento es parcial, y no puede existir previsibilidad respecto de los eventuales daños que del mismo pueda derivar.

Esta situación nos permite decir que estamos ante una regulación normativa injusta, respecto de lo que a la eventual reparación por daños derivados de los riesgos de desarrollo se refiere, que debe ser reemplazado por otro que se ajuste más a la satisfacción de las necesidades de cada una de las partes, tendiendo a satisfacer el valor justicia.

A nuestro criterio, y yendo a la segunda pregunta que nos formuláramos en cuanto a cuál es la solución más justa, creemos que la adjudicación de impotencia no debe recaer en este caso, ni en cabeza del proveedor, ni mucho menos en cabeza del consumidor, sino que debería ser adjudicada a la sociedad toda, mediante el establecimiento de un régimen de socialización de los daños para la reparación de los perjuicios derivados de los riesgos de desarrollo en materia de las relaciones de consumo, respecto del cual ahondaremos en el capítulo siguiente.

CAPÍTULO IV

NUESTRA POSICION Y PROPUESTA SOBRE LA CUESTIÓN: LA VULNERABILIDAD COGNOSCITIVA DE AMBAS PARTES Y LA NECESIDAD DE IMPLEMENTAR UN RÉGIMEN BASADO EN LA SOCIALIZACION DE RIESGOS

Consideraciones generales.

Como lo expusimos en el capítulo anterior, consideramos que en el particular supuesto de la responsabilidad derivada de riesgos de desarrollo, nos encontramos ante un caso donde existe vulnerabilidad cognoscitiva de ambas partes, sin perjuicio que ella sea más acentuada desde la perspectiva del consumidor.

Sostiene LORENZETTI que *“el problema de la información es central en las sociedades actuales, ya que los productos son complejos, las relaciones distantes y es muy difícil actuar en este contexto. Por otra parte, el mercado no reparte la información en forma abundante, sino que, por el contrario, siendo un bien valorado, los actores tratan de apropiarse del mismo y ocultarlo”*¹¹⁰.

En el supuesto que nos ocupa, ocurre que tanto el proveedor como el consumidor, carecen de información cierta y suficiente respecto de la peligrosidad intrínseca del producto.

Como expresáramos anteriormente, la vulnerabilidad cognoscitiva técnica – es decir, la falta de conocimientos específicos referidos al bien o servicio- del consumidor es sumamente común; se da siempre por razones obvias, y es justamente una de las causas por las cuales, como dijéramos, existe una normativa protectoria de los consumidores y usuarios, en vistas de la cual los

¹¹⁰ LORENZETTI, Ricardo L.: *ob. cit.*, p. 40.

ordenamientos jurídicos han establecido deberes de información que pesan sobre los proveedores.

En este sentido, la Ley 24.240, de Defensa del Consumidor en nuestro país, establece en el artículo 4 que *“El proveedor está obligado a suministrar al consumidor en forma cierta, clara y detallada todo lo relacionado con las características esenciales de los bienes y servicios que provee, y las condiciones de su comercialización. La información debe ser siempre gratuita para el consumidor y proporcionada con claridad necesaria que permita su comprensión”*, lo cual es reafirmado en similares términos por el artículo 1.100 del Código Civil y Comercial de la Nación cuando sostiene que *“El proveedor está obligado a suministrar información al consumidor de forma cierta y detallada, respecto de todo lo relacionado con las características esenciales de los bienes y servicios que provee, las condiciones de su comercialización y toda circunstancia relevante para el contrato. La información debe ser siempre gratuita para el consumidor y proporcionada con la claridad necesaria que permita su comprensión”*.

En esa misma orientación, el artículo 6 del Código de Defensa del Consumidor de Brasil incorpora como uno de los derechos básicos del consumidor, en su inciso III *“la información adecuada y clara sobre los diferentes productos y servicios, con especificación correcta de cantidades, características, composición, calidad, tributos que incidan sobre el precio, como también sobre los riesgos que representen”*¹¹¹.

111 Código de Defesa do Consumidor do Brasil (Lei 8.078). Artículo 6: *“São direitos básicos do consumidor:... III- a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade, tributos*

En ese sentido, señala LIMA MÁRQUES que *“el deber de informar pasa a representar, en el sistema del Código de Defensa del Consumidor de Brasil, un verdadero deber esencial, deber básico... para la armonía y transparencia de las relaciones de consumo. El deber de informar pasa a ser natural en la actividad de fomento al consumo, en la actividad de toda la cadena de proveedores...”*¹¹².

No obstante ello, en el caso de los riesgos de desarrollo, también el proveedor se encuentra en un estado de vulnerabilidad cognoscitiva técnica, ya que conforme con las definiciones que hemos dado sobre esta particular clase de riesgos, no conoce, ni puede conocer, según los conocimientos científicos y técnicos –es decir, el estado del arte- al momento de lanzar el producto al mercado, que el mismo es dañoso para el consumidor.

El proveedor sí conoce, o debería conocer como hemos dejado expuesto, cuáles son los potenciales riesgos extrínsecos del producto en sí, e inclusive los intrínsecos del mismo; pero en este último caso su conocimiento respecto de los mismos es parcial, y no puede existir previsibilidad respecto de los eventuales daños que del mismo pueda derivar.

incidentes e preço, bem como sobre os riscos que apresentem”. Disponible en <http://www.planalto.gov.br>. Consultado por última vez el 04/04/2016.

¹¹² LIMA MARQUES, Claudia: Contratos no Código de Defesa do Consumidor. O novo regime das relações contratuais. Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, ao 2.006, p. 771 y 772. Traducción libre efectuada por el autor del siguiente texto: original: *“O dever de informar passa a representar, no sistema do CDC, um verdadeiro dever essencial, dever básico... para a harmonia e transparência das relações de consumo. O dever de informar passa a ser natural na atividade de fomento ao consumo, na atividade de toda a cadeia de fornecedores...”*.

De ello resulta, desde nuestro punto de vista, que el régimen de atribución de responsabilidad actual en nuestro régimen jurídico deviene injusto ya que, producido un hecho del cual devenga responsabilidad derivada de algún riesgo de desarrollo, no debiera tener que soportar la impotencia el consumidor, ni el proveedor, sino que la misma debería ser adjudicada a la sociedad, como colectivo, mediante el establecimiento de un régimen de socialización de daños para la reparación de los perjuicios derivados de los riesgos de desarrollo en materia de las relaciones de consumo, cuyas características y particularidades esenciales describiremos *infra*.

Condiciones para la operatividad del sistema de socialización de daños

Ahora bien, merece dejarse en claro que para que se produzca la operatividad del sistema, debe haberse acreditado fehacientemente que nos encontramos ante un supuesto de responsabilidad derivada de un riesgo de desarrollo.

Esto implica que no todo daño causado en el marco de las relaciones de consumo, vaya a quedar subsumido en el nuevo esquema de reparación, sino exclusivamente aquellos cumplan estrictamente con dos condiciones o presupuestos básicos:

a) *El daño debe haber derivado necesariamente de un riesgo de desarrollo:*

hemos reproducido diversas definiciones respecto de lo que puede entenderse por riesgo de desarrollo.

Sin perjuicio de las demás, por su claridad, recordaremos aquí la ensayada por PIZARRO que entiende a dicho supuesto como el *“que deriva de un defecto de un producto que al tiempo de su introducción era considerado inocuo, a la luz del estado de los conocimientos técnicos y científicos existentes a ese momento, resultando su peligrosidad indetectable, pero cuya nocividad es puesta de manifiesto por comprobaciones posteriores”*¹¹³.

Es decir, que como primera medida, debe tratarse de un supuesto en el que haya desconocimiento de la nocividad del producto a la hora de introducirlo en el mercado, y que el mismo sea fundado, lo cual implica que el elaborador debe haber comprobado de conformidad con los conocimientos técnico científicos de la época en que lo introduce, que el mismo no era dañoso para la salud o los bienes de las personas.

De no darse el particular supuesto en estudio, es decir, si el proveedor introduce en el mercado un producto dañoso, pero cuya peligrosidad conocía o podía conocer, ya no podrá valerse del sistema de reparación fundado en la socialización de los daños, sino que la responsabilidad civil le cabrá de manera exclusiva, por un factor de atribución de tipo objetivo, característico en las relaciones de consumo.

b) *Debe mediar sentencia judicial en la que se determine la responsabilidad del proveedor derivada del riesgo de desarrollo:* la comprobación respecto de la

¹¹³ PIZARRO, Ramón D.: *Ob. cit.*, p. 391.

existencia de este tipo de riesgo en la producción del daño, debe darse necesariamente en el marco de un proceso judicial.

Es decir que, necesariamente, el legitimado para el reclamo de la indemnización deberá promover una acción judicial contra el proveedor, en el marco de la cual solicitará la indemnización correspondiente, y en la que será el proveedor quien podrá valerse de los riesgos de desarrollo, como una eximente de la responsabilidad que le cabría.

Consideramos que dicho proceso judicial es el único marco adecuado para garantizar la defensa en juicio, y resguardar las garantías de las partes, como así también, el ámbito idóneo para evitar todo tipo de fraudes o abusos por cualquiera de las partes.

Serán el consumidor y el proveedor, los que deberán probar, el primero la producción del daño y la relación de éste con el producto, y el proveedor, que ha obrado diligentemente, y que desconocía la peligrosidad intrínseca del bien que causó el daño, debido a que le fue imposible detectarla a la luz de los conocimientos científicos y técnicos existentes al momento de introducción del mismo en el mercado.

Sobre esas bases, serán los jueces los que decidirán en función de la actividad probatoria que se produzca y a las presunciones legales que rigen en la materia -particularmente en los procesos de defensa del consumidor- y arribarán

a una sentencia que determinará, especialmente, el *quantum* de la indemnización por los daños y perjuicios, si correspondiere.

Llegado a ese punto, y en el hipotético caso de que se acredite el daño y la relación del mismo con el producto, el juez determinará si hubo o no un riesgo de desarrollo. Si el mismo existió, eximirá de responsabilidad al proveedor, y habilitará en la misma sentencia la operatividad del sistema de socialización de daños, a efectos que el consumidor recurra al organismo correspondiente para efectivizar la indemnización. De lo contrario, si tal eximente no pudiera acreditarse, condenará al proveedor al resarcimiento de los daños y perjuicios, de conformidad con los principios comunes en la materia.

Características del sistema de socialización de daños

En este punto, consideramos que debe idearse un sistema de socialización de los daños que deriven de los riesgos del desarrollo, basado en las siguientes características:

a) Un sistema de socialización de daños no contributivo de manera directa, lo cual implica que sobre el beneficiario que pretenda acceder al mismo para el resarcimiento de los perjuicios causados por riesgos de desarrollo, no recaiga una obligación contributiva “específica” precedente.

b) Podrán acceder al mismo todos aquellos que acrediten haber sido afectados por un daño derivado del riesgo de desarrollo, lo cual ocurre una vez

que se dan los presupuestos expuestos en los párrafos que anteceden, es decir, mediante una sentencia judicial que exima al proveedor, y habilite la operatividad del sistema, a efectos que el consumidor recurra al organismo correspondiente para efectivizar la indemnización.

Financiamiento del Sistema

La cuestión referida a las fuentes de financiamiento de todas las actividades, proyectos o ideas que pretendan llevarse a la práctica es siempre un tema sensible y complejo, del cual no escapa la propuesta que venimos formulando, en torno a la implementación de un sistema de socialización de los daños que derivan de los riesgos del desarrollo.

En este sentido, no pretendemos efectuar un decurso pormenorizado respecto de todas las posibilidades que podrían barajarse a la hora de encontrar un mecanismo para costear la presente idea, sino poner de manifiesto que existen en nuestro país recursos derivados de algunos impuestos (cuya nómina no pretendemos agotar) que gravan de manera directa o indirecta el consumo de bienes y servicios, de los cuales podrían efectuarse asignaciones específicas para el sostenimiento del sistema de socialización de daños.

Los montos de los destinos específicos se destinarían a un *“Fondo de Protección de los Consumidores y Usuarios ante Riesgos de Desarrollo”*, a crearse, sobre el cual se realizarían las imputaciones correspondientes, de

conformidad a los montos indemnizatorios alcanzados en las sentencias judiciales.

Siendo ello así, dicho fondo podría estar compuesto por porcentuales derivados de las recaudaciones tributarias por los siguientes impuestos que gravan tanto a proveedores como consumidores:

1) Impuesto a las Ganancias: El artículo 1 de la Ley N° 20.628 (t.o. en 1.997 por Decreto N° 649/97) establece que *“Todas las ganancias obtenidas por personas de existencia visible o ideal quedan sujetas al gravamen de emergencia que establece esta ley...”*, y la disposición del Artículo 2 del mismo cuerpo normativo agrega que *“son ganancias, sin perjuicio de lo dispuesto especialmente en cada categoría y aun cuando no se indiquen en ellas: 1) Los rendimientos, rentas o enriquecimientos susceptibles de una periodicidad que implique la permanencia de la fuente que los produce y su habilitación; 2) Los rendimientos, rentas, beneficios o enriquecimientos que cumplan o no las condiciones del apartado anterior, obtenidos por los responsables incluidos en el artículo 69 y todos los que deriven de las demás sociedades o de empresas o explotaciones unipersonales, salvo que, no tratándose de los contribuyentes comprendidos en el artículo 69, se desarrollaran actividades indicadas en los incisos f) y g) del artículo 79 y las mismas no se complementaran con una explotación comercial, en cuyo caso será de aplicación lo dispuesto en el apartado anterior; 3) Los resultados provenientes de la enajenación de bienes muebles amortizables, acciones, cuotas y participaciones sociales, títulos, bonos y demás valores, cualquiera fuera el sujeto que las obtenga”*.

Asimismo, y sin perjuicio de la descripción referida a que se entiende por ganancias, la ley efectúa una categorización de las mismas, previendo en el Capítulo III, a las ganancias de Tercera Categoría, que están constituidas especialmente por los beneficios de las empresas y ciertos auxiliares del comercio, disponiendo el artículo 49 que *“Constituyen ganancias de la tercera categoría: a) Las obtenidas por los responsables incluidos en el artículo 69; b) Todas las que deriven de cualquier otra clase de sociedades constituidas en el país o de empresas unipersonales ubicadas en éste; c) Las derivadas de la actividad de comisionista, rematador, consignatario y demás auxiliares de comercio no incluidos expresamente en la cuarta categoría; d) Las derivadas de loteos con fines de urbanización; las provenientes de la edificación y enajenación de inmuebles bajo el régimen de la Ley N° 13.512. *) Las derivadas de fideicomisos en los que el fiduciante posea la calidad de beneficiario, excepto en los casos de fideicomisos financieros o cuando el fiduciante-beneficiario sea un sujeto comprendido en el título V. (Inciso que fue incorporado a continuación del inciso d) por Ley N° 25.063, Título III, artículo 4°, inciso n); e) Las demás ganancias no incluidas en otras categorías...”*.

Como puede apreciarse, la normativa prevé como hechos imponibles a las ganancias obtenidas por los proveedores en el marco de la realización de diversas actividades –en muchos casos enmarcadas en relaciones de consumo-, por lo que los ingresos obtenidos por la recaudación del tributo podrían, justa y lógicamente, integrar el Fondo de Protección de los Consumidores, que proponemos.

2) Impuesto al Valor Agregado: Por otro lado, el artículo 1 del texto sustituido por la Ley N° 23.349, y ordenado por Decreto 280/97, establece en todo el territorio de la Nación un impuesto que se aplica sobre “a) *Las ventas de cosas muebles situadas o colocadas en el territorio del país efectuadas por los sujetos indicados en los incisos a), b), d), e) y f) del artículo 4º, con las previsiones señaladas en el tercer párrafo de dicho artículo; b) Las obras, locaciones y prestaciones de servicios incluidas en el artículo 3º, realizadas en el territorio de la Nación. En el caso de las telecomunicaciones internacionales se las entenderá realizadas en el país en la medida en que su retribución sea atribuible a la empresa ubicada en él; En los casos previstos en el inciso e) del artículo 3º, no se consideran realizadas en el territorio de la Nación aquellas prestaciones efectuadas en el país cuya utilización o explotación efectiva se lleve a cabo en el exterior; c) Las importaciones definitivas de cosas muebles; d) Las prestaciones comprendidas en el inciso e) del artículo 3º, realizadas en el exterior cuya utilización o explotación efectiva se lleve a cabo en el país, cuando los prestatarios sean sujetos del impuesto por otros hechos imponible y revistan la calidad de responsables inscriptos”.*

El artículo 4 establece, concordantemente con el anterior, cuales son los sujetos pasivos del pago del mencionado tributo, gravando a quienes “a) *Hagan habitualidad en la venta de cosas muebles, realicen actos de comercio accidentales con las mismas o sean herederos o legatarios de responsables inscriptos; en este último caso cuando enajenen bienes que en cabeza del causante hubieran sido objeto del gravamen; b) Realicen en nombre propio, pero por cuenta de terceros, ventas o compras; c) Importen definitivamente cosas*

muebles a su nombre, por su cuenta o por cuenta de terceros; d) Sean empresas constructoras que realicen las obras a que se refiere el inciso b) del artículo 3º, cualquiera sea la forma jurídica que hayan adoptado para organizarse, incluidas las empresas unipersonales. A los fines de este inciso, se entenderá que revisten el carácter de empresas constructoras las que, directamente o a través de terceros, efectúen las referidas obras con el propósito de obtener un lucro con su ejecución o con la posterior venta, total o parcial, del inmueble; e) Presten servicios gravados; f) Sean locadores, en el caso de locaciones gravadas; g) Sean prestatarios en los casos previstos en el inciso d) del artículo 1º.(Inciso incorporado por inc. c), artículo 1º, Título I de la Ley N° 25.063 B.O. 30/12/1998. Vigencia: a partir del día siguiente al de su publicación en el Boletín Oficial (31/12/1998). Surtirá efecto para el presente caso desde el 01/01/1999”.

Como puede apreciarse, sin lugar a dudas el impuesto que más ligado se encuentra a las relaciones de consumo, es el impuesto al valor agregado, que lo termina abonando en última instancia el destinatario final (consumidor) de los bienes y servicios descriptos en los párrafos anteriores, con lo que la asignación y destino de un porcentaje de la recaudación derivada del mismo deviene más que fundada para pensar en el financiamiento del Fondo de Protección de los Consumidores.

Asimismo, si analizamos el actual destino de la recaudación por el Impuesto al Valor Agregado (IVA), merece destacarse que por Ley N° 23.966, artículo 5to. pto. 2., se incorpora a continuación del artículo 49 de la Ley N° 23.349, el siguiente que reza: *“El producido del impuesto establecido en la presente ley, se*

destinará: a) El ONCE POR CIENTO (11%) al Régimen Nacional de Previsión Social, en las siguientes condiciones; 1. El NOVENTA POR CIENTO (90%) para el financiamiento del Régimen Nacional de Previsión Social, que se depositará en la cuenta de la Subsecretaría de Seguridad Social; 2. El DIEZ POR CIENTO (10%) para ser distribuido entre las jurisdicciones provinciales y la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires...”.

Ello denota que en la actualidad, la recaudación por Impuesto al Valor Agregado se utiliza para el financiamiento de un sistema de socialización, no ya de las consecuencias de un daño, como en el supuesto que nos ocupa, sino para las contingencias de la ancianidad, la enfermedad o la incapacidad de las cuales se ocupa la seguridad social, con fundamentos similares a los propuestos, ya que tiende a paliar una concreta situación de vulnerabilidad que no es producida intencionalmente por el o los afectados.

3) Impuestos Internos: Por otro lado, la Ley N° 24.674 en su artículo 1, establece en todo el territorio de la Nación, los impuestos internos “a los tabacos; bebidas alcohólicas; cervezas; bebidas analcohólicas, jarabes, extractos y concentrados; automotores y motores gasoleros; servicios de telefonía celular y satelital; champañas; objetos suntuarios y vehículos automóviles y motores, embarcaciones de recreo o deportes y aeronaves...”.

Estos tributos, como señala Villegas, “son impuestos al consumo, que se los denomina así (internos) por oposición a los impuestos externos o aduaneros. Continúan en la actualidad llamándose de tal manera, no obstante que gravan

también la mercadería que se introduce del extranjero, y que la denominación es manifiestamente desacertada, porque como con razón ha hecho notar la doctrina..., todos los tributos recaudados en un país que nutren sus arcas fiscales son siempre ‘internos’¹¹⁴.

Dentro de la Ley de Impuestos Internos, merece especial atención el Capítulo VI, incorporado por el artículo 8 inc. I) de la Ley N° 25.239, que grava al servicio de telefonía celular y satelital.

El artículo 30 de la Ley N° 24.674 actualmente establece *“un impuesto del CUATRO POR CIENTO (4%) sobre el importe facturado por la provisión de servicio de telefonía celular y satelital al usuario”*, alícuota que alcanza también a la venta de tarjetas prepagas y/o recargables para la prestación de servicio de telefonía celular y satelital, por imperio del Artículo 31 del mencionado cuerpo normativo.

Como puede apreciarse aquí, estamos ante impuestos que gravan directamente al consumo de ciertos bienes y servicios, con lo cual la justificación de que una parte del destino de la recaudación –primordialmente de la derivada de los servicios de telefonía celular- sea destinado al sistema propuesto en este trabajo, es sumamente lógica.

¹¹⁴ VILLEGAS, Héctor B.: *Curso de Finanzas, Derecho Financiero y Tributario*, 7° Edición Ampliada, Tomo Único, Ed. Depalma, año 2.001, p. 724.

4) Impuesto a la Energía Eléctrica: otros impuestos relevantes que devienen adecuados para destinar un proporcional de su producido al Fondo para Protección de Consumidores, son los que gravan el consumo de energía eléctrica.

En este sentido, el artículo 1 de la Ley N° 23.681, establece *“un recargo sobre el precio de venta de la electricidad del seis por mil (6‰) de las tarifas vigentes en cada período y en cada zona del país aplicadas a los consumidores finales, con la excepción de aquellos eximidos de tributar los gravámenes sobre la energía creados por las leyes 15.336, 17.574 y 19.287. La aplicación, percepción y fiscalización estará a cargo de la Secretaría de Energía”, sosteniendo el Artículo 2 del mismo cuerpo normativo que “Las empresas prestatarias del servicio público de electricidad incluirán el recargo mencionado en el artículo anterior en la facturación que efectúen a los consumidores finales, sobre el total facturado excluido todo recargo tributo que grave el consumo de electricidad, actuando como agentes de percepción a los efectos de su ulterior depósito de acuerdo a la reglamentación que establecerá la Secretaría de Energía”.*

5) Fondo Especial del Tabaco: Finalmente, otra fuente de recursos que podría utilizarse para el sostenimiento del sistema, esta preceptuada en la Ley N° 19.800, que ha creado en nuestro país el Fondo Especial del Tabaco, el cual está integrado, conforme lo señala el artículo 23 del texto normativo *“a) Con el siete por ciento (7 %) del precio total de venta al público de cada paquete de cigarrillos; b) Con el remanente de la Cuenta Especial N° 887, Fondo Especial del Tabaco; c) Con los intereses, multas y otros ingresos que resultaren de la administración del Fondo, y d) Con las donaciones, legados y contribuciones que se le hicieren”.*

Por su parte, el artículo 24 establece un adicional del uno por ciento (1%) del precio de venta al público de los cigarrillos, que los industriales fabricantes de cigarrillos utilizarán para el pago del porcentaje habitual de la comercialización en todo el país (mayoristas y minoristas) sobre el Fondo Especial del Tabaco establecido en la presente Ley, y el Artículo 25, otro adicional de tres y medio por mil (3,5‰) del precio del paquete de cigarrillos vendido de dos (2) unidades básicas cuyo producido es destinado a las obras sociales de los sindicatos de la actividad. Asimismo, se establece un adicional fijo de siete centavos con una décima de pesos (\$ 0,071) por paquete de veinte (20) cigarrillos vendidos, o su proporción en función de la cantidad de cigarrillos por paquete, de los cuales seis centavos con cinco décimas de pesos (\$ 0,065) integrarán la recaudación indicada en el inciso a) del artículo 23 del Fondo Especial del Tabaco y el resto será destinado según lo establecido en el artículo 24 de dicho fondo.

Los fondos recaudados, de conformidad con lo preceptuado por el Artículo 27 de la ley, se afectan a las siguientes finalidades: *“El noventa y siete por ciento (97%) del total para compensar déficit provinciales de recaudación del Fondo Especial del Tabaco y para atender los problemas críticos económicos y sociales de las áreas tabacaleras que se caracterizan por régimen jurídico de tenencia de la tierra con predominio del minifundio y, fundamentalmente, de minifundio combinado con el sistema de aparcería, y b) El tres por ciento (3%) restante para atender las tareas relacionadas con el mejoramiento de la calidad de la producción tabacalera por diversos medios, especialmente la obtención, multiplicación y distribución de semillas selectas; incremento de la tecnología*

tabacalera en todos sus aspectos; la difusión de sus resultados; y otros gastos inherentes al cumplimiento de la presente Ley”.

Como puede apreciarse, es otro de los impuestos de cuyo producido puede extraerse algún punto porcentual para el financiamiento del sistema, particularmente si se tiene en cuenta que el producto (cigarrillo) tiene una incidencia y afectación directa sobre la salud de los consumidores.

Merece la pena destacar que el financiamiento del sistema, puede darse con la utilización de los recursos obtenidos por uno solo de los impuestos mencionados (Vgr. el Impuesto al Valor Agregado), o distribuirse los porcentuales de afectación específica entre los el producto de los diferentes tributos, a fin de evitar que el costo se resienta en comparación con los destinos actuales de los mismos.

Finalmente, otra posibilidad interesante que cabría en la cuestión, es la propuesta de modificación del artículo 52 bis de la Ley 24.240 de Defensa del Consumidor que establece el destino de la multa por “daños punitivos” en favor del consumidor. Dicha suma, o un porcentaje de ella, podría ser dirigido también al fondo cuya creación se piensa.

Creemos que de esta manera podría darse una solución adecuada a la reparación de los daños que derivan de los riesgos del desarrollo, sin afectar a ninguna de las partes que adolecen en el supuesto, a nuestro criterio, de una vulnerabilidad cognoscitiva, que les impide conocer a ciencia cierta la peligrosidad

del producto que están consumiendo (consumidores) e introduciendo en el mercado (proveedores). Ello, siempre y cuando como hemos dicho, se den los presupuestos para la procedencia de la reparación, delineados en los párrafos precedentes.

Tal vez, y ello constituye un anhelo a futuro, el sistema propuesto pueda ampliar sus horizontes en materia de reparación de daños derivados de las relaciones de consumo, permitiendo indemnizar justamente a otros daños que sí pueden ser conocidos por el proveedor –y hasta a veces con desinterés respecto de los mismos-, o permitir el financiamiento de una mayor educación para el consumo, o la implementación a lo largo del territorio de nuestro país de Tribunales Arbitrales de Consumo que permitan arribar a entendimientos en el marco de los conflictos entre proveedores y consumidores, todo lo cual, obviamente, no es ni ha sido objeto de análisis en el presente abordaje, y constituirá seguramente un aliciente para seguir trabajando en la temática.

CAPÍTULO V

CONCLUSIONES

En el año 2007, la *British Broadcasting Corporation* (BBC)¹¹⁵ publicó una noticia que resultó resonante en ese entonces, donde se relataba que científicos de la Universidad de Scheffield (Reino Unido), estaban desarrollando sangre artificial con potencialidad de ser implantada en seres humanos en casos de emergencia, para mantener el flujo sanguíneo y así evitar muertes¹¹⁶.

Dicha publicación, por mencionar un ejemplo extremo, entre muchos otros tantos que pueden citarse, ligados a las nuevas tecnologías –incluyendo la nano tecnología-, refleja el estado de los avances científicos de productos que se introducen o introducirán eventualmente en algún momento al mercado, y estarán disponibles para ser adquiridos y utilizados por los consumidores, en sentido amplio.

Es dable recordar que esos consumidores, cuando concurren a los proveedores para adquirir los productos o servicios, invadidos muchas veces por la excesiva publicidad, no tienen en mente que los mismos puedan adolecer de riesgos intrínsecos más allá de los informados en los prospectos e información de uso y seguridad, sino que presumen que el mismo ha pasado por los estudios y controles más estrictos de calidad, de los cuales surge que son seguros e inocuos para la salud humana y, en consecuencia lo adquieren y consumen.

No obstante, con el devenir del tiempo, perciben que el mismo afecta su persona -o sus bienes- causándole daños que no fueron pensados por él y que,

¹¹⁵ La British Broadcasting Corporation (BBC) es el servicio público de radio, televisión e internet del Reino Unido.

¹¹⁶ Fuente: http://news.bbc.co.uk/2/hi/uk_news/england/north_yorkshire/6645923.stm. Consultado por última vez el 04/04/2016.

como hemos visto, ni siquiera fueron previstos por el proveedor a la luz de los conocimientos científicos y técnicos existentes al momento de su introducción en el mercado de consumo.

Dicha situación es la que nos ha llevado a analizar este tema, que consideramos de suma relevancia en la actualidad, y cuya importancia será creciente en el futuro, en razón de los nuevos desarrollos científicos y tecnológicos que aparecen día a día, lo cual impone la necesidad de procurar soluciones justas a los casos que puedan plantearse, contribuyendo a evitar la caída en largas discusiones teóricas y debates judiciales ante daños de este tipo, en perjuicio de los consumidores.

En esa línea de pensamiento, el interrogante central que nos hemos planteado al inicio del presente abordaje es si corresponde o no, si es justo o no, eximir de responsabilidad a los proveedores de bienes y servicios por los daños que se causen a los consumidores con motivo de riesgos de desarrollo, es decir al *“riesgo de daños por defectos que son desconocidos en el momento en que el producto ha sido puesto en circulación, pero que son conocidos posteriormente como consecuencia de los avances científicos y técnicos”*¹¹⁷

Ello nos condujo primeramente a analizar la relación de consumo en nuestro país, dado que es el tipo de relación jurídica que une a proveedores y consumidores y, consecuentemente, cuales son las características y

¹¹⁷ TALLONE, Federico C.: Ob. cit., p. 87.

particularidades del régimen jurídico de la responsabilidad derivada de las mismas, que la diferencian del resto del régimen de responsabilidad civil.

Sentado ese marco de referencia, nos hemos adentrado específicamente en el análisis de la responsabilidad por riesgos de desarrollo en nuestro sistema jurídico normativo, comparándolo con el tratamiento de éstos en legislaciones comparadas (España y Brasil) cuyo estudio fue elegido estratégicamente, por representar dos extremos en torno a la solución brindada al problema.

Para lograr dicho cometido, como se ha podido apreciar, nos hemos valido de la invaluable ayuda de algunas categorías de la Teoría Trialista del Mundo Jurídico, lo cual nos ha permitido fraccionar el fenómeno bajo análisis en tres dimensiones, aunque sin efectuar una declinación trialista pormenorizada.

En este sentido, en lo que respecta a la **dimensión normológica**, como pudimos ver, existe en nuestro sistema jurídico, una carencia histórica, una laguna en el ordenamiento, por ausencia de regulación de la figura específica de los riesgos de desarrollo, que acarrea la problemática ligada a cuál sería la consecuencia jurídica concreta, en el caso de daños derivados de riesgos de desarrollo en nuestro Derecho, y quien debería asumirla.

Asimismo, puede apreciarse que del complejo normativo de nuestro Derecho que podría ser de aplicación a estos casos (artículo 40 de la Ley 24.240 de Defensa del Consumidor, y artículos 1.726 y 1.757 del Código Civil y Comercial de la Nación), pueden derivar diferentes consecuencias jurídicas válidas, en

cuanto a la atribución de la impotencia que representa cargar con la indemnización de daños y perjuicios a los eventuales sujetos responsables, atribuyéndola a los consumidores o a los proveedores según el caso.

No obstante ello, a nuestro modo de ver, en Argentina el proveedor no debe responder por daños derivados de riesgos desarrollo, ya que la responsabilidad objetiva por el riesgo o vicio de la cosa que surge de los artículos 40 Ley 24.240 de Defensa del Consumidor, y el artículo 1.757 del Código Civil y Comercial de la Nación, choca con una valla insalvable en la actualidad con lo previsto en el artículo 1.726 del último cuerpo legal mencionado, cuando establece que solo *“Son reparables las consecuencias dañosas que tienen nexos adecuados de causalidad con el hecho productor del daño. Excepto disposición legal en contrario, se indemnizan las consecuencias inmediatas y las mediatas previsibles”*.

No obstante ello, y adentrándonos en la **dimensión sociológica**, como ha podido apreciarse a lo largo del presente abordaje, en los casos en que se han presentado situaciones fácticas encuadrables en la figura de los riesgos de desarrollo, nuestros tribunales optaron mayoritariamente al realizar el reparto de la impotencia que supone una indemnización de daños y perjuicios, por atribuirlo a las empresas que habían colocado los productos en el mercado, fundados en un deber de garantía de seguridad que debe brindar el proveedor respecto de sus productos (legalmente establecido en nuestro sistema jurídico) y en el hecho de que no puede cargarse con las consecuencias dañosas al consumidor,

damnificado, en razón de que se encuentra en una situación de desventaja respecto de los proveedores, y resulta la víctima del daño.

En esa orientación, los tribunales han entendido que la imprevisibilidad generada por los riesgos de desarrollo no alcanza la dimensión tal de configurar un verdadero caso fortuito que actúe como eximente de responsabilidad, independientemente que la misma sea intrínseca o extrínseca al producto.

Esto nos hace decir, en el marco de la **dimensión dikelógica**, que en estos supuestos nos encontramos frente a repartidores legítimos infrautónomos (democráticos), y ante dos recipiendarios bien marcados (proveedores y consumidores) que afrontan la eventual potencia o impotencia del reparto por merecimiento natural de su condición de tales, lo que marca el grado de abstracción de ambos sujetos de la conducta y su eventual consecuencia jurídica. En el caso, el proveedor elabora atendiendo y respetando las normas respectivas; El consumidor, consume, más si acaece el daño derivado de un riesgo de desarrollo, uno u otro, según el eventual criterio judicial, deberían absorber la potencia o impotencia del reparto.

Desde esta perspectiva, existe un desequilibrio concreto que nos lleva a decir que el actual régimen de atribución de responsabilidad por riesgos de desarrollo deviene injusto.

En este sentido, del análisis de las razones del reparto, surge que al no estar prevista la situación concreta en la normativa actual, los fundamentos de cada reparto proyectado, están pensadas para situaciones concretas diversas. El

artículo 40 de la Ley 24.240, y los artículos 1.716, 1.726, 1.727 y 1.728 del Código Civil y Comercial, son normas que proyectan repartos concretos que no se adecuan estricta y acabadamente a la situación jurídica objeto del presente análisis, y ello conlleva a resultados que consideramos injustos, que requieren atención y una solución que logre contemplar y satisfacer el interés de todas las partes, mediante una modificación del orden de los repartos en nuestro sistema jurídico, que permita abordar la complejidad de la problemática de los riesgos de desarrollo.

La responsabilidad de los proveedores respecto de los daños que puedan causar sus productos, choca en estos casos con la valla insalvable de la imprevisibilidad, lo cual debe impedirle cargar con la impotencia que supone una indemnización de daños y perjuicios. No obstante, ello implicaría dejar sin reparación a un sujeto aún más débil en la relación de consumo, cual es el inconveniente que debe solucionarse.

Ocurre que en estos supuestos, existe una vulnerabilidad cognoscitiva de ambas partes, tanto del consumidor como del proveedor. La del primero, es común y aceptada por el imaginario colectivo, lo cual ha llevado al desarrollo de las normas protectorias de los mismos. La del segundo, no es tan obvia, pero existe en el caso de los riesgos de desarrollo, ya que el mismo no conoce, ni puede conocer, según los conocimientos científicos y técnicos –es decir, el estado del arte- al momento de lanzar el producto al mercado, que el mismo puede causar daños, que hace ilógico que deba cargar con las consecuencias dañosas en estos supuestos.

Esto nos lleva a proponer una solución más justa, entendiendo que la adjudicación de impotencia no debe recaer en este caso en el proveedor, ni mucho menos en cabeza del consumidor, sino que debería ser soportado por la sociedad toda, mediante el establecimiento de un régimen de socialización de los daños para la reparación de los perjuicios derivados de los riesgos de desarrollo en materia de las relaciones de consumo, que asuma las características planteadas a lo largo del presente trabajo, y absorba su financiamiento de las fuentes propuestas.

Creemos que esta salida permite amalgamar los argumentos en favor y en contra de la eximición de responsabilidad por los riesgos de desarrollo que se han expuesto oportunamente, garantizando una reparación integral de los daños que tengan ese origen, y evitando el desincentivo de las empresas a continuar con sus procesos de investigación en pos de una mejor calidad de vida de las personas, siempre desarrollados dentro de los parámetros que impone la ética, como bien lo ha señalado la comunidad médica mundial mediante la Declaración de Helsinki, al decir que *“la investigación médica está sujeta a normas éticas que sirven para promover y asegurar el respeto a todos los seres humanos y para proteger su salud y sus derechos individuales”*¹¹⁸.

¹¹⁸ La versión completa de la Declaración de Helsinki puede consultarse en la página web de la World Medical Association (Asociación Médica Mundial). Disponible en <http://www.wma.net/>. Consultado por última vez el 04/04/16.

BIBLIOGRAFÍA

LIBROS

BECK, Ulrich: *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*, Ed. Paidós, Barcelona – Buenos Aires - México, 1.986.

BELLUSCIO, Cesar A., BERGEL, Salvador D., KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída R., LE PERA, Sergio, RIVERA, Julio C., VIDELA ESCALADA, Federico N., ZANNONI, Eduardo A.: *Reformas al Código Civil – Proyecto y notas de la Comisión designada por decreto 468/92*, Ed. Astrea, Bs. As., año 1.993.

BENJAMIN, Antonio H., LIMA MARQUEZ, Claudia, ROSCOE BESSA, Leonardo: *Manual de Direito do Consumidor*, Ed. Revista dos Tribunais, Sao Paulo (Brasil), año 2.007.

BORDA, Guillermo A.: *Manual de Obligaciones*, Undécima Edición Actualizada, Ed. Lexis Nexis Abeledo Perrot, Bs. As, año 2.003.

CAZEAUX, Pedro N., TRIGO REPRESAS, Félix A.: *Compendio de Derecho de las Obligaciones*, Tomo II, 2º Edición actualizada, Ed. Librería Editora Platense, La Plata, año 1.996.

CIURO CALDANI, Miguel A.: *Aportes lusfilosoficos para la construcción del Derecho*, Ed. Zeus, Rosario, año 2.008.

FARINA, Juan M.: *Defensa del consumidor y del usuario – Comentario exegetico de la ley 24.240 con las reformas de la ley 26.361*, Ed. Astrea, año 2.009.

FERNANDEZ GIMENO, José P.: *Derecho de Consumo*, p. 97. Tirant Lo Blanch, Valencia, 1.999.

GOLDSHMIDT, Werner: *Introducción Filosófica al Derecho. La Teoría Trialista del Mundo Jurídico y sus Horizontes*, Ed. Lexis Nexis, Bs. As., 7° Edición, año 2.005.

JUNQUEIRA CALIXTO, Marcelo: *A Responsabilidade Civil do Fornecedor de Produtos pelos Riscos do Desenvolvimento*, Ed. Renovar, Rio de Janeiro, año 2.004.

KUNZ, Ana, CARDINEAUX, Nancy: *Investigar em Derecho. Guía para estudiantes y tesistas*, Ed. Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, año 2.004.

LEVITT, Steven D., DUBNER, Stephen J.: *Superfreakonomics*; Ed. Debate, Buenos Aires, 2.010.

LIMA MARQUES, Claudia: *Contratos no Código de Defesa do Consumidor. O novo regime das relações contratuais*. Ed. Revista dos Tribunais, Sn Pablo, año 2.006.

LORENZETTI, Ricardo Luis: *Consumidores*, 2° Edición Actualizada, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, año 2.009.

MARQUEZ, José F., MOISSET DE ESPANÉS, Luis: *Responsabilidad por productos y servicios peligrosos o defectuosos. El riesgo de desarrollo como*

eximente, en PICASSO – VAZQUEZ FERREYRA (Directores): *Ley de Defensa del Consumidor – Comentada y Anotada*, Tomo II (Parte Especial), Ed. La Ley, Bs. As., año 2.009.

MOSSET ITURRASPE, Jorge (Director): *Responsabilidad Civil*, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, año 1.997.

O'DONELL, Gastón: *Derecho Privado Empresarial – Obligaciones y Contratos*, Ed. Errepar, Bs. As., año 2.012.

ORGAZ, Alfredo: *El Daño resarcible - Actos Ilícitos-*, 3ra. Edición actualizada, Ed. Depalma, año 1.967.

OTAMENDI, Jorge: *Derecho de Marcas*, 6° Edición actualizada; Ed. Lexis Nexis Abeledo-Perrot, Buenos Aires, año 2.006.

PIZARRO, Ramón D.: *Responsabilidad Civil por Riesgo Creado y de Empresa – Parte Especial*, T II, Ed. La Ley, año 2.007.

PIZARRO, Ramón D., VALLESPINOS, Carlos G.: *Instituciones de derecho Privado – Obligaciones*, Tomo I, Ed. Hammurabi, Bs. As., año 2.006.

PIZARRO, Ramón D., y VALLESPINOS, Carlos G.: *Instituciones de Derecho Privado - Obligaciones*, Tomo II, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, año 2.006.

PIZARRO, Ramón D., y VALLESPINOS, Carlos G.: *Instituciones de Derecho Privado – Obligaciones*, T III, Ed. Hammurabi, año 2.007.

- PRIETO MOLINERO, Ramiro J.: *El Riesgo de Desarrollo: un supuesto paradójico de la responsabilidad por productos*, Ed. Dykinson, Madrid, año 2.005.
- RIVERA, Julio César, MEDINA, Graciela: *Código Civil Comentado, arts. 896 a 1065*, Ed. Rubinzal Culzoni, año 2007.
- SPROVIERI, Luis E., DELL´OCA, Gastón: *Daños por Productos Elaborados*, Ed. Abeledo Perrot, Bs. As., año 2.012.
- SAMAJA, Juan: *Epistemología y Metodología. Elementos para una teoría de la investigación científica*, Ed. Eudeba, Edición ampliada, Buenos Aires, año 2.010.
- STIGLITZ, Gabriel, y ECHEVESTI, Carlos, en MOSSET ITURRASPE, Jorge: *Responsabilidad Civil*, Ed. Hammurabi, Bs. As., año 1.997
- TALLONE, Federico C.: *Daños causados por productos elaborados*, Ed. Hammurabi, Bs. As., año 2.002.
- TRIGO REPRESAS, Félix A., LOPEZ MESA, Marcelo J.: *Tratado de la Responsabilidad Civil*, Tomo III, Ed. La Ley, Bs. As., año 2.004.
- VILLEGAS, Héctor B.: *Curso de Finanzas, Derecho Financiero y Tributario, 7º Edición Ampliada, Tomo Único*, Ed. Depalma, año 2.001.
- YNOUB, Roxana C.: *El proyecto y la metodología de la investigación*, Ed. CENGAGE Learning, Buenos Aires, Año 2.007.

REVISTAS JURIDICAS Y PONENCIAS.

ESTIGARRIBIA BIEBER, María Laura, SHWOIHORT, Sergio Juniors: *¿Hasta dónde resulta conveniente extender el concepto de consumidor?*, Libro de Ponencias de las XXII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, T V Comisión de Derecho Interdisciplinario, Ed. Advocatus, año 2.009.

GARRIDO CORDOBERA, Lidia M.: *La Responsabilidad por riesgo del desarrollo*, LL, 23/05/2006, sección actualidad.

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*, en *Prevención del Daño*, Revista de Derecho de Daños, 2008-2, Ed. Rubinzal Culzoni.

LOPEZ CABANA, Roberto M.: *Responsabilidad civil por productos defectuosos en el MERCOSUR*, RCyS, año 1, N° 1.

SOZZO, Gonzalo: *Riesgos del Desarrollo y Sistema de Derecho de Daños (Hacia un Derecho de Daños Pluralista)*” en Revista de Derecho Privado, 2006-2, Eximentes de Responsabilidad II, Ed. Rubinzal Culzoni.

VENINI, Juan C., VENINI, Guillermina: *Responsabilidad por productos elaborados*, con cita de Agoglia, Meza y Boragina, en Revista JA 1995-IV-758.

WINGERT ODY, Lisiane F.: *O conceito de consumidor e noção de vulnerabilidade nos países do Mercosul*, en Revista de Direito de Consumidor, Ed. Revista Dos Tribunais, año 2.007.

FUENTES WEB

[Http://www.rae.es.](http://www.rae.es)

[Http://noticias.juridicas.com.](http://noticias.juridicas.com)

[Http://law.justia.com](http://law.justia.com)

[Http://www.idec.org.br](http://www.idec.org.br)

[Http://www.consumo-inc.gob.es](http://www.consumo-inc.gob.es)

[Http://ar.microjuris.com](http://ar.microjuris.com)

[Http://infoleg.mecon.gov.ar](http://infoleg.mecon.gov.ar)

<http://www.abeledoperrot.com>

[Http://ansm.sante.fr](http://ansm.sante.fr)

[Http://www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br)

[Http://news.bbc.co.uk](http://news.bbc.co.uk)

[Http://www.anmat.gov.ar](http://www.anmat.gov.ar)

[Http://www.wma.net/](http://www.wma.net/)