

RESPONSABILIDAD POR RIESGO DE DESARROLLO. APROXIMACIONES DE LA JURISPRUDENCIA ARGENTINA.

Por Lidia M. R. Garrido Cordobera y Sergio Sebastián Barocelli

I. El riesgo de desarrollo como punto de tensión del derecho de daños.

Las profundas transformaciones sociales, culturales, económicas y políticas por las que han atravesado y atraviesan las sociedades de nuestro tiempo obligan a pensar y repensar nuevas situaciones en el campo de lo jurídico. La estandarización de las transacciones, las constantes nuevas producciones científicas y tecnológicas, la masificación del consumo de productos elaborados, entre otras circunstancias han generado nuevos paradigmas en materia de daños. Hemos sostenido que muchas de estas actividades innovadoras son potencialmente fuente generadora de daños, y la responsabilidad civil debe adecuarse a estos nuevos límites y comprender que temas como el daño ambiental, el producido por medicamentos, el caso de los riesgos que puede provocar la nanomedicina, con sus "máquinas" moleculares inobservables o el uso en seres humanos de "células madre", que pueden generar un "daño injusto", en pugna por su reparación.¹

Uno de ellos es el supuesto de los llamados daños por "riesgo de desarrollo". En otras oportunidades hemos conceptualizado al "riesgo de desarrollo" 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 técnicas se descubre que ciertos daños son la consecuencia directa de la utilización de dicho producto.² Los productos elaborados, como alimentos, medicamentos, tecnología, o ciertas actividades riesgosas como las transfusiones sanguíneas, trasplantes de órganos, prótesis, actividades industriales o comerciales de alto impacto ambiental, son algunos de los ejemplos en donde se han vislumbrado situaciones en las que puede sustentarse la responsabilidad por riesgo de desarrollo.

Entendemos que el mismo no debe constituirse como un exigente de responsabilidad³, sino que los proveedores⁴ de bienes y servicios deben aceptar los riesgos de introducir un producto en el mercado y por lo tanto deben indemnizarse las consecuencias dañosas que se han ocasionado. Hemos sostenido que las víctimas no pueden

¹ Garrido Cordobera, Lidia - Kunz, Ana, *El derecho de daños ante las innovaciones científicas y tecnológicas*, Sup. Act 15/08/2006, 2

² GARRIDO CORDOBERA, Lidia M. R., *La responsabilidad por riesgo de "desarrollo"*, Sup. Act 23/05/2006, 1

³ La Directiva del Consejo 85/374/Comunidad Económica Europea del 25/7/85, estableció en su artículo 7 inciso e, que el productor de productos elaborados no será responsable si prueba que, en el momento en que el producto fue puesto en circulación, el estado de los conocimientos científicos y técnicos no permitía descubrir la existencia del defecto. No obstante, dejó en libertad a los Estados miembros para decidir sobre esa causal de exoneración. La mayoría de los países europeos han aceptado la exigente, en tanto algunos (Finlandia, Luxemburgo y Noruega) la han rechazado. Para ampliar este punto ver: GOLDENBERG, Pablo, *Los riesgos del desarrollo (Un supuesto especial de responsabilidad por productos elaborados)*, LA LEY 1996-E, 927 y MÁRQUEZ, José Fernando - MOISSET DE ESPANÉS, Luis, *Responsabilidad por productos y servicios peligrosos o defectuosos. El riesgo de desarrollo como exigente*, LA LEY 2008-B, 948, entre otros.

⁴ En el presente trabajo utilizamos el término proveedor en sentido amplio, de conformidad con la nueva redacción del artículo 2º de la Ley Nº 24.240, como "...toda persona física o jurídica de naturaleza pública o privada, que desarrolla de manera profesional, aun ocasionalmente, actividades de producción, montaje, creación, construcción, transformación, importación, concesión de marca, distribución y comercialización de bienes y servicios, destinados a consumidores o usuarios."

ser sacrificadas en aras del avance de la ciencia, pues esto no se comparece ni con las nociones de desarrollo sustentable, calidad de vida y menos aun con los derechos humanos.⁵ Máxime, teniendo presente los diferentes pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, partiendo desde el clásico precedente “Santa Coloma”, hasta el más reciente “Aquino”, que han sostenido la jerarquía constitucional del derecho a la reparación.⁶

Este instituto no encuentra una consagración expresa en nuestro ordenamiento positivo. Sólo el artículo 4º del Decreto 1798/94, reglamentario de la Ley Nº 24.240, hace una mención tangencial a la cuestión, sosteniendo que “*los proveedores de cosas o servicios que, posteriormente a la introducción de los mismos en el mercado de consumo, tengan conocimiento de su peligrosidad, deberán comunicar inmediatamente tal circunstancia a las autoridades competentes y a los consumidores mediante anuncios publicitarios suficientes.*” Creemos, sin embargo, que la responsabilidad por riesgo de desarrollo se encuentra alcanzada por la obligación de seguridad (consagrada por el art. 42 de la Constitución Nacional y los art. 1198 del C.C. y 5 y 6 de la Ley Nº 24.240 de Defensa del Consumidor); y el riesgo de actividad (art. 1113 2ª parte del C.C.); y cuando se nos presente el supuesto de imposibilidad de determinar la real fuente o autor del daño, por estar frente a la presencia de un grupo de fabricantes, creemos que podrá operar la responsabilidad colectiva⁷ (art. 1119) o habría que analizar, la viabilidad de aplicar la teoría del *market share* o participación en el mercado⁸, encontrándose también comprendido el Estado como garante y protector del bien común, basado en la falta de servicio en ejercicio del poder de policía, de carácter objetivo (art. 1112 C.C.) y operará de manera *in solidum* con el fabricante frente a la víctima.

II. El riesgo de desarrollo en la jurisprudencia argentina.

Los tribunales argentinos no han resuelto aún casos en los que se debata la responsabilidad por riesgo de desarrollo del proveedor de productos. Sin embargo, en varios pronunciamientos se ha referido *obiter dictum* y tangencialmente al tema. Analizaremos a continuación algunos de ellos.

En un supuesto de daño ambiental por filtración subterránea de hidrocarburos de una estación de servicios, la sala H de la Cámara Nacional Civil porteña entendió que “...no puede desconocerse que el nuevo derecho se modela en la actualidad en la jerarquización de la persona humana y con ello se prioriza la solidaridad social. Es que por su propia naturaleza y en virtud de los principios que le han dado vida, entre los que no escapan los riesgos del desarrollo y los criterios economicistas que informan al derecho, hallamos que

⁵ GARRIDO CORDOBERA, Lidia M. R., *La responsabilidad por riesgo de "desarrollo"*, Sup. Act 23/05/2006, 1

⁶ Sobre este punto, ver: PIZARRO, Ramón D., *La Corte consolida la jerarquía constitucional del derecho a la reparación (primeras reflexiones en torno a un fallo trascendente y a sus posibles proyecciones futuras)*, Sup. Especial La Ley 2004 (setiembre), 5 - Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales Tomo I, 529.

⁷ GARRIDO CORDOBERA, Lidia M. R., *Los daños colectivos y la reparación*, Universidad, Bs. As., 1.993.

⁸ Ver: Cordobera González de Garrido, Rosa-Garrido Cordobera, Lidia María R. *"La responsabilidad por participación en el mercado"* en Alterini A.A.-Lopez Cabana, M.M. (Dir) *"La responsabilidad"*, homenaje al profesor Isidoro H. Goldenberg, pág. 359, Ed. Abeledo Perrot, Bs. As. 1995.

al referirse el artículo 41 Constitución Nacional a esta materia ha adoptado el criterio de desarrollo sostenible en contraposición al del sostenido.”⁹

Por otra parte, la sala A de la Cámara de Apelaciones de Comodoro Rivadavia, concluyó que “...el contrato de adhesión es claro ejemplo de la evolución del contrato clásico, que dio cauce jurídico a la aparición de las "estructuras de producción de bienes y servicios", las "estructuras de consumo" y que explica su fundamento económico. El diseño del contrato, fruto de la evolución empresaria y del empresario, que con su capital forma determinada actividad y absorbe el riesgo del desarrollo y el éxito del negocio.”¹⁰

Pero quien ha dado mayores precisiones sobre la cuestión ha sido la sala II de la Cámara 1a de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mar del Plata, que, a través del voto de la doctora Zampini, al cual adhirieron el resto de los integrantes del tribunal, sostuvo que “...a la luz del art. 40 de la ley 24.240, (...) (que) dispone que "si el daño al consumidor resulta del vicio o riesgo de la cosa o de la prestación del servicio, responderán el productor, el fabricante, el importador, el distribuidor, el proveedor, el vendedor y quien haya puesto su marca en la cosa o servicio..." (...) en los casos de riesgos de desarrollo (...) toda vez que no se interrumpa el nexo causal adecuado entre la nocividad del producto y los daños causados, no cabe sino la responsabilidad del productor o fabricante, quien debe garantizar al consumidor el buen funcionamiento y eficacia de lo que introduce en el mercado.”¹¹

Agrega asimismo dicho fallo respecto a los exigentes de responsabilidad que “sólo se libera el fabricante o elaborador, total o parcialmente de responsabilidad, si prueba que el daño sufrido por el adquirente se debe: a) culpa inexcusable de la víctima, y b) el hecho del tercero equivalente al caso fortuito por quien no debe responder.”

Análogos pronunciamientos ha tenido en una resolución administrativa la Dirección de Defensa del Consumidor de la Municipalidad de Pilar, que en un interesante decisorio sostuvo que “.. en los casos de riesgos de desarrollo toda vez que no se interrumpe el nexo causal adecuado entre la nocividad del producto y los daños causados, no cabe sino la responsabilidad del productor o fabricante, quien debe garantizar al consumidor el buen funcionamiento y eficacia de lo que introduce en el mercados”¹²

En cuanto a qué supuestos es aplicable la responsabilidad por riesgo de desarrollo otro fallo de la Cámara Nacional Civil, sala E, sostuvo en el voto del doctor Racimo: “No entraré a debatir si la cuestión de la denominada de los riesgos del desarrollo resulta aplicable en estos casos en el derecho argentino, porque la cuestión examinada en el *sub lite* se refiere a la prestación de un servicio y no de la entrega de un producto cuyos riesgos

⁹ C. Nac. Civ., sala H, 01/10/1999, Subterráneos de Buenos Aires S.E. v. Propietario de la estación de servicio Shell calle Lima entre Estados Unidos e Independencia, JA 1999-IV-309.

¹⁰ Cámara de Apelaciones de Comodoro Rivadavia, sala A, 12/10/2007, S., J. c. T. H. S.R.L., LLPatagonia 2008 (abril), 179

¹¹ Cámara 1a de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mar del Plata, sala II, 08/07/2003, T y C S.R.L. c. Fiat Auto Argentina S.A., JA 2004-I, 337 - LLBA 2004, 527.

¹² Dirección de Defensa del Consumidor, Municipalidad de Pilar, 03/11/2005, Oyarzun Santana, Fernando c. Daimler Chrysler Argentina S.A., LLBA 2006, 712.

eran ignorados al momento de su producción o de su venta. (...) Lo esencial en este caso es que el cumplimiento de las reglas gubernamentales establecidas en el pliego licitatorio no relevan *per se* de responsabilidad al concesionario como prestador del servicio. El deber legal de seguridad impone que el concesionario se adecue a las modificaciones tecnológicas para mantener el ya referido estándar progresivo de seguridad frente a los usuarios. El cumplimiento de un estándar de seguridad gubernamental es de alguna evidencia respecto de la inexistencia de negligencia de los fabricantes pero no es concluyente sobre esos temas en los casos de productos elaborados.¹³

En lo relativo a la relación de causalidad afirmó la sala K de la Cámara Nacional Civil que “..toda vez que en los casos de riesgo de desarrollo no se interrumpa el nexo causal adecuado entre la nocividad del producto y el daño causado, no cabe sino la responsabilidad del productor, quien debe garantizar al consumidor el buen funcionamiento de lo que introduce en el mercado. Se trata de una responsabilidad objetiva en la que no corresponde investigar los elementos subjetivos propios de la conducta del proveedor profesional de productos" (...) Para la teoría de la responsabilidad objetiva, acreditada la relación de causalidad entre el vicio de fabricación (o elaboración) y el daño, el productor no se libera probando que de su parte no hubo culpa, por lo que quienes se enrolan en ella rechazan la posibilidad de pretender la liberación demostrando la diligencia adecuada.”¹⁴

En cuanto al factor de atribución se ha sostenido que "sólo el régimen de la responsabilidad objetiva del fabricante permitirá resolver adecuadamente el problema de la protección al consumidor o usuario, pues esta época de enormes progresos científicos y tecnológicos en la producción masiva de bienes, requiere una concepción solidaria del derecho. (...) toda vez que en los casos de riesgo de desarrollo no se interrumpa el nexo causal adecuado entre la nocividad del producto y el daño causado, no cabe sino la responsabilidad del productor, quien debe garantizar al consumidor el buen funcionamiento y eficacia de lo que introduce en el mercado. Se trata de una responsabilidad objetiva en la que no corresponde investigar los elementos subjetivos propios de la conducta del proveedor profesional de productos,”¹⁵ sustentando normativamente dicho pronunciamiento en el art. 40 de la Ley N° 24.240. En análogo sentido, ha sostenido lo propio la Sala C de la Cámara Nacional Civil¹⁶.

Respecto a la extensión del resarcimiento un fallo de la sala X de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo se afirmó que “...los topes, en el Derecho Civil, se ciñen generalmente a las hipótesis de responsabilidad objetiva, o sea por riesgo, y no a los supuestos de culpa o dolo. Esta solución jurídica tiene un trasfondo ético, porque no es posible tratar de igual manera al que dañó a otro sin incurrir en incumplimiento alguno, ni en negligencia reprochable y por el solo riesgo de su actividad, y al que produjo un perjuicio por su subjetiva ilicitud, por su culpa, por su incumplimiento de las normas que se tornan exigibles, en atención a las circunstancias de la persona, tiempo y lugar para no dañar (doct. arts. 512 y concs., Cód. Civil). Como lo ha observado Luis Moisset de Espanés ("Estudios de Derecho Civil, Cartas y Polémicas", p. 89, Córdoba, 1982), sólo las leyes

¹³ C. Nac. Civ., sala E, 17/09/2007, Lencinas, Verónica C. v. Grupo Concesionarios Oeste S.A. y otro, Citar Lexis N° 35011864.

¹⁴ C. Nac. Civ., sala K, 06/11/2000, Botas Ruta, María A. v. Carrefour Argentina S.A., Lexis N° 30010530.

¹⁵ C. Civ. y Com. La Matanza, sala 1ª, 28/06/2007, Bruzzese, María R. y otros v. Arcor S.A.I.C., Lexis N° 70042374.

¹⁶ 19/04/2005, Travetto, Oscar Horacio y otro c. Sevel Argentina S.A. s/ordinario, EDSe, 17/10/2006.

modernas que crean responsabilidad objetiva limitan con topes las indemnizaciones, lo que se vincula con aquello que Isidoro Goldemberg llamó el "riesgo de desarrollo" y éstos son los vientos que atraviesan nuestros intentos de reforma al Código de Vélez Sársfield."¹⁷

Por último, en un supuesto de infección del virus VIH en el llamado "período ventana", se entendió que era responsable la clínica que realizó la transfusión, ya que "...para que se configure el caso fortuito el hecho debe ser extraño a la actividad de la empresa, y en el caso es propio de la empresa médica. (...) y no por la inevitabilidad se le hace cargar a la víctima el riesgo, ni se deja de reparar el daño, porque justamente es en estos casos donde lo inevitable no rompe el nexo de causalidad adecuado porque está en directa relación con el riesgo empresarial." Sostuvo asimismo la sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal que "resulta significativo que no cualquier caso fortuito puede funcionar como eximente sino que se requiere que sea externo o ajeno al propio riesgo". No obstante se señaló también que "...de ninguna manera lo que vengo sosteniendo implica poner a cargo del centro de salud las cargas "del riesgo de desarrollo" (por el que no se responde por ser una consecuencia mediata no previsible) ya que en mi voto comencé señalando que al tiempo de la realización de la transfusión los interrogatorios ya eran conocidos, recomendados y practicados, y agregó que los tests mínimos de detección se realizaban."¹⁸

Conclusiones.

En vista a los pronunciamientos antes detallados pueden realizarse las siguientes conclusiones:

1. La responsabilidad por riesgo de desarrollo ha sido reconocida por la jurisprudencia argentina.
2. La responsabilidad por riesgo de desarrollo se aplica a supuestos de productos cuyos riesgos eran ignorados al momento de su producción o de su venta.
3. Las modificaciones tecnológicas obligan a los proveedores a mantener un estándar progresivo de seguridad frente a los usuarios y consumidores del productor, quienes deben garantizar al consumidor el buen funcionamiento de lo que introduce en el mercado.
4. La responsabilidad por riesgo de desarrollo encuentra su fundamento ético en la jerarquización de la persona humana y en la prioridad que debe dársele a la solidaridad social
5. La misma puede sustentarse normativamente, en los supuestos de relaciones de consumo, en los artículos 5 y 40 de la ley 24.240. (A lo que nosotros

¹⁷ Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, sala X, 31/07/2000, Lizarraga, Juan E. c. Streitfeld, Jorge, LA LEY 2001-B, 240; en análogo sentido Tribunal del Trabajo Nro. 3 de La Matanza, 02/07/2001, S. V., J. c. Incico S.R.L., LLBA 2001, 1490 -

¹⁸ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, sala II, 20/12/2005, R., M. A. c. OSECAC y otros, La Ley Online.

agregamos la fuente constitucional, en los artículos 19 y 42 y el artículo 1.198 del Código Civil)

6. Se ha entendido mayoritariamente que en los casos de riesgos de desarrollo 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, por lo que no se interrumpa el nexo causal adecuado entre la nocividad del producto y los daños causados, ya que lo inevitable no rompe el nexo de causalidad adecuado porque está en directa relación con el riesgo empresarial.
7. Se trata de un supuesto de responsabilidad objetiva.
8. En los contratos de adhesión se encuentran absorbidos los riesgos de desarrollo.
9. Por razones de equidad serían admisibles la inclusión normativa de topes en las indemnizaciones.
10. Constituyen eximentes totales o parciales de responsabilidad, si se prueba que el daño sufrido por el adquirente se debe a culpa inexcusable de la víctima o al hecho de un tercero, equivalente al caso fortuito por quien no debe responder.

Creemos que el derecho de daños debe continuar en el camino del “giro copernicano” en cambiar el eje de la mirada, ya no en el reproche de conducta sino en la víctima que ha sufrido un daño injustamente, como sostiene Lambert-Faivre, ya no se debe soportar el daño como un designio divino, sino se pretende que el daño sea prevenido y evitado, y, si esto no ocurre, que sea reparado, por lo que se habla de un "crédito a la indemnización" y no ya de una "deuda de responsabilidad".¹⁹

Resulta igualmente esperable que en las próximas reformas a realizarse a la legislación de fondo del derecho privado, sea incluido como un supuesto expreso de responsabilidad, la responsabilidad por riesgo de desarrollo.

¹⁹ LAMBERT-FAIVRE, Yvonne, *"L'évolution de la responsabilité civile d'un crédit de responsabilité à une créance d'indemnisation"*, "Revue Trimestrielle de Droit Civil", 1987.