

# **La paradoja del riesgo de desarrollo y la responsabilidad por productos biotecnológicos<sup>1</sup>**

Dra Lidia M R Garrido Cordobera

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

Solemos decir que el avance de la ciencia nos enfrenta a un nuevo período histórico: la era tecnológica y que configuran algunos de sus nuevos desafíos los daños colectivos, la biotecnología, la teleinformática, la contratación masiva, la nanotecnología, los alimentos transgénicos, etc.<sup>2</sup>.

Frente a cada uno de estos nuevos desafíos surgen reclamos en el contexto social, y la comunidad reacciona de diferentes maneras, haciendo jugar las respuestas de ajuste y de presión y la experiencia histórica, al decir de Diez-Picazo, en una evidente experiencia de cambio y progreso jurídico<sup>3</sup>.

Años atrás el automóvil era “uno de los elementos de mayor virtualidad en la producción de daños”<sup>4</sup>, y pese a que en nuestro país la muerte por tal tipo de accidente está en el primer lugar creemos que hoy reviste una importancia relativa teniendo en cuenta los agentes dañosos potenciales y los nuevos problemas que existen en la sociedad.

Hoy el hombre se encuentra con un gran poder que puede llevarlo a realizar prodigios o a causar daños muchas veces catastróficos; éste

---

<sup>1</sup> Publicado el 7/10/2013

<sup>2</sup> Estamos ante un cambio tan vertiginoso que suele decirse que al científico le es imposible conocer absolutamente todo, pero a la vez que, basta el saber utilizar las computadoras para que podamos recopilar la información necesaria

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

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

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

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

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

<sup>3</sup> Diez-Picazo, Luis: *Derecho y masificación social. Tecnología y Derecho Privado*, Págs. 90 y ss, Ed. Civitas,

<sup>4</sup>Viney Genevive, *Tratado de Derecho Civil*, Ed Universidad Externado.2007.

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

Alterini, Atilio Aníbal: *Temas de Derecho privado*, Ciclo de mesas redondas 1988, Págs. 155 y ss, Ed. Colegio de Escribanos de Capital Federal1989

es el gran desafío que enfrenta la humanidad y también el Derecho, que debe tomar su rol de prevención y de protección a las víctimas si realmente queremos realizar el principio o valor justicia<sup>5</sup>.

Señala Parra Lucan que el acento al tratar el tema de la responsabilidad por productos ha de ponerse en la seguridad de los productos y los problemas de salud que en definitiva son un corolario del propio derecho a la vida y a la integridad de la persona humana reconocido en los textos internacionales y en varias constituciones<sup>6</sup>

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

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

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

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

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

---

<sup>5</sup> Corti Varela, Justo, *Organismos genéticamente modificados y riesgos sanitarios y medioambientales*, Ed Reus, 2010

<sup>6</sup> Parra Lucan, Ma Ángeles, *Daños por productos y protección del consumidor*, pag 27 y ss, Ed Bosch 1990

Señalaba Goldenberg que estamos ante la etapa decisiva de la conquista de los tres infinitos<sup>7</sup>: lo infinitamente grande, lo infinitamente pequeño y lo infinitamente complejo, y creemos y hemos sostenido, que aquí, es imperiosa una cosmovisión que, centrada en el hombre, le restituya su supremacía y ponga a los logros científicos y técnicos al servicio de la sociedad. Solemos decir que es devolverle la dignidad, de ser el núcleo y no un mero número estadístico o un instrumento económico<sup>8</sup>.

Nunca han coexistido tantos científicos, y el desarrollo de inventos y nuevas técnicas de aplicación ha sido tan vertiginoso; se valora el conocimiento y la cantidad de información como una posibilidad de tener poder: el que tiene la tecnología y el conocimiento domina<sup>9</sup>.

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

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

Si bien vivimos en un mundo fascinante, no deja de ser por ello peligroso, pero aclaramos, que lo hacemos con un protagonista distinto; el hombre ya no concibe el daño como un designio divino, se pretende que el mismo sea prevenido y evitado, y si esto no ocurre, que sea soportado por algún patrimonio, y por esto se habla de un “crédito a la indemnización” y no ya de una “deuda de responsabilidad”<sup>10</sup>.

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

---

<sup>7</sup>Goldenberg, Isidoro: *Ponencia a las XII Jornadas Nacionales de Derecho Civil*, Bariloche, 1989.

<sup>8</sup> Garrido Cordobera, Lidia M. Rosa: *Los Daños colectivos, -prospectiva general-*, Ed Javeriana 2009

<sup>9</sup> El paso de la era industrial –caracterizada por el maquinismo, la industrialización, la concentración urbana y la organización sindical, con la modificación trascendental en el Derecho de la captación del factor objetivo del riesgo – a la era informática, tecnológica, tecnotrónica o espacial podría ubicarse en el comienzo de la década del 60, pero para algunos se daría cuando se logró descomponer el átomo por primera vez.

<sup>10</sup> 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.

problema tranquilamente en los carriles del moderno Derecho de Daños<sup>11</sup>.

La idea de masificación está ligada, como ya lo hemos dicho en anteriores trabajos, en principio, a dos nociones: una, de índole económica, y otra, de índole filosófica, de actitud ante la vida; la primera nos enfrenta a un modo de producción estándar de bienes para consumo y comercialización y muchas veces a la necesidad de utilizar la visión del análisis económico del derecho; la segunda, al “ser” del “hombre-masa” de Ortega y Gasset o al “hombre mediocre” de José Ingenieros<sup>12</sup>.

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

Pese a que la producción seriada es la regla, hay autores como Atilio Alterini que sostienen que estamos viviendo un proceso de desmasificación en el Derecho Privado, al considerar superadas las épocas en que todas las bañeras eran blancas y los teléfonos negros; sostiene que hay una creciente producción a medida de un correlativo consumo, también a medida, y de “tal modo, de la magnitud se transita hacia la calidad, de la uniformidad hacia la individualización”<sup>13</sup>.

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

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

---

<sup>11</sup> Podemos observar que la concepción de que el daño liga a dos individuos, autor y víctima individualizados, no se compadece con las cataratas de damnificados que se presentan en los daños tecnológicos o colectivos;

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

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

<sup>12</sup> Garrido Cordobera, Lidia M. R, *Los daños en la sociedad actual*, en *El derecho Privado ante la internacionalidad, la integración y la globalización*, Alterini- Nicolau,, pag 345, Ed La Ley 2005

<sup>13</sup> Alterini, Atilio A., *Ponencia a las XII Jornadas Nacionales de Derecho Civil*, Bariloche, 1989

López Herrera, Edgardo, *Teoría general de la Responsabilidad Civil*, pag 491 y ss Ed Lexis Nexis 2006

## 2. La protección al consumidor y la actividad empresaria

Hemos señalado con anterioridad que la protección a cierta categoría denominada “los consumidores”, se va a evidenciar en dos ámbitos dentro del Derecho Privado: el área contractual y el área de la responsabilidad por productos<sup>14</sup> y que los Derechos Constitucional, Administrativo, Internacional y Procesal también se ocupan de la protección de estos intereses, a punto tal que el tema se ha convertido en uno de los más populares del momento<sup>15</sup>.

Hoy se tiende a proteger a los consumidores de los empresarios que elaboran y ponen en circulación bienes y servicios para el consumo, o realizan contratos con éstos, en los que se utilizan técnicas de pre-redacción pero la noción misma de consumidores implica una toma de posición, ya que enrolar en ella únicamente a las personas físicas que contraten sobre bienes o servicios implicará excluir a las empresas de las técnicas de protección<sup>16</sup>.

En el ámbito internacional y de Derecho Comparado, el tema ha sido objeto de tratamiento legislativo y de declaraciones y directrices que marcan las pautas más sobresalientes de esto que se ha denominado “derecho del consumo”<sup>17</sup>.

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

En nuestro país, además de la ley del consumidor, se aplica a la responsabilidad derivada de los productos el sistema del Código Civil: el art.1198 como la obligación tácita de seguridad (parámetro objetivo) y

---

<sup>14</sup> Garrido Cordobera, Lidia M R,- Busto Lago, Manuel, *Los riesgos del desarrollo, una visión comparada*, Ed Reus 2010.

<sup>15</sup> En materia constitucional podemos citar el art. 42º de la Constitución Nacional reformada en 1994 y las normativas de la unión Europea además de las constituciones de los países miembros.

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

Con la denominación de “consumidores” se hace referencia hoy a una nueva categoría de sujetos que pugnan por el reconocimiento de sus derechos sociales y económicos, como antaño lo hicieron los trabajadores, esto es importante, ya que reconocemos así la diversidad de fuerzas y la dependencia de los consumidores, quienes suelen tener un marco falso de la situación.

<sup>16</sup> Mosset Iturraspe Jorge y Lorenzetti, Ricardo, *Defensa del Consumidor* Ed Rubinzal Culzoni, Farina, Jorge, *Defensa del Consumidor y del usuario*, Ed Astrea, 1994

Picasso Sebastian y Vázquez Ferreyra, Roberto (Directores), *Ley de Defensa del Consumidor Comentada y Anotada*, Ed La Ley, 2009

<sup>17</sup> Parrra Lucan, Ma Angeles, *Daños por productos y protección al Consumidor*, Ed Bosch 1990  
Marco Molina, Juana, *La responsabilidad civil del fabricante por productos defectuosos*, Ed Atelier, 2007

Seuba, Xavier, *La protección de la salud ante la regulación internacional de productos farmaceuticos*, Ed Marcial Pons, 2010

principio de buena fe en las transacciones en materia contractual, y el art.1113, segunda parte (riesgo o vicio) <sup>18</sup>.

Entre nosotros, además de la sanción de la Ley o estatuto del consumidor, en 1993, un hito fundamental sin ningún tipo de dudas fue la reforma constitucional que en 1994 plasmó en el art. 42 los derechos del consumidor<sup>19</sup>.

Los ataques a los que se puede estar sometido en materia de consumo son múltiples y hace necesario que se reconozca entidad a los grupos intermedios para garantizar, en definitiva, la calidad de vida y evitar la continuidad de lo que perjudica a la comunidad toda y además que el Estado como cabeza del Poder de Policía adopte ese rol efectivamente, y que la Justicia no sea una Justicia distante de los problemas.

Entre el catálogo de derechos<sup>20</sup> de los consumidores que podemos puntualizar, sin que implique una nómina taxativa: 1) de ser informado; 2) de ser escuchado; 3) de peticionar colectivamente ante las autoridades; 4) de ser resarcido de los daños; 5) de educación; 6) de protección.

Con respecto al “daño por productos de consumo” el problema es, como ya lo hemos dicho, de gran interés y complejidad, ya que por su naturaleza además de configurar un daño particular puede ser un daño colectivo y afectar a comunidades de individuos, presentándose en regiones que a veces escapan a las fronteras de un solo país, vulnerando siempre el derecho garantizado a la “calidad de vida” y a la seguridad de los productos<sup>21</sup>.

Pese a lo antedicho, quedan aun hoy en materia de responsabilidad por productos temas pendientes, como ser la cuestión de la atribución de la responsabilidad al productor por “riesgo de desarrollo”<sup>22</sup> y la reparación plena que no alcanzan absoluta coincidencia en el mundo<sup>23</sup> y aun plantean discusiones doctrinarias<sup>24</sup>.

---

<sup>18</sup> Garrido, Roque Fortunato, y Andorno, Luis O.: *El art. 1113 del Código Civil*, p. 431, Ed. Hammurabi, 1983.

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

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

<sup>19</sup> Gelli, M Angélica, *Constitución de la Nación Argentina*, Ed La Ley, 2003.

Rinessi, Juan Antonio, *Relación de Consumo y derechos del Consumidor*, Ed Astrea 2006

Mosset Iturraspe, *Defensa del Consumidor*, Ed Rubinzal-Culzoni, 2003

Lorenzetti, Ricardo, *Consumidores*, Ed Rubinzal-Culzoni, 2003

<sup>20</sup> Pérez Bustamante, Laura, *Derecho social de Consumo*, Ed La ley, 2004

<sup>21</sup> Deben intensificarse los controles de calidad de los productos y fiscalizar la propaganda y los prospectos que acompañan al producto

<sup>22</sup> Salvador Coderch, Pablo- Sole Feliu, Josep, *Brujos y aprendices* Ed Marcial Pons 1999.

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

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

<sup>23</sup> Pizarro, Ramón Daniel ,*Responsabilidad civil y riesgo de empresa*, T II, pag 297 y ss, Ed La Ley , 2006

Debido a los supuestos dañosos generados en la era pos-industrial, y sobre todo los que se producen al internarnos cada vez más en la era tecnológica y la insuficiencia de los pilares tradicionales de la responsabilidad civil, para dar una entera satisfacción a los mismos se ha elaborado la noción del “riesgo de actividad”, del “riesgo de empresa”<sup>25</sup>.

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

Para Barassi, el resultado dañoso es imputable a “quien conoce y domina en general la fuente de riesgo; quien es el centro de organización de una empresa pues emplea personas, usa cosas muebles o inmuebles, o automotores, etc., y por este mismo hecho, debe esta persona cargar con las resultancias dañosas”<sup>26</sup>.

Todo lo que se ha sostenido en cuanto al fundamento ético al analizarse el tema de “riesgo de la cosa” es de aplicación a la problemática de las actividades riesgosas”<sup>27</sup>.

En Argentina contábamos con antecedentes, puesto que hay que recordar que el sistema contenía normas de carácter objetivo tales como los arts.1118 y 1119 del Código Civil, el 48 de la legislación minera y el art.162 del Código de Comercio<sup>28</sup>.

Además, con respecto a los Congresos y antecedentes del texto actual del art. 1113 2da parte del CC, incorporado por la ley 17.711 de 1968, (que consagra explícitamente la teoría del riesgo y vicio de la cosa), no podemos dejar de mencionar las II Jornadas Nacionales de Derecho Civil de 1965 realizadas en Corrientes, que en el despacho de *lege ferenda* recomienda que se legisle de manera especial “la responsabilidad por el ejercicio de actividades peligrosas por su naturaleza o por la naturaleza de los medios empleados”<sup>29</sup> y , además,

---

<sup>24</sup> Garrido Cordobera Lidia M R , *La responsabilidad por riesgo de desarrollo en materia de productos de consumo*, en Responsabilidad Civil, pag 171 y ss Ed Rubinzal Culzoni, 2008.

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

<sup>25</sup> Pizarro, Ramón Daniel, *Responsabilidad civil y riesgo de empresa*, T I, Ed La Ley , 2006

<sup>26</sup> Barassi, L.: *La teoría generale delle obbligazioni*, t. II, p. 504, Milano, 1948

<sup>27</sup> Garrido, Roque F.: *Responsabilidad objetiva y riesgo creado*, J.A., semanario del 3/7/73, N° 4306. Sobre los fundamentos en extenso de la teoría del riesgo.

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

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

<sup>28</sup> Las normas citadas del Código Civil no tenían una interpretación mayoritaria en este sentido, pero siempre existieron autores que puntualizaban que Vélez Sarsfield había consagrado factores objetivos de responsabilidad;

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

<sup>29</sup> Garrido, Roque F., y Andorno, Luis O *El art. 1113 del Código Civil*, p. 431, Ed. Hammurabi, 1983.

el IV Congreso de Derecho Civil, de 1969, que en su recomendación 8 del tema 4, expresa que “el riesgo creado presupone una actividad humana que incorpora al medio social una cosa peligrosa por su naturaleza o por su forma de utilización”, recogiendo la ponencia de Roque F. Garrido<sup>30</sup>.

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

Consideramos que ante la posibilidad de una reforma legislativa, es adecuado introducir al riesgo de actividad como un factor expreso<sup>31</sup>.

En nuestro Derecho, el factor de atribución es objetivo y no, como en Italia, un factor subjetivo, tema sumamente importante en cuanto a las causales de eximición de responsabilidad, ya que en el primer supuesto sólo cabe demostrar la ruptura del nexo causal, además en nuestro sistema se podría incluir el supuesto de riesgo circunstancial que, al decir de Pizarro, es significativamente más amplio que el derivado de la naturaleza de los medios empleados<sup>32</sup> y la ardua labor doctrinaria a realizar será la de conceptualizar y fijar los límites del riesgo circunstancial, aunque será en la jurisprudencia donde tendrá su mayor elaboración para Zavala de González, la cuestión pasa por el grado de previsión de la producción del daño<sup>33</sup>.

Para algunos autores como Messina de Estrella Gutiérrez, el factor abarcaría los productos elaborados, la explotación nuclear, la contaminación ambiental, el uso de la informática y los que provengan de la aplicación de futuros conocimientos biológicos<sup>34</sup>.

Debemos recordar que los costos de los accidentes se consideran al comenzar cualquier actividad<sup>35</sup>; se estima que la gente es libre de decidir entre emprender una actividad pagando los costes de hacerlo (incluyendo los accidentes), o bien, evaluándolos, escoger una actividad menos atractiva pero no tan arriesgada o riesgosa y que también la responsabilidad, desde un criterio macroeconómico, está fundada en el

---

<sup>30</sup> Puede consultarse conclusiones en la pagina [www.garridocordobera.com.ar](http://www.garridocordobera.com.ar) y también en la Academia de Derecho de Córdoba.

<sup>31</sup> Empero, hasta entonces nosotros vía interpretativa lo encontramos en el art. 1113 de nuestro Código, dentro de la teoría del riesgo creado, pues dicho texto legal, interpretado con un criterio funcional y finalista, permite dar la adecuada solución a los casos que nos preocupan.

<sup>32</sup> Pizarro, Ramón Daniel: *La responsabilidad civil por actividades riesgosas*, L.L. 1989-C-936; Messina de Estrella Gutiérrez, Nora *Aplicación del sistema de actividad riesgosa a los daños modernos*, L.L., 1989-C-954.

<sup>33</sup> Zavala de González, Matilde: *La noción de actividades riesgosas en el proyecto de Código Civil*, J.A., semanario del 23/3/88, N° 5560.

<sup>34</sup> Messina de Estrella Gutiérrez, Nora, *Aplicación del sistema de actividad riesgosa a los daños modernos*, L.L., 1989-C-954.

<sup>35</sup> Calabresi, Guido, *El coste de los accidentes, análisis económico y jurídico de la responsabilidad civil*, Ed Ariel Derecho 1984  
Pietro Molinero, Ramiro, J, *El riesgo de desarrollo un supuesto paradójico de la responsabilidad civil por producto*, Ed Dickinson, 2005.



cálculo comparativo entre el coste social de la actividad y la riqueza productiva, o, más sencillamente, entre los intereses del damnificado y los del autor, debiéndose tomar asimismo en cuenta el interés social involucrado y el principio de solidaridad.

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

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

Frente a esto, hemos dicho en varios trabajos que negar que exista una relación entre el Derecho y la economía, es tan utópico como negar la existencia de que la tierra gira en torno al sol, pero todos sabemos el tiempo que tuvo que transcurrir para que esto último fuese generalmente aceptado y las disputas que originó <sup>36</sup>.

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

Consideramos un real acierto de la escuela del nuevo derecho económico el hecho de sostener que no es posible entender las instituciones jurídicas a la luz de criterios puramente normativos, sino que es necesario contar con el contenido económico, pero también con los elementos sociales ya que es imprescindible no dejar de tener en cuenta los efectos que tales instituciones tendrán sobre la sociedad y sobre los individuos, a partir del criterio que se centre en el hombre pero que a la vez preserva y valora su rol social y no solamente su faz individual<sup>37</sup>.

En materia de responsabilidad civil es común que nos refiramos a los costes o beneficios que derivan de la adopción de sistemas de responsabilidad por accidentes o, por ejemplo, de leyes que tutelen la defensa del consumidor, al medio ambiente, los seguros obligatorios y

---

<sup>36</sup> Garrido Cordobera, Lidia M R, *Bioética, la actividad industrial, los criterios económicos, la salud y el derecho de daños*, en Salud, Derecho y Equidad, homenaje a Gladys Mackinson, , Ed. AD- HOC, 2001.

<sup>37</sup> Garrido Cordobera, Lidia M R, *Bioética, la actividad industrial, los criterios económicos, la salud y el derecho de daños*, en Salud, Derecho y Equidad, homenaje a Gladys Mackinson, , Ed. AD- HOC, 2001

una serie de temas importantes en la vida de los individuos y de toda la sociedad<sup>38</sup>.

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

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

El instituto de los daños punitivos<sup>39</sup> tiene una íntima conexión con el AED y ha sido aplicado en supuestos donde ha estado presente como sujeto destinado a soportarlo una Empresa, tal como puede verse en los casos contra Ford, Goodyear, etc., se ha sostenido que es un instrumento útil para la disuasión de ciertas conductas graves que no pueden ser toleradas por la sociedad y en las que generalmente el sujeto obligado a pagar ha obtenido un beneficio aun teniendo en miras las indemnizaciones que por daños tuviera que pagar a las víctimas.

Tratando de dar un concepto de daños punitivos podemos decir que son sumas de dinero que los tribunales establecen que deben ser abonados a la víctima de ciertos hechos que se sumarán a la que le corresponde por indemnización de daños realmente sufridos por ella, pero esto no agota su idea ya que su fin es sancionar una conducta disvaliosa para la sociedad y disuadir de la producción de actos similares<sup>40</sup>.

La aplicación más categórica de los daños punitivos en el derecho escrito se da en la ley de Protección al Consumidor de Québec ante graves inconductas del empresario o productor y es sabida la evolución que ha tenido en el Comon Law ya que es un instituto que se desarrolló en ese sistema. En la Argentina se lo incluía en la reforma proyectada en 1998<sup>41</sup> y ha tenido cabida en la reforma de la ley de protección al consumidor que lo ha receptado en su art 52 bis<sup>42</sup>.

---

<sup>38</sup> Calabressi, Guido- El coste de los Accidentes Análisis económico y jurídico de la responsabilidad civil”, pag 44 y ss, Ed. Ariel Derecho, 1984

<sup>39</sup> Pizarro, Ramon Daniel, *Daños punitivos*, en Derecho de Daños, pag 287 y ss, Ed La Rocca, 1989  
Brun, Carlos, *¿Hacia un derecho de daños preventivo y sancionador?*, LL 2000-A-1111.  
López Herrera, Edgardo, *Los daños Punitivos*, Ed Abeledo Perrot 2008.

<sup>40</sup> Garrido Cordobera, Lidia M R, Busto Lago Jose M, *Los riesgos del desarrollo en una visión comparada*, Ed Reus, 2010. *Bioética, la actividad industrial, los criterios económicos, la salud y el derecho de daños*, en Salud, Derecho

<sup>41</sup> Martinotti, Diego, *Los daños punitivos en el proyecto de Código Civil de 1998*, LL 2001-F-1317

<sup>42</sup> Vázquez Ferreyra, Roberto (coordinador), *Reforma a la Ley Defensa del Consumidor*, Ed La Ley, Bs. As 2007.

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

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

La tesis que admite la posibilidad de la aplicación, alude al criterio denominado de la “complicidad” con un carácter moderado, que se aplica cuando se han dado órdenes, se haya participado, agravado o consentido la inconducta del empleado y suele resumirse diciendo que los superiores a veces aplauden secretamente la inconducta de sus empleados que benefician a la Empresa y los llamados accionistas inocentes reciben el beneficio de las inconductas<sup>43</sup>.

La finalidad de los daños punitivos sería justamente la de punir graves inconductas, lo que permite alcanzar objetivos básicos en materia de orden social, si se pudiera impunemente o con beneficio transgredir el derecho de los otros cual sería el sentido del orden jurídico, esto implica un razonamiento ético jurídico que a veces puede chocar con una línea dura AED y

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

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

---

<sup>43</sup> Recordemos que esto ocurrió en el caso MER 29 que fue una droga anticolesterol que afectó la vista de más de cinco mil personas y otros sufrieron trastornos de pérdida de pelo o problemas cutáneos, los empleados supieron antes de que se ponga en circulación que era potencialmente apta para causar esos trastornos y se falsificaron informes para obtener la autorización de venta

damnificados y también que acarrear gran dificultad en materia de la instrumentación de seguros.

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

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

En nuestro país las XVIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil aconsejaron la implementación de “multas civiles” para sancionar graves inconductas<sup>44</sup> y ratificadas en las XXI Jornadas Nacionales de Derecho Civil en la Comisión 2, sin embargo Bustamante Alsina<sup>45</sup>, López Mesa<sup>46</sup>. y Picasso<sup>47</sup>, por citar algunos se manifiestan en contra de esta herramienta, hoy el Derecho Argentino cuenta con la expresa consagración en la Ley de Defensa al consumidor reformada en el art 52 bis.

#### **4. La responsabilidad por productos**

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

Además debemos tener presente que el riesgo se ha convertido en un actor fundamental en la sociedad moderna como recuerdan Bergel y Ulrich<sup>48</sup>, participamos de las sociedades de riesgo global, en las que cada vez se enfrentan nuevos riesgos sin que se alcance a advertir la real magnitud de los mismos.

---

<sup>44</sup> Santa Fe 1999, Comisión 10, II.2

<sup>45</sup> Bustamante Alsina, Jorge, *Los llamados daños punitivos son extraños a nuestro sistema de responsabilidad civil*, LL, 1994-B-860

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

<sup>46</sup> Trigo Represas, Félix- López Mesa, Marcelo Tratado de la Responsabilidad Civil, T 1, cap. 1 pag. 65 y 66., Ed La Ley 2005

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

<sup>47</sup> Picasso, Sebastián, *Sobre los denominados daños punitivos*, LL 2007-F-1154

<sup>48</sup> Goldenber, Isidoro- Cafferatta, Néstor, *Responsabilidad por productos elaborados*, Tratado de la responsabilidad Civil T 3, pg 481 y ss, Ed La Ley 2005

La interrupción de la ingeniería genética y la nanotecnología ofrecen un desarrollo acelerado en los últimos tiempos y promete una mejora en la calidad de vida<sup>49</sup>.

Herrera de las Heras recuerda que fue en 1982 cuando se pudo apreciar por primera vez el campo que se abría, al producirse comercialmente insulina humana para el tratamiento de diabetes<sup>50</sup> y destaca como hitos entre otras: la hormona de crecimiento, el interferon, la talasemia, las vacunas génicas, el reciclaje de aguas, la utilización de tierras y agregamos los transgénicos<sup>51</sup> y los dispositivos nanotecnológicos<sup>52</sup>.

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

Quizás influidos por el documento sobre "Lecciones tardías de alertas tempranas" queremos recordar sucintamente aquí ciertos casos como el de la fatiga de los metales, el uso de asbestos, ciertos medicamentos y las siliconas por ejemplo<sup>53</sup>.

Comentando la situación de contagio de HIV en Francia Lambert Fievre reseña que el 12 de abril de 1995 la Corte de Casación, Sala 1<sup>a</sup> Civil con fundamento en el art. 1147 del Código Civil dijo que el deudor debe ser condenado si no justifica que la inejecución proviene de una causa extraña que no puede serle imputada, aunque no haya ninguna mala fe de su parte y que con este punto de partida, se decide que "los centros de transfusión sanguínea están obligados a proveer a los receptores productos exentos de vicios y no pueden exonerarse de esta obligación de seguridad sino con la prueba de una causa extraña que no pueda serles imputada" y de igual modo el Consejo de Estado en sus decisiones del 26 de mayo de 1995 ha decidido que "los centros de transfusión sanguínea son responsables aun en ausencia de culpa de las consecuencias dañosas de la mala calidad de los productos provistos" <sup>54</sup>.

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

---

<sup>49</sup> Garrido Cordobera, L M R- Kunz, Ana, *El derecho de daños y la sociología ante las innovaciones tecnológicas*, LL Actualidad 2005

<sup>50</sup> Herrera de las Heras, Ramón , *La responsabilidad derivada de los daños producidos por la biotecnología*, Ed Reus, 2007

<sup>51</sup> Bello Janeiro, Domingo, *Tratamiento de los transgénicos en Europa*, RCyS enero 2008

<sup>52</sup> Garrido Cordobera, L M R- Kunz, Ana, *El derecho de daños y la sociología ante las innovaciones tecnológicas*, LL Actualidad 2005

<sup>53</sup> Lecciones tardías, alertas tempranas: el principio de cautela, algunos puntos a modo de resumen 2002. Agencia Europea de Medio Ambiente <http://Europa.eu.int>

<sup>54</sup> Lambert- Fievre, Ivonne *La responsabilidad del fabricante por el hecho de sus productos en la Comunidad Europea*, Responsabilidad por daños en el Tercer Milenio, Ed Abeledo Perrot 1997

indemnizar las víctimas de transfusiones sanguíneas contaminadas por el HIV<sup>55</sup>.

En el tema de medicamentos, son “clásicos” los casos de la Talidomida, que creada en 1953 como un sedante para embarazadas tuvo un uso masivo en el período que va de los años 58’ a 62’ y produjo malformaciones en los niños que nacieron, el DES, hormona femenina sintetizada en 1938 y utilizada para evitar abortos espontáneos, produjo en las hijas de las consumidoras transformaciones en los tejidos del cuello del útero y desarrollo de cáncer<sup>56</sup>, también podemos recordar, el fármaco para controlar el colesterol MER 29 (aunque tiene sus particularidades) que produjo cataratas y que puesto en circulación en 1960 fue retirado en el 62, y mas recientemente el antiinflamatorio y analgésico Vioxx que fue retirado voluntariamente del Mercado por Merck Sharp & Dohme luego de que un informe señaló que su administración había elevado la frecuencia de infartos y accidentes cerebro-vasculares.

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

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

En la industria se utilizaría por ejemplo para lograr una mejor la adhesión de superficies y también se habla de la creación de una maquina molecular por parte de científicos británicos, frente a esta realidad nos hemos preguntado con nuestra compañera y colega de investigación, la socióloga y epistemóloga Ana Kunz que ocurrirá en el futuro y que respuesta debe dar el derecho<sup>57</sup>.

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

El “síndrome de la vaca loca” o “encefalopatía bobina esponjiforme”<sup>58</sup> obligó a analizar a las proteínas como causante de

---

<sup>55</sup> Seuba Torrebanca, Joan *Sangre contaminada, responsabilidad civil*, pag 362 Ed Civitas 2002.

<sup>56</sup> Este producto fue retirado del mercado en 1971 y como había sido producido por cientos de fabricantes se planteo el problema de la relación de causalidad y llevo a la creación de la teoría del Market Share,

<sup>57</sup> Garrido Cordobera, Lidia M R y Kunz Ana , *El derecho de Daños y la sociología ante las innovaciones científicas y tecnológicas*, en La ley Actualidad , Bs. As 2005

<sup>58</sup> El príon scrapie (Pr-Psc) origina desordenes neurológicos que finalmente llevan a la muerte pero que por los síntomas pueden confundirse con otras enfermedades.

procesos infecciosos y desde el 2000 se ha identificado una proteína natural que al adherirse a los priones modificados permite idetectar la contaminación con el prión de la EEB<sup>59</sup>.

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

## 5. El aporte del Comon Law

El origen de la doctrina sobre la responsabilidad del fabricante por productos defectuosos tiene su origen en Estados Unidos<sup>60</sup>, donde se percibe a la responsabilidad como un medio de garantizar los derechos de los ciudadanos frente a los abusos de las empresas poco cuidadosas con sus productos, siendo objeto constante de los medios de comunicación e incluso se ha convertido en uno de los temas favoritos de las películas de ficción<sup>61</sup>.

La teoría de la *negligente, implied warranty o strictit hability*, que son el sustento de cualquier reclamo del consumidor perjudicado por un producto, son construcciones jurisprudenciales para resolver las cuestiones que se le planteaban, esto sumado a la diversidad de legislación estadual planteo la necesidad de adoptar modelo que aunque carezcan de fuerza vinculante gozan de gran prestigio, son los *Restatement of Law*<sup>62</sup>.

La Jurisprudencia Norteamérica, se basa en una doctrina de Tort como la negligencia o en las de derecho contractual de responsabilidad estricta en sus dos variantes<sup>63</sup>. Hay que señalar que muchas veces la fundamentación en la negligencia tiene su apoyatura en el pedido de los daños punitivos y que la doctrina de la garantía implícita se encuentra hoy reconocida expresamente en el *Uniform Comercial Code* (UCC), instrumento que es adoptado con variantes por los distintos Estados.

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

---

<sup>59</sup> Pigretti, Eduardo, *Derecho ambiental profundizado*, pag 115 y ss Ed La Ley, 2005

<sup>60</sup> Millner, Maurice Alfred, *La responsabilidad civil por productos elaborados en el sistema del “comon law”*, LL 143-858

<sup>61</sup> Garcia Cachafeiro, Fernando, *La responsabilidad Civil por Productos defectuosos en los Estados Unidos: principales diferencias con el sistema español*, pag 237 y ss, en Responsabilidad Civil de Profesionales y empresarios, Ramón Rodríguez Montero (Dtor) Ed Netbiblio 2006

<sup>62</sup> Elaborados por la American Law Institute (ALI). En materia de productos uno de los mas importantes es The Rest 3d Tort.

<http://www.ali.org>

<sup>63</sup> Para un mayor desarrollo puede consultarse

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

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

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

Veremos que la responsabilidad recae no solo en el fabricante o productor sino que comprende a la cadena de comercialización, recalca García Cachafeiro que ella solo se aplica a quienes se dedican a la fabricación y venta al público de bienes para el consumo, lo que excluye a las personas que venden ocasionalmente algún producto<sup>64</sup>.

Además se vincula con la noción de un “defecto” del que se deriva el daño, la jurisprudencia ha venido utilizando dos criterios: el del test de las expectativas del consumidor y el test del riesgo-utilidad<sup>65</sup>.

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

Pese a su gran difusión ha recibido críticas entre otras de no cubre riesgos obvios, aparentes o fáciles de descubrir, que hay veces que la víctima no es el consumidor y el resulta un parámetro impreciso<sup>66</sup>.

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

Se le critica que la noción de utilidad es un concepto demasiado abstracto como para poder permitir una evaluación precisa y por la discrecionalidad que concede a los Tribunales entre otros argumentos<sup>67</sup>.

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

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

Los defectos de diseño afectan a toda la serie o modelo del producto y se originan en errores en el diseño, calculo o formulas utilizadas que al ser inadecuadas llevan al resultado del daño. Abarcan una serie de pasos previos a la fabricación e implican una serie de decisiones empresariales que van sorteando distintas instancias. Pizarro considera que es lógico que las consecuencias dañosas formen

---

<sup>64</sup> García Cachafeiro, Fernando, *La responsabilidad Civil por Productos defectuosos en los Estados Unidos: principales diferencias con el sistema español*, pag 243 y ss, en Responsabilidad Civil de Profesionales y empresarios, Ramón Rodríguez Montero (Dtor), Ed Netbiblio 2006

<sup>65</sup> Pizarro, Ramón Daniel, *Responsabilidad civil y riesgo de empresa*, T II, pag 337 y ss, Ed La Ley, 2006

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

<sup>66</sup> Pietro Molinero, Ramiro, J, *El riesgo de desarrollo un supuesto paradójico de la responsabilidad civil por producto*, pag 133 y ss Ed Dickinson, 2005

<sup>67</sup> Salvador Coderch, Pablo- Sole Feliu, *Brujos y aprendices*, pag 90 y ss Ed Marcial Pons 1999



parte del riesgo de empresa y comprometan su responsabilidad frente al consumidor y los terceros<sup>68</sup>.

Con respecto a los defectos de fabricación suele decirse que aparecen de manera aislada en algunos productos de la serie, sea por una falla humana o de una maquina en el proceso de producción y encuadran perfectamente en el riesgo de empresa<sup>69</sup>.

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

En cuanto a los denominados “riesgos del desarrollo”, casos de productos dañosos por sí para Galgano, mientras que para ciertos autores implica una vuelta al principio de la culpa<sup>70</sup>, nosotros no compartimos tal posición y consideramos como lo sostuvimos en varios trabajos y en la obra con el Catedrático Busto Lago que es un supuesto de riesgo de la empresa<sup>71</sup>.

Recordemos que podemos conceptualizar al “riesgo de desarrollo”, como las consecuencias dañosas de un producto, que siendo desconocidas con la utilización de las técnicas científicas idóneas al momento de su producción, autorización para el consumo y comercialización, son luego, debido al progreso propio de la ciencia y las técnicas, considerados como consecuencias directas de la utilización de dicho producto <sup>72</sup>, planteando un arduo debate sobre la cobertura, indemnización de los mismos y la excepción del avance de la ciencia<sup>73</sup>.

## **6. El modelo comunitario europeo.**

---

<sup>68</sup> Pizarro, Ramón Daniel, *Responsabilidad civil y riesgo de empresa*, T II, pag 344 y ss, Ed La Ley, 2006

<sup>69</sup> Pizarro, Ramón Daniel, *Responsabilidad civil y riesgo de empresa*, T II, pag 342 y ss, Ed La Ley, 2006. Ver nota 116.

<sup>70</sup> López Herrera, Edgardo, *Teoría General de la Responsabilidad Civil*, pag 503 y ss, Ed Lexis Nexis, 2006

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

<sup>71</sup> Garrido Cordobera Lidia M R, *La responsabilidad por riesgo de desarrollo en materia de productos de consumo*, en Responsabilidad Civil, pag 171 y ss, Ed Rubinzal Culzoni,

Garrido Cordobera, Lidia M R, *El “riesgo de desarrollo” en materia de productos de consumo: un punto de tensión en la aplicación de los principios del derecho de Daños*, RLJ N 2, 2009

Garrido Cordobera, Lidia M R - Busto Lago, Manuel, *Los riesgos del desarrollo, una visión comparada*, pg 40 y ss, Ed Reus 2010.

<sup>72</sup> Garrido Cordobera Lidia M. R. *Responsabilidad por riesgo de desarrollo*, en Bioética, Sociedad y Derecho, pag 71 y ss Ed. Lener 1995

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

<sup>73</sup> Garrido Cordobera, Lidia M R - Busto Lago, Manuel, *Los riesgos del desarrollo, una visión comparada*, Ed Reus 2010

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

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

Hemos tenido oportunidad de analizarlo en diversas ocasiones, sobre todo en trabajos recientes y puntualizar, que en el Derecho Europeo, desde la década del 70 se fue elaborando un Programa para la protección de los consumidores, siendo la directiva 374 del 25 de julio de 1985, un texto de análisis fundamental en lo relativo a la responsabilidad por productos; sin embargo suele recordarse que ella fue decidida sobre la base de la instauración del Mercado Común y con el objetivo de evitar las distorsiones de competencia entre los Estados miembros<sup>74</sup>.

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

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

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

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

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

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

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

---

<sup>74</sup> Garrido Cordobera, Lidia M R - Busto Lago, Manuel, *Los riesgos del desarrollo, una visión comparada*, Ed Reus 2010  
Salvador Coderch, Pablo- Sole Feliu, *Brujos y aprendices*, Ed Marcial Pons 1999

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

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

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

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

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

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

El “riesgo de desarrollo” está en el corazón de la noción de defecto. El art. 7 de la Directiva enuncia que el productor no es responsable si prueba "que en el momento en que el producto fue puesto en circulación, el estado de los conocimientos científicos y técnicos no permitía descubrir la existencia del defecto". Dicha solución tenía que ser enunciada expresamente para descartar la responsabilidad del productor, ya que esta hipótesis se refiere a una carencia de seguridad legítima del producto.

En cuanto a la expiración de la responsabilidad, la víctima dispone de un plazo de tres años para solicitar la reparación de los

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

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

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

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

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

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

Lambert-Ferivre comenta que la directiva europea del 25 de julio de 1985 consagra el principio de una responsabilidad objetiva, sin culpa, inherente a los riesgos creados por la tecnología moderna y por la producción en masa y es una responsabilidad uniforme respecto de todo consumidor, abandonando toda distinción entre la responsabilidad contractual y la responsabilidad delictual siendo específica, tanto por sus condiciones como por sus efectos<sup>75</sup>.

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

---

<sup>75</sup> Lambert- Fiebre, Ivonne, *La Responsabilidad de los fabricantes por el hecho de sus productos en el Derecho de la Unión Europea*, en Responsabilidad por daños en el tercer Milenio, Ed. Abeledo-Perrot, 1997.

generador de la responsabilidad, luego en cuanto a los responsables, y por fin, en cuanto a los medios de sustraerse a esta responsabilidad<sup>76</sup>.

Este autor, se pregunta, si al ser el hecho que origina el daño un defecto de un producto puesto en circulación, esto significará que se pueda sostener que el producto no ha ofrecido la seguridad a la cual una persona tiene legítimamente derecho solamente porque el producto fue la causa de un daño, respondiéndose, que la directiva no autoriza tal deducción, sostiene que el poder de apreciación de los jueces es esencial y que éstos no podrían admitir que el daño autorice a considerar por este simple hecho que no ha ofrecido la seguridad a la cual uno tiene legítimamente derecho, se necesita que la carencia de seguridad del producto esté caracterizada y el simple hecho de que en un daño producido el producto esté implicado no caracteriza esta carencia de seguridad<sup>77</sup>.

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

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

Ya hemos dicho que el régimen de responsabilidad instituido por la Directiva es imperativo, y deriva de esto la no posibilidad de descartar el mismo por otro que sea menos severo para el productor, y la no posibilidad de pactar cláusulas limitativas de responsabilidad, esto está claramente expresado en el art. 12 de la Directiva<sup>78</sup>.

Pese al carácter imperativo de la responsabilidad, esto no implica que el productor nunca podrá sustraerse a ésta, y puntualiza, Larroumet que para lograrlo, el productor dispone de tres medios.: primero, la Directiva excluyó la responsabilidad en ciertas situaciones,

---

<sup>76</sup> Larroumet, Christian, *La Protección de los consumidores y la responsabilidad de los productores en el Derecho de la Unión Europea*, en Responsabilidad por daños en el tercer Milenio, - Abeledo-Perrot, 1997.

<sup>77</sup> Larroumet, Christian, *La Protección de los consumidores y la responsabilidad de los productores en el Derecho de la Unión Europea*, en Responsabilidad por daños en el tercer Milenio, - Abeledo-Perrot, 1997

<sup>78</sup> Garrido Cordobera, Lidia M R - Busto Lago, Manuel, *Los riesgos del desarrollo, una visión comparada*, pag 47 y ss, Ed Reus 2010

segundo existen causales de exoneración y tercero la responsabilidad del productor se extingue después de ciertos plazos.

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

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

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

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

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

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

Con respecto a los plazos para accionar para obtener una reparación, la responsabilidad del productor se extingue transcurrido un plazo de diez años a partir de la fecha de la puesta en circulación del producto (Art. 11) los autores dicen que se trata de un período de

garantía, en el sentido de que el productor tiene que garantizar que el producto no tiene defectos y no causará ningún daño durante los diez años que siguen a su puesta en circulación, creemos, como ya lo hemos dicho que frente a ciertos daños este plazo resulta exiguo.

La Directiva prevé otro plazo de tres años para la acción en responsabilidad (Art. 10) que empieza a transcurrir el día en que es causado el daño, sin embargo, puede ser que el perjudicado no pueda en ese momento saber que el daño es imputable a un defecto del producto, o también es posible que este perjudicado no sepa quién es el productor responsable, es por ello que, el plazo empezará a transcurrir a contar desde el día en que le fue posible al perjudicado conocer el defecto o la identidad del productor.

Para Lambert-Faivre la Directiva europea del 29 de junio de 1992 relativa a la seguridad general de los productos está estrechamente inspirada en la ley francesa del 21 de julio de 1983. La directiva define el producto seguro como "todo producto que, en las condiciones de utilización normales o razonablemente previsibles, comprendida su duración, no presenta ningún riesgo o sólo riesgos reducidos a un nivel de protección elevado para la salud y la seguridad de las personas" (art. 2 b)<sup>79</sup> .

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

Como decimos con anterioridad, la obligación de prevención consiste en poner en el mercado únicamente productos seguros, es decir, careciendo de riesgos, o, a lo máximo, presentando un riesgo aceptable para la seguridad de las personas en condiciones normales de utilización, y también consiste en informar a los consumidores de los posibles riesgos del producto, y de vigilar estos productos de manera de que si es necesario poder sacarlos del mercado a fin de evitar daños<sup>80</sup>.

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

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

---

<sup>79</sup>Lambert- Fiebre, Ivonne, *La Responsabilidad de los fabricantes por el hecho de sus productos en el Derecho de la Unión Europea*, en Responsabilidad por daños en el tercer Milenio, Ed. Abeledo-Perrot, 1997..

<sup>80</sup> Garrido Cordobera, Lidia M R - Busto Lago, Manuel, *Los riesgos del desarrollo, una visión comparada*, pag 47 y ss, Ed Reus 2010

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

Entre los principios plasmados debemos mencionar la consagración del principio general de obligación de reparar los daños sufridos por otra persona<sup>81</sup> y entre los intereses protegidos encontramos la vida, la integridad física y síquica<sup>82</sup>.

La previsibilidad del daño<sup>83</sup> se configura para una persona razonable en el momento de producirse la actividad considerándose en especial la cercanía en el tiempo y en el espacio entre la actividad dañosa y sus consecuencia o la magnitud del daño en relación con las consecuencias normales de tal actividad.

En cuanto a los fundamentos para establecer la responsabilidad se menciona tanto la responsabilidad por culpa<sup>84</sup> como la responsabilidad objetiva y al hablar de la responsabilidad de la empresa se conceptúa al “defecto” como toda desviación con respecto a los estándares que son razonablemente exigibles a la empresa o a sus productos o servicios<sup>85</sup>.

Se dice que una actividad es anormalmente peligrosa si crea un riesgo previsible y significativo de daño, incluso aunque emplee todo el cuidado debido en su ejercicio<sup>86</sup>. Es importante la noción de riesgo de daño que puede ser considerado significativo en atención a la gravedad o a la probabilidad del mismo

Se reconoce que la indemnización tiene efectos compensatorios pero que también contribuye a la finalidad de prevenir el daño<sup>87</sup>.

Como causas de exoneración se menciona solamente la conducta de un tercero y la fuerza de la naturaleza<sup>88</sup> y también se establece que en casos excepcionales puede reducirse la indemnización si ella comporta una carga opresiva para el demandado a la luz de la situación económica de las partes.

---

<sup>81</sup> Rige también a los daños causados por una actividad anormalmente peligrosa Art. 1:101 b),.

<sup>82</sup> Art 2:102, también a la dignidad humana.

<sup>83</sup> El alcance de la responsabilidad está previsto en la Secc 2, Art 3:201 a)

<sup>84</sup> Refiere al estándar de conducta exigible (4:101) y consiste en el de una persona razonable mencionando entre otros aspectos la peligrosidad de la actividad

<sup>85</sup> Art 4:202

<sup>86</sup> Las actividades anormalmente peligrosas son tratadas en el Cap V y en el art 5 101 (2) El Proyecto de 1998 en su Art 1665 hablaba de Actividad especialmente peligrosa quien realiza una actividad especialmente peligrosa, se sirve u obtiene provecho de ella por si o por terceros, es responsable del daño causado por esa actividad.

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

<sup>87</sup> Art10:101

<sup>88</sup> Art.7:102



También se consagra el deber de proteger por los daños, considerando diferentes situaciones en las que se daría este deber, mencionando la existencia del deber de actuar positivamente para proteger a los demás de daños si así se establece legalmente, también si quien actúa crea y controla una situación de peligro, si existe una especial relación entre las partes o si la gravedad del daño para una parte y la facilidad de evitarlo para la otra indican la existencia de ese deber<sup>89</sup>.

## **8. El Sistema normativo Argentino**

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

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

Como hemos dicho, en el derecho argentino, tenemos varios ámbitos de análisis, el del Código Civil propiamente dicho que nos vinculara con normas aun anteriores a la reforma del año 1968 como son el art.1119 para responsabilidad grupal o colectiva, o el art. 1112 para la responsabilidad del estado, y con normas posteriores como ser los arts. 1113, 2da parte del CC en lo referido a riesgo y vicio de las cosas y art.1198 en lo atinente a la obligación de seguridad, que son aplicables a la responsabilidad por productos; la legislación específica La ley 24240 de Defensa del Consumidor del año 1993 (con sus modificaciones, la última de abril del 2008) con todo su plexo normativo y por supuesto la protección Constitucional, como así también las leyes ambientales.

Las analizaremos a continuación someramente.

### **a) Protección Constitucional**

La reforma de 1994 regló en el art 42 de la C. N. de un modo expreso la protección de los consumidores en el territorio Nacional<sup>90</sup>, estableciéndose que “los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección y a condiciones de trato digno y equitativo”, y en su 2do párrafo manifiesta que “las autoridades proveerán a la protección de estos derechos”.

Farina al hablar del mandato constitucional dice que se basa en el reconocimiento del aspecto social del moderno contrato de masa,

---

<sup>89</sup> Art.4:103

<sup>90</sup> Existían desde la vuelta a la democracia en 1985 una serie de Constituciones y Leyes Provinciales que ya los consagraban en su territorio.

recordando como advierte Santos Briz que todo derecho se ordena en definitiva al fin del hombre<sup>91</sup>.

Lorenzetti menciona al derecho reconocido como un derecho Fundamental<sup>92</sup> y Gelli indica como su fuente a la Constitución Española de 1978<sup>93</sup>.

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

Hesse nos dice que ambos derechos aparecen como parte necesaria de un orden jurídico unitario que recíprocamente se complementan, se apoyan y se condicionan, hablando de funciones de garantía orientación e impulso<sup>94</sup>.

Hay que recalcar que el texto constitucional incorpora el término “relación de consumo” lo que hasta la reforma de la ley de protección al consumidor en el 2008 implicó una cuestión de armonización interpretativa puesto que la ley de 1993 tenía un concepto más restringido y recién con la última modificación se consagra en el texto de la ley<sup>95</sup>.

Opinamos como Bidart Campos que lo prescripto por nuestra norma constitucional son derechos plenamente operativos, invocables entre particulares y contra el Estado, en este caso hay un expreso derecho a la información, a la salud, que unido al derecho a no ser dañado que la Corte señala que dimana del art. 19 CN, creemos, da la base constitucional para considerar que frente al supuesto de daño causado por “riesgo de desarrollo” de los productos debe mediar la correspondiente indemnización<sup>96</sup>.

## **b). Ámbito del Código Civil**

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

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

Siempre se ha dicho y hemos enseñado, que ante la producción de un daño sabremos que nos hallamos frente a un supuesto de

---

<sup>91</sup> Farina, J, *Defensa del Consumidor y usuario*, pag 5, Ed Astrea 1995

<sup>92</sup> Lorenzetti, Ricardo, *Contratos*, pag 76, Rubinzal Culzoni, 2003

<sup>93</sup> Gelli, María Angelica, *Constitución de la Nación Argentina*, pag 371, Ed La Ley, 2003

<sup>94</sup> Garrido Cordobera, Lidia M R *Las Bases constitucionales del derecho de los contratos, Análisis crítico del alcance del principio de la autonomía de la voluntad: Límites*

<sup>95</sup> El art 3 establece “relación de consumo es el vínculo jurídico que entre el proveedor y consumidor o usuario”

<sup>96</sup> Al formar la Constitución un todo armónico, debemos relacionar la parte pertinente del preámbulo “Promover el bienestar General”, el art 41 de protección ambiental, el 43 de Amparo colectivo, el 75 de las atribuciones del Congreso, 86 del Defensor del Pueblo y el art 31 que referencia los Tratados Internacionales con jerarquía constitucional y el art. 75 inc 22..

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

responsabilidad individual cuando éste es producido por un sujeto determinado o varios sujetos perfectamente individualizados, o por cosas pertenecientes a uno o varios sujetos también determinados, este tipo de responsabilidad presenta una relación de causalidad patente entre el daño y el hecho del autor o de la cosa<sup>97</sup>.

Pero en materia de daños también puede ocurrir la cuestión que nos interesa, que se daría cuando el sujeto no está individualizado entre los componentes de un grupo de posibles responsables en el supuesto que nos interesa de fabricantes de un producto que adolece o porta “un riesgo o defecto” (autor indeterminado y grupo determinado) y ante estos casos, la primera pregunta que nos inquieta es si sería justo que la falta de identificación del agente dañoso condujera a la irresponsabilidad y al consiguiente desamparo de la víctima<sup>98</sup>.

Trigo Represas y López Mesa manifiestan que contrariamente a lo que pudiera pensarse el fenómeno de la dañosidad grupal no constituye un caso de excepción ni un supuesto de menor importancia<sup>99</sup>.

Señalan López Cabana y Lloveras que en este supuesto (cuando no se puede señalar dentro de un grupo de varios individuos cuál es el autor del daño), el problema radica en establecer si “producido el daño y ante la carencia, insuficiencia o imposibilidad de prueba para individualizar a un responsable singular, es posible condenar a resarcir a cuantos hayan tenido alguna vinculación acreditada con las circunstancias de tiempo y/o lugar de las cuales este perjuicio derivó”<sup>100</sup>.

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

Ello conduce, según Goldenberg, “necesariamente a un conflicto valorativo que conmueve la base misma del sistema de responsabilidad civil”<sup>101</sup> puesto que, los interrogantes serán: ¿ninguno de los

---

<sup>97</sup> Garrido Cordobera, Lidia M R, *La responsabilidad colectiva*, RCyS julio 2006

<sup>98</sup> Garrido Cordobera, Lidia M R, *La responsabilidad de grupos cuyo accionar es riesgoso*, Prevision de daños II, Rubinzal Culzoni

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

<sup>99</sup> Trigo Represas, Félix y López Mesa Marcelo, *Tratado de la Responsabilidad Civil*, TIV p 288 y ss, 1ra, Ed La Ley 2005.

<sup>100</sup> López Cabana, Roberto M., y Lloveras, Néstor L. *La responsabilidad colectiva, pautas para su aplicación en el Derecho Civil argentino*, E.D., t. 48,-799.

<sup>101</sup> Goldenberg, Isidoro H., *La relación de causalidad en la responsabilidad civil*, pag. 162 Ed. Astrea, 1984

En la nota 274 se expresa diciendo: “La moderna tendencia en materia de responsabilidad civil reposa en la idea de que debe garantizarse la seguridad a todo individuo que vive en el medio social. En efecto, la

intervinientes responde o responden todos?, y de ser afirmativa la respuesta, ¿en virtud de qué factor y en qué condiciones?.

Es claro que aquí se enfrentan dos concepciones: la primera que mira el hecho ilícito desde la víctima y que admite la responsabilidad colectiva; y la otra que postula la exoneración de los intervinientes y prefiere prevenir la injusticia en que se incurriría en caso de obligar a indemnizar a quienes, aún vinculados circunstancialmente al hecho dañoso, no fueron sus causantes<sup>102</sup>. Del problema de la responsabilidad colectiva se ha ocupado un sinnúmero de legislaciones y se ha elaborado una jurisprudencia muy interesante, López Cabana y Lloveras han recalcado en su clásico trabajo que en materia de Derecho Comparado encontramos dos vertientes diferenciadas: la que contiene una norma general que contempla la responsabilidad colectiva, y la que recepta disposiciones concretas de aplicación de tal tipo de responsabilidad<sup>103</sup>.

En el ámbito civil argentino tenemos al art. 1119 del CC, que contempla la situación en que tendremos a un grupo de individuos vinculados con elementos dañosos en virtud de habitar el edificio desde el cual cayó o fue arrojada la cosa que provocó el daño<sup>104</sup>.

Dice Roque F. Garrido que nuestro Codificador, con magistral visión, estableció casos de responsabilidad objetiva, y que no puede desconocerse que el alcance del art. 1119, que no admite prueba de ausencia de culpa, es establecer un tipo de responsabilidad más allá de la culpa<sup>105</sup>.

Estamos en la corriente que propugna la generalización del esquema contenido en el art. 1119 del C C y en nuestro apoyo citamos a Llambías, quien al estudiar el tema explicaba que nada obsta a trasladar la solución legislativa a situaciones sustancialmente análogas, siendo legítimo utilizar este mecanismo proyectándolo a otras situaciones no contempladas por el legislador, pero semejantes. La ley no se contradice, y “habría contradicción, si sólo por la omisión de tratamiento por el legislador hubiera que contemplar diversamente a situaciones semejantes. Lo que importa es la semejanza substancial, que pide un tratamiento uniforme”<sup>106</sup>.

---

conciencia jurídica actual tiende a buscar antes que la existencia de un responsable ‘una reparación asegurada’ para la víctima”.

<sup>102</sup> Hemos señalado que la moderna tendencia en materia de Derecho de Daños tiende a dar a la víctima una adecuada reparación más que procurar el castigo del culpable.

<sup>103</sup> López Cabana, Roberto M., y Lloveras, Néstor L., *La responsabilidad colectiva, pautas para su aplicación en el Derecho Civil argentino*, E.D., t. 48,-799.

<sup>104</sup> Cazeaux, Pedro N., y Trigo Represas, Félix A.: *Derecho de las obligaciones*, t. IV, pág., 586, Ed. Platense

<sup>105</sup> Garrido, Roque Fortunato: *La responsabilidad objetiva y la culpa objetiva*, J.A., sec. Doctrina, t. 1, 1969;

<sup>106</sup> Llambías, Jorge Joaquín: *Responsabilidad colectiva o anónima*, E.D., t. 83- 786,

“El principio de analogía, que constituye un medio normal de integración del derecho, autoriza al intérprete acerca del presente asunto a efectuar una construcción jurídica, que partiendo de determinadas

Jorge Mosset Iturraspe señalaba que en la responsabilidad colectiva se dan perfectamente marcados los elementos de la misma, antijuridicidad, daño, relación de causalidad y un factor de atribución<sup>107</sup>.

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

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

Nosotros hemos dado como fundamento de la responsabilidad colectiva al riesgo, y será su existencia la que posibilitará ampliar el específico caso del art. 1119 del CC a las nuevas situaciones como las del riesgo del desarrollo<sup>108</sup>.

Con respecto a cómo deben responder o indemnizar a la víctima los integrantes del grupo, compartimos el criterio sentado en el Punto 13 del Despacho de la Comisión N° 5 de las ya mencionadas V Jornadas Nacionales de Derecho Civil<sup>109</sup>, que estableció la obligación in solidum<sup>110</sup>.

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

Sin embargo, la posición que sustentamos no es unánime en doctrina, ya que muchos autores se pronuncian por el carácter

---

soluciones particulares permite inducir un principio general, del cual esas soluciones no son más que aplicaciones”.

<sup>107</sup> Mosset Iturraspe, Jorge: *Daños causados por un miembro no identificado de un grupo determinado*, J.A., sec. Doctrina, 1973

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

<sup>108</sup> Garrido Cordobera, Lidia M.R. *La responsabilidad colectiva*, RCyS Ed La Ley, año VII n VI julio 2006

<sup>109</sup> Punto 13: “Cuando un daño es causado por un miembro no identificado de un grupo determinado, todos sus integrantes están obligados in solidum a la reparación si la acción del conjunto es imputable a culpabilidad o riesgo”.

<sup>110</sup> Recordemos que la responsabilidad in solidum tiene para la corriente moderna su fundamento en la idea de garantía, que significa ofrecer a la víctima la mayor probabilidad de ser indemnizada por los diversos codeudores, poder elegir al más solvente ante el daño originado por un producto aunque no se sepa si el producto consumido era suyo o no, como se ve, beneficia a la víctima

simplemente mancomunado de que la obligación de reparar; se tendrá entonces que dividir por partes iguales entre los componentes del grupo, y se reconoce que desde el punto de vista del damnificado esta situación perjudica su crédito, pero aluden al carácter excepcional de este tipo de responsabilidad.

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

### **b)1.2. La teoría del *Markert Share*.**

Siguiendo las líneas de las ideas vertidas en nuestro trabajo sobre el tema, podemos recordar que en el derecho norteamericano se recepta esta figura como un nuevo instrumento tendiente a brindar la indemnización a ciertas víctimas, cuyos daños por la aplicación de un sistema de responsabilidad estricto quedarían, de otro modo sin ser resarcidos<sup>111</sup>.

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

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

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

---

<sup>111</sup> Garrido Cordobera, L M R y Cordobera G de Garrido, Rosa *La responsabilidad por participación en el mercado (MARKET SHARE)* en *La responsabilidad*, pag 359 y ss, Ed Abeledo Perrot, 1995.

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

Aquí se introdujo la idea, no de una responsabilidad solidaria pues la acción no sería simultánea, (como se da en el accidente de caza), expresándose que en la cuestión planteada y que se debía resolver que la participación en la producción era desigual, por ello, el Juez Mosk sentó la tesis del "*market share*"<sup>112</sup>, por la que se establece, que desde que el demandado ha elaborado productos y los ha introducido en el mercado produciendo daños, debe probar que no ha sido el suyo -su producto- el que produjo el daño, de no poder hacerlo y como la actividad no es desempeñada solamente por él, debe responder en la proporción de su participación en el mercado.

Kemelmajer de Carlucci ha dicho al referirse al tema, que si veinte laboratorios fabrican el producto, pero sólo cinco de ellos manejan el 90% de la producción, cada uno de ellos contribuirá conforme a la participación que tiene en el mercado consumidor<sup>113</sup>.

La Corte de California consideró que la responsabilidad por el todo de cualquiera de los sujetos elaboradores, produce la consecuencia injusta pues la responsabilidad financiera no guarda proporción con el provecho obtenido<sup>114</sup>.

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

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

Una consecuencia, muy trascendente se dará en materia de insolvencia en cuanto se defina que se aplicara una responsabilidad "*in solidum*" o se basará en la proporción en el mercado<sup>115</sup>.

---

<sup>112</sup> Esta teoría es conocida en el derecho francés como "*part du marche*" (teoría de la participación en el mercado) y ha sido aplicada en resonantes casos.

<sup>113</sup> Kemelmajer de Carlucci, Aida, *Ponencia a la Jornadas rioplatenses*, en Revista Jurídica de San Isidro, nº. 24, pág. 134, enero-junio 1988,

<sup>114</sup> Esto denota, a nuestro entender, una necesidad de discernir entre la teoría del "riesgo provecho" y la del "riesgo creado"; realmente nosotros adherimos a la teoría del "riesgo creado", desde el punto de vista filosófico y atándonos normativamente a nuestro Derecho Positivo.

<sup>115</sup> Las obligaciones "*in solidum*" han tenido un gran desenvolvimiento en Francia y doctrinaria y jurisprudencialmente han sido receptadas en nuestro país, ciertos autores las han justificado en la idea de protección de la víctima, de otorgarle una mayor garantía para la satisfacción de su derecho a ser

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

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

Kemelmajer de Carlucci, considera expresamente la posible aplicación en nuestro derecho pues advierte grandes semejanzas con la responsabilidad mancomunada establecida en el art. 1121 del Código Civil argentino<sup>116</sup>.

Debemos volver a expresar que creemos que la “teoría de la participación en el mercado” es muy útil en temas de daños colectivos, puede reconocerse la presencia de un fundamento objetivo de responsabilidad (el riesgo y la garantía) que genera una obligación de reparar “*in solidum*” entre los componentes del grupo, situación que es más favorable a la víctima<sup>117</sup>.

Además creemos que no se contradice con el requisito de la relación de causalidad<sup>118</sup> y que se cumpliría, en principio, con el fin de la distribución entre los pertenecientes a un grupo del cual se generó el daño, y también que ese ensanchamiento en la legitimidad pasiva se justifica plenamente por las circunstancias socio-económicas del tiempo que nos toca vivir, siendo de plena aplicación a algunos supuestos que el “riesgo de desarrollo” puede plantear.

---

indemnizado frente a la posible insolvencia de alguno de los responsables o también de su ausencia, fallecimiento, etcétera, mientras que en aplicación de la teoría del “*market share*” estaremos frente a lo que en nuestro Derecho son las obligaciones simplemente mancomunadas de los participantes de un grupo, lo que hace que la insolvencia en las circunstancias que apuntamos las soporte la víctima.

<sup>116</sup> Kemelmajer de Carlucci, Aida, *Ponencia a la Jornadas rioplatenses*, en Revista Jurídica de San Isidro, n<sup>o</sup>. 24, pág. 134, enero-junio 1988,

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

<sup>117</sup> Garrido Cordobera, L M R y Cordobera G de Garrido, Rosa *La responsabilidad por participación en el mercado (MARKET SHARE)* en La responsabilidad, pag 359 y ss, Ed Abeledo Perrot, 1995

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

<sup>118</sup> Que se da entre el daño y la actividad desarrollada por el grupo.



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

En materia de productos se ha discutido también en la Argentina la aplicación del sistema de la culpa (art 1109 C.C.) sobre todo en sus vertientes de culpa presumida o *in re ipsa*<sup>119</sup>, pero creemos que en materia de “productos biotecnológicos” es marcada la referencia al elemento objetivo por lo que lo abordaremos desde esa óptica y en este tema seguiremos los lineamientos sostenidos por los tratadistas Roque F Garrido y Luis O. Andorno en su obra sobre los alcances del art. 1113 del Código Civil<sup>120</sup>.

### **b).2.1. La teoría del riesgo.**

Los hermanos Mazeaud dicen que una cosa es exigir la responsabilidad del autor de un daño negando todo examen de su conducta (teoría del riesgo), y otra es no declararlo responsable sino en los casos en que otra persona habría obrado de manera distinta (apreciación de la culpa in abstracto) y ajustándose al criterio de que no existe responsabilidad sin imputabilidad en el hecho propio, sostienen que la culpa civil no intencional debe, apreciarse in abstracto<sup>121</sup>.

Josserand, afirmó que se debía abandonar la noción de culpa para admitir que somos responsables, no solamente por los actos culposos, sino de nuestros actos, pura y simplemente, desde que hayan causado un daño injusto o anormal, se puede prescindir de la idea de

---

<sup>119</sup> Lambias, Jorge J, *Daños causados por productos elaborados*, LL1979-B-1093

<sup>120</sup> Garrido Roque F - Andorno, Luis O., *El artículo 1113 del Código Civil*, Ed Hammurabi, 1983.

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

<sup>121</sup> Lafaille, Héctor: *Tratado de las obligaciones*, pag 393 y ss.

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

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

culpa y que, aquél que crea el riesgo, responderá por las consecuencias perjudiciales a terceros.

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

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

Garrido y Andorno consideraban necesario debido a las discusiones siempre apasionadas en nuestro país, señalar citando a Aguiar Días, que la pujanza de la evolución en la sociedad moderna impulsa hacia nuevas concepciones<sup>122</sup>.

Garrido y Andorno consideraban necesario debido a las discusiones siempre apasionadas en nuestro país, señalar citando a Aguiar Días, que la pujanza de la evolución en la sociedad moderna impulsa hacia nuevas concepciones<sup>123</sup>.

---

<sup>122</sup>Garrido Roque F - Andorno, Luis O., *El artículo 1113 del Código Civil*, pag., 78 ss Ed Hammurabi, 1983

Filosóficamente no es aceptable imaginar responsabilidad sin culpa. Nos dice que si quisiéramos conservar la rigurosa interpretación técnica del término, sólo puede ser entendida como consecuencia de la conjugación de estos elementos: imputabilidad más capacidad. De eso se aprovechan los partidarios más ardientes de la doctrina subjetiva, pero olvidan que ya no se trata de responsabilidad civil —aunque convenga conservar el *nomen juris* impuesto por la semántica— el problema ha trascendido esos límites, se trata de reparación del daño

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

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

2) Los principios accesorios de carácter económico-político:

a) Principio del interés activo del agente;

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

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

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

<sup>123</sup>Garrido Roque F - Andorno, Luis O., *El artículo 1113 del Código Civil*, pag., 78 ss Ed Hammurabi, 1983

Filosóficamente no es aceptable imaginar responsabilidad sin culpa. Nos dice que si quisiéramos conservar la rigurosa interpretación técnica del término, sólo puede ser entendida como consecuencia de la conjugación de estos elementos: imputabilidad más capacidad. De eso se aprovechan los partidarios más ardientes de la doctrina subjetiva, pero olvidan que ya no se trata de responsabilidad civil —aunque convenga conservar el *nomen juris* impuesto por la semántica— el problema ha trascendido esos límites, se trata de reparación del daño

Aguiar adhiere a la tesis del jurista húngaro Marton, quien parte del principio de que la responsabilidad es necesariamente una reacción provocada por infracción a un deber preexistente, verdadera fuente de la

Llambías, se ha referido duramente, en su primer comentario a la reforma, descalificando la teoría del riesgo, por considerarla vacía de contenido moral, al disociar la responsabilidad de la censura que merece la conducta humana sancionada, la considera gravemente funesta y en forma de conclusión dice: que “Propugna, sin que ello haya sido advertido por los corifeos de la tesis, una organización social vaciada en sus cimientos de sustancia moral, pues, indudablemente, si hay algún asunto en el que aparece clara esa inmersión del derecho en el orden ético, es el problema de la responsabilidad, que no es posible resolver haciendo abstracción del efectivo estado de conciencia del imputado”<sup>124</sup>.

Creemos que el error fundamental, ha sido negar el valor ético de la teoría del riesgo creado, olvidando su origen en el campo laboral e industrial, para proteger al obrero o a un tercero, frente a una interpretación rígida de los principios civiles que le niegan la reparación cuando falta la prueba de la culpabilidad del principal; fue en su resguardo y con una profunda sensibilidad social, y resulta incomprensible que esa teoría, al ser trasladada de la esfera laboral a la civil, haya perdido en la ruta su contenido esencial ético<sup>125</sup>.

En cuanto a las críticas<sup>126</sup> a esta teoría del riesgo respecto a su onda expansiva, en nuestra opinión, no debe darse un carácter excesivo a la aplicación de la teoría del riesgo, ella debe estar para aquellos supuestos en que se han incorporado al medio factores que por su naturaleza o forma de uso, son potenciales productores de daño y que requieran la más inmediata protección de los damnificados.

---

responsabilidad, el ser responsable es el Estado sobrevenido como consecuencia de la inexecución de la obligación, que da lugar a la aplicación de sanciones. y los fundamentos de la responsabilidad civil son:

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

2) Los principios accesorios de carácter económico-político:

a) Principio del interés activo del agente;

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

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

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

<sup>124</sup> Llambías, Jorge J, *Estudios de la Reforma del Código Civil* pág., 278 y ss. Ed Abeledo Perrot

<sup>125</sup> Por ello ya en el “IV Congreso Nacional de Derecho Civil”, doctrinarios como Garrido y Andorno, rechazaron reiteradamente la afirmación del vacío moral de la teoría del riesgo creado, y expresaron siempre que no resultaba justificada la afirmación de que esta forma de reparación de los daños, sacrificara los valores morales y careciera de todo sustento moral, para afirmarse en una pura relación de causalidad física, sostenían que la denominada responsabilidad sin culpa tiene un profundo contenido ético, en su origen, para controlar la desigualdad jurídica que determina la creación del riesgo, apunta a realizar un fin de equilibrio entre quienes integran un determinado conglomerado social.

<sup>126</sup> Es útil recordar los argumentos que afirman que no es admisible en una sociedad progresista que existan daños sin la correspondiente reparación, muchas veces los paliativos por presunciones de culpa, si bien aptos para obtener el justo equilibrio, en determinados supuestos resultan insuficientes, en especial cuando se incorporan medios de notoria actitud dañosa pero que socialmente permiten una mejor producción o una distribución más eficaz de los bienes.

La reparación del daño debe otorgarse como consecuencia de la incorporación del elemento dañoso o peligroso<sup>127</sup> y para algunos del beneficio obtenido con su utilización. La Teoría del Riesgo no admite la posibilidad de ejercer una actividad que pueda generar daños, por la naturaleza de las cosas o por su forma de utilización<sup>128</sup>.

El fin eminentemente ético de este Instituto demuestra la inconsistencia de la postura que la considera vacía de contenido moral, y ya indicamos que el problema debe mirarse desde el punto de vista de la víctima y que lo realmente reñido con la ética, los valores morales y el sentido de justicia, es suponer que se admita la producción de daños por la incorporación de cosas ó actividades riesgosas o peligrosas al medio social, que casi siempre se obtengan beneficios y no se reparen los daños individuales y colectivos<sup>129</sup>.

Recordemos, que en la doctrina italiana la empresa debe responder por el riesgo típico de su actividad, se habla de riesgo de empresa y los daños que ocurren con mayor frecuencia son los ambientales o los ligados a la comercialización de producto, sobre todo este ultimo vemos que puede ser calculado con facilidad y estadísticamente computable, para Guido Alpa el riesgo de empresa comprende todos los daños ocasionados al consumidor, aunque ellos sean riesgos atípicos, ya que estamos frente a una imputación objetiva de responsabilidad. En nuestro país también se ha evolucionado en tal sentido, y se habla del riesgo de empresa<sup>130</sup> en los accidentes o daños laborales; los daños al medio ambiente; y los daños al consumidor

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

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

El concepto de vicio puede extraerse del texto del art. 2164 del Código Civil que define a los vicios redhibitorios como los defectos ocultos de la cosa que la hacen impropia para su destino, la existencia de estos defectos ocultos, aunque ignorados por el propietario, en la terminología del Código, cuando influyen en el destino normal de la cosa ocasionando daños, da origen a la responsabilidad del propietario o guardián<sup>131</sup>.

Recordemos que en nuestro sistema son requisitos para que prosperen las acciones por vicios que: se trate de situaciones de hecho no de derecho, ser ocultos<sup>132</sup>, ignorados por el adquirente, ser graves o

<sup>127</sup> Pizarro, Ramón Daniel, *Responsabilidad civil y riesgo de empresa*, T I, Ed La Ley, 2006.

<sup>128</sup> Pizarro Ramón Daniel, *Responsabilidad civil y riesgo de empresa*, T II, Ed La Ley, 2006

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

<sup>129</sup> Garrido Cordobera, Lidia M R, *Implicancias de la responsabilidad por riesgo*, en Libro Homenaje a los Congresos de Derecho Civil, Ed Academia Nacional de Derecho de Córdoba, 2009

<sup>130</sup> Pizarro Ramón Daniel *Responsabilidad civil y riesgo de empresa*, T I., II y III Ed La Ley, 2006

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

<sup>131</sup> Garrido, Roque F y Zago Jorge A, *Contratos Civiles y Comerciales*, T1 pág. 378 y ss., Ed Universidad 1985

<sup>132</sup> Para determinar qué debe entenderse por “*vicio oculto*” encontramos varias posiciones doctrinales.

tener entidad (de modo tal que de haberlo conocido no habría realizado el negocio en esas condiciones), existir al momento de la adquisición del bien y que no exista convención expresa de dispensa entre las partes, ya hemos sostenido en varios trabajos que no consideramos válidas estas cláusulas cuando desnaturalizan o restringen la responsabilidad, aunque el art. 2166 del Código Civil alude, sólo como inválidas, a las que se realizan con dolo del enajenante<sup>133</sup>.

Recordemos que para Llambías la naturaleza de la responsabilidad del dueño o guardián es de carácter subjetivo y al referirse al fundamento de esta responsabilidad por el daño producido por el vicio de la cosa dice que no se ha alterado el sistema argentino, ya que, le parece innegable que antes de 1968 la responsabilidad se fundaba en una culpa presunta, se reprochaba que no se hubiera ejercido las facultades para subsanar esa deficiencia que resultó perjudicial, lo que configuraba típicamente una conducta culposa, agregaba que esto no queda desmentido por la imposibilidad en la que nos encontramos luego de la reforma, de no poder demostrar la ausencia de culpa, ello sólo significa que la presunción de culpa que antes era “juris tantum” ha pasado ahora a ser “juris et de jure”<sup>134</sup>..

Sostiene que el fabricante estaba en el deber de no lanzar a la circulación un producto defectuoso y con aptitud de dañar al prójimo, si el daño sobrevino a causa del vicio de fábrica, ello basta para probar la culpa del fabricante a quien se le puede reprochar que no haya previsto lo que era en sí previsible, se encuentra latente en esta hipótesis la culpa del responsable, “...cuando el daño es producido por un vicio de fábrica, ello evidencia que ha intervenido la culpa del fabricante que está cantada, *res ipsa loquerit*, nada más hay necesidad de probar”<sup>135</sup>

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

---

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

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

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

<sup>133</sup> Garrido Cordobera, Lidia M R y Cordobera G de Garrido Rosa *Las cláusulas exonerativas ó limitativas de la responsabilidad profesional*, en *Las responsabilidades profesionales*, Ed Platense S.R.L., 1992.

<sup>134</sup> Llambias Jorge J, *Tratado de derecho civil- Obligaciones T IV A*, pág., 2635, Ed Adeledo Perrot, 1973

<sup>135</sup> Llambias Jorge J, *Tratado de derecho civil- Obligaciones T IV A*, pág., 2635, Ed Adeledo Perrot, 1973

demandado para liberarse de la responsabilidad deberá a su vez destruir la presunción de culpa que resulta de haber fabricado o elaborado el producto nocivo”<sup>136</sup>.

Manifestamos nuestra discrepancia con esta interpretación de la ley, creemos que hay una contradicción interna notoria en ese razonamiento, porque si está vedada la prueba de la falta de culpa, no cabe otra conclusión que admitir que se trata de una responsabilidad objetiva<sup>137</sup>.

La recomendación aprobada por Minoría: en las VIII Jornadas Nacionales de Responsabilidad Civil establecía “La responsabilidad del elaborador o fabricante es de carácter extracontractual, con fundamento en un factor de atribución objetivo encuadrado en el art. 1113 del Código Civil que consagra el deber de responder por los daños causados por el vicio de las cosas, como así también por las circunstancias de haber creado un riesgo al lanzar al mercado un producto defectuoso”<sup>138</sup>.

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

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

Recordemos lo que sucede cuando un producto mal elaborado origina un grave daño en la salud del paciente por su aplicación médica (en la Argentina han existido casos de daños por aplicaciones de inyecciones de hierro a embarazadas), la forma de utilización ha sido normal, ya que la experiencia común indica los beneficios de la aplicación de ese específico, pero por contener algún elemento nocivo por defecto de elaboración se causa un daño, no caben dudas de que existe responsabilidad por vicio de la cosa y la responsabilidad es

---

<sup>136</sup> Bustamante Alsina Jorge *Teoría General de la Responsabilidad Civil* pág., 383, Ed Abeledo Perrot 1983

<sup>137</sup> Garrido Cordobera, Lidia M R, *Implicancias de la responsabilidad por riesgo*, en Libro Homenaje a los Congresos de Derecho Civil, Ed Academia Nacional de Derecho de Córdoba, 2009  
Garrido Cordobera, Lidia M R - Busto Lago, Manuel, *Los riesgos del desarrollo, una visión comparada*, Ed Reus 2010

<sup>138</sup> Luego fue proclamada unánimemente en V Jornadas Rio Platenses de Punta del Este 1986 y se consolida en las IV Jornadas Sanjuaninas de Derecho Civil (San Juan 1989), el Congreso Internacional de Derecho de Daños (Buenos Aires 1989), XV Jornadas nacionales de Derecho Civil (Mar del Plata 1995) Hom a Chabas el 9 al 11 de octubre de 2007, Hom a López Cabana el 23 al 25 de septiembre de 2010 el ultimo

objetiva en la producción del daño por el uso de la cosa viciada, desconocido para el consumidor.

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

### **b).2.3. Consideraciones comunes**

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

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

La coexistencia del riesgo y del vicio de la cosa se da cuando hay utilización frecuente de ciertos bienes dotados de una notoria peligrosidad, como sucede normalmente con los medicamentos<sup>139</sup> y otros productos tan comunes en la sociedad moderna<sup>140</sup>.

Reflexionando un poco respecto a la responsabilidad del fabricante frente al damnificado no contratante nos parece razonable sostener que debe descartarse la responsabilidad contractual por la inexistencia de vínculo directo entre el fabricante no vendedor y el damnificado, por ende, debemos movernos en consecuencia dentro del ámbito de la responsabilidad extracontractual ya que en el sistema argentino la regla consagrada en el art. 1195 del CC, es clara al respecto, el damnificado es un tercero frente al fabricante<sup>141</sup>.

---

<sup>139</sup> Primeras Jornadas sobre responsabilidad Civil por productos farmacéuticos y medicinales, Moron 1987

<sup>140</sup> Es posible que a pesar de ser un producto de reciente fabricación sea causa de daños por la aparición inesperada de un defecto oculto no apreciado por el fabricante o por el propietario, como el desprendimiento de la dirección por defecto material, o el estallido de un neumático, ú otra circunstancia similar.

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

<sup>141</sup> Además reiteramos que a nuestro juicio la posición justa es la de encuadrar la responsabilidad del fabricante en el art. 1113,del CC por cuanto el daño proviene del vicio de la cosa que tiene como presupuesto defectos de la misma o del riesgo que lleva en si, que es causa de producción del daño.

Quienes sostienen la inaplicabilidad del art. 1113, 2ª parte, se atienen a una interpretación literal de dicha norma y fundamentan en el hecho de que el fabricante no sería el dueño o guardián de la cosa, ignorando con ello el avance que ha significado incorporar a nuestra legislación el sentido de solidaridad social insito en varios Institutos de la Reforma del año 1968.

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

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

Frente a la producción de un perjuicio debe responder aquella persona que pone las condiciones necesarias para que en un proceso de causalidad adecuada se origine el daño; que en el caso de los daños causados por los defectos<sup>142</sup> o riesgos de los productos, esa persona es el fabricante.

López Cabana y Lloveras, también sostienen que si bien el texto de la norma sólo incluye al dueño o guardián de la cosa cuyo riesgo generó el daño, la hermenéutica apropiada del precepto debe apoyarse en la fundamentación última de la teoría exteriorizada por el art. 1113 Código Civil, cuyo punto de partida ha de ser ineludiblemente la creación del riesgo, no debe perderse de vista que la justificación social de la Teoría del Riesgo deviene precisamente de la necesidad de colocar un deber de resarcir los daños en cabeza de quienes los introducen (o crean) en la comunidad <sup>143</sup>.

Coincidimos con tal criterio y con el sostenido por Garrido y Andorno, no cabe una interpretación estrecha del art. 1113 del CC sino que debe obrarse con un criterio amplio que contemple la finalidad de dicha norma, la que impone un deber de garantía hacia la comunidad por parte de quien incorporó a la misma una cosa susceptible de causar perjuicio<sup>144</sup>.

En cuanto a las causales de exoneración o liberatorias de responsabilidad, tanto los subjetivistas como los objetivistas, coinciden

---

<sup>142</sup> Moiset de Espanes Luis y Ferreyro Rubio Delia, *ponencia* a las VIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil

Los motivos son:

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

<sup>143</sup> López Cabana, Roberto M y Lloveras, Néstor *La Responsabilidad Civil del industrial. Régimen de reparación de daños causados por productos elaborados ED*, 64-549.

<sup>144</sup> Garrido, Roque F y Andorno, Luis O, *El artículo 1113 del Código Civil*, Ed Hammurabi, 1983



en que no es suficiente demostrar la falta de culpa del fabricante para liberarlo de su responsabilidad frente a la víctima.

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

- a) El caso fortuito, para nosotros extraño a la empresa<sup>145</sup>.
- b) La culpa de la víctima<sup>146</sup>.
- c) El hecho del tercero por quien no debe responder<sup>147</sup>.

No se libera por la circunstancia de contar el producto con autorización estatal para su comercialización, un problema particular se plantea cuando se acredita que se ha seguido las normas imperativas dictadas por los poderes públicos<sup>148</sup>.

Respecto del caso fortuito o fuerza mayor cabe recordar que conforme a parte de la doctrina entendemos que en los casos de responsabilidad objetiva, tanto contractual como extracontractual, el caso fortuito debe ser extraño a la cosa o a la actividad, es decir que el *casus* deberá provenir del *exterior*, ser ajeno a la actividad desarrollada por el fabricante<sup>149</sup>.

Para Bustamante Alsina el demandado puede demostrar la existencia de un supuesto de caso fortuito o fuerza mayor, cuando se hubiera hallado en la necesidad de elaborar un producto, con materias nuevas de aplicación poco experimentada, pero aprobadas por las autoridades oficiales respectivas<sup>150</sup>, el resultado dañoso habría sido así imprevisible para el fabricante, nosotros no coincidimos con el distinguido jurista, creemos que habría responsabilidad aunque la existencia de tal estado de necesidad implique aplicar un supuesto distinto, como ser el de responsabilidad por equidad, pero igualmente con una base objetiva<sup>151</sup>

También existirá eximición de responsabilidad por parte del fabricante cuando existiese culpa de un tercero por quien no debe responder, el ejemplo podría ser el caso de un medicamento que es vendido en una farmacia luego de la fecha de vencimiento del mismo, en este supuesto, si se causare un daño, será el farmacéutico y no el laboratorio que lo hubiere fabricado el responsable.

En cuanto a la culpa de la víctima, se ha dicho que sí se tratase de productos que sean en si mismos peligrosos para el uso o consumo, ó que requieren recomendaciones especiales para ello, el fabricante o productor debe dar instrucciones para el uso, mediante advertencias en

---

<sup>145</sup> Pizarro, Ramón D , *Responsabilidad civil y riesgo de empresa*, T I , Ed La Ley, 2006

<sup>146</sup> Pizarro, Ramón D , *Responsabilidad civil y riesgo de empresa*, T II, pag 384, Ed La Ley, 2006

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

<sup>147</sup> No tienen en nuestro derecho ese carácter quienes intervienen en la cadena de comercialización.

<sup>148</sup> Sin embargo nos atenemos a la nota del art 2619 del CC que establece que la autorización administrativa no obsta a la reparación de los daños que se produzcan

<sup>149</sup> “*V Jornadas Sanrafaelinas de Derecho Civil*” celebradas en 1978

<sup>150</sup> Bustamante Alsina Jorge, *Teoría General de la Responsabilidad Civil* pág., 384, Ed Abeledo Perrot 1983

<sup>151</sup> Garrido Cordobera, Lidia M R - Busto Lago, Manuel, *Los riesgos del desarrollo, una visión comparada*, Ed Reus 2010

los envases o prospectos que acompañan a los mismos y ello permitirá en cada caso observar la conducta culpable o no de la víctima<sup>152</sup>.

Por supuesto que la circunstancia de que el producto contase con autorización estatal para su comercialización no libera al elaborador, tal autorización acarreará responsabilidad del Estado por falta de servicio ya que la autorización conferida al elaborador, lo es bajo la condición de que los productos respectivos no causen daño a las personas o a los bienes de éstas, no implican legitimación para dañar<sup>153</sup>.

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

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

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

En las VIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, de La Plata de 1981, se consideró que el fabricante asume frente al adquirente un deber de seguridad por los daños que el producto puede causar, esta obligación de garantía emana de los arts. 1198 del Código Civil, (aunque también se citan los arts. 512 y 902 del Código Civil) reconociéndose la posibilidad, al ser de origen contractual, de optar por la vía extracontractual si se configuran los extremos prescriptos por el art. 1107 del Cód. Civil en virtud de la opción aquiliana<sup>154</sup>.

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

Se ha venido acentuando tanto en la doctrina como en la Jurisprudencia, sea ya en su aplicación como obligación tacita de seguridad acompañando a otras obligaciones que aparecen como obligación principal de los contratos, o bien surgiendo directamente de una disposición legal. Se ha dicho que la obligación de seguridad crea un deber positivo de actuar para proteger a otros<sup>155</sup>.

Para Pizarro y Vallespinos es el deber secundario que expresa o tácitamente asumen las partes, en ciertos contratos de preservar a la

---

<sup>152</sup> No compartimos las sentencias respecto al consumo de tabaco en la Argentina Garrido Cordobera, Lidia M.R., *Casos de Responsabilidad Civil*, Ed La ley 2006

<sup>153</sup> Garrido Cordobera, Lidia M R - Busto Lago, Manuel, *Los riesgos del desarrollo, una visión comparada*, Ed Reus 2010

<sup>154</sup> Bustamante Alsina, *Teoría General de la Responsabilidad Civil* pág., 384, Ed Abeledo Perrot 1983

<sup>155</sup> Prevot, Juan Manuel y Chaia Rubén, *La obligación de seguridad* Ed Hammurabi 2005

persona y bienes de sus co-contratantes respecto de los daños que puedan ocasionarse durante su ejecución, señalando que la utilidad practica depende de que se afecten intereses distintos al de la realización de la prestación principal, pero no obsta al carácter contractual la circunstancia de reconocer su génesis en una norma legal<sup>156</sup>.

Consideramos que la obligación que asume el fabricante vinculado contractualmente con el adquirente es una obligación de resultado y por ende es suficiente con que el damnificado acredite la relación de causalidad adecuada entre el uso o consumo del producto y el acaecimiento del daño, no requiriere entonces la prueba de la culpa del fabricante<sup>157</sup>.

Se dice que en nuestro ordenamiento las obligaciones tácitas de seguridad tienen su base en el art. 1198 en su primera parte, y recordemos que la Reforma del año 1968 introduce explícitamente a la buena fe en el ordenamiento argentino, esta regla básica está contenida cuando dice: “Los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe...” abarcando todos los momentos de la vida del contrato tanto la etapa precontractual como la pos contractual, hemos entendido que los deberes implícitos exigen a las partes desplegar conductas que garanticen la indemnidad de sus respectivas personas o bienes con motivo de la ejecución del contrato, cooperando activamente en la promoción de sus intereses recíprocos y en la evitación de daños<sup>158</sup>.

Dicen por ejemplo Agoglia, Meza y Boragina que la doctrina, en general, concibe a la obligación de seguridad como un deber calificado de fuente contractual, expreso o implícito, funcionalmente autónomo de los deberes primarios o típicos del negocio, emanado de la buena fe y cuya finalidad es preservar la indemnidad de las personas y la incolumidad de las cosas <sup>159</sup>.

Hemos sostenido nuestra posición en varios trabajos y creemos que, debido el avance tecnológico y las características de la sociedad actual, se viene acentuando tanto en la doctrina como en la Jurisprudencia el auge como factor de atribución de daños en virtud del deber de seguridad, sea ya en su aplicación como obligación tácita de seguridad acompañando a otras obligaciones que aparecen como obligación principal de los contratos, o bien surgiendo directamente de una disposición legal, siempre reconociéndole el carácter de autónomo, en ese momento alertamos que es usual advertir la nefasta utilización de cláusulas que tratan de morigerar los alcances tuitivos de la protección consagrada por nuestra Doctrina y Jurisprudencia, que

---

<sup>156</sup> Pizarro, Ramón D, Vallespinos, Carlos G, *Instituciones de Derecho Privado, Obligaciones*, t 2 pag 601 y ss Ed Hammurabi, 1999.

<sup>157</sup> Garrido Cordobera Lidia M R, *La obligación de seguridad*, ponencia XIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil Rosario 2003

<sup>158</sup> Garrido Cordobera Lidia M R, *La buena fe como pauta de interpretación de los contratos*, en Tratado de la Buena Fe en el Derecho Ed La Ley Bs As 2004.

<sup>159</sup> Agoglia, M Martha, Meza Jorge y Boragina Juan Carlos, *La buena fe y la obligación de seguridad*, en Tratado de la Buena fe en el Derecho, Ed La Ley. 2004

inducen muchas veces al error del damnificado de considerar que no prosperara su pretensión de resarcimiento, aunque jurídicamente sean invalidas<sup>160</sup>.

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

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

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

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

Hay que recordar que fueron varias las leyes que modificaron los alcances del articulado de la ley, las mas importantes serian la ley 24.499 en 1998, que reincorpora la responsabilidad de la cadena de comercialización del art 40, y, la ley 26361 de abril del 2008 que modifica e incorpora un total de 36 artículos, pero de gran importancia cuyo tratamiento y critica en esta oportunidad nos excede<sup>161</sup>.

La Responsabilidad Objetiva en la ley de defensa al consumidor, no es solamente aquella que se desprende del art. 40 (riesgo), sino que se han establecido otros factores de imputación de responsabilidad, objetivos que si bien se encuentran consagrados doctrinal y jurisprudencialmente en el Derecho Civil, han sido positivados en las relaciones de consumo, y que surgen de los arts. 4, 5 y 6 de la Ley 24.240<sup>162</sup>.

Veamos someramente algunas cuestiones, la ley en su versión actual expresa que es su objeto la defensa de los consumidores o usuarios, en el Derecho Argentino se entiende comprendidas a las personas físicas o jurídicas que contraten a titulo oneroso o gratuito

---

<sup>160</sup> Tanto la Doctrina, como la Jurisprudencia se pronuncian por su invalidez.

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

<sup>161</sup> Alterini, Atilio A, *Las Reformas a la ley de defensa del consumidor- primera lectura 20 años después*, Rev LL abril 2008

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

<sup>162</sup> Garrido Cordobera, Lidia M R, *La responsabilidad por riesgo de desarrollo en materia de productos de consumo*, en Responsabilidad Ed Rubinzaul Culzoni, 2007

para su consumo final o de su grupo familiar o social. La protección también alcanza a quien sin ser parte en la relación de consumo, como consecuencia o en ocasión de ella se encuentre expuesto a una relación de consumo<sup>163</sup>.

No hay discusiones, en cuanto al hecho que al ser una normativa que tiene como finalidad la tutela del consumidor<sup>164</sup>, de que toda interpretación de su texto se orienta en tal sentido, ya que por del art. 3"...en caso de duda, sobre la interpretación de los principios que establece la ley prevalecerá la más favorable para el consumidor" <sup>165</sup>.

El deber de informar surge expresamente del art.4<sup>166</sup>, que actualmente establece que el proveedor debe estar obligado a suministrar al consumidor en forma cierta, clara y detallada todo lo relacionado con las características esenciales de los bienes o servicios que provee y las condiciones de su comercialización. El suministro de la información debe ser siempre gratuita para el consumidor y ser proporcionada con la claridad necesaria que permita su comprensión<sup>167</sup>.

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

---

<sup>163</sup> Comprende la adquisición de tiempos compartidos, clubes de campo, cementerios privados, y figuras afines

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

<sup>164</sup> Dijimos que desde la sanción del primer texto normativo siempre la interpretación tendía a la que le brinde mayor protección, obteniendo desde entonces carta de ciudadanía en nuestro ordenamiento jurídico un nuevo principio general, el de la protección al Consumidor (*favor consumidor o in dubio pro consumidor*).

<sup>165</sup> Perez Bustamante, Laura, *La reforma de la Ley de defensa al consumidor*, en Reformas a Lay del Consumidor, La Ley 2008

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

<sup>166</sup> En el texto original decía: "Información. Quienes produzcan, importen, distribuyan o comercialicen cosas o presten servicios, deben suministrar a los consumidores o usuarios, en forma cierta y objetiva, información veraz, detallada, eficaz y suficiente sobre las características esenciales de los mismos",

<sup>167</sup> El no cumplimiento del deber de información ha tenido en la jurisprudencia un profuso desarrollo.

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

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

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

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

La Obligación de Seguridad<sup>168</sup> también está consagrada en los arts. 5 y 6 de la Ley 24.240, ya que el sentido de las normas es garantizar que quien adquiere un producto ó servicio no sufra daños por el uso de la cosa adquirida ó el servicio contratado<sup>169</sup>.

El art. 5 establece expresamente bajo el nombre “Protección al Consumidor” que las cosas o servicios deben ser suministrados o prestados en forma tal que utilizados en condiciones previsibles o normales de uso no presenten peligro alguno para la salud o integridad física de los consumidores o usuarios.

En el art. 6 se reafirma la protección estableciéndose que las cosas ó servicios cuya utilización pueda suponer un riesgo para la salud o la integridad física de los consumidores, deben comercializarse observando los mecanismos, instrucciones y normas establecidas razonables para garantizar la seguridad de los mismos.

Con la sanción de la Ley 24.499 se reinstaló, a nuestro modo de ver, una de las normas mas importantes, aunque la solución idéntica era viable por la aplicación de los arts.1119, 1198 y 1113 del C. C, el art. 40 consagra la responsabilidad objetiva y solidaria de toda la cadena de comercialización, estableciendo como única causal para eximirse, el deber de probar que la causa del daño le ha sido ajena; con excepción del transportista quien podrá liberarse si prueba que el daño o vicio en la cosa no se produjo en ocasión del transporte<sup>170</sup>.

Ello ha venido a poner fin a las discusiones en cuanto a quienes se encuentran legitimados pasivamente para ser demandados por los daños causados en materia de productos, imponiéndoles un tipo de responsabilidad “solidaria” entre los integrantes de la cadena de producción o comercialización<sup>171</sup>.

Sobre esta base, el citado art. 40 de la LPC ha establecido que los miembros de la cadena se podrán liberar “probando que la causa le es ajena..” creemos que esto, sólo puede entenderse como que se podrá probar que la causa le es ajena, demostrando la ruptura del nexo causal en alguna de las formas establecidas para el art. 1113 2º párrafo (ya sea mediante culpa de la víctima, culpa de un tercero por quien no se debe responder o caso fortuito o fuerza mayor externo), ya

---

<sup>168</sup> Lo que se entendía como un deber secundario de seguridad basado en una interpretación amplia del art.1198 del CC, se ha transformado por aplicación del art.5 de la ley 24.440 en un deber de seguridad inescindible de toda obligación que emane de un contrato que encuadre dentro del concepto de relación de consumo

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

<sup>169</sup> Hernandez Carlos A, Frustagli, Sandra, *Comentario a los arts 5 y 6*, en en Ley de Defensa del Consumidor Picasso, Sebastian -Vazquez Ferreira, Roberto, pag 73 y ss Ed La Ley 2009

<sup>170</sup>El art. 40 de la Ley de Protección al Consumidor establece “si el daño al consumidor resulta del vicio o riesgo de la cosa o de la prestación del servicio, responderán el productor, el fabricante, el importador, el distribuidor, el vendedor y quien haya puesto su marca en la cosa o servicio. La responsabilidad es solid pero seguimos sosteniendo que ésta es en realidad una responsabilidad “*in solidum*”, pues reconocen distinto origen y se deja abierta la vía de reintegro dado que se dice la frase “sin perjuicio de las acciones de repetición que correspondan” o sea en la proporción correspondiente.aria sin perjuicio de las acciones de repetición que correspondan. Solo se liberará total o parcialmente quien demuestre que la causa del daño le ha sido ajena”.

<sup>171</sup> Seguimos sosteniendo que ésta es en realidad una responsabilidad “*in solidum*”, pues reconocen distinto origen y además se dice la frase “sin perjuicio de las acciones de repetición que correspondan” o sea en la proporción correspondiente.

que en caso contrario saldríamos de un régimen de imputación objetiva para caer en uno de responsabilidad subjetiva con inversión de la carga probatoria, situación que realmente no creemos que haya sido perseguida por el legislador<sup>172</sup>.

Un norma que ha traído discusiones es el art 40 bis que incorpora la figura del daño directo<sup>173</sup> como todo perjuicio o menoscabo al derecho del usuario o consumidor susceptible de apreciación pecuniaria, ocasionado de manera inmediata sobre sus bienes o sobre su persona como consecuencia de la acción u omisión del proveedor de bienes. Estableciendo también un sistema de pago de montos indemnizatorios en sede administrativa que serán deducibles de otras indemnizaciones que por el mismo concepto le pudieran corresponder en sede judicial<sup>174</sup>.

Creemos que es sumamente importante la inclusión del Daño punitivo<sup>175</sup> en el art 52 bis, pese a la redacción criticable y a no compartir el tope legal dispuesto en la norma, se establece que el mismo es aplicable al proveedor que no cumpla con sus obligaciones legales o contractuales con el consumidor, a pedido de parte y en su beneficio, pero no podrá superar el límite de 5 millones de pesos, y se graduara en función de la gravedad del hecho y de las demás circunstancias<sup>176</sup>.

Sostenemos que esta norma se completa con los criterios del art 49 (perjuicio, posición en el mercado, cuantía del beneficio obtenido, gravedad de los riesgos o perjuicios sociales y su generalización, reincidencia)<sup>177</sup>.

Para cerrar este ligero pantallazo hay que recordar que la publicidad adquiere en las relaciones de consumo un papel preponderante, ya que se ha establecido por la ley argentina que ella integra el contrato, formando parte de la oferta atento la generación de confianza que impulsa en el consumidor a realizar el contrato y por ende conlleva responsabilidad (art 8)<sup>178</sup>.

## 9. Responsabilidad por Riesgo de Desarrollo

---

<sup>172</sup> Garrido Cordobera Lidia M R, *La responsabilidad por riesgo de desarrollo en materia de productos de consumo*, en Responsabilidad Civil Ed Rubinzal Culzoni, 2007

<sup>173</sup> Picasso Sebastián, *Nuevas categorías de daños en la Ley de defensa al consumidor*, Especial para La Ley, abril 2008

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

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

<sup>174</sup> Pizarro, Ramón D- Stiglitz Rubén *Reformas a la ley de defensa del Consumidor*, Rev La Ley 16/3/09

<sup>175</sup> Pizarro, Ramón D, *Daños Punitivos*, en Derecho de Daños, 2da p, pag 291 y ss, La Rocca 1993

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

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

<sup>176</sup> Picasso Sebastián *Comentario del art 52 bis*, en Ley de Defensa del Consumido. Picasso, Sebastian - Vázquez Ferreira, Roberto pag 593 y ss, Ed La Ley 2009.

<sup>177</sup> Garrido Cordobera, Lidia M R., *ponencia* al Congreso Internacional de Consumidores en *Hom a López Cabana*, 23 al 25 de septiembre de 2010.

<sup>178</sup> Santarelli, Fulvio, *Comentario del art 8*, en Ley de Defensa del Consumido. Picasso, Sebastian - Vázquez Ferreira, Roberto pag 99 y ss, Ed La Ley 2009

Dentro de la temática del desarrollo tecnológico y la protección al consumidor se ha planteado e intentado resolver la cuestión del “riesgo de desarrollo”, pero, dada la polémica existente sobre su reparabilidad la cuestión no está zanjada<sup>179</sup>.

El tema se polariza aun más en la doctrina y en la Jurisprudencia Argentina al no existir tampoco una consagración de la “excepción del avance de la ciencia” y si bien son pocos los casos en los que se ha planteado, en algunos a nuestro entender, lo ha sido de un modo confuso<sup>180</sup>.

La respuesta del derecho europeo al problema parece ubicarse en tres niveles: 1) el de la prevención (exigencia de la seguridad de los productos), 2) el de la responsabilidad civil de los fabricantes de productos que hayan causado daños corporales y, 3) el de las garantías de las víctimas por el seguro.

Nosotros creemos que también debería implantarse un fondo de garantía como se ha realizado para otros supuestos<sup>181</sup>.

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

Hay que considerar el concepto de “desarrollo” con un nuevo sentido, el que se acuña, según Cadwell, en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Ambiente Humano; la complejidad de un programa de desarrollo es creciente a medida que se combinan los valores económicos y ecológicos, que se suman otros factores tales como los legales<sup>182</sup>.

Siempre hemos sostenido que es una falacia el hablar de desarrollo *vs.* calidad de vida, pues el desarrollo debe beneficiar al hombre y no dañarlo, el progreso continuará, solo que tal vez exista más conciencia o debería existir respecto a las consecuencias que se pueden producir, es necesario el compromiso social y ético de las empresas, el Estado y los consumidores, cuando se habla de desarrollo sustentable o sostenible se hace referencia al avance de los conocimientos de la ciencia y de la técnica en límites armónicos con la preservación de la calidad de vida<sup>183</sup>.

---

<sup>179</sup> Garrido Cordobera, Lidia M R, *Los daños colectivos-prospectiva general*, Ed Javeriana 2009  
Garrido Cordobera, Lidia M R - Busto Lago, Manuel, *Los riesgos del desarrollo, una visión comparada*, Ed Reus 2010

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

<sup>180</sup> Garrido Cordobera, Lidia MR y Barocelli, Sergio S, *Responsabilidad por riesgo de desarrollo aproximaciones de la Jurisprudencia Argentina*, LL 2008-F (Rev del 21/9/08).

<sup>181</sup> Garrido Cordobera, Lidia M R - Busto Lago, Manuel, *Los riesgos del desarrollo, una visión comparada*, Ed Reus 2010

<sup>182</sup> Cadwell, Lynton: *Integración de la política ambiental y el desarrollo económico*, pag. 23 y ss., Rev. Ambiente y Recursos Naturales, vol. I, n° 3, Ed. La Ley, 1984.

<sup>183</sup> Garrido Cordobera Lidia M. R. *Los daños colectivos y la reparación*, Cáp. VI, pag. 158 y ss, Ed. Universidad, 1992.



Podemos decir, que puede conceptualizarse el “riesgo de desarrollo”, de un modo técnico, como aquellas consecuencias dañosas de un producto que siendo desconocidas con la utilización de las técnicas científicas idóneas al momento de su producción en masa, autorización para el consumo y comercialización, son luego, con el avance propio de la ciencia y las técnicas consecuencia directa de la utilización de dicho producto<sup>184</sup> .

Prieto Molinero señala que los “riesgos de desarrollo” son situaciones que se producen cuando ocurre un daño como consecuencia de un defecto que resultaba imposible de ser establecido debido a que el estado de la ciencia y de la técnica existente al momento de la puesta en circulación sencillamente no brindaba elementos para conocer o siquiera sospechar, el potencial dañino del producto<sup>185</sup> .

En este tema es clásico el trabajo de Salvador Coderch y Sole Feliu, para quienes serian riesgo de desarrollo los daños causados por un defecto de un producto que no era reconocible a la luz del estado de los conocimientos científicos y técnicos existentes en el momento de la comercialización del producto de que se trate<sup>186</sup>.

Para Luis Andorno con la expresión "riesgo de desarrollo" se hace referencia al “riesgo” como consecuencia del insuficiente desarrollo de la ciencia o de la técnica en el momento en que el producto ha sido puesto en circulación, según se ha señalado en la doctrina europea, de esta manera, los llamados “riesgos de desarrollo” suponen el carácter defectuoso de un producto del que, sin embargo, no se conocía ni se podía conocer su potencialidad dañosa y es posteriormente, cuando, una vez causados los daños, los desarrollos científicos y técnicos permiten calificar ese producto como defectuoso<sup>187</sup>.

La terminología usada de “riesgo” según Parra Lucan alude a los riesgos de daños como consecuencia del insuficiente desarrollo de la ciencia o de la técnica al momento de la puesta en circulación del producto y según Fagnart la expresión acuñada es desafortunada ya que el desarrollo de la ciencia lejos de constituir un riesgo, permite eliminarlos<sup>188</sup> .

Meza, Boragina y Agoglia sostienen que por “riesgo de desarrollo” debe entenderse aquél que no puede ser científicamente conocido por el elaborador al momento del lanzamiento del producto al mercado, llegando a ser descubierto después de su consumo<sup>189</sup> .

---

<sup>184</sup> Garrido Cordobera Lidia M. R. *Responsabilidad por riesgo de desarrollo*, en Bioética, Sociedad y Derecho, obra colectiva del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales “Ambrosio L. Gioja” de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales – UBA, Ed. Lerner, 1995.

<sup>185</sup> Prieto Molinero, Ramiro- El riesgo de desarrollo: un supuesto paradójico de la responsabilidad por producto, Ed. Dickinson, Madrid 2005.

<sup>186</sup> Salvador Coderch, Pablo – Sole Feliu, Joseph- *Brujos y aprendices- Los riesgos de desarrollo en la responsabilidad de producto*”, pag. 29, Ed. Marcial Pons 1999

<sup>187</sup> Andorno Luis O, *Responsabilidad civil por productos elaborados*, Ed. Lexis Nexis 1997.

<sup>188</sup> Prieto Molinero, Ramiro, *El riesgo de desarrollo: un supuesto paradójico de la responsabilidad por producto*, pag., 80 Ed. Dickinson, Madrid 2005.

<sup>189</sup> Meza Jorge, Boragina, Juan Carlos y Agoglia M Martha, *Doctrina JA 1997-III-636*

López Cabana y Goldenberg por su parte caracterizan al “riesgo de desarrollo” como la nocividad que entraña un producto que al tiempo de su introducción al mercado de consumo masivo era considerado inocuo, pero que investigaciones o comprobaciones posteriores ponen de manifiesto su dañosidad <sup>190</sup>.

La doctrina alemana ha introducido el tema de las denominadas “lagunas del desarrollo” para referenciar a los riesgos que están asociados a un producto pero que resultan inevitables, se sabe que el producto es potencialmente dañino pero se carece de medios para evitar el daño y dado el interés social se autoriza su comercialización; distinguiéndolo de los “defectos del desarrollo”, en los que se ignora el carácter defectuoso del producto y por ello se ignora su carácter dañino<sup>191</sup>.

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

El tema que nos ocupa requiere que recordemos que en el Derecho norteamericano el parámetro o canon de la responsabilidad objetiva se limita en su aplicación a los defectos de fabricación, mientras que “un canon por lo menos próximo a la responsabilidad por negligencia se prevee para los defectos de diseño y los relativos a las advertencias e instrucciones sobre las características y utilización del producto” <sup>192</sup>.

Esto obedecería a la recepción de criterios básicamente económicos de riesgo-utilidad por sobre el sociológico y normativo de las expectativas razonables del consumidor, evidenciando una influencia del análisis económico del Derecho.

Recordemos que la responsabilidad por culpa atiende a la razonabilidad de los actos llevados a cabo por el productor, mientras que la responsabilidad objetiva mira si el producto era razonablemente seguro para destinarse a sus usos previsibles.

Volviendo una vez mas sobre nuestra concepción de “riesgo de desarrollo”, nosotros la centramos más en la creación de un riesgo que en la noción de defecto propiamente dicho, el “riesgo de desarrollo” no es un defecto en si mismo, nosotros preferimos hablar de creación de riesgo y no eximimos al fabricante en virtud del avance de la ciencia en nuestro derecho<sup>193</sup>.

---

<sup>190</sup> Goldemberg Isidoro , ,López Cabana Roberto M, *Los riesgos de desarrollo en la responsabilidad del proveedor profesional de productos*, JA 1990, I, 917.

<sup>191</sup> Salvador Coderch, Pablo, Sole Feliu, Joseph, *Brujos y aprendices- Los riesgos de desarrollo en la responsabilidad de producto* pag. 41 y ss, Ed. Marcial Pons 1999.

<sup>192</sup> Salvador Coderch, Pablo, Sole Feliu, Joseph, *Brujos y aprendices- Los riesgos de desarrollo en la responsabilidad de producto* pag. 81 y ss, Ed. Marcial Pons 1999 ,

<sup>193</sup> Prieto Molinero, Ramiro-,*El riesgo de desarrollo: un supuesto paradójico de la responsabilidad por producto*, pg 113 Ed. Dickinson, Madrid 2005

Compartimos con Prieto Molinero la postura de que el “riesgo de desarrollo” no es un defecto en si mismo, aunque discrepemos, ya que para él es “una situación determinada dentro de la cual puede

Creemos que esta cuestión interesa al Derecho, por los daños irreversibles y masivos que produce y que nos enfrenta a un problema ético de quien soporta el daño si la víctima o el fabricante que actuó limitado con el saber de su tiempo.

Ante una realidad de ver daños tecnológicos sin ser reparados, bregamos por la instalación de los sistemas de fuente colectiva, hoy la certeza de que la víctima será reparada viene también de la mano de institutos tales como el seguro y los Fondos de Garantía<sup>194</sup>.

## 10. Los Elementos de la responsabilidad

Decíamos en nuestro libro que todas estas definiciones o conceptualizaciones nos llevan a establecer ciertos elementos comunes, vemos que la dañosidad del producto no podía ser conocida por el productor al momento de la comercialización debido al estado de la ciencia en ese momento, pero todas reconocen también, que el daño se encuentra en relación de causalidad con el producto, queda por establecer entonces jurídicamente si corresponde la responsabilidad del fabricante o corresponde algún tipo de excepción por avance de la ciencia, o por considerarlo una situación de fuerza mayor<sup>195</sup>.

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

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

Se argumenta que si las industrias financian y asumen el costo social podrían introducirse comportamientos ineficientes en el mercado, ya que no se asignarían todos los recursos a la producción, y se podrían desalentar aquellas actividades económicas que a pesar de generar daños son necesarias a la sociedad<sup>196</sup>;

Nosotros creemos que la “garantía de inocuidad” o “garantía de seguridad” corresponde a la estructura de todos los mercados, a la noción de Empresa y a la asunción por la misma de los riesgos insitos en la actividad que desempeña, recordemos que siempre hemos

---

producirse un defecto” y nosotros preferimos hablar de creación de riesgo, cabe ya aclarar que también lo hacemos en cuanto a eximir al fabricante en virtud del avance de la ciencia.

<sup>194</sup> Garrido Cordobera Lidia M. R. *Los daños colectivos –prospectiva general*, pag. 115 y ss Ed. Javeriana 2009.

<sup>195</sup> Garrido Cordobera, Lidia M R - Busto Lago, Manuel, *Los riesgos del desarrollo, una visión comparada*, Ed Reus 2010

<sup>196</sup> Hemos dicho en nuestros trabajos que la situación contraria nos conduciría a que las víctimas queden desamparadas en aras de lograr una mayor actividad productiva.

sostenido la existencia del riesgo de actividad con base en el criterio objetivo de la creación de riesgos y no en un factor subjetivo, por ello nos encolumnamos en la tendencia de imputar la responsabilidad al fabricante<sup>197</sup>.

No compartimos la corriente que lo considera un riesgo imprevisible y atípico y de que es injusto hacerlo recaer sobre el fabricante ya que es ingobernable e imprevisible estadísticamente, y, por ende, inasegurable al no poder saberse su dimensión. Apoyándose esta posición además en el prurito de que el vicio no estriba en la cosa en sí, sino en el nivel alcanzado por la ciencia y no en las tomas de medida de seguridad del empresario<sup>198</sup>.

En el sistema de responsabilidad del Código Civil Argentino, suele sostenerse que cuando la nocividad del producto resultare imprevisible al tiempo de elaborarlo, de ponerlo en circulación o comercializarlo, ninguno de los componentes de la cadena económica respondería frente al damnificado, pues si bien se revelarían como autores materiales del perjuicio, la imprevisibilidad conspiraría contra la posibilidad de considerarlos autores, vemos que el “riesgo de desarrollo” es asimilado una situación fortuita conforme a los principios que gobiernan la causalidad adecuada<sup>199</sup>.

Para la otra postura, a la que adherimos, para que el “riesgo de desarrollo” que actúe como eximente de responsabilidad deberá revestir la calidad de caso fortuito o fuerza mayor extraño al producto y a la empresa; no implicaría caso fortuito eximente, la *communis opinio* sobre la inocuidad del producto, si posteriores conocimientos científicos comprueban su dañosidad<sup>200</sup>.

Creemos que para que actúe como eximente de responsabilidad deberá revestir la calidad de caso fortuito o fuerza mayor extraño al producto y a la empresa ya que en palabras de Benjamín “atribuir al consumidor los riesgos del desarrollo, implicaría reintroducir en el ordenamiento, muchos de los elementos indeseables del sistema basado en la culpa, y el público estaría siendo, de hecho, guinea pigs en el proceso de experimentación de producto en el mercado”<sup>201</sup>.

Prieto Molinero centra su argumentación en la inexorabilidad, “sucede algo que va mas allá de la cualquier posibilidad de acción y que afecta por lo tanto la relación de causalidad” y contra los argumentos de

---

<sup>197</sup> Por ejemplo en los productos farmacéuticos y químicos existe un riesgo típico y que hoy nadie puede alegar desconocer y que es justamente la existencia de tales riesgos, aunque pueda desconocerse su dimensión hasta que éstos se consoliden.

<sup>198</sup> Prieto Molinero, Ramiro-, *El riesgo de desarrollo: un supuesto paradójico de la responsabilidad por producto*, pg 113 Ed. Dickinson, Madrid 2005

<sup>199</sup> Meza Jorge, Boragina, Juan Carlos y Agoglia M Martha, *Doctrina JA* 1997-III-636

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

<sup>200</sup> Goldemberg Isidoro , ,López Cabana Roberto M, *Los riesgos de desarrollo en la responsabilidad del proveedor profesional de productos*, *JA* 1990, I, 917

<sup>201</sup> Benjamín, Antonio, J.A., 1993-II-913.

que estamos frente a un hecho interno y no externo, sostiene que esta distinción se presenta como un artificio jurídico y que esto no va a quitar que el fabricante se enfrenta el límite invencible de el saber de su tiempo y que tanto este como el consumidor, son prisioneros de su tiempo, además de considerar que el fabricante no cuenta con los medios reales para intervenir y evitar el resultado dañoso<sup>202</sup>.

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

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

En el sistema argentino el fabricante respondería por darse la relación de causalidad adecuada (art. 906 C.C. Argentino), cabe incluirlo como ya lo hemos dicho en varios trabajos en la obligación de seguridad del Art. 1198 del C.C. Argentino y en el riesgo de actividad cuyo soporte legal lo hallamos en el art. 1113 2da parte del mismo cuerpo legal, en cuanto al Estado se está ante una responsabilidad basada en la mal denominada “falta de servicio” que es de carácter objetivo (art. 1112 C.C. Argentino) y operará de manera “*in solidum*” con el fabricante frente a la víctima.

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

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

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

Sostenemos que el daño producido por el “riesgo de desarrollo” es un daño resarcible, que debe ser indemnizado, que no existe una ruptura de la relación de causalidad y que el tiempo de manifestación

---

<sup>202</sup> Prieto Molinero, *El riesgo de desarrollo: un supuesto paradójico de la responsabilidad por producto*, pg pag. 114 Ed. Dickinson, Madrid 2005 ob., cit..

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

del daño es lo que debe ser tenido en cuenta por lo que juega la consolidación de los daños y no puede operar la prescripción contada desde la adquisición o consumo del producto.

Aquí nos enfrentado con un dilema, la seguridad jurídica que brinda el instituto de la prescripción y la necesidad de tener presentes las características propias de este tipo de daños y sus consecuencias irreversibles, no sólo para el consumidor sino muchas veces para su descendencia <sup>203</sup>.

Por supuesto, que lo consideramos un daño que no debe ser soportado por la víctima inocente, cuya única conducta “culpable” ha sido la de creer en lo que le decían de la inocuidad o no peligrosidad de un producto, para este sujeto el daño es un daño individual pero creemos que también es un daño colectivo que afecta a la sociedad toda y ante la posible inexistencia o insolvencia de los fabricantes, es que hemos propuesto como alternativa la operatividad de los Fondos de Garantía o compensación para que se satisfaga de algún modo la reparación <sup>204</sup>.

## **11. El Principio de Precaución y el Riesgo de Desarrollo.**

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

Como señalan muy bien Goldenberg y Caferatta la precaución y los riesgos de desarrollo comparten un origen común que sería una evaluación de riesgos basada en la información científica y estadística disponible en determinado momento, pero sus efectos son distintos y por ello se ha promovido la renovación del riesgo de desarrollo<sup>205</sup>.

Kemelmajer considera que el principio de precaución se aplica en todo aquello que suponga resguardar derechos humanos y lleva a privilegiar la hipótesis de que suceda lo peor, un daño irreversible aunque sea a largo plazo<sup>206</sup>.

El principio de precaución<sup>207</sup> es un término bastante difícil de definir, sin embargo se lo puede conceptuar como “la actitud que debe

---

<sup>203</sup> Creemos firmemente que deben ser siempre indemnizables estos graves daños aún pasando los plazos ordinarios legales más largos, por lo que hemos planteado a nivel teórico la discusión de la intemporalidad o imprescriptibilidad.

<sup>204</sup> Coinciden Goldenberd y López Cabana en los siguientes términos

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

<sup>205</sup> Goldenberg, Isidoro y Caferata, Néstor *Responsabilidad por productos elaborado*, en Tratado de Responsabilidad Civil, Trigo Represas, Félix y López Mesa, Marcelo, Ira T. IV pag. 492.

<sup>206</sup> Kemelmajer de Carlucci, Aída, *Determinación de la filiación del clonado*, en JA 2001, n12.

<sup>207</sup> Podemos decir que lo que sostiene al principio de precaución es la idea fuerza o base de la seguridad ante los daños, y la diferencia con la prevención radica en que funciona aun cuando la relación causal

observar toda persona que toma una decisión concerniente a una actividad de la que se puede razonablemente esperar que implicará un daño grave para la salud o la seguridad de las generaciones actuales o futuras o para el medio ambiente“ (Kourilsky, Viney).

Nosotros coincidimos en lo dicho por Cozzi de que en nuestro país ha sido recepcionado expresamente por la Ley 25.675 del 2002, conocida como Ley General del Ambiente, pero en realidad tiene vigencia desde antes<sup>208</sup> .

Sin embargo autores como Pietro Molinero, consideran que aceptarlo implicaría lisa y llanamente la negación de la excepción por riesgo de desarrollo o avance de la ciencia, en su criterio la propia noción de riesgo de desarrollo queda en jaque pues apenas una actividad sea considerada como sospechosa ya equivaldría a establecer la defectuosidad del producto y una consecuente responsabilidad o aun peor, la abstención de la comercialización por razones de precaución podría llevar al fin de la puesta en circulación de productos innovadores<sup>209</sup> .

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

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

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

## **12. Normativa del proyecto del 2012 aplicable al riesgo de desarrollo**

Veamos someramente que normas creemos pertinentes del proyecto, este trata la cuestión de responsabilidad en el Título V; Capítulo 1 denominándola **Responsabilidad civil**.

---

entre el daño y una tecnología no ha sido aun científicamente comprobado de modo indubitable, es un riesgo potencial; mientras que en la segunda esta situación ya es conocida y solo cabe la duda de la producción en cada caso concreto, se esta frente a un riesgo actual.

<sup>208</sup> Cozzi, Eugenio H- *El principio de precaución. Las patentes de invención y la responsabilidad civil* , Ed. Ad Hoc, Monografías Derecho civil, 2005

<sup>209</sup> Pietro Molinero, Ramiro Ob cit, cap., décimo pág. 414 y ss

Establece entre sus disposiciones generales (Art,1708) que las **funciones de la responsabilidad** son la prevención del daño, su reparación, y en los supuestos en que sea admisible la sanción pecuniaria disuasiva.

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

Establece en el Art 1710. Toda persona tiene el deber de prevención del daño, y establece que cuanto de ella dependa, debe evitar causar un daño no justificado; adoptar, de buena fe y conforme a las circunstancias, las medidas razonables para evitar que se produzca un daño, o disminuir su magnitud; si tales medidas evitan o disminuyen la magnitud de un daño del cual un tercero sería responsable; tiene derecho a que éste le reembolse el valor de los gastos en que incurrió, conforme a las reglas del enriquecimiento sin causa; y no agravar el daño, si ya se produjo.

Sobre la aplicación de los daños punitivos, adopta la denominación de - **Sanción pecuniaria disuasiva y el juez** tiene atribuciones para aplicarlo, a petición de parte, una sanción pecuniaria con fines disuasivos a quien actúa con grave menosprecio hacia los derechos de incidencia colectiva. Su monto se fija prudencialmente, tomando en consideración las circunstancias del caso, en especial la gravedad de la conducta del sancionado, su repercusión social, los beneficios que obtuvo o pudo obtener, los efectos disuasivos de la medida, el patrimonio del dañador, y criticamos que tenga en cuenta también la posible existencia de otras sanciones penales o administrativas. La sanción tendrá el destino que le asigne el juez por resolución fundada (Art 1714)

Con respecto a los factores, nosotros sostenemos que es de aplicación el factor objetivo, como lo hemos desarrollado anteriormente, al respecto veamos que se preceptua en el mentado proyecto.

El factor de atribución es objetivo cuando la culpa del agente es irrelevante a los efectos de atribuir responsabilidad. En tales casos, el responsable se libera demostrando la causa ajena, excepto disposición legal en contrario. Art1772

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

Se recepta tanto el riesgo de las cosas como de las actividades estableciendo que toda persona responde por el daño causado por el riesgo o vicio de las cosas, o de las actividades que sean riesgosas o peligrosas por su naturaleza, por los medios empleados o por las circunstancias de su realización. La responsabilidad es objetiva. Art 1757 No son eximentes la autorización administrativa para el uso de la



cosa o la realización de la actividad, ni el cumplimiento de las técnicas de prevención.

Estableciéndose como **Sujetos responsables.** al dueño y al guardián de un modo concurrente. Se considera guardián a quien ejerce, por sí o por terceros, el uso, la dirección y el control de la cosa, o a quien obtiene un provecho de ella. El dueño y el guardián no responden si prueban que la cosa fue usada en contra de su voluntad expresa o presunta. En caso de actividad riesgosa o peligrosa responde quien la realiza, se sirve u obtiene provecho de ella, por sí o por terceros, excepto lo dispuesto por la legislación especial.

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

Si bien nosotros no compartimos el fundamentar la responsabilidad por productos en un factor subjetivo y menos aun en el supuesto de riesgo de desarrollo vemos que preceptúa el Art 1721 como norma de clausura en ausencia de normativa expresa, el factor de atribución de la culpa.

La culpa consiste en la omisión de la diligencia debida según la naturaleza de la obligación y las circunstancias de las personas, el tiempo y el lugar. Comprende la imprudencia, la negligencia y la impericia en el arte o profesión. El dolo se configura por la producción de un daño de manera intencional o con manifiesta indiferencia por los intereses ajenos.

Creemos que es importante la existencia del Art 1725 sobre la **Valoración de la conducta.** Cuanto mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor es la diligencia exigible al agente y la valoración de la previsibilidad de las consecuencias. Recalca que cuando existe una confianza especial, se debe tener en cuenta la naturaleza del acto y las condiciones particulares de las partes

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

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

El Estado responde, objetivamente, por los daños causados por el ejercicio irregular de sus funciones, sin que sea necesario identificar a su autor. Para tales fines se debe apreciar la naturaleza de la actividad, los medios de que dispone el servicio, el lazo que une a la víctima con el servicio y el grado de previsibilidad del daño.

. la Reforma del PE **establece que** La Responsabilidad del Estado se rige por las normas y principios del derecho administrativo nacional o local según corresponda y también en el Art 1766 la **Inaplicabilidad**

**de** las disposiciones de este Título a la responsabilidad del Estado ni de manera directa, ni subsidiaria.

### **13. Algunas consideraciones finales.**

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