

Título: [La responsabilidad por productos elaborados y el riesgo del desarrollo en el contexto del derecho del consumidor](#)

Autor: Ferrer de Fernández, Esther H. S.

Publicado en:

Cita Online: [AP/DOC/38/2016](#)

Sumario: I. Introducción. — II. Concepto de producto, defecto y riesgo del desarrollo. — III. Antijuridicidad. — IV. Daño. V. Relación de causalidad. — VI. Factor de atribución. VII. Conclusiones.

I. Introducción

Los fenómenos del consumismo y masificación a los que se ha asistido a partir de la era industrial han generado cambios en la sociedad, en virtud de los cuales han derivado consecuencias jurídicas, que ya a comienzos del presente siglo, y en la consolidación del ingreso a la era tecnológica, produce un crash que rompe con todas las estructuras imperantes sobre las que se sustentaban el derecho de daños y el derecho de los contratos.

Comienza un paulatino proceso de "desmasificación del derecho" que en el ámbito del moderno derecho de daños se evidencia en varias transformaciones, ya que se pone el acento en la víctima del daño, se tiende a la prevención del daño, se receptan los daños tecnológicos, hay una creciente objetivación de la responsabilidad, hay una tendencia a la socialización de los riesgos, se admiten las formas colectivas de reparación (seguros y fondos de garantía), se receptan los intereses difusos y se afina el criterio de la culpa en concreto.

Dicha sociedad industrial, sentada en las bases de la producción de bienes y servicios en forma masiva e indiscriminada, se ha valido de cualquier medio para llegar al gran público: "el consumidor". Es así como irrumpe en la sociedad el "débil jurídico" del presente siglo, al cual el derecho no puede dejar de tener en mira.

El presente artículo tiene como objeto el estudio de la responsabilidad civil por riesgo del desarrollo. Este tema encuadra dentro de otro más general que es de la responsabilidad civil por los daños causados por los productos elaborados.

La cuestión de la responsabilidad civil por daños causados por productos es de suma trascendencia en la vida actual, dado que frecuentemente se producen estos daños debido a la utilización casi ineludible de productos elaborados en gran escala.

La fabricación en serie de productos y los sistemas de calidad de la producción fallan, resulta también a veces incompleta o tendenciosa la información que se la ofrece al consumidor del producto, todo lo cual hace que éste en muchos casos se encuentre ante un daño sufrido injustamente, al cual el derecho debe asignarle un responsable.

La problemática del riesgo del desarrollo refiere a los daños causados por un producto, el cual, al momento de su lanzamiento al mercado por un productor o fabricante, era considerado inocuo en función de los métodos de verificación de calidad existentes a ese momento. Sin embargo, y como consecuencia del avance tecnológico, se descubre su potencialidad dañosa.

Este tema reviste capital importancia, especialmente en materia de medicamentos, cuya potencialidad dañosa suele surgir mucho tiempo después de habérselos lanzado al mercado. Ejemplos concretos de la importancia que reviste este problema ya los encontramos desde el siglo pasado. Así, la talidomida, droga utilizada como calmante durante el embarazo, en la década del 60 produjo malformaciones en los hijos de las mujeres que la consumieron; asimismo, en la década del 70, la droga DES produjo tumores en las hijas de las mujeres que consumieron el estrógeno también durante el embarazo, y durante la década del 90 adquirió nueva relevancia, a partir de los implantes de siliconas de gel y alcalinas, que en EE.UU. originó su prohibición sólo admitiéndoselos con fines reconstructivos.

Desde ya hace más de una década, hay especialistas que alertan a cerca de la potencialidad dañosa sobre la salud de la población que podrían causar en el futuro el consumo de vegetales y animales genéticamente manipulados.

II. Concepto de producto, producto defectuoso y riesgo del desarrollo

1. El derecho argentino

Con anterioridad a la sanción de la ley 24.240, la doctrina nacional restringía el concepto de producto

refiriendo exclusivamente a aquellos productos que han pasado por algún proceso de elaboración o industrialización. En igual sentido se han pronunciado en algunos fallos nuestros tribunales.

La ley 24.240, tanto en su redacción original como en la reformada por la ley 26.361 no contiene en sus disposiciones, a diferencia de la legislación comparada en la materia, una expresa referencia al concepto de producto, sino que sólo refieren ambas al concepto de consumidor y usuario, haciéndose hincapié en que se tiene por objeto la protección de ambos (art. 1°).

En tanto que el art. 40 introducido por la reforma que operó sobre la ley 24.240 mediante ley 24.999, que legisla la responsabilidad por daños, tampoco refiere al concepto de producto o producto defectuoso, como hecho generador del deber de responder, sino que se requiere el vicio o riesgo de la cosa o de la prestación del servicio, siguiéndose de este modo la doctrina surgida a partir de la sanción de la ley 17.711, que modificó el art. 1113 del Código Civil derogado.

No obstante ello, en virtud de la plasmación legislativa de las declaraciones de derechos (1) del consumidor, que también hallamos en el derecho comparado, el art. 5° de la ley 24.240 de Defensa del Consumidor vigente desde el 15/10/1993, expresa que "...las cosas y 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". De este modo se consagra de modo expreso el derecho del consumidor a la protección de su salud y de su seguridad.

Dicha norma resulta concordante con lo dispuesto por el art. 42 de la Constitución Nacional, que expresa que "los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de la salud, seguridad e intereses económicos... las autoridades proveerán a la protección de esos derechos...".

La incorporación del presente artículo a la Constitución Nacional mediante la reforma del año 1994 significó un avance importantísimo en materia de relación de consumo, ya que confirió raigambre constitucional a los derechos de los consumidores enunciados en él (2). Esta tendencia a la constitucionalización de los derechos de los consumidores también se ve plasmada en la Constitución de Portugal de 1976, de España de 1978 y de Brasil de 1988. Ambas disposiciones resultan de una importancia capital, pues tal como ha expresado Andorno (3), "por cuanto la protección de la salud y seguridad de las personas constituyen el piso mínimo de defensa de las mismas, que permite así gozar de los demás derechos".

En concordancia con lo dispuesto por el art. 5° de la ley 24.240, la primera parte del art. 6° de dicha disposición establece que "las cosas y servicios, incluidos los servicios públicos domiciliarios, cuya utilización pueda suponer un riesgo para la salud o la integridad física de los consumidores o usuarios, deben comercializarse observando los mecanismos, instrucciones, y normas establecidas o razonables para garantizar la seguridad de los mismos".

Asimismo, y a fin de lograr el objetivo de proteger la salud de los consumidores y usuarios, es decir de dar cumplimiento a uno de los objetivos centrales del moderno derecho, que es la faz preventiva, la segunda parte del art. 6° dispone que "en tales casos debe entregarse manual en idioma nacional, sobre el uso, la instalación y mantenimiento de la cosa o servicio de que se trate y brindarle adecuado asesoramiento. Igual obligación regirá en todos los casos en que se trate de artículos importados, siendo los sujetos enunciados en el art. 4° los responsables del contenido de la traducción". En tanto que el art. 4° de la ley 24.240, reformado por la ley 26.361, expresa que "el proveedor está obligado a suministrar al consumidor en forma cierta, clara y detallada todo lo relacionado con las características esenciales de los bienes y servicios que provee, y las condiciones de su comercialización".

De lo expuesto podemos concluir que dicha faz preventiva a la que se hacía referencia, se está adelantando como tal, a la existencia del producto defectuoso y, por tanto, al daño. Por ello podemos expresar que si bien en la ley 24.240, como así tampoco la 26.361, no se hace referencia expresa al concepto del defecto del producto, en cambio nos encontramos en condiciones de afirmar que en ambas disposiciones se nos otorgan elementos que nos han de permitir su conceptualización y delineamiento.

El Código Civil y Comercial, aprobado mediante ley 26.994, no contempla expresamente el concepto de producto, pero mantiene los artículos analizados de la Ley de Defensa del Consumidor. Sólo en lo referente a los citados se restringe la figura del art. 1° LDC, eliminándose el concepto de consumidor expuesto.

2. Protocolo de Santa María sobre jurisdicción internacional en materia de consumo

Ante todo debemos expresar que el Protocolo referido tiene sólo por objeto determinar la jurisdicción internacional en materia de relaciones de consumo en los supuestos especiales que ella misma enuncia, pero que en ningún caso regula la responsabilidad por daños causados por productos.

En el anexo de dicho protocolo aprobado por el Consejo del Mercado Común con fecha 17/12/1996, se definen varios conceptos, entre ellos en el inc. d), el de "producto". de la siguiente forma: "...es cualquier bien, mueble o inmueble, material o inmaterial".

Como observamos a simple vista, el concepto es amplio, pues incluye a los bienes inmuebles. Lo cual nos parece un adelanto significativo en materia de consumo, pues el consumidor de este modo no se verá compelido a demandar cualquier controversia surgida en razón de la relación de consumo especificada en su art. 1º, punto 1, inc. b) en relación con bienes inmuebles en jurisdicciones que le son extrañas, lo cual tiende entre otros fines a evitar el forum shopping.

Asimismo, debemos tener presente que si bien el Anexo en su inc. d) no incluye en el concepto de producto a los servicios, ellos se encuentran regulados en forma independiente en el Protocolo, pues expresamente éste lo indica en su art. 1º, punto 1, inc. c). Y por otra parte, en las definiciones contenidas en el Anexo, inc. e), hasta tanto no se acuerde la misma, se remite a la interpretación jurídica del foro actuante.

3. Directiva 85/374/CEE relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de responsabilidad por los daños por los productos defectuosos

Así pues, en el art. 1º de la Directiva se imputa la responsabilidad de los daños causados por los defectos de los productos al productor (4). En tanto en el art. 2º de la misma norma se define a los productos como "cualquier bien mueble, excepto las materias primas agrícolas y los productos de la caza, aun cuando está incorporado a otro bien mueble o a uno inmueble. Se entiende por materias primas agrícolas los productos de la tierra, la ganadería y la pesca, exceptuando aquellos productos que hayan sufrido una transformación inicial. Por "productos" se entiende también a la electricidad".

No obstante la excepción en el concepto de producto que se hace en dicho art. 2º de las materias primas agrícolas y los productos de la caza, se faculta mediante el art. 15 a cada Estado miembro a disponer en su legislación que a efectos del art. 1º se los incluya a ambos (5).

Dichas exclusiones se han encontrado en la doctrina calificada con muchos detractores (6); por lo que a través de la Directiva 99/34/CEE del Parlamento Europeo y del Consejo de la Unión Europea se modifica la Directiva 85/374/CEE relativa a la responsabilidad por daños causados por productos defectuosos, con fecha 10/5/1999, conforme la cual y mediante su art. 1º se sustituye el art. 2º de la última directiva mencionada entendiéndose por producto "cualquier bien mueble, aun cuando esté incorporado a otro bien mueble o a un bien inmueble. También se entenderá por producto a la electricidad".

De este modo se zanja toda probable discusión al respecto, por lo que los productos agrícolas y de la caza pueden generar el deber de responder por parte del productor (7). Ello tiene un verdadero interés práctico, pues en la actualidad todos estos productos tienen un grado de injerencia de actividad humana que puede generar algún defecto cuyo daño debe ser reparado; por otro lado, no debe perderse de vista que el dictado de estas directivas como de otras que tengan por fin la aplicación de sus disposiciones por sobre varios derechos internos tiene la función de tender a la unificación de dicho derechos internos.

En relación con la exclusión de los bienes inmuebles del concepto de producto, mucho se ha dicho al respecto. No obstante, según Parra Lucan, las razones más expuestas para que no fueran incluidos en dicho concepto son, por un lado, la existencia de normativa especial que resuelva el problema de la responsabilidad por vicios de construcción de inmuebles en los países miembros y, por otro, la consiguiente dificultad que resulta de una regulación conjunta de la responsabilidad por daños causados por bienes muebles e inmuebles (8).

Así pues, la Directiva 85/374/CEE, en su art. 1º, dispone que el productor es responsable por el daño causado "por un defecto de su producto". En comentario a este artículo, Markovits expresa que la Directiva contempla una responsabilidad por el hecho de los productos defectuosos y no por el hecho del productor, lo cual resulta importante a los fines de determinar la responsabilidad consiguiente.

Ello resulta así, pues tanto en el régimen de la Directiva de 1985 como en la Convención del Consejo de

Europa de 1977, el deber de reparar en cabeza del productor proviene del producto, y no de cualquier producto, sino de un producto defectuoso.

En concordancia con lo expuesto el art. 6º de la Directiva de 1985, establece que "1) Un producto es defectuoso cuando no ofrece la seguridad que legítimamente se puede esperar en relación a todas las circunstancias, y particularmente: a) a la presentación del producto; b) al uso del producto que razonablemente puede ser esperado; c) al momento de la puesta en circulación del producto".

A fin de interpretar el sentido y la razón de ser del artículo citado, reproducimos los considerandos de la propia Directiva en lo atinente, que expresan: "Para proteger la integridad física y los bienes del consumidor, la determinación del carácter defectuoso de un producto debe hacerse en función no de la inaptitud del producto para el uso, sino por el defecto de seguridad a la cual el público mayoritario puede legítimamente atenerse; que esta seguridad se aprecia excluyendo todo uso abusivo del producto, no razonable en las circunstancias".

El artículo citado tiene su antecedente en el art. 2º, inc. c), de la Convención del Consejo de Europa de 1977 relativa a la Responsabilidad por el hecho de los productos en caso de lesiones corporales o muerte, también llamada Convención de Estrasburgo [\(9\)](#), que expresa que "el producto presenta un 'defecto' cuando no ofrece la seguridad que se puede legítimamente esperar, teniendo en cuenta todas las circunstancias, comprendida entre ellas, la presentación del producto".

De allí podemos derivar que a lo que la Directiva 85/374/CEE apela mediante el concepto de producto defectuoso es a la ausencia de seguridad a la cual puede legítimamente esperarse.

Así, Parra Lucan expresa que el concepto de "defecto" como sustrato generador del deber de reparar proviene del derecho estadounidense, de allí es tomado por el Convención de Estrasburgo de 1977, y de ésta por la Directiva 85/374, pues dicho concepto no estaba contemplado en el derecho continental. Como consecuencia de ello, el productor sólo ha de responder por el daño causado por el defecto del producto. Dicho concepto surge acuñado por la doctrina norteamericana a partir de la necesidad de poner un límite, dada la supresión del criterio de la culpa como presupuesto de responsabilidad, para que no se llegue a que la simple puesta en circulación de un producto genere el deber de reparar [\(10\)](#).

La noción de defecto que surge de la propia Directiva, corresponde a la de una fórmula general, que requiere aplicación al caso concreto en virtud de sus propias particularidades, función esta que le ha de caber al juez que entienda en un conflicto determinado.

En tal sentido, el juez según la disposición de la propia Directiva, deberá atender a "todas las circunstancias" que se le presenten en relación con el producto a fin de determinar si en el caso concreto se halla ante un producto carente de seguridad, en cuyo caso ha de calificarlo como "defectuoso".

Entre todas las circunstancias, el juez particularmente valorará la "presentación del producto", entendiéndose por tal el envase, el empaquetamiento, el embalaje, la etiqueta, etc., es decir, todo aquello que haga al exterior del producto; inclusive a las instrucciones de uso.

Asimismo, el juez deberá valorar "el uso del producto que razonablemente puede ser esperado". Con esta valoración, lo que la Directiva impone es un límite al deber de reparar por parte del productor, es decir, éste no ha de responder ante cualquier uso, tal como un uso inadecuado del producto; sino que, por el contrario, se considerará que el producto reviste la calidad de defectuoso sólo cuando el consumidor haya utilizado el producto en forma razonable, es decir, adecuada a las características, calidades, cualidades e instrucciones.

Por último, el juez deberá tener presente el "momento de la puesta en circulación del producto", y es en dicho momento, en el que el producto requiere el mayor grado de seguridad. Luego, si bien el producto ha de tener un mínimo de seguridad, tendrá concordancia con el tiempo en que éste se encuentra en el mercado.

Así, la Convención de Estrasburgo de 1977, en su art. 2º, inc. d), expresa que "un producto ha sido puesto en circulación cuando el productor lo ha remitido a otra persona".

Por su parte, la Directiva 85/374/ señala en su art. 7º, inc. a) que el productor no será responsable "cuando no ha puesto en circulación el producto defectuoso".

Todo lo cual indica que el momento de la puesta en circulación del producto es primordial a efectos de determinar si éste es o no defectuoso y, por ende, establecer si generará o no el deber de reparar el daño causado al consumidor por parte del productor.

4. Restantes países integrantes del Mercosur

4.1. Brasil

Este país regula la materia de la relación de consumo a través su ley 8078 del 11/9/1990, ley que significa un verdadero estatuto del consumidor, convirtiendo a dicho país en pionero en Latinoamérica en dicha rama.

Así, su art. 3° define al producto como "cualquier bien mueble o inmueble, material o inmaterial". En tanto que en forma independiente del concepto de producto, pero regulándose en la misma ley se define a los servicios mediante dicho art. 3° como "cualquier actividad prestada en el mercado de consumo mediante una remuneración, inclusive las de naturaleza financiera, de crédito y seguros excepto las transcurridas como relaciones laborales".

Como resulta a las claras, el concepto de producto del Anexo del Protocolo de Santa María sobre jurisdicción internacional en materia de consumo está tomado del concepto de producto contenido en la ley brasileña 8078.

Así, la ley 8078 de dicho país, al igual que la ley 24.240 de la Argentina, denominada "Código de Defensa del Consumidor", considera derecho básico del consumidor "la protección de la vida, de la salud y la seguridad contra los riesgos provocados por prácticas en la provisión de productos y servicios considerados peligrosos o nocivos".

Comentando los arts. 9° y 10 del cuerpo legal citado [\(11\)](#), ha expresado el jurista brasileño Marques Da Silva Filho, que el productor, en caso de tratarse de productos potencialmente nocivos o peligrosos para la salud o seguridad de los consumidores o usuarios, tiene el deber de informar tales circunstancias, de manera ostensible y adecuada, alertando al consumidor. Ello es lo que se denomina "instrucciones de uso"; y que en caso de tratarse de sustancias tóxicas o explosivas deben contener indicaciones muy precisas al respecto, como también acerca del correcto modo de utilización.

4.2. Uruguay

Por su parte, este país ha tenido una regulación mediante una norma especial de la materia de la relación de consumo bajo la ley 17.250, que sustituyó a la ley 17.189, de prácticamente igual texto, excepto el art. 33. Luego de diversos proyectos en la materia que no lograban sanción definitiva, se llegó a la disposición antedicha, la cual en su art. 5° define al producto siguiendo los lineamientos de la definición contemplada en la ley 8078 de Brasil, ya que refiere a bienes muebles e inmuebles corporales o incorporales sin distinciones. No obstante lo expuesto, debemos acotar que a pesar de definir el concepto de producto como lo hace el moderno derecho del consumo, en el artículo referido a la responsabilidad por daños no se toma como sustrato del deber de responder al producto defectuoso, sino al riesgo o vicio de la cosa.

Y si bien define al servicio [\(12\)](#) en el mismo artículo, en forma independiente de los productos, no obstante reciben regulación legal conjunta en la normativa que analizamos.

En sentido concordante con las disposiciones que se enuncian en la Ley de Defensa del Consumidor y Usuario del Uruguay, se establece como derechos básicos de los consumidores la protección de la vida, la salud y la seguridad.

Asimismo, contiene la ley que comentamos en su art. 7° una norma similar a la de nuestro art. 6° de la ley 24.240.

4.3. Paraguay

Al igual que Uruguay, Paraguay ha tenido una regulación relativamente reciente de la relación de consumo a través de la ley 1334, conforme la cual en su art. 4°, a los efectos de la misma, se debe entender por productos a las cosas muebles consumibles y a las no consumibles, excluyéndose de su concepto, por tanto, a los inmuebles. En relación con los servicios, al igual que en la ley uruguaya, si bien éstos no se encuentran englobados en el concepto de productos, son definidos en el mismo art. 4°, en forma independiente, pero reciben regulación legal conjunta en los términos de la ley.

Esta ley, si bien define a los productos al momento de establecer la responsabilidad por daños, remite al derecho común, por lo que no utiliza los conceptos específicos por ella misma conceptualizados.

En tanto que la ley paraguaya 1334 de Defensa de los Consumidores y Usuarios en su art. 6° contiene una norma similar al art. 6° de la ley uruguaya, ya en la misma se establecen los derechos básicos de los consumidores, donde el inc. b) consagra la protección de la vida, la salud y la seguridad.

5. Algunos países integrantes de la Unión Europea

5.1. España

A través de la Ley 22/1994 de responsabilidad civil por daños causados por productos defectuosos, España realiza la transposición [\(13\)](#) de la Directiva 85/374/CEE. Dicha ley es del 6/7/1994 y ha sido modificada mediante la Ley 14/2000 de 29/12/2000.

Mediante Real Decreto 1/2007, del 16 /11/2007, se aprueba "El texto refundido de la ley general para la defensa de consumidores y usuarios y leyes complementarias". Conforme dicha disposición y mediante su art. 135, "(l)os productores serán responsables de los daños causados por los defectos de los productos que, respectivamente, fabriquen o importen".

Asimismo, en el art. 136 se define a los productos "como cualquier bien mueble, aun cuando esté unido o incorporado a otro bien mueble o inmueble, así como el gas y la electricidad". Siguiendo de este modo al art. 2° de la Ley 22/1994 de responsabilidad civil por daños causados por productos defectuosos, de transposición de la Directiva 85/374/CEE, modificada por el art. 12 de la Ley 14/2000 del 29/12/2000.

Por lo expuesto, cabe reconocer que a pesar de la última reforma, han quedado fuera del concepto de producto, al igual que en la leyes indicadas, y que en las Directivas 85/374/CEE y 99/34/CEE, los inmuebles, por ese verdadero carácter de transposiciones por el que sólo se permite introducir al gas como producto además de los considerados por las normativas comunitarias indicadas.

En tanto que el Real Decreto 1/2007 sitúa al defecto como el elemento central del sistema que ella misma emplaza en su Libro Tercero, así en el art. 137 se define al producto defectuoso como "aquel que no ofrezca la seguridad que cabría legítimamente esperar, teniendo en cuenta todas las circunstancias y, especialmente, su presentación, el uso razonablemente previsible del mismo y el momento de su puesta en circulación". Tal como lo hacía la Ley 22/1994, en su art. 3.1. Dicha definición ha sido aplicada por los tribunales españoles en su literalidad [\(14\)](#).

5.2. Francia

Este país a través de la Ley 98-389 dictada el 19/5/1998, incorpora el Título IV bis del Libro III del Código Civil, referido a la responsabilidad por el hecho de los productos defectuosos, y tiene por finalidad aplicar en Francia las disposiciones de la Directiva 85/374/CEE.

El art. 1386-3 del Código Civil francés, incorporado por la Ley 98-389, define al producto como "todo bien mueble, aun cuando esté incorporado a un inmueble, comprendiendo asimismo los productos del suelo, de la ganadería, de la caza y de la pesca. La electricidad es considerada como un producto".

Si bien esta disposición es anterior en el tiempo a la modificación que recayera sobre la Directiva 85/374/CEE, mediante la Directiva 99/34/CEE, coinciden los contenidos del concepto de producto y, por tanto, indirectamente resultaría una recepción en el derecho interno francés de la normativa de la Unión Europea.

No obstante, resulta oportuno aquí resaltar la no inclusión de los inmuebles en el contenido del concepto de productos, al igual que en la Directiva 85/374/CEE y su modificatoria 99/34/CEE, a diferencia de la ley brasileña 8078, la que sigue a nuestro entender el criterio adecuado. Más adecuado aún resulta el criterio cuando se trata como en el caso de las Directivas de la Unión Europea de unificar normativas de los países que la integran.

En cuanto a la inclusión de los productos del suelo, la ganadería, de la caza y de la pesca, en el concepto de producto, ello implica una demostración de la tendencia lenta, pero firme, que se vislumbra en el derecho del consumo y que tiene por finalidad ampliar la defensa de los derechos del consumidor.

Dicha ley del 19/5/1998, en la que se transponen en derecho francés las normas de la Directiva, define al defecto de un producto en el art. 1386-4, inc. 1°, según el cual "un producto es defectuoso en el sentido del presente título cuando no ofrece la seguridad que uno legítimamente puede esperar".

En tanto que el art. 1386-1 del Código Civil establece que "el productor es responsable por el daño causado

por un defecto de su producto".

Comentando estas normas, Larroumet [\(15\)](#) sostiene que el legislador francés ha impuesto en cabeza del productor una verdadera "obligación de seguridad". Ello pues, dicha obligación tiene por objeto la reparación de los daños corporales y los perjuicios a los restantes bienes, resultantes de la falta o insuficiente seguridad que presentaba el producto. Ello se ve corroborado, según este autor, por el hecho de que la responsabilidad del productor no supone la culpa, ni probada ni presunta.

Dado que, por otra parte, no se le exige que pruebe que su producto no será nunca causante del daño, rechaza la posibilidad de que se trate de una obligación de garantía. Asimismo, objeta esa posibilidad el hecho de que el propio art. 1386-11 establece las causales de exclusión de responsabilidad del productor, lo que no resultaría posible si se tratara de una obligación de garantía, pues lo que distingue a ésta de la obligación de seguridad es que la primera no deja lugar normalmente a causas de exclusión de responsabilidad en caso de inejecución (salvo el caso de culpa de la víctima), mientras que la inejecución de la segunda admite la prueba de la causa extraña para irresponsabilizar al deudor.

6. Distintos tipos de defectos

La doctrina en general [\(16\)](#) y la jurisprudencia [\(17\)](#), en primer lugar la estadounidense y posteriormente la europea, han clasificado los defectos de los productos en distintos tipos, clasificación que puede resultar útil para el juez, a fin de realizar una suerte de encaje del defecto del producto que se le plantea en el caso que juzga con el tipo ya preconcebido. Asimismo, la protección de la salud y la seguridad se consagran en los arts. 31 y 32.

6.1. Defectos de fabricación

Son los que aparecen en casos aislados de una serie de producción, su defecto puede tener su origen en un desperfecto en una maquinaria o en un descuido de un obrero, pero nunca abarcan a más de algunos productos de una serie. El mayor problema resulta en estos casos la prueba para el consumidor del defecto del producto cuando éste se ha destruido. Casos muy comunes de defectos de fabricación que resultan de difícil prueba son los de las botellas que explotan.

En nuestra jurisprudencia en autos "César, Inés M. E. C. Supermercado Cordiez y otro", la C. 5ª Civ. y Com. Córdoba, en sentencia del 11/11/1996 [\(18\)](#), se sostuvo que requerir al damnificado la prueba de cuál ha sido la razón del defecto o vicio que originó el daño causado por el producto elaborado —en el caso, la explosión de una botella de soda— resulta desmedido e impracticable en atención a lo complejo de los procesos de fabricación masiva del producto, e importa tornar inviable cualquier tipo de resarcimiento. En sentido concordante de inversión del onus probandi en una prueba que resulta dificultosa o prácticamente imposible, véanse las sentencias de la C. Nac. Civ., sala H, en autos "Ryan Tuccillo v. Cencosud SA y otros", del 26/3/1997 [\(19\)](#), y C. Nac. Civ., sala F, "Calvo de Cutini, Carmen v. Pepsi-Cola de Argentina SACI", del 12/4/1999, entre otros.

En algunos países como España, Italia y Francia, desviándose del criterio establecido en la Directiva 85/374/CEE, los legisladores decidieron incluir en sus leyes nacionales de transposición de la Directiva una regla especial que establece que "un producto es defectuoso si no ofrece la seguridad normalmente ofrecida por los demás ejemplares de la misma serie". Dicha presunción resulta útil para el consumidor en el caso de que el producto dañoso se destruyó por el propio accidente [\(20\)](#).

Este criterio se ha aplicado en la jurisprudencia de España ya antes de la entrada en vigencia de la ley de transposición de la Directiva 22/1994 sobre responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos, es decir, estando en plena vigencia la Ley 26/1984 General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios [\(21\)](#), y se consolidó luego de la entrada en vigencia de la ley de transposición de la Directiva [\(22\)](#).

6.2. Defectos de diseño

Son los que afectan a una producción en su totalidad o al menos a una serie de una producción. El origen del defecto puede provenir de un vicio del diseño, de la construcción o de la faz de distribución, pero nunca se refiere a un defecto en la fabricación, sino que se trata de la "concepción" de algunas de las fases de la producción que van a causar defectos en por lo menos una serie.

En estos casos, resulta más fácil la prueba del defecto para el consumidor si el producto se destruye, pues éste se encuentra facultado a probar el defecto a través de otros ejemplares de la misma serie o producción.

Asimismo, resulta aplicable aquí la regla "res ipsa loquitur".

La jurisprudencia norteamericana ha admitido también la responsabilidad por defectos en el diseño, aunque se ha orientado en sus comienzos en basarse en la prueba de la culpa (caso "Evans vs. General Motors Corp.", de 1966; ver éste y otros fallos en Millner) (23).

6.3. Defectos de información

Son los que aparecen a causa del incumplimiento o mal cumplimiento por parte del fabricante de su deber accesorio de informar al consumidor, acerca de las características del producto, las modalidades del uso o consumo, su conservación, así como sobre su peligrosidad.

Así, en nuestro derecho nacional, la Constitución reformada en 1994 consagra este derecho mediante la incorporación de su art. 42 al establecer que los consumidores y usuarios tienen en la relación de consumo derecho a una información adecuada y veraz.

Este derecho ya se encontraba plasmado en la ley 24.240, mediante su art. 4º, el que el que luego de la reforma establece que "...el proveedor está obligado a suministrar al consumidor en forma cierta clara y detallada todo lo relacionado con las características esenciales de los bienes y servicios que provee...".

Ya lo entendía así la jurisprudencia norteamericana. En un caso de 1963, la Suprema Corte de California sentenció que un objeto sería considerado defectuoso, aun en los casos en los que no hubo defectos del procedimiento de fabricación, si se han dado las instrucciones inadecuadas o advertencias insuficientes (caso "Grane vs. Sears Roebuck Co.") (24).

Por otra parte, es dable considerar que tanto la doctrina nacional como la norteamericana han distinguido entre aquellos supuestos en los que el peligro puede considerarse como razonablemente cognoscible para el público, y aquellos casos en los que tal conocimiento no es posible esperar. Por supuesto, el deber de advertencia debe aplicarse con mayor rigor cuanto menor sea la presunción de conocimiento del riesgo.

Asimismo, el deber de información debe llevarse a su más alto nivel en los casos de los llamados productos inevitablemente peligrosos, que conforme el estado actual de la ciencia son considerados casi imposibles de ser convertidos en productos inocuos para su uso ordinario y necesario (casos "Gottsdanker vs. Gutter Laboratories", de 1960, y "Green vs. American Tobacco Co.", de 1973 (25)).

Así, en un interesante fallo dictado por la Cámara Contencioso Administrativa sala 6ª, en autos "Carrefour Argentina SA v. Secretaría de Comercio e Inversiones", del 28/10/1997 (26), originado a causa de que en uno de los locales de venta de Carrefour Argentina SA funcionarios de la Dirección de Comercio Interior hallaron varias cajas de juegos de dardos de puntas metálicas de origen chino sin la debida información acerca del producto, es decir, en clara violación de lo dispuesto por los arts. 4º, 5º y 6º de la ley 24.240. En tal sentido expresó el tribunal que la violación a la normativa indicada provenía de "no suministrar a los consumidores o usuarios en forma cierta y objetiva información veraz, detallada y eficaz sobre las características esenciales de los mismos (productos), de forma tal que, utilizados en condiciones previsibles y normales de uso, no presenten peligro para la salud o integridad física de los consumidores o usuarios, siendo los sujetos enunciados en el art. 4º, responsables del contenido de la traducción".

7. Concepto de riesgo del desarrollo

La problemática que pasaremos a desarrollar a continuación concierne a los daños causados por un producto, el cual, al momento de su lanzamiento al mercado por un productor o fabricante, era considerado inocuo sobre la base de los métodos de verificación de calidad existentes a ese momento. Sin embargo, y como consecuencia del avance tecnológico y la posterior aparición de nuevas técnicas, se descubre su potencialidad dañosa.

En otros términos, se trata de productos que al momento de su distribución entre los consumidores son subjetivamente inocuos, considerando los conocimientos y procedimientos técnicos existentes al momento de dicha distribución, pero objetiva y potencialmente nocivos, aunque dicha nocividad no resulta detectable sino en un momento futuro y a merced a la aparición de nuevas técnicas.

En consecuencia, se debe excluir de la responsabilidad por el riesgo del desarrollo a los daños causados por un producto cuya nocividad era objetivamente detectable a partir de los conocimientos y técnicas existentes al momento de su lanzamiento al mercado y que, sin embargo, no fueron detectados.

En sentido concordante con el que enunciamos, Garrido Cordobera ha conceptualizado al riesgo del desarrollo como "aquellas consecuencias dañosas de un producto elaborado que son desconocidas con la utilización de las técnicas científicas idóneas al momento de su producción en masa, autorización para el consumo y comercialización, pero que luego, con el avance de las técnicas, se descubre que ciertos daños son la consecuencia directa de la utilización de dicho producto".

Este tema reviste vital importancia, tal cual hemos adelantado en la introducción el presente artículo en materia de medicamentos, entre otros.

Resulta de sumo interés distinguir el concepto de riesgo del desarrollo del supuesto regulado en la Directiva 85/374/CEE, el de la "posterior puesta en circulación de un producto más perfeccionado" (art. 6º, parág. 2º [\(27\)](#)). Ello pues en el caso de riesgo del desarrollo, el producto al momento de su lanzamiento al mercado o puesta en circulación es considerado inocuo en función de los conocimientos y procedimientos técnicos existentes a dicho momento, pero en realidad se trata de un producto potencialmente dañoso; en tanto que en el caso del producto más perfeccionado puesto en circulación con posterioridad, no significa que el primero en lanzarse al mercado sea un producto dañoso y menos aún que dicha potencialidad dañosa no pueda detectarse sobre la base de los conocimientos científico-técnicos imperantes al momento de la puesta en circulación.

También creemos que es dable discernir aquí acerca del concepto de puesta en circulación o lanzamiento al mercado de un producto. Este concepto tampoco está contenido en nuestra ley 24.240, por lo cual recurrimos para dicha conceptualización a lo establecido en la Convención de Estrasburgo de 1977, a la Directiva 85/374/CEE y al art. 1386-5 del Código Civil francés incorporado por la norma de transposición de la directiva en dicho país.

Así, la Convención de Estrasburgo de 1977 señala en su art. 2º, inc. d), que "un producto ha sido puesto en circulación cuando el productor lo ha remitido a otra persona". En tanto que el art. 7º, inc. a), de la Directiva establece que el productor no será responsable "cuando no ha puesto en circulación el producto defectuoso" [\(28\)](#). Mientras que el art. 1386-5 del Código Civil francés expresa que "un producto es puesto en circulación cuando el productor se ha desprendido voluntariamente del mismo. Un producto no puede ser objeto sino de una sola puesta en circulación".

De toda la normativa precedentemente expuesta podemos concluir, en primer lugar, que cuando el producto defectuoso no ha sido puesto en circulación no genera responsabilidad alguna por parte del productor. En segundo lugar, que se considera que un producto es puesto en circulación cuando el productor lo ha remitido a otra persona, o se ha desprendido de él en forma voluntaria. En tercer lugar, que un producto puede ser objeto de una sola puesta en circulación. La puesta en circulación se debe asimilar a los efectos del tema que analizamos al lanzamiento al mercado.

8. Posiciones respecto de la responsabilidad del fabricante o productor por el riesgo del desarrollo

En torno al tema neurálgico de nuestra investigación consistente en determinar si corresponde o no imputar responsabilidad al fabricante o productor por los daños derivados del riesgo del desarrollo, hay en doctrina y legislación comparada tres posiciones al respecto, cada una de las cuales sostenida por sus propios fundamentos. A continuación haremos una revisión de dichas posturas y fundamentos [\(29\)](#).

8.1. Tesis afirmativa

Conforme esta posición, el fabricante o productor debe reparar a la víctima del daño derivado del riesgo del desarrollo. Quienes nos enrolamos en esta postura encontramos como argumentos los siguientes:

a) Garantía de inocuidad: Es el fabricante o productor quien debe garantizar la inocuidad de los productos que lanza al mercado. Es decir que éstos no revistan peligro para la salud y seguridad de los consumidores. En nuestro derecho este principio se encuentra plasmado en el art. 42 de la CN y en los arts. 5º y 6º de la ley 24.240.

b) Por nuestra parte, entendemos que de acuerdo a las tendencias doctrinales más actuales, el derecho de daños debe poner el acento en la víctima de éste, es decir el consumidor, quien padece injustamente el daño.

c) También por nuestra parte entendemos que razones de justicia así lo determinan, dado que el productor es quien lanza el riesgo al mercado, y es también quien lucra con dicha actividad y, por tanto, es quien debe cargar con los daños que ello conlleva, y asimismo está en mejores condiciones de soportar las consecuencias dañosas,

pues tendrá a su alcance la posibilidad de contratar un seguro de este tipo, cuyo costo se trasladará a la masa consumidora en general (socialización de los riesgos).

d) Por otra parte, responsabilizándose al fabricante o productor de los daños causados por el riesgo del desarrollo, se verá estimulado antes de fabricar un producto para luego lanzarlo al mercado, a valerse de estudios de probabilidades de riesgos, en los que se han de tener en cuenta los componentes del producto, la experimentación que se tenga, efectos colaterales de otros productos similares, entre otros elementos.

e) Asimismo, responsabilizándose al fabricante o productor por este tipo de daños se estimula la investigación y el conocimiento científico, pues antes de cumplir con el deber de resarcir los daños causados, éstos invertirán en conocimiento científico-técnico en el área de la producción en la que se encuentran involucrados.

f) Se ha de enriquecer la función preventiva, conforme a los más modernos criterios de la responsabilidad civil.

g) Respecto del encarecimiento de los costos que podría generar para el fabricante la reparación de los riesgos del desarrollo, tal como lo adelantamos, éstos pueden ser cubiertos por la contratación de seguros o el establecimiento de fondos de garantía obligatorios.

h) Entre los fundamentos normativos se encuentran en nuestro derecho la Ley de Medicamentos 16.463, que prevé la adecuación periódica de la farmacopea de acuerdo con el progreso de la ciencia, y el art. 40 de la ley 24.240. De ambas disposiciones se extrae la posibilidad de responsabilizar por el riesgo del desarrollo, así como del art. 1757 del Código Civil y Comercial y de los arts. 5º y 6º de la 24.240 y del art. 42 de la CN.

8.2. Tesis intermedia

Algunos doctrinarios consideran que ésta sería la posición de la Directiva 85/374/CEE, que luego hemos de analizar, ya que si bien no legisla la responsabilidad del fabricante o productor por el daño causado por el riesgo del desarrollo, deja abierta la posibilidad a los países miembros de la Comunidad Europea de legislar sobre dicha responsabilidad.

8.3. Tesis negativa

Los que aceptan esta postura afirman que el productor o fabricante no responde ante el consumidor del daño causado, si al momento del lanzamiento del producto al mercado ha cumplido con todos los recaudos técnicos y científicos según los cuales no se pudo prever la potencialidad dañosa del producto. Entre los fundamentos esgrimidos por los seguidores de esta postura podemos sintetizar los siguientes:

a) Que el elaborador no asume el riesgo del progreso científico.

b) Que se trata de un riesgo atípico e imprevisible, que como tal impide la programación de políticas financieras, lo que encarece los costos de producción.

c) Que no existe un defecto propiamente dicho, lo que impediría efectivizar medidas preventivas.

d) Agregan que de admitirse la responsabilidad del productor por el riesgo del desarrollo y establecerse un seguro, se induce a las empresas a no investigar, ya que les ha de bastar contratar dicho seguro para que les cubra la responsabilidad que les ha de imponer el legislador. En nuestra opinión, esta crítica no es incontrovertible, pues en caso de no admitirse la responsabilidad por el riesgo del desarrollo, a las empresas les resultaría económicamente más favorable dejar de invertir en investigación científico-tecnológica, pues ya no tendrían que responder frente a la víctima.

8.4. Proyectos de reforma

El Proyecto del Poder Ejecutivo de 1993 exoneró de responsabilidad al fabricante por el riesgo del producto, pues se establece que "(e)l elaborador responde por los daños causados por el defecto del producto por él fabricado", pero "podrá liberarse probando las siguientes circunstancias... 4º) Los conocimientos científicos y técnicos no permitan suponer la existencia del defecto al momento de la puesta en circulación del producto".

8.5. El riesgo del desarrollo en el Código Civil y Comercial

El Código Civil y Comercial, sancionado mediante ley 26.994, nada ha referido al supuesto específico. Ello

no obsta a que se mantiene vigente el art. 40 de la LDC, el que resulta aplicable sólo a los supuestos que regula, es decir, a los consumidores o usuarios. Por tanto, quienes quedan fuera de su ámbito de aplicación deberán recurrir para fundar su acción al art. 1757, que tal como expresaremos oportunamente, ampara el deber de reparar como consecuencia de la actividad riesgosa del responsable. Asimismo, y en virtud de lo establecido en el segundo párrafo de dicho artículo, que más adelante analizaremos, creemos que no resultaría admisible amparar al riesgo del desarrollo entre los eximentes.

8.6. La cuestión en la Convención de Estrasburgo de 1977

También en el derecho comparado la responsabilidad civil del productor o fabricante por los daños causados por los productos elaborados en el caso específico del riesgo del desarrollo ha dado lugar a criterios encontrados.

Así, por ejemplo, la Convención del Consejo de Europa de 1977, relativa a la Responsabilidad por el hecho de los productos defectuosos en caso de lesiones corporales o muerte, llamada Convención de Estrasburgo, aprobada en dicha ciudad el 27/1/1977, en su art. 1º, inc. 1º, establece que "(e)l fabricante de una cosa mueble es responsable del perjuicio causado por un defecto de éste, que él lo haya conocido, o haya podido conocer ese defecto". En tanto que el inc. 2º de dicho art. 1º establece: "El fabricante es igualmente responsable aun si la cosa, en función del desarrollo científico o tecnológico prevaleciente en el momento que él ha puesto en circulación, no ha podido ser considerada como defectuosa".

El inciso precedentemente transcripto contempla específicamente el supuesto de daños causados por el riesgo del desarrollo, pues obliga al fabricante a responder cuando la cosa se reconociere como dañosa, en función del avance científico-tecnológico, con posterioridad a su puesta en circulación.

Comentando este artículo, nos dice Tunc [\(30\)](#): "Es ésta una solución que choca mucho a los productores, porque ellos se colocan en una óptica de responsabilidad por culpa. En el cuadro de un derecho de los accidentes, la solución se impone, aunque ella plantea serios problemas en materia de seguros. La responsabilidad de pleno derecho del fabricante no tiene solamente por único objeto proteger a la víctima contra un error humano o técnico, o contra las dificultades de prueba de una culpa o falta: ella tiende a indemnizar de todo daño causado por una cosa defectuosa, aun cuando sólo la experiencia podría revelar su defecto".

8.7. La cuestión en la Directiva del Consejo de las Comunidades Europeas (85/374CEE)

En tanto que en la Directiva del Consejo de las Comunidades Europeas (85/374/CEE) del 25/7/1985, se altera el criterio anteriormente descripto, ya que se establece en su art. 7º que "el productor no es responsable, en aplicación de la presente directiva, si él prueba:... e) que el estado de los conocimientos científicos y técnicos en el momento de la puesta en circulación del producto por él no ha permitido descubrir la existencia del defecto".

Como vemos, la solución dada por la Directiva 85/374/CEE es opuesta a la de la Convención de Estrasburgo, ya que la primera admite como causal de exoneración de responsabilidad del productor el caso del riesgo del desarrollo, es decir, la prueba de que el defecto no pudo ser conocido por éste en virtud de los conocimientos científico técnicos imperantes al momento del lanzamiento del producto al mercado.

Sin embargo, el art. 15, inc. b), de la Directiva establece que "cada miembro puede:... prever en su legislación que el productor es responsable aun si él prueba que el estado de los conocimientos científicos y técnicos al momento de la puesta en circulación del producto por él no permitía indagar sobre la existencia del defecto".

En razón de lo expuesto, hay que aclarar que de los propios considerandos de la Directiva surge que ha tenido por objeto la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros en materia de responsabilidad por productos defectuosos, dado que las diferencias entre éstos podía afectar, por un lado, la libre competencia y circulación de productos y, por otro, vulnerar la protección a los consumidores debido a las desigualdades de tratamiento existentes en las legislaciones internas de dichos países.

Por lo cual, la directiva pretende superponerse a las distintas regulaciones de los países miembros para garantizar un nivel de protección no sólo elevado, sino que asimismo y por sobre todo tienda a igualar el tratamiento de los consumidores en los distintos Estados miembros de la Unión.

Ello pues tal como señalara el profesor alemán Taschner [\(31\)](#), quien participara activamente en la elaboración de la Directiva, para lograr objetivos indicados, ésta no puede establecer un nivel mínimo de

protección del consumidor que los Estados miembros puedan superar. "La Directiva tiene un sistema de responsabilidad cerrado, y sólo en aquellos casos en que ella misma lo dispone expresamente tienen los Estados miembros un cierto margen de actuación"⁽³²⁾. Tal el caso del art. 15, inc. b), por el cual se deja abierta la posibilidad a los Estados miembros de hacer reserva, a través de su legislación interna de transposición de la Directiva, a la exoneración de responsabilidad del productor en el caso de responsabilidad por daños causados por productos defectuosos en caso de riesgo de desarrollo.

Por lo cual, si bien con la disposición del art. 7º se cambia lo resuelto por la Convención de Estrasburgo de 1977, a través de la norma del art. 15 de la Directiva 85/374/CE se deja a salvo la posibilidad de establecer una legislación más proteccionista respecto del consumidor. En la práctica, Finlandia y Luxemburgo han hecho uso de la opción establecida en el art. 15, inc. b) de la Directiva, obligando a los productores a reparar en caso de riesgo del desarrollo, en tanto que España y Francia han hecho un uso parcial.

8.8. La ley francesa de transposición de la Directiva

Si bien al igual que la Directiva 85/374 CEE, que establece la responsabilidad objetiva del productor en caso de defecto de un producto causante de un daño al consumidor, siguiendo los términos de la misma el art. 1386-11-4 del Código Civil francés consagra el principio de ausencia de responsabilidad en caso de riesgo del desarrollo, al expresar que "el productor es responsable de pleno derecho a menos que pruebe... que el estado de los conocimientos científicos y técnicos, en el momento en que puso el producto en circulación, no permitía detectar la existencia del defecto".

Por lo cual, el principio en el derecho francés lo constituye la irresponsabilidad del productor en caso de riesgo del desarrollo. Sin embargo, encontramos dos excepciones a dicho principio, aunque en realidad sólo una constituye una verdadera excepción, "cuando el daño fue causado por un elemento del cuerpo humano o por los productos procedentes de éste", según lo establece el art. 1386-12 del Código Civil.

Así, y ya en fallos anteriores a la sanción de dicha disposición, pero en concordancia con lo dispuesto ella, a propósito de las transfusiones realizadas con sangre contaminada con el virus del HIV o de la hepatitis C, la Corte de Casación decidió que el vicio de la sangre, aun en el caso de que no pudiera detectarse, no constituía una causa extraña que permitiera irresponsabilizar al productor, ello fundándose en la obligación de seguridad-resultado que recae sobre él ⁽³³⁾.

La otra excepción a la irresponsabilidad del productor en caso de riesgo del desarrollo, que contempla la ley francesa, y que en realidad no es tal, se refiere al supuesto en que un defecto del producto es detectado durante el plazo de diez años previsto por el art. 1386-16 del Código Civil, donde el productor es responsable aun en caso de riesgo del desarrollo "si no ha tomado las disposiciones adecuadas para prevenir las consecuencias dañosas".

Decimos que este último supuesto no constituye una excepción al principio de la irresponsabilidad del productor por riesgo del desarrollo, pues si bien se hace alusión a este tipo de riesgo, el fundamento de la responsabilidad no se halla en un factor objetivo de atribución, sino en la culpa del productor, culpa que estaría dada por el conocimiento efectivo del productor, a través del avance científico técnico, del acaecimiento de daños o de la probabilidad bastante cierta de producirse éstos y, no obstante, no obró en consecuencia, tratando de evitar la producción de los mismos, ya sea informando al consumidor del peligro que corría y/o retirando el producto del mercado.

Ello es así pues la conducta irreprochable que exige el legislador francés al productor para exonerarse de responsabilidad por riesgo de desarrollo requiere de éste la probanza de que al momento de poner el producto en el mercado, el estado de los conocimientos científico-técnicos no permitía detectar el defecto, y luego que dicha conducta irreprochable continuó aun después del descubrimiento del defecto y antes del acaecimiento del daño.

Sin embargo, no debe confundirse el caso de riesgo de desarrollo con el supuesto contemplado por el art. 1386-4, inc. 3º, del Código Civil, el que expresa que "un producto no puede ser considerado defectuoso por el solo hecho de que otro más perfeccionado haya sido puesto en circulación posteriormente".

Ello pues en el supuesto de riesgo del desarrollo el producto es defectuoso, sólo que el estado de los conocimientos científico técnicos al momento de lanzarlo al mercado impiden al productor detectar esa potencialidad dañosa que el producto lleva en sí mismo; en tanto que en el último supuesto indicado, el producto carece de defectos, sólo que con posterioridad uno más perfeccionado se desarrolla y por supuesto significa un avance en relación con el anterior ⁽³⁴⁾.

Volviendo al riesgo del desarrollo, el producto es defectuoso, ello más allá de la voluntad del legislador de compeler o no al productor a reparar el daño causado al consumidor; en otros términos, la irresponsabilidad del productor en caso de riesgo del desarrollo, en determinado ordenamiento jurídico, no significa que el producto causante del daño no sea un producto defectuoso, dicho producto es tan defectuoso al igual que otro en otro ordenamiento jurídico que obliga al productor a reparar en dicho supuesto. El presente argumento resulta válido no sólo para el derecho francés, sino también para todos los derechos que no han contemplado el riesgo del desarrollo como hecho que origina el deber de reparar por parte del productor.

Por otro lado, la obligación de reparar los daños causados por un producto defectuoso que recae en cabeza del productor, constituye una responsabilidad de pleno derecho, por lo cual, tanto para Larroumet como para nosotros, resulta inexplicable que en el caso del riesgo del desarrollo, tratándose de un producto defectuoso, se pueda liberar al productor del daño causado, dado que la obligación de reparar encuentra fundamento en un factor objetivo de atribución. En otros términos, la irresponsabilidad del productor en estos casos significa que no se le puede reprochar el defecto. De este argumento resulta a las claras que se trata de una cuestión de imputabilidad y no de causalidad, ya que el legislador francés por alguna otra razón, aparentemente de carácter económico, no quiso imponer en el productor la obligación de reparar el daño causado por el producto defectuoso en el supuesto del riesgo del desarrollo, pero la causalidad se encuentra plenamente resguardada.

Otra prueba de ello resulta de la excepción contenida en el art.1386-12 del Código Civil francés, referida al supuesto en que el "daño fue causado por un elemento del cuerpo humano o por los productos procedentes de éste", y que en la jurisprudencia tiene aun aplicación antes de la sanción de la ley 98/389, casi a modo de principio, según los fallos antes citados, a propósito de las transfusiones realizadas con sangre contaminada con el virus del HIV o de la hepatitis C, en los cuales la Corte de Casación decidió que el vicio de la sangre, aun en el caso de que no pudiera detectarse, no constituía una causa extraña que permitiera irresponsabilizar al productor, ello fundándose en la obligación de seguridad-resultado que recae sobre aquél. Si en dichos casos se entendió que el productor no podía escapar de su responsabilidad, pues el riesgo del desarrollo constituía efectivamente un defecto, no se ve cómo el legislador francés trató discriminatoriamente este caso respecto de los restantes de riesgo del desarrollo, especialmente, sobre todo, los casos de riesgo del desarrollo en los medicamentos.

Todos son supuestos de defectos del producto, y concluyendo con apoyo en la postura ampliamente razonada por Larroumet, el legislador francés, desde un punto de vista jurídico, ha tenido más que fundamentos para plasmar en la ley de transposición de la Directiva como principio general la responsabilidad del productor en los supuestos de riesgo del desarrollo, en cuyo caso con las excepciones que fueran necesarias, por los argumentos expuestos, especialmente tratándose de un defecto del producto, argumentos que nosotros creemos más que aplicables a las legislaciones que aunque no encuentran como principio dicha responsabilidad del productor en los casos de riesgo del desarrollo, consideran la reparación por parte del productor de los daños causados por un producto defectuoso.

8.9. La ley española de transposición de la Directiva y el Real Decreto 1/2007

Haciendo uso del derecho conferido por el art. 15, inc. b) de la Directiva 85/374/CEE, el legislador español, si bien aceptando la regla de la exoneración de responsabilidad del productor en caso de responsabilidad por riesgo del desarrollo (35), admite excepciones a dicho principio a través del art. 6.3 de la Ley 22/1994 de transposición de la Directiva, en primer término, y luego de la reforma introducida por el Real Decreto 1/2007, a través del art. 140, apart. 3º, cuando se trate de medicamentos, alimentos y productos alimentarios, en cuyo caso el productor responde sin estar facultado de exonerarse alegando el riesgo del desarrollo (36).

Así, dicho art. 140, entre las causales de exoneración del productor, incluye conforme el inc. e): "Que el estado de los conocimientos científicos y técnicos existentes en el momento de la puesta en circulación no permitía apreciar la existencia del defecto".

No obstante establecerse dicha regla general, el legislador español contempló las excepciones mediante el apart. 3º de la ley citada, que expresa que "en el caso de medicamentos, alimentos y productos alimentarios destinados al consumo humano, los sujetos responsables, de acuerdo con este capítulo, no podrán invocar la causa de exoneración del apart. 1º, letra e)".

Queda a las claras que el productor no responde de los riesgos del desarrollo, en principio, aunque excepcionalmente responderá de ellos cuando los productos defectuosos sean medicamentos, alimentos o productos alimentarios destinados al consumo humano, es decir que no obstante la redacción de la norma la

excepción se convierte en la regla si lo analizamos desde el punto de vista del número de casos en juego.

No obstante lo precedentemente expuesto, el sistema anterior ha quedado limitado a través de la nueva redacción establecida por la Ley 4/1999 al art. 141.1 de la Ley 30/1992, denominada "Ley Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común". Dicha reforma ha mantenido el primer párrafo del artículo citado [\(37\)](#).

En tanto que el segundo párrafo del artículo citado, conforme la redacción dada por la Ley 4/1999, establece que "no serán indemnizables los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producción de aquéllos, todo ello sin perjuicio de las prestaciones asistenciales o económicas que las leyes puedan establecer".

Así, Marín López encuentra el antecedente inmediato de la ley que se comenta "en el deseo del legislador de acabar con las condenas que procedentes de los diversos órdenes jurisdiccionales, imponían a las Administraciones sanitarias la obligación de resarcir los daños derivados del contagio de sida o de hepatitis C como consecuencia de transfusiones de sangre realizadas en los hospitales del sistema público de salud"[\(38\)](#).

III. Antijuridicidad

1. Introducción

El primer elemento de la responsabilidad lo constituye la antijuridicidad, entendida ésta en su sentido más amplio, como la violación al ordenamiento jurídico en su conjunto. Gschnitzer [\(39\)](#) define la antijuridicidad como "la infracción de una norma, ya de la ley, ya del contrato, ya infrinja la norma expresa, ya atente a la finalidad que la misma persigue, o ya lesione principios jurídicos superiores".

En tal sentido expresa Santos Briz [\(40\)](#) que el concepto de lo que verdaderamente debe entenderse por antijuridicidad debe tomar a la ley en sentido lato, comprensiva de los pactos contractuales.

En las V Jornadas Nacionales de Derecho Civil celebradas en la Universidad Nacional de Rosario en 1971, en el Tema V, "Fijación de los lineamientos generales del sistema de la responsabilidad civil", se definió a la antijuridicidad expresándose que: "4º...comporta la transgresión normativa lato sensu, que comprende cualquier obrar contra derecho, como así el ejercicio abusivo del mismo".

2. El Código Civil y Comercial

El Código Civil y Comercial, aprobado por ley 26.994, siguiendo los precedentes expuestos en su art. 1717, establece: "Antijuridicidad. Cualquier acción u omisión que causa un daño a otro es antijurídica si no está justificada".

3. La antijuridicidad en los factores objetivos de atribución. Aplicación en la responsabilidad por productos elaborados

No debe confundirse antijuridicidad y daño, ambos son dos elementos necesarios para que exista responsabilidad civil, conjuntamente con la relación de causalidad y el factor de atribución, pero distintos. Sobre todo, dicha distinción merece ser tenida en cuenta en los factores objetivos de atribución, pues la actividad, como resulta ser la del productor o quien lanza productos al mercado, que implica un riesgo, es en abstracto lícita, siempre que no esté prohibida por las leyes, aunque se torna antijurídica cuando produce un daño, es decir, cuando la potencialidad dañosa (riesgo) se concreta en daño.

En otras palabras, resultaría que la actividad riesgosa es una actividad potencialmente dañosa aunque lícita, en tanto se convierte en ilícita la actividad riesgosa que provoca daño.

Este tema ha sido analizado también en las "V Jornadas Nacionales del Derecho Civil", cuyo Tema V, "Fijación de los lineamientos generales del sistema de la responsabilidad civil", en su punto 5 dice: "La lesión a un interés ajeno, en ejercicio de una actividad lícita puede excepcionalmente, engendrar responsabilidad".

Estos conceptos revisten importancia capital en el tema de la responsabilidad por productos elaborados y riesgo del desarrollo, ya que la actividad que produce daño es en sí misma lícita y su antijuridicidad surgirá de un juicio ex post daño.

Luego de analizar todos los presupuestos del deber de resarcir, especialmente el factor de atribución del

productor en los supuestos de daños causados por productos elaborados y riesgo del desarrollo, nos encontraremos en condiciones de afirmar que el lanzamiento de productos al mercado, como tal, es una actividad lícita aunque riesgosa, que en caso de producir daños se concreta en una actividad ilícita (antijuridicidad).

IV. Daño

1. Introducción

Conforme ya lo hemos expresado, el segundo presupuesto de la responsabilidad civil es el daño. Larenz ha definido daño como "el menoscabo que, a consecuencia de un acaecimiento o evento determinado, sufre una persona, ya en sus bienes vitales naturales, ya en su propiedad, ya en su patrimonio"⁽⁴¹⁾.

Así, cuando el patrimonio de un tercero resulta disminuido en razón de un daño no justificado, el agente dañador debe responder restableciendo dicho patrimonio a su estado anterior, por lo cual no hay responsabilidad civil sin daño causado, ya que no habrá patrimonio al cual deberá restablecerse al estado anterior. El daño en razón de ello se convierte en un presupuesto de la obligación de resarcir.

No obstante lo expuesto, y si bien tal como afirmamos no hay responsabilidad sin daño, éste para generar el deber de reparar debe ser producto de un acto antijurídico, debe mediar una relación de causalidad adecuada entre el hecho y el daño, y asimismo el obrar del agente debe ser atribuido a culpa o dolo (factores subjetivos) o a un factor objetivo.

No deben confundirse los dos primeros presupuestos de la responsabilidad, la antijuridicidad con el daño, pues no depende la primera de la existencia del segundo. La antijuridicidad es un presupuesto de la responsabilidad concurrente pero distinto del daño.

Así pues, hallamos conductas que causan daños y, no obstante ello, no son antijurídicas ⁽⁴²⁾. Por otro lado, hallamos también conductas antijurídicas que sin embargo no resultan dañosas ⁽⁴³⁾. Tanto en uno como otro caso no habrá obligación de resarcir por faltar uno de los presupuestos de la responsabilidad. Digamos que la esencia del daño surge de dicho menoscabo o pérdida, ya sea del tipo patrimonial o no.

2. El Código Civil y Comercial

El Código Civil y Comercial, aprobado por ley 26.994, en su art. 1737 define al daño expresando que "hay daño cuando se lesiona un derecho o un interés no reprobado por el ordenamiento jurídico, que tenga por objeto la persona, el patrimonio, o un derecho de incidencia colectiva".

El art. 1738 del Código Civil y Comercial establece que "la indemnización comprende la pérdida o disminución del patrimonio de la víctima, el lucro cesante en el beneficio económico esperado de acuerdo a la probabilidad objetiva de su obtención y a la pérdida de chances. Incluye especialmente las consecuencias de la violación de los derechos personalísimos de la víctima, de su integridad personal, su salud psicofísica, sus afecciones espirituales legítimas y las que resultan de la interferencia en su proyecto de vida". Es decir, se recepta aquí un concepto amplio de indemnización y se admite en el art. 1740 que la misma debe ser plena.

3. Objeto del daño en la responsabilidad por riesgo del desarrollo en los productos elaborados

Luego de lo expuesto, dejamos sentado que los daños que analizamos en el presente trabajo son aquellos que sufre la víctima, no ya en el producto dañoso en sí mismo, sino en los restantes bienes o en su propia salud. En este caso, el producto dañoso ha de constituirse en la causa del daño y no en su objeto.

Por otro lado, también debemos recordar que dado que nuestro derecho no contiene una normativa especial que rija la materia, ya que la Ley del Consumidor 24.240 no incluye normas al respecto, debemos referirnos como lo hemos debido hacer a las normas del Código Civil y Comercial.

Por lo expuesto, y tal como se expuso, dejamos sentado que en el caso de la responsabilidad por riesgo del desarrollo en los productos elaborados, deberá resarcirse a la víctima no sólo los daños patrimoniales, ya se trate de daño emergente como de lucro cesante, sino también los daños morales que resultaren, y siempre y cuando estén en relación de causalidad, y siempre y cuando se cumplan todos los presupuestos de la responsabilidad civil.

4. Daño directo

El art. 40 bis incorporado por la ley 26.361 a la 24.240 y reformado por la ley 26.994 define el daño directo 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 o del prestador de servicios".

La distinción entre daño directo e indirecto puede ser analizada desde tres ámbitos, aunque para Zannoni sólo dos refieren al daño en tanto que el tercero apela a la relación causal que ha de determinar la extensión del resarcimiento: 1) Así se puede llamar daño directo a aquel que ha inferido inmediatamente un menoscabo en el patrimonio de la víctima, es decir, los bienes; en tanto que el indirecto sería aquel que recae sobre los derechos de la personalidad que en forma mediata se traducen en perjuicios o pérdidas patrimoniales. Pareciera ser que el criterio que emana de la definición de daño directo de la LCD los incluye a ambos. 2) El segundo criterio llama daño directo al que sufre la víctima del evento dañoso y en cambio daño indirecto al que experimentan terceros en razón de ese mismo evento. Y 3) se ha dicho que hay daño directo cuando el perjuicio es consecuencia inmediata del evento dañoso y, en cambio, hay daño indirecto cuando el perjuicio resulta de la conexión del evento dañoso con un hecho distinto; se llama también daño mediato. Aceptan esta distinción Cazeaux, Trigo Represas y Boffi Boggero, quien dice que daño inmediato es el que acontece según el curso natural de las cosas y mediato el que surge de ese curso, pero con el aditamento de la conexión con un acontecimiento distinto. Coincidimos con Zannoni en que la última distinción refiere a la relación causal.

Sin embargo, la última parte del art. 40 bis según ley 26.994 dispone que "este artículo no se aplica a las consecuencias de la violación de los derechos personalísimos del consumidor, su integridad personal, su salud psicofísica, sus afecciones espirituales legítimas, las que resultan de la interferencia en su proyecto de vida ni, en general, a las consecuencias no patrimoniales".

Atendiendo al principio de reparación integral del daño, no encontramos óbice a pesar del artículo a que se reparen los daños sufridos por la víctima del daño.

5. Daños punitivos. Aplicabilidad a los productos elaborados. Riesgo del desarrollo

Define Pizarro al daño punitivo como aquellas sumas de dinero que los tribunales ordenan pagar a la víctima de determinados ilícitos, que se suman a las indemnizaciones por daños realmente experimentados por el damnificado, que están destinados a punir graves inconductas del demandado y a prevenir hechos similares en el futuro (44).

Esta doctrina no ha sido aceptada en Europa continental ni en Latinoamérica, a pesar de que parte de la doctrina avale su inclusión legislativa.

En tanto que en el derecho inglés ha sucedido lo contrario, a partir del dictado del fallo de la House of Lords de 1964, in re "Rookes vs. Barnard", doctrina que fuera luego receptada en el fallo "Cassel & Co. vs. Broome" en el año 1972.

La doctrina del fallo establecía que el objeto de la condena a indemnizar era la compensación del patrimonio de la víctima, en tanto que en el caso de la punición éste tiene por fin la imposición de un castigo ejemplar al dañador. Encontrábamos tres supuestos a los que debía circunscribirse su aplicación, los cuales son los siguientes:

i) Cuando se tratase de comportamientos opresivos, arbitrarios o inconstitucionales de funcionarios del gobierno.

ii) Cuando el responsable hubiere intentado obtener algún tipo de provecho con su accionar antijurídico, ello deducido aun el monto de probables indemnizaciones.

iii) Cuando la punición estuviere expresamente prevista por disposiciones estatutarias, casos por demás muy infrecuentes en el derecho inglés.

En tanto que en EE.UU, si bien es cierto que es el país donde la doctrina del daño punitivo ha tenido mayor resonancia, no lo es menos que dicho país ha generado grandes resistencias, por parte de la doctrina y la jurisprudencia, a tal punto que en algunos estados ha debido ser dejada de lado.

En aquellos estados en los que aún tiene aplicación se exige que no se trate de cualquier conducta antijurídica para su procedencia, sino que, por el contrario, se debe referir a aquel tipo de conductas en las que

haya una particular subjetividad. Debe tratarse de circunstancias agravantes relativas al autor del hecho, tales como: temeridad, malicia, mala fe, intencionalidad, perversión, actitud moralmente culpable, grosera, negligencia, etc. Todos estos agravantes provienen de la jurisprudencia imperante (45).

La crítica de la que ha sido blanco la doctrina enunciada es que dado a que tanto su imposición en cada caso como así también la fijación de su monto dependen del arbitrio judicial, no podrá el responsable nunca determinar a ciencia cierta con antelación las consecuencias patrimoniales del hecho ilícito cometido. Por otro lado, se ha dicho que genera su imposición un enriquecimiento patrimonial no justificado para la víctima, que además de su resarcimiento correspondiente al daño sufrido ve engrosada la suma que percibe por esta punición, que en realidad no tiene el carácter de indemnización.

En lo que se refiere a los productos elaborados, la aplicación de los daños punitivos en EE.UU. se ha convertido en un verdadero despropósito, pues se han llegado a aplicar montos desmesurados, lo que ha generado duras críticas por parte de la doctrina y la jurisprudencia.

Esto ha generado que algunos propugnen la eliminación de los daños punitivos en materia de responsabilidad por productos elaborados, ello sobre todo con fundamento en el encarecimiento del costo del seguro por engrosarse el monto indemnizatorio, y como consecuencia del aumento desmesurado del costo del producto.

En tanto que otros en razón de iguales fundamentos han analizado la posibilidad de establecer límites al daño punitivo, mientras que la doctrina dominante en EE.UU. es la que propugna la aplicación amplia de los daños punitivos en la responsabilidad por productos.

La ley 26.362 ha incluido a la 24.240 el art. 52 bis, por el cual se introduce en nuestro derecho la figura del daño punitivo en el marco del derecho del consumo. Conforme dicho artículo, "al proveedor que no cumpla sus obligaciones legales o contractuales con el consumidor, a instancia del damnificado, el juez podrá aplicar una multa civil a favor del consumidor, la que se graduará en función de la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso, independientemente de otras indemnizaciones que correspondan. Cuando más de un proveedor sea responsable del incumplimiento responderán todos solidariamente ante el consumidor, sin perjuicio de las acciones de regreso que les corresponda". La multa no puede exceder los \$ 5.000.000.

El Proyecto de Código Unificado Civil y Comercial redactado por la Comisión 191/2011 en su art. 1714, en referencia al tema establecía: "Sanción pecuniaria disuasiva. El juez tiene atribución para aplicar a pedido de parte, con fines disuasivos, una sanción pecuniaria a quien actúa con grave menosprecio hacia los derechos de incidencia colectiva. Pueden peticionarla los legitimados para defender dichos derechos. Su monto se fija prudencialmente, tomando en consideración las circunstancias del caso, en especial la gravedad de la conducta del sancionado, su repercusión social, los beneficios que obtuvo o pudo obtener, los efectos disuasivos de la medida, el patrimonio del dañador, y la posible existencia de otras sanciones penales o administrativas".

El artículo proyectado al supuesto de riesgo de desarrollo ya complicaría su aplicación con la apreciación del juez acerca de si se tratara o no de un derecho de incidencia colectiva, para lo cual deberá meritarse el menosprecio y violación por parte del elaborador del derecho a la salud de un grupo de la población, en su caso. Sin embargo el artículo proyectado no ha quedado plasmado en el Código Civil y Comercial, por lo que podrá aplicarse el sistema del art. 52 bis si el reclamante acude a la aplicación del art. 40 de la ley 24.240 según ley 24.999.

6. Conclusiones

Por nuestra parte, entendemos que lo que se trasluce detrás de la institución es, por un lado, el castigo y, por otro, la ejemplaridad. Dicho castigo y dicha ejemplaridad, a nuestro entender, tienen una función persuasiva, pero a su vez preventiva del daño, lo cual ha de resultar favorable en materia de responsabilidad por daños en general y de responsabilidad por productos elaborados en especial.

Por lo cual entendemos que resultarán interesantes y hasta provechosas normas que legislen la materia en nuestro ámbito, siempre y cuando se establezca un límite muy circunscripto a la discrecionalidad judicial, que por otra parte resultará necesario a fin de que el responsable tenga de antemano elementos que le permitan formular un análisis adecuado del costo de prevención, tal el caso del art. 52 bis de la LCD.

V. Relación de causalidad

Tal como hemos venido expresando, el tercer elemento de la responsabilidad lo constituye la relación de

causalidad. Ésta determinará en qué casos el efecto dañoso reconoce su causa en la acción u omisión del sujeto a quien se le exige responder (46).

Recuérdese aquí que este tema de la relación causal tiene por finalidad establecer la causalidad "jurídica" y no física entre el obrar u omitir y el daño causado. De allí que cobre ineficacia la teoría de la equivalencia de las condiciones, tal como lo hemos de expresar a continuación. La causalidad jurídica nos permite determinar, por un lado, qué consecuencias han de atribuirse a un hecho u omisión y, por otro, la extensión del resarcimiento.

Si bien es cierto el problema de la relación causal, también lo es que el problema del riesgo del desarrollo reviste particular importancia en razón de que:

i) en la responsabilidad civil por riesgos del desarrollo, los daños, por lo general, se ubican a una considerable distancia cronológica respecto del hecho u omisión del fabricante o productor;

ii) por hipótesis, los daños debieron ser insusceptibles de conocimiento, aplicando las técnicas imperantes al momento del lanzamiento al mercado, siendo que, por otra parte, autorizada doctrina ha sostenido que la "previsibilidad" constituye la idea central sobre la que debe construirse la teoría de la causalidad jurídica, constituyendo ésta el límite del deber de reparar;

iii) particular atención merecen los casos en los que no es posible determinar a ciencia cierta una relación causa-efecto entre el hecho y el daño provocado por productos cuya potencialidad dañosa era desconocida al momento del lanzamiento al mercado y la atribución de responsabilidad se efectúa con fundamento en el criterio de "participación en el mercado";

iv) en la gran mayoría de los casos de responsabilidad por riesgo del desarrollo se presenta una dificultad adicional, ya que el daño no es consecuencia de una causa escogida de entre diversos antecedentes contemporáneos, sino que resulta de hechos antecedentes que se presentan en forma sucesiva, derivándose un daño de otro.

El Código Civil y Comercial, en su art. 1726, recepta la teoría de la causa adecuada al expresar que "son reparables las consecuencias dañosas que tienen nexo adecuado de causalidad con el hecho productor del daño".

Para esta teoría, la causa debe ser adecuada para la producción del resultado. Dicha causa es adecuada en función de la posibilidad o probabilidad de un resultado, es decir, cuando según el curso natural u ordinario de las cosas es idónea para producirlo.

La relación causal, pues, existe entre el daño y su antecedente que normalmente lo produce, según el curso natural y ordinario de las cosas. El concepto de causalidad adecuada implica el de regularidad, normalidad, es decir, de lo que acostumbra suceder en la vida.

A fin de determinar si una condición es causal adecuada de un resultado, se acude al concepto de lo que en doctrina se denomina "prognosis póstuma", consistente en determinar ex post facto la posibilidad de un resultado. Este procedimiento se juzga en abstracto, como generalmente sucede, y no en el caso particular. Si la acción u omisión ordinariamente es apta para producir el resultado (que en los hechos se ha verificado), se dice que allí hay relación causal adecuada y, por tanto, es atribuible al agente.

De lo expuesto surge claramente que no necesariamente dicho resultado debe estar relacionado con la causal adecuada en forma inmediata, sino que puede serlo en forma mediata.

Así, sostiene Von Kries que cuando el juez indaga acerca de si una acción era o no adecuada, debe tomar en consideración lo que era o podía ser conocido por el agente en el momento de su actividad. El juicio de adecuación se fundaba en el saber normológico, atendiendo a las leyes naturales, y el saber ontológico, abstrayendo algunas condiciones y formulando la pregunta de posibilidad en orden a ellas.

Partiendo de este núcleo de ideas, han ido apareciendo diferentes corrientes internas. Como se advierte, la posición de Von Kries, fundador de la teoría, daba un enfoque subjetivista, pues tomaba como punto de vista el autor del hecho computando lo que éste conocía concretamente o podía conocer a fin de evaluar la previsibilidad de su actuar.

En tanto que enfoques objetivistas como el de Thon sostenían que el análisis debe hacerse teniendo en cuenta la totalidad de las condiciones que se dan en el momento del acto, aun cuando fueren desconocidas para el agente, así como las posteriores a la producción del daño, en tanto fueren previsibles para el hombre común o

medio.

Dentro de esta tendencia encontramos, a su vez, diversos matices, como por ejemplo la vertiente propulsada por Träeger y Hippel, para quienes en el juicio de adecuación debía tenerse en mira todas las circunstancias que pueden ser captadas por un experto.

Una tesis más extrema, la de Rümelin, sostiene que es menester computar hasta las circunstancias de hecho sabidas a posteriori, es decir que serían adecuadas inclusive las consecuencias no susceptibles de conocimiento en el momento del hecho, pero descubiertas más tarde.

Asimismo, para que haya causalidad adecuada entre un hecho y el resultado, se requiere que todos los eslabones de la cadena causal sean adecuados, no alcanza con que la acción sea normalmente idónea para producir el resultado, se requiere asimismo que las circunstancias intermedias hayan sucedido también normalmente, sin la intervención de factores extraordinarios, que en caso de existir producen la fractura del nexo causal y nos encontramos ante un proceso "atípico o inadecuado".

Decíamos que no se nos ha de dificultar la tarea de establecer la relación causal. Ello pues Rümelin plantea computar a fin de establecer la relación causal entre el hecho y el daño, inclusive aquellas circunstancias de hecho sabidas a posteriori. Es decir que se está aquí hablando de una adecuación de las consecuencias no susceptibles de conocimiento en el momento del hecho, pero descubiertas más tarde.

En el tema de la causalidad suelen confundirse dos problemas distintos: el de la causalidad y el de la atribuibilidad. Ello pues la adecuación de la causa al resultado debe establecerse objetivamente, sin que resulte relevante la conciencia efectiva o posible que tenga el agente al momento del actuar u omitir. El requisito de la previsibilidad, sustentado por parte de la doctrina, confunde, tal como decíamos, dos aspectos distintos: el de la causalidad, que para nosotros es objetiva y no depende del agente, y el de la atribuibilidad subjetiva u objetiva de la conducta. El primer problema se refiere al presupuesto de la relación de causalidad, en tanto que el segundo refiere al requisito de los factores de atribución de responsabilidad.

Ello nos lleva a expresar que, por nuestra parte, no encontramos dificultad en vincular causalmente al hecho, consistente en la introducción en el mercado de un producto potencialmente dañoso, aunque dicha potencialidad no resulta previsible para el fabricante o productor, con la efectiva concreción del daño.

1. La cuestión de la relación causal en los casos de responsabilidad atribuible en virtud del factor riesgo

Particular atención merece en este contexto la cuestión de vincular el presupuesto de la relación de causalidad y el presupuesto del factor de atribución cuando este último es el riesgo creado, en razón de que, tal como se analizará oportunamente, en ciertos supuestos de responsabilidad por el riesgo del desarrollo el factor atributivo de responsabilidad es justamente el riesgo creado.

A nuestro juicio, en los casos de responsabilidad objetiva, fundada en el factor riesgo, la relación de causalidad es doble: i) la que se establece entre la cosa y el daño (hecho del producto elaborado que generó el daño) y ii) la que media entre el hecho humano y la cosa (es decir, la introducción del producto en el mercado, o sea, la creación del riesgo).

2. Responsabilidad colectiva. Presunción de causalidad

2.1. Planteamiento del problema. Conceptualización

Nos encontramos ante el supuesto en que se torna imposible individualizar al responsable del daño de entre un grupo determinado. El tema reviste particular importancia en relación con el riesgo del desarrollo, debido a que el daño se efectiviza o resulta notorio, generalmente, tiempo después del lanzamiento del producto al mercado, por lo que resulta muy dificultoso para la víctima, si no casi imposible, individualizar al fabricante o productor responsable, dentro de un grupo determinado.

Los casos típicos se dan en los supuestos de daños causados por medicamentos. Estos últimos pueden concretar su potencialidad dañosa en daño muchos años después de haber sido consumidos o utilizados por la víctima. Sin embargo, y en razón de la aludida distancia temporal entre el hecho y la manifestación del daño, puede resultar en extremo difícil la fehaciente acreditación de la autoría de aquél.

Entendemos que el supuesto en análisis reviste analogía con lo que en doctrina se ha dado en llamar "responsabilidad colectiva"⁽⁴⁷⁾. Este tipo de responsabilidad se da cuando nos encontramos ante un supuesto de

"causalidad alternativa o disyuntiva", que se produce cuando, debido a la falta de prueba, no se puede individualizar cuál de varios individuos es el autor del daño. La distinción con los dos supuestos anteriores proviene de la circunstancia de que aquí, en la causalidad alternativa o disyuntiva, el daño es producto del obrar de un solo agente que no puede ser individualizado de entre un grupo de individuos (48).

Por lo que se convierte en requisito indispensable para que se genere el deber de reparar por parte del grupo que se pruebe que el daño ha sido causado por alguno de entre varios individuos determinados (49).

De lo expuesto surge, que ante la imposibilidad de individualización del agente dañador, si no responsabilizara a todos los sujetos, la otra solución posible sería la irresponsabilidad total, solución que para nosotros resulta injusta, sobre todo si la óptica se coloca del lado de la víctima, especialmente teniéndose presente que es ésta la actual función del derecho de daños.

De la toma de posición por una u otra postura, como se ve, resultarán consecuencias prácticas diversas.

2.2. El Código Civil y Comercial

El Código Civil y Comercial, en su art. 1761, expresa en referencia al autor anónimo que "si el daño proviene de un miembro no identificado de un grupo determinado responden solidariamente todos sus integrantes, excepto aquel que demuestre que no ha contribuido a su producción". Es decir, se siguen en el artículo los lineamientos de lo hasta aquí expresado, llegando a la solución de la responsabilidad solidaria.

En tanto que el art. 1762, del mismo cuerpo legal, refiere a la actividad peligrosa de un grupo, al establecer que "si un grupo realiza una actividad peligrosa para tercero, 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". Creemos que éste es el supuesto que mejor encuadra para el caso del riesgo del desarrollo.

2.3. Nuestra opinión respecto del fundamento de la responsabilidad colectiva

Por nuestra parte, pensamos que en la responsabilidad colectiva nos hallamos ante un supuesto de responsabilidad sin culpa, pues los responsables podrán no ser culpables, e inclusive ni siquiera autores materiales del daño, y que halla su fundamento en la teoría del riesgo creado. La acción del grupo, sea lícita o ilícita, es la que produce el resultado dañoso. Todos los sujetos que participan del grupo contribuyen por la sola circunstancia de ser integrantes de él a crear el riesgo y por dicha circunstancia deben reparar el daño causado.

Por otra parte, consideramos que, en el caso de la responsabilidad colectiva, nos hallamos de algún modo en la socialización de los riesgos, pues todos los que integran el grupo del que proviene el agente del daño se encuentran obligados a reparar por el solo hecho de ser integrantes de él, aunque el daño en sí propio sea producto del accionar de un solo sujeto perteneciente al grupo pero no individualizado dentro de éste.

2.4. Responsabilidad colectiva y el riesgo del desarrollo

En el riesgo del desarrollo nos encontramos en algunos casos ante supuestos de causalidad alternativa o disyuntiva, en los cuales la responsabilidad será colectiva. Ello pues ante la imposibilidad de la víctima del daño de determinar cuál de entre los sujetos integrantes de un grupo de riesgo es el que los causó, ésta debe demostrar una causalidad con un sujeto indeterminado del grupo y ello generará la obligación de reparar por parte de dicho grupo.

En el ejemplo anterior de los medicamentos, dado el período de tiempo que transcurre entre el lanzamiento al mercado y la consecuencia dañosa, generalmente nos hallamos ante un caso de causalidad alternativa o disyuntiva, pues la víctima que consumió o utilizó el fármaco se hallará frente a la dificultad de determinar cuál de los laboratorios que producía la droga al momento del uso o consumo fue el que lanzó al mercado el fármaco que verdaderamente le causó el daño.

Por ello la víctima deberá demostrar la causalidad entre:

i) la que se establece entre la cosa y el daño, es decir, entre el producto consumido o usado (cuya potencialidad dañosa, por hipótesis, no era susceptible de conocimiento de acuerdo a las técnicas vigentes) y el daño causado, por un lado, y

ii) la que se establece entre el hecho humano y la cosa, es decir, el hecho de un sujeto indeterminado de un grupo determinado (el lanzamiento del producto al mercado, lo que hemos denominado creación del riesgo).

2.5. Conclusiones

En los supuestos de riesgos del desarrollo resulta muy difícil, si no imposible, determinar cuál fue el causante del daño dentro del grupo riesgoso. No obstante ello, en el marco de la legislación vigente, tal como se ha ido expresando, resolvemos el encuadre jurídico.

VI. Factor de atribución

El cuarto elemento de la responsabilidad civil en general, y en especial de la responsabilidad del fabricante o productor, lo constituye el factor de atribución. Por lo tanto, luego de probada la relación causal entre el hecho u omisión y el daño, se deberá probar el factor de atribución, sin el cual no existirá responsabilidad.

El factor de atribución indicará, asimismo, cuál es el sujeto al que la ley indica como responsable y, por tanto, sobre éste ha de recaer el deber de resarcir el daño sufrido por la víctima.

1. Actividad riesgosa

El Código Civil y Comercial aprobado mediante ley 26.994, en su art. 1757, recepta la responsabilidad derivada de la actividad riesgosa al expresar que "toda persona responde por el daño causado por el riesgo o vicio de la cosa, o de las actividades que sean riesgosas o peligrosas por su naturaleza, por los medios empleados o por las circunstancias de su realización". Asimismo se agrega en la segunda parte del artículo que el factor de atribución de responsabilidad es objetivo. En tanto expresamente se aclara, que "no son eximentes la autorización administrativas para el uso de la cosa o la realización de la actividad, ni el cumplimiento de las técnicas de prevención", lo cual creemos facilita la posibilidad para el juez de no aceptar como eximente de la responsabilidad al riesgo del desarrollo.

Brebbia caracteriza a la "actividad riesgosa" como "aquella que potencia la probabilidad de daño a terceros, acrecentando el nivel normal de peligro que conlleva toda conducta humana lícita en la vida de relación, aun cuando se actúe con diligencia"[\(50\)](#).

Parte de la doctrina entiende que el riesgo de actividad debe ser calificado en abstracto y objetivamente, para discernir la previsibilidad del riesgo; en tanto otros toman la calificación del riesgo de actividad con un criterio amplio.

Los caracteres que debe revestir la actividad para que le resulte aplicable la teoría de la actividad riesgosa son los siguientes:

- i) debe ser lícita;
- ii) tener tipicidad social determinada que permita individualizarla y estimar su peligrosidad potencial, y
- iii) poseer una relevante potencialidad dañosa, calificada con un criterio amplio.

Por su parte, para que la teoría del riesgo de actividad resulte aplicable es necesaria la concurrencia de los siguientes requisitos:

- i) actividad riesgosa por su naturaleza o por los medios empleados, con o sin cosas, con los caracteres de riesgo potenciado, licitud y tipicidad;
- ii) ilicitud objetiva, producto de la vulneración de un derecho subjetivo o de un interés legítimo, que genere un daño indemnizable, y
- iii) relación de causalidad adecuada entre la actividad riesgosa y el daño.

Cumplidos, pues, los requisitos enunciados, los que deben ser acreditados por el damnificado, nace la obligación de resarcir para la persona física o jurídica que explota la actividad, medie o no culpa de su parte.

2. Responsabilidad contractual por incumplimiento del deber de seguridad

Para resolver el tema de la responsabilidad del fabricante dentro de la órbita contractual, la doctrina propuso el encuadramiento del caso en la llamada "obligación contractual de seguridad"[\(51\)](#).

Se trata de una obligación accesoria de ciertos contratos que vendría a adosarse a las típicas emanadas de cada convención. En algunos contratos, junto con las obligaciones que explícitamente emanan de ellos, deriva

otra llamada "obligación contractual de seguridad", que consistiría en preservar la integridad o las pertenencias del otro u otros contratantes que puedan verse comprometidas a través de la ejecución del contrato.

2.1. La obligación de seguridad en la ley 24.240

La ley 24.240 de Defensa del Consumidor, en los arts. 5° y 6° contempla la obligación de seguridad. Así, el art. 5° dispone:

Protección al consumidor. Las cosas y 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 e integridad física de los usuarios.

En sentido concordante con la disposición anterior, el art. 6° de dicha ley 24.240 expresa:

Cosas y servicios riesgosos. Las cosas y servicios, incluidos los servicios públicos domiciliarios, cuya utilización pueda suponer un riesgo para la salud o la integridad física de los consumidores o usuario, deben comercializarse observando los mecanismos, instrucciones y normas establecidas o razonables para garantizar la seguridad de los mismos. En tales casos debe entregarse un manual en idioma nacional sobre el uso, la instalación y mantenimiento de la cosa o servicio de que se trate y brindarle adecuado asesoramiento. Igual obligación regirá en todos los casos en que se trate de artículos importados, siendo los sujetos anunciados en el art. 4° responsables del contenido de la traducción.

Los sujetos que enuncia el art. 4° de dicha disposición legal son:

[quienes produzcan, importen, distribuyan o comercialicen cosas o presten servicios... [antes de la reforma, luego de la 26.361, el proveedor].

Los arts. 5° y 6° de la ley que comentamos significan la atribución, a cargo de los productores, importadores, distribuidores o comercializadores de una obligación contractual de seguridad que para nosotros sería de "resultado", por lo que generaría una responsabilidad del tipo objetivo.

Llegamos a esta conclusión en concordancia con lo que sostiene López Cabana (52), a pesar de que autores como Mosset Iturraspe y Lorenzetti (53) expresen que en el caso de la ley que comentamos es difícil analizar si se exigen "medios" o "resultados". Para estos autores, de la lectura del art. 5° (ley 24.240), pareciera surgir un parámetro de diligencia, al prever que un uso normal no cause daños. En tanto que de la lectura del art. 6° (ley 24.240), pareciera tratarse de una garantía, ya que las cosas o servicios deben comercializarse observando normas razonables para garantizar la seguridad, por lo que la responsabilidad sería objetiva. Concluyen expresando que "lo importante es examinar si lo que se juzga es una conducta o bien la acción de una cosa. En este último caso, mayoritario por cierto, la imputabilidad es objetiva".

En crítica a lo sostenido por Mosset Iturraspe y Lorenzetti, en primer término, entendemos que el art. 5° (ley 24.240), al referirse al uso normal ("condiciones previsibles o normales de uso") lo está haciendo en el sentido de que el consumidor deberá utilizar la cosa, de acuerdo con su propia naturaleza, es decir que si una persona ingiere un insecticida, está utilizando el producto fuera de su destino natural. De allí la importancia de la información exigida por el art. 4° (ley 24.240), a fin de extremar los recaudos para que el consumidor o usuario conozca las condiciones de uso y consumo. Pero la frase transcrita de dicho art. 5° lo es sólo con ese fin y no con el objeto de expresar que en el caso se trata de una obligación de medios.

El art. 5° (ley 24.240) se refiere a una obligación de "resultado", ya que las cosas o servicios no deben presentar peligro alguno para la salud o integridad física de los consumidores o usuarios, y son los sujetos del art. 2° de la ley 24.240, es decir, quienes los produzcan, importen, distribuyan o comercialicen los que deben cumplir con dicha obligación de resultado, consistente en que las cosas suministradas o los servicios prestados no atenten contra la salud de los usuarios.

Por otra parte, se confirma la solución que propugnamos, en el sentido de que en ambos artículos (5° y 6° de la ley 24.240) se trata de una obligación de resultado, dado que el art. 6° complementa el contenido del art. 5°, dando una especial consideración a las cosas o servicios cuya utilización pueda suponer un riesgo. Ello pues el art. 5° se refiere a todas las cosas o servicios en general, los cuales deben ser suministrados en tal forma que no presenten peligro alguno para la salud o integridad física de los consumidores o usuarios. En tanto que el art. 6° se refiere específicamente a cosas o servicios riesgosos en sí mismos, que presenten un peligro por su naturaleza o características. Si el art. 6° complementa el art. 5°, y en el primero no hay duda de que se trata de una obligación de resultado, ya que expresa "garantizar la seguridad", no vemos por qué en el segundo no ha de

tratarse también de una obligación de resultado.

Ello tiene claras consecuencias prácticas, pues tal como lo adelantáramos, si se trata de obligaciones de "resultado", los sujetos del art. 2º (ley 24.240), entre ellos el fabricante o productor, tendrán una responsabilidad del tipo objetivo y para exonerarse de responsabilidad deberán demostrar la "causa ajena".

2.2. La obligación de seguridad en el riesgo del desarrollo

Entendemos que cuando nos referimos a la obligación de seguridad, en el caso de daños causados por el "riesgo del desarrollo", nos estamos refiriendo a lo que en doctrina se denomina "garantía de inocuidad" de los productos que se lanzan al mercado.

En tal sentido, tiene importancia el análisis que hemos realizado acerca de si la obligación en el caso de los arts. 5º y 6º de la ley 24.240, a cargo del proveedor, según los términos del art. 2º, reformado por la 26.361 —"persona física o jurídica de naturaleza pública o privada, que desarrolla de manera profesional, aun ocasionalmente, actividades de producción, montaje, creación, transformación, importación, concesión de marca, distribución y comercialización de bienes y servicios, destinados a consumidores y usuarios"—, se refiere a una obligación de "medios" o si, por el contrario, se trata de una obligación de "resultado".

Ello pues, en el caso del fabricante o elaborador, en análisis, si nos encontramos ante una obligación de medios en la que éste, al decir de Alterini, Ameal y López Cabana, compromete su actividad diligente que razonablemente tiende al logro del resultado, pero no asegura dicho resultado ni lo promete, éste se exoneraría de responsabilidad demostrando su "no culpa".

En los supuestos de daños causados por el "riesgo del desarrollo", el fabricante, elaborador o productor desconoce la existencia del vicio, ha obrado con diligencia, pues conforme los conocimientos científico-técnicos, no es posible detectar al momento del lanzamiento del producto al mercado la nocividad de la cosa dañosa, por lo que no habrá culpa en el agente y podrá éste exonerarse de responsabilidad demostrando su "no culpa". En tanto que si concluimos, tal como lo hemos hecho, que la obligación de los arts. 5º y 6º de la ley 24.240 constituye una obligación de "resultado" a cargo de los sujetos del art. 2º, entre ellos el fabricante o productor, y dado que se comprometerán a cumplir determinado objetivo asegurando el logro de la consecuencia o resultado, se encontrarán ante una responsabilidad del tipo objetivo, de la que sólo se podrán exonerar demostrando la incidencia de una "causa ajena".

En los supuestos de daños causados por el "riesgo del desarrollo", dado que el fabricante, elaborador o productor, y en general todos los sujetos del art. 2º, se comprometerán a cumplir determinado objetivo, dichas cosas deberán ser suministradas en forma tal que no presenten peligro alguno para la salud e integridad física de los consumidores (art. 5º ley 24.240) y en especial consideración las cosas riesgosas (art. 6º ley 24.240). Es decir que se objetiviza la responsabilidad, admitiéndose únicamente para exonerarse de ella la prueba de la "causa ajena", a cargo del sujeto que la alega.

3. La acción del art. 40 de la ley 24.240

3.1. Introducción

La Ley del Consumidor 24.240, al ser sancionada, contenía con la misma numeración un artículo igual al que hoy resulta vigente, el único que trataba la responsabilidad por daños al consumidor, al igual que en la actualidad. Dicho artículo fue vetado por el Poder Ejecutivo nacional mediante dec. 2089/1993 [\(54\)](#), pero luego fue incorporado mediante la ley 24.999 [\(55\)](#).

El art. 40 de la ley 24.240 establece:

Responsabilidad solidaria. Si el daño al consumidor resulta del vicio o riesgo de la cosa o de la prestación del servicio, responderán el productor, el fabricante, el importador, el distribuidor, el proveedor, el vendedor y quien haya puesto su marca en la cosa o servicio. El transportista responderá por los daños ocasionados a la cosa con motivo o en ocasión del servicio.

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

3.2. Régimen de la responsabilidad

Lamentablemente, la norma del art. 40 de la ley 24.240, reformada por la 24.999, no recepta el cambio que

se ha ido operando en el derecho del consumo, a partir de la interpretación que se formulara en el common law y que encuentra su mayor recepción en el derecho continental europeo, a partir de la resolución 85/374/CEE, y de las leyes internas de transposición de las directivas de los países miembros, en los cuales se funda el deber de resarcir por parte de la cadena productiva, a partir del concepto de producto defectuoso y no de cosa riesgosa.

Por lo cual nos remitimos a la ya analizado en el concepto de producto, que debe estar destinado al consumo final, en el sentido del art. 1º de la ley 24.240 (56). Los arts. 1º y 2º de la ley 24.240 delimitan su ámbito de aplicación (57).

Mosset Iturraspe (58) considera entre las líneas básicas del art. 40 de la ley 24.240, según ley 24.999, que se analiza las siguientes:

- a) ubica la responsabilidad en el ámbito contractual;
- b) extiende la responsabilidad a todos los integrantes de la cadena productiva o de comercialización;
- c) iguala las situaciones de las cosas, bienes o productos con las de los servicios;
- d) consagra una imputación o atribución objetiva;
- e) en consecuencia, prescinde de la prueba de la culpabilidad;
- f) basa esa atribución objetiva en la creación de riesgo o peligro;
- g) consagra una imputación o atribución objetiva;
- h) explicita como causa de liberación la ajenidad o extraneidad del daño.

Respecto del primer aspecto, disentimos con el eximio maestro, pues consideramos que la ley 24.240, reformada por la ley 24.999, en su art. 40, no distingue esferas contractual y extracontractual de la responsabilidad, ello no sin apoyo en doctrina (59).

Sostenemos que si bien la ley 24.240, y por tanto la aplicabilidad del art. 40, resulta limitada, pues su ámbito refiere al consumidor, ha significado un adelanto importante en la materia justamente, pues ésta no distingue entre las órbitas contractual y extracontractual. Ello se ve corroborado por el hecho de que se responsabiliza a toda la cadena de producción y comercialización, sin hacer distinciones en cuanto a la existencia o no de vínculo contractual con la víctima.

La responsabilidad que les cabe a los sujetos intervinientes en la cadena de producción y comercialización es objetiva. Por tanto, sólo podrán exonerarse de responsabilidad demostrando que la causa del daño les ha sido ajena, es decir, caso fortuito extraño a la empresa, fuerza mayor, culpa de la víctima o de un tercero por el cual no se debe responder.

Para nosotros dicha norma encuentra fundamento en el riesgo creado, por lo cual nos remitimos en un todo a lo ya expresado al analizar este tema, más específicamente en el riesgo de actividad con cosas.

La actividad llevada a cabo por el productor, el lanzar productos al mercado, constituye en sí misma una actividad riesgosa. Como consecuencia de ese riesgo que el productor conoce, puede conllevar el lanzamiento de productos con algunos de los vicios que oportunamente se han desarrollado, se le impone el deber de reparar, pues éste se encuentra ligado, por un lado, a la fuente del daño, y por ello le resulta posible manejarla y, por otro, dado que obtiene un provecho de la actividad, resulta justo que deba resarcir a la víctima que, por otra parte, la mayoría de las veces resulta neófita respecto de las cualidades, calidades y virtudes de un producto.

En el caso de la responsabilidad por el riesgo del desarrollo, sólo una responsabilidad del tipo objetivo permite responsabilizar al productor de los daños sufridos por la víctima, tal como lo hemos venido expresando, ello pues en una responsabilidad culposa le queda al responsable la prueba de haber obrado diligentemente como medio de exonerarse; allí incluso en el caso de una inversión de la carga probatoria a favor de la víctima, resultará similar solución, pues la prueba de la no culpa siempre le cabrá al productor.

Para el caso de los daños causados por un producto elaborado, se responsabiliza al fabricante o productor, al importador, al distribuidor, al vendedor, y quien haya puesto su marca en el producto. Entienden Goldenberg-Cafferata (60) que como cada uno de los sujetos de la cadena contribuye de un modo diverso, la ley consagra para ellos una obligación concurrente, todos pueden ser demandados, pero luego entre ellos responden

según su causa.

Creemos convincentemente que en el marco de la responsabilidad consagrada en el art. 40 de la ley 24.240, tal como lo hemos hecho al analizar al art. 1757 del Código Civil y Comercial, los supuestos de daños causados por el riesgo del desarrollo resultan solucionados por las normas indicadas, ello más allá de la urgente necesidad de plasmarlo legislativamente en una ley especialmente referida a la responsabilidad por productos defectuosos y sobre todo por riesgo del desarrollo, que resuelva todos los conflictos que puedan suscitarse en la materia, y en la cual podamos hallar el fundamento del deber de responder en el defecto del producto, y no en el riesgo creado.

VII. Conclusiones

1. El concepto de producto debe ser tomado en su sentido más amplio. Si bien en la ley 24.240 no se hace referencia expresa al concepto del defecto del producto, nos encontramos en condiciones de afirmar que ella se nos otorgan elementos que nos han de permitir su conceptualización y delineamiento.

2. Entendemos por riesgo del desarrollo a los daños causados por un producto, el cual, al momento de su lanzamiento al mercado por un productor o fabricante, era considerado inocuo sobre la base de los métodos de verificación de calidad existentes a ese momento. Sin embargo, y como consecuencia del avance tecnológico y la posterior aparición de nuevas técnicas, se descubre su potencialidad dañosa.

3. La actividad, como resulta ser la del productor o quien lanza productos al mercado, que implica un riesgo, es en abstracto lícita, siempre que no esté prohibida por las leyes, aunque se torna antijurídica cuando produce un daño, es decir, cuando la potencialidad dañosa (riesgo) se concreta en daño.

4. En los supuestos de daños causados por productos elaborados —entre ellos los causados por el riesgo del desarrollo—, deberá resarcirse a la víctima no sólo de los daños patrimoniales, ya se trate de daño emergente como de lucro cesante, sino también de los daños morales que resultaren, y siempre y cuando estén en relación de causalidad adecuada, y en tanto se cumplan todos los presupuestos de la responsabilidad civil enunciados.

5. Dentro de límites racionales y muy bien delimitados legislativamente, que dejen poco margen de discrecionalidad judicial, sostenemos el instituto del daño punitivo, que puede tener efectos persuasivos y preventivos, lo cual ha de resultar favorable para su aplicación en materia de responsabilidad por daños en general y de responsabilidad por productos elaborados en especial.

6. En el tema de la causalidad suelen confundirse dos problemas distintos: el de la causalidad y el de la atribuibilidad. Ello pues la adecuación de la causa al resultado debe establecerse objetivamente, sin que resulte relevante la conciencia efectiva o posible que tenga el agente al momento del actuar u omitir. Consideramos que la teoría que mejor da respuesta a la cuestión de la relación causal es la doctrina de la causa adecuada en su vertiente objetiva, tal como ha sido planteada por Rümelin. Conforme ésta, no habrá ningún problema para relacionar causalmente el hecho, en este caso el lanzamiento al mercado de un producto potencialmente dañoso (cuya defectuosidad no resulta ser detectada conforme la ciencia y técnica imperantes en dicho momento, pero que con posterioridad se detecta el defecto) con el daño causado.

7. En los casos de responsabilidad objetiva, fundada en el factor riesgo, la relación de causalidad es doble: i) la que se establece entre el cosa y el daño (hecho del producto elaborado que generó el daño) y ii) la que media entre el hecho humano y la cosa (es decir, la introducción del producto en el mercado, es decir, la creación del riesgo).

8. En la responsabilidad por riesgo del desarrollo nos encontramos en algunos casos en supuestos de causalidad alternativa o disyuntiva, en los cuales la responsabilidad será colectiva. Ello pues, ante la imposibilidad de la víctima del daño de determinar cuál de entre los sujetos integrantes de un grupo de riesgo es el que lo causó, ésta debe demostrar una causalidad con un sujeto indeterminado del grupo y ello generará la obligación de reparar por parte de dicho grupo.

9. En relación con el factor de atribución, cuando la responsabilidad es contractual se aplica la obligación de seguridad. En el caso de daños causados por el "riesgo del desarrollo", nos estamos refiriendo a lo que en doctrina se denomina "garantía de inocuidad" de los productos que se lanzan al mercado. En estos supuestos, dado que el fabricante, elaborador o productor, y en general todos los que produzcan, importen, distribuyan o comercialicen cosas (art. 2º ley 24.240), se comprometerán a cumplir determinado objetivo, dichas cosas deberán ser suministradas en forma tal que no presenten peligro alguno para la salud e integridad física de los consumidores (art. 5º ley 24.240) y en especial consideración las cosas riesgosas (art. 6º ley 24.240). Es decir

que se objetiviza la responsabilidad, admitiéndose únicamente para exonerarse de ella la prueba de la "causa ajena", a cargo del sujeto que la alega.

10. Cuando la responsabilidad es extracontractual, la responsabilidad del productor es objetiva y encuentra fundamento en la teoría del riesgo de actividad, art. 1757 del Código Civil y Comercial. Éste es quien domina la fuente de riesgo, pues es quien tiene en sus manos la potencialidad dañosa de la actividad que desarrolla. Por tanto, será quien deberá indemnizar a la víctima en caso de producción del daño, independientemente de todo juicio de culpabilidad. Sólo se exonerará demostrando la "causa ajena", es decir, caso fortuito extraño a la actividad, fuerza mayor o culpa de la víctima. No constituye caso fortuito extraño a la actividad el riesgo del desarrollo.

11. Resulta aplicable a la responsabilidad por productos y riesgo del desarrollo el art. 40 de la ley 24.240, en los casos de tratarse de un consumidor en los términos del art. 1º del mismo cuerpo legal, imputándose responsabilidad concurrente a todos los sujetos de la cadena de fabricación y comercialización, correspondiendo acciones de regreso entre éstos, en su caso.

(1) Así, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó por resolución 39/248 de "Directrices para la Protección del Consumidor", en su art. 3º, "...a) la protección de los consumidores frente a los riesgos para la salud y seguridad...".

(2) Sobre el comentario de este artículo, en general, ver Bidart Campos, Germán J., Tratado elemental de Derecho Constitucional argentino, t. VI, "La reforma constitucional de 1994", Ediar, Buenos Aires, 1995, ps. 305 y ss., y Ferrer de Fernández, Esther H. S., "Autonomía de la voluntad. Problemática actual", Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata, Editorial de la Universidad Nacional de la Plata, t. XXXIII, 1997, p. 119.

(3) Ver Andorno, Luis O., "Responsabilidad por daño a la salud o seguridad del consumidor", en AA.VV., La responsabilidad. En homenaje al profesor doctor Isidoro H. Goldenberg, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1995, p. 481.

(4) El art. 1º de la directiva expresa: "...el productor será responsable de los daños causados por los defectos de los productos".

(5) En los considerandos se expresa que dicha exclusión del art. 2º de las materias primas agrícolas y de los productos de caza "... de la presente Directiva puede ser sentida en ciertos Estados miembros, en relación a las exigencias de la protección de los consumidores, como una restricción injustificada de esta protección; que debe, por ello, ser posible a un Estado miembro, extender la responsabilidad a esos productos".

(6) En el antecedente de la Directiva 85/374/CEE, el Proyecto de Directiva sometido por la Comisión de las Comunidades Europeas al Consejo de Europa del 9/9/1976, establece en su art. 1º, inc. 1º: "El fabricante de una cosa mueble es responsable del perjuicio causado por un defecto de éste, que él lo haya o no conocido, o haya podido conocer ese defecto". Conforme el texto de dicho Proyecto, no alcanzaría más que a la responsabilidad por el daño causado por el defecto de las cosas muebles. Sobre éste y diversos aspectos del Proyecto de Directiva que analizamos, ver Tunc, André, "La Directiva de las Comunidades Europeas en materia de responsabilidad por el hecho de los productos defectuosos", Derecho Comparado, ps. 19/32, quien expresa en relación con el art. 1º que es la circulación la que origina la necesidad de la protección acordada a la víctima. La exposición de motivos del Proyecto de Directiva aclara que resultará aplicable al perjuicio causado por una cosa mueble utilizada con motivo de la construcción de un inmueble o incorporada a él. Asimismo, se expresa en dicha exposición de motivos que no se busca distinguir entre productos industriales y productos artesanales, pero considerándose que estos últimos tienen menores posibilidades que los primeros de comprometer la responsabilidad del fabricante. Tampoco el Proyecto de Directiva excluye de su ámbito de aplicación a los productos agrícolas, tanto sea que éstos hayan sido transformados o consumidos en su estado natural.

(7) Una de las razones que generó presión sobre el Consejo de la Unión Europea para tenderse a la modificación de la Directiva 85/374/UE ha sido la posibilidad de transmitirse al hombre la "encefalopatía espongiforme bovina" (EEB, "enfermedad de las vacas locas"). En tal sentido, ver Casals, Miquel M. — Solé Feliú, Josep, "Responsabilidad por productos en España y (des)armonización europea", Revista de Responsabilidad Civil y Seguros, 2001, p. 195.

(8) Ver Parra Lucan, María Ángeles, Daños por productos y protección al consumidor, Barcelona, 1990.

(9) Dicha Convención de Estrasburgo, que proviene del Consejo Europeo, a diferencia de la Directiva, que proviene de la Unión Europea, cuenta con la firma de sólo cuatro Estados: Austria, Bélgica, Holanda y Luxemburgo. A su vez, la Convención de Estrasburgo ha sido el texto básico que ha influido en la redacción de

la Directiva.

(10) Ver Parra Lucan, María Ángeles, Daños por productos y protección al consumidor, cit., p. 497.

(11) Dichos artículos son similares a los arts. 5º y 6º de la ley 24.240, aunque no hay que perder de vista que la sanción de este último cuerpo legal es posterior a la sanción de la ley 8078 de Brasil.

(12) Art. 5º: "...servicio es cualquier actividad remunerada, suministrada en el mercado de consumo, con excepción de las que resultan de las relaciones laborales".

(13) Ver Exposición de motivos. Allí se expresa: "Esta ley tiene por objeto la adaptación del Derecho español a la Directiva 85/374/CEE, de 25 de julio de 1985, de responsabilidad civil por los daños ocasionados por productos defectuosos. Fruto de un largo y complejo proceso de elaboración, la Directiva se propone conseguir un régimen jurídico sustancialmente homogéneo, dentro del ámbito comunitario, en una materia especialmente delicada, en razón de los intereses en conflicto. Dado que ni el ámbito subjetivo de tutela ni el objetivo que contempla la Directiva coinciden con los de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, se ha optado por elaborar un proyecto de ley especial".

(14) Ver SSAP Córdoba, 30/10/2000 (AC 2000/2097); Zaragoza 27/9/1999 (AC 1999/1661), cit. por Casals, Miquel M. — Solé Feliú, Josep, "Responsabilidad por productos en España y (des)armonización europea", cit., p. 202.

(15) Ver Larroumet, Christian, "La noción de riesgo de desarrollo, riesgo del siglo XXI", Revista de Responsabilidad Civil y Seguros, t. 2000, p. 82.

(16) Ver Compagnucci de Caso, Rubén H., "Daños causados por productos elaborados" en Temas de Responsabilidad Civil en honor al doctor Augusto Mario Morello, p. 254; Lorenzetti, Ricardo L., Consumidores, 1ª ed., Rubinzal Culzoni, Santa Fe, p. 418, entre muchos otros. En el derecho europeo Casals, Miquel M. — Solé Feliú, Josep, "Responsabilidad por productos en España y (des)armonización europea", cit., p. 202, entre muchos otros.

(17) En nuestros tribunales, donde no abundan en demasía los fallos sobre responsabilidad por productos, sobre los defectos del producto se ha expresado: "Productos defectuosos o viciosos son los que por fallas de fabricación encierran potencialmente la aptitud para producir un daño al que lo utiliza, y la responsabilidad se extiende en el supuesto de deficiente información al usuario sobre el modo de utilización del producto" (C. Com. Paraná, sala 2ª, 26/6/1987, JA 1988-III-499).

(18) LLC, 1998-1127.

(19) LL, 1998-E, 608, con nota de Fernando Sagarna.

(20) Ver Casals, Miquel M. — Solé Feliú, Josep, "Responsabilidad por productos en España y (des)armonización europea", cit., p. 202.

(21) Ver SSTS 23/6/1993 (RJ 1993/5380); 4/10/1996 (RJ 1996/7034), citadas por Casals, Miquel M. — Solé Feliú, Josep, "Responsabilidad por productos en España y (des)armonización europea", cit., p. 202.

(22) La SAP Granada 12/2/2000 (AC 2000/851) aplica la misma solución en el caso en el que el tapón de una botella de Coca-Cola salió disparado, golpeó el ojo de una niña y le causó lesiones graves. El tribunal consideró que "no aparece la pretendida actuación indebida de la menor, que intentó abrir la botella...", y concluye que "si esto es así, y lo es, no se puede llegar más que a la existencia de un defecto en el envase. Defecto de fabricación, en él, y en concreto en su tapón de rosca, que remite al principio "unusquisque peritus esse deber artis suae". Citado por Casals, Miquel M. — Solé Feliú, Josep, "Responsabilidad por productos en España y (des)armonización europea", cit., p. 202.

(23) Millner, Maurice, "La responsabilidad civil por productos elaborados en el sistema del common law", LL 143 858/869, Sección Doctrina.

(24) Ver Millner, Maurice, "La responsabilidad civil por productos elaborados en el sistema del common law", loc. cit., y Allianak, "Responsabilidad del fabricante por productos defectuosos (en el derecho de los Estados Unidos de América)", LL, 1988-A, 860.

(25) Ver Millner, Maurice, "La responsabilidad civil por productos elaborados en el sistema del common law", loc. cit.

(26) Ver JA del 15/7/1998, nro. 6098, p. 46.

(27) El art. 6º de la Directiva 85/374/CEE establece: "...2. Un producto no se considerará defectuoso por la única razón de que, posteriormente, se haya puesto en circulación un producto más perfeccionado".

(28) En sentido concordante, art. 6º, inc. a), de la Ley española 22/1994 de transposición de la Directiva

85/374/CEE.

(29) Algunos de los fundamentos ver Goldenberg, Isidoro — López Cabana, Roberto, JA 1990 I 917, y Lorenzetti, Ricardo L. — Mosset Iturraspe, Jorge, en *Defensa del consumidor y del usuario*. Ley 24.240, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, p. 354.

(30) Ver Tunc, André, "La Directive des Communautés Européennes en matière de responsabilité du fait des produits defectueux", *Revista de Derecho Comparado*, t. I, p. 25.

(31) Ver Taschner — Frietsdch, *Produktthftungsgesetz und EG-Proukthftungsrichtlinie*. Kommentar, Einfuhrung, Rdn. 165, ps. 90/91, cit. por Casals, Miquel M. — Solé Feliú, Josep, "Responsabilidad por productos en España y (des)armonización europea", cit., p. 198.

(32) Ver Casals, Miquel M. — Solé Feliú, Josep, "Responsabilidad por productos en España y (des)armonización europea", cit., 198.

(33) Ver Civil 1ª, 12/4/1995, JCP 1995.II.22467, nota de Jourdain; Civil 1ª, 27/5/1997, *Contracts*, conc. Consom. 1997, nro. 145, obs. Levenet, jurisprudencia citada por Larroumet, Christian, "La noción de riesgo de desarrollo, riesgo del siglo XXI", cit., p. 86.

(34) Para un desarrollo más amplio de la carga probatoria en relación con la diferencia que apuntamos, ver Larroumet, Christian, "La noción de riesgo de desarrollo, riesgo del siglo XXI", cit., ps. 83 y ss.

(35) Conf. art. 6.1.e de la ley 22/1994 sobre responsabilidad civil por daños causados por productos defectuosos.

(36) Ver Casals, Miquel M. — Solé Feliú, Josep, "Responsabilidad por productos en España y (des)armonización europea", cit., p. 205; Marín López, Informe sobre la aplicación judicial de la Ley 22/1994, de 6 de julio, de responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos (2002/2005), catedrático de Derecho Civil, Universidad de Castilla-La Mancha, Centro de Estudios de Consumo, juanjose.marin@uclm.es, septiembre de 2005, p. 148.

(37) El que establece que "(s)ólo serán indemnizables las lesiones producidas al particular provenientes de daños que éste no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley".

(38) Ver Marín López, Informe sobre la aplicación judicial de la ley 22/1994, de 6 de julio, de responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos (2002-2005), p. 148.

(39) Citado por Santos Briz, *La responsabilidad civil*, Madrid, 1970, p. 24.

(40) Santos Briz, *La responsabilidad civil*, loc. cit.

(41) Ver Larenz, *Derecho de las obligaciones*, t. I, traducido del alemán por Santos Briz, *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1978, p. 193.

(42) Ver los supuestos de daño justificado como estado de necesidad y legítima defensa.

(43) Asimismo cuando el daño resulta de ser de tan poca envergadura que no genera obligación de resarcir.

(44) Ver Pizarro, Ramón D., "Daños punitivos", en AA.VV., *Derecho de Daños*. Homenaje al profesor doctor Félix A. Trigo Represas, La Rocca, Buenos Aires, 1993, p. 291.

(45) Ver Pizarro, Ramón D., "Daños punitivos", cit., p. 295.

(46) En tal sentido, el Código Civil argentino requiere que se trate de daño causado u ocasionado (ver arts. 508, 521, 1068, 1074, 1109, 1111, 1113 y 1114, entre otros).

(47) Sobre este tema, ver Goldenberg, Isodoro, *La relación de causalidad en la responsabilidad civil*, ps. 141/143; Alterini, Atilio A. — López Cabana, Roberto, *Cuestiones modernas de responsabilidad civil*, La Ley, Buenos Aires, 1988; *Responsabilidad colectiva. Régimen legal en Argentina y Latinoamérica*, ps. 227/228; Bustamante Alsina, Hugo, *Teoría general de la responsabilidad civil*, 4ª ed., Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1983, p. 533, Cazeaux, Pedro N. — Trigo Represas, Félix A., *Tratado de Derecho de las Obligaciones*, t. IV, Platense, La Plata, 1976, p. 585.

(48) Ver Alterini, Atilio A. — López Cabana, Roberto, *Cuestiones modernas de responsabilidad civil*, cit., p. 228.

(49) Ver Goldenberg, Isodoro, *La relación de causalidad en la responsabilidad civil*, cit., p. 153; Alterini, Atilio A. — López Cabana, Roberto, *Cuestiones modernas de responsabilidad civil*, cit., p. 229.

(50) Brebbia, loc. cit.

(51) Cfr. Bustamante Alsina, Hugo, "La responsabilidad civil", Zeus 24-D-41; Trigo Represas, Félix A.,

"La responsabilidad civil del fabricante en las VIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil", LL, 1982-B, 663; Goldenberg, Isidoro, "La responsabilidad por los productos elaborados", JA 1982-I-746.

(52) Ver López Cabana, Roberto, "Daños al consumidor", Núcleo, año 1, nro. 1, p. 6.

(53) Ver Lorenzetti, Ricardo L. — Mosset Iturraspe, Jorge, en *Defensa del consumidor y del usuario*. Ley 24.240, cit., p. 319.

(54) Dicho decreto, en su art. 6º, vetaba el art. 40 de la ley 24.240 (BO 15/10/1993).

(55) La ley 24.999 mediante su art. 4º incorpora a la ley 24.240 dicho art. 40 (BO 30/7/1998).

(56) El art. 1º de la ley 24.240, reformado por la ley 26.994 establece: "Objeto. Consumidor. Equiparación. La presente ley tiene por objeto la defensa de los consumidores o usuarios. Se consideran consumidores o usuarios, entendiéndose por tal a toda persona física o jurídica que adquiere o utiliza bienes o servicios en forma gratuita u onerosa como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social. Queda equiparado al consumidor quien, sin ser parte de la relación de consumo, como consecuencia o en ocasión de ella adquiere o utiliza bienes o servicios, en forma gratuita u onerosa, como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social". Quedando de este modo fuera de la ley el consumidor expuesto. En tanto que el art. 2º de la misma ley establece, según ley 26.361; "Proveedor. Es la persona física o jurídica, de naturaleza pública o privada que, desarrolla de manera profesional, aun ocasionalmente, actividades de producción, montaje, creación, construcción, transformación, importación, concesión de marca, distribución y comercialización de bienes y servicios, destinados a consumidores o usuarios. Todo proveedor está obligado al cumplimiento de la presente ley. No están comprendidos en esta ley los servicios de profesiones liberales que requieran para su ejercicio título universitario y matrícula otorgada por colegios profesionales reconocidos oficialmente o autoridad facultada para ello, pero sí la publicidad que se haga de su ofrecimiento".

(57) Ver Ferrer de Fernández, Esther H. S., "El consumidor bancario en el Código Civil y Comercial. Primera Parte", RDCO, Abeledo Perrot, nro. 270, enero- febrero 2015, ps. 9/22.

(58) Cfr. Mosset Iturraspe, Jorge, *Defensa del Consumidor*. Ley 24.240, Rubinzal Culzoni, 1998, p. 112.

(59) Ver Picasso, Sebastián — Wajntraub, Javier H., "Las leyes 24.787 y 24.999: consolidando la protección del consumidor", JA 1998-IV-652, y Goldenberg, Isidoro — Cafferata, Néstor, en *Trigo Represas*, Félix A. — López Mesa, Marcelo, *Tratado de la responsabilidad civil*, t. III, p. 496.

(60) Goldenberg, Isidoro — Cafferata, Néstor, cit.