

CONSIDERACIONES Y PROPUESTAS PARA EL RIESGO DE DESARROLLO Y SU EXIMENTE

Por Gabriel Héctor Coronel Lavecchia

Fecha de recepción: 10 de mayo de 2017

Fecha de aprobación: 31 de mayo de 2017

Resumen

El presente artículo aspira a exponer algunos de los principales motivos por los que consideramos conveniente reconocer y receptar normativamente la excepción por estado de la ciencia ante supuestos de responsabilidad por riesgos de desarrollo, partiendo de una exposición sucinta de las particularidades del excepcional supuesto y su deficiente regulación en el Derecho argentino.

Abstract

The following article aims to explain some of the main reasons we consider it convenient to recognize and receive in the regulations the exception by state of science before assumptions of development risk liabilities, based on a brief statement of the peculiarities of the assumed exception and its deficient regulation in Argentine law.

Resumo

O presente artigo tem como objetivo expor alguns dos principais motivos que consideramos convenientes reconhecer e recepcionar normativamente, devido à exceção por parte do estado e da ciência, diante suposições de responsabilidade por risco do desenvolvimento, partindo de uma exposição sucinta das particularidades de suposições de exceção e sua deficiência de regulação no direito argentino.

Palabras clave

Derecho de daños, responsabilidad por riesgo de desarrollo, estado de la ciencia, responsabilidad objetiva.

Keywords

Law of damages, development risk liability, state of science, objective liability.

Palavras chave

Direito de danos, responsabilidade por risco do desenvolvimento, estado da ciencia, responsabilidade objetiva.

1. Aproximación al trasfondo

El tema a abordar hace mella en el mundo jurídico por diversas y polémicas cuestiones. En primer orden, explicita la necesidad de realizar en la práctica abordajes interdisciplinarios profundos, en los que se respeten y reconozcan los conocimientos del científico y técnico en su arte y profesión, en permanente colaboración con el Derecho y viceversa. Por otra parte, no deja de ser un planteo en cierto punto ético, desde que se baraja quien ha de cargar con las consecuencias dañosas –y con ella los *costos* en general– del progreso científico y tecnológico. Asimismo, según sea la decisión jurídica que se adopte, la misma repercutirá en las decisiones que puedan tomar el empresariado local y los inversores extranjeros, todo lo cual acarrea nuevas consecuencias sociales y económicas.

Adelantando la postura que sostendremos a lo largo del trabajo, creemos que es conveniente receptar la excepción por estado de la ciencia, en el entendimiento de que solo brindándole un marco legal lo más preciso y ajustado posible al instituto, transitaremos el camino que conduzca a una solución práctica y con pretensión de permanencia. Menester para ello será reconocer al problema que suscita el riesgo de desarrollo en su naturaleza y alcances.

Sostener la conveniencia de regular y definir la excepción no significa que desconozcamos o soslayemos que serían drásticos los costos sociales de receptar la misma en condiciones flexibles, amplias o bien desdibujadas. No es ello lo que pretendemos, sino bien, tratar de develar la naturaleza del instituto, la realidad objetiva de lo que significa. Solo entonces estaremos en condiciones de delimitarlo y evitar situaciones injustas en procura de la equidad.

Sobradas razones justificarían responsabilizar al proveedor empresario por las consecuencias dañosas que el producto innovador pueda ocasionar, más aún si se ha beneficiado copiosamente, como suele ocurrir. Pero, en la situación que tratamos, no será ya por un defecto de la cosa o producto y el daño que ella pueda

ocasionar, sino por una decisión ponderada, consciente y mayoritariamente aceptada, luego reconocida y receptada por la política legislativa de nuestro país, en un determinado momento.

Por su parte, no podemos evitar considerar que los implicados, ya sean como beneficiarios o perjudicados de la regulación normativa sobre el tema en cuestión, movilizan importantes intereses que están dispuestos a defender, más por ello no deben estirarse los significados jurídicos más allá de sus propiedades, sino que será menester sopesar y decidir y, ante la consideración de insuficiencia o inadecuación, proponer. Esta afirmación supone admitir que los argumentos que yerguen ambas posiciones, es decir, aquella que entiende que el riesgo de desarrollo no es un eximente de responsabilidad por parte del fabricante, como la contraparte que sí lo reconoce como tal, han de tener ambas cierto grado de legitimidad. Son los intereses que se tutelen, ponderándose como *elevados*, los que justifiquen la aprobación o bien el rechazo de tal responsabilidad mediante la recepción, o no, de la eximente.

Reconocemos, también, que la discusión sobre la justicia o injusticia de una decisión de esta índole es prejurídica. Nuestro sistema impone que la misma sea política, especialmente en el espacio parlamentario. Es allí donde los intereses y fuerzas confluyen en pugna trazando a la postre la línea que aspirará dividir lo que deberemos entender y acatar como correcto y justo, de aquello que no lo es. Es por ello que no se puede dejar de lado el contexto histórico en el que ha regir la mentada excepción por estado de la ciencia.

Vemos con Garrido Cordobera y Barocelli (2008) que son escasas las oportunidades en las que los tribunales argentinos han debido expedirse sobre el asunto de los riesgos de desarrollo. Y, cuando lo han hecho, los análisis no han sido pormenorizados (p. 847). Agrega Sozzo (2006):

En la jurisprudencia nacional los casos resueltos son de defectos de fabricación, en su mayoría. Los problemas de diseño son descubiertos

primero en otros países, en general en los llamados centrales, y luego de bastante tiempo nos enteramos aquí también de su existencia. Respecto del defecto de diseño, las instituciones judiciales argentinas, y su estructura de costos, parecen no estar en condicione de permitir que en un proceso judicial se desarrollen pruebas que permitan arribar a conclusiones acerca de la existencia de un defecto de diseño (p. 94).

Vemos como el autor en el primer supuesto - defecto de fabricación - no hace referencia ya a situaciones de riesgo de desarrollo, y en el segundo, señala los condicionamientos propios de nuestra circunstancia nacional económica y productiva, a los que cabría agregar, sin entrar en detalle, la escasa industrialización con la que cuenta el país y, menos aún, desarrollo e investigación científica y tecnológica, razones que confluirán a disipar la urgencia, más no la importancia, de una regulación específica de este fenómeno en el derecho Argentino.

2. Necesidad de un nuevo *paradigma*

Atendiendo los problemas que plantea el supuesto de riesgo de desarrollo, el primero referido por Sozzo (2006) se suscita cuando los esquemas trazados por lo que bien podría entenderse como el *estado de la ciencia* del Derecho de Daños en nuestro país, resulta insuficiente para abordar cabalmente la situación planteada por los riesgos de desarrollo. Así, afirma el autor:

Mi tesis en esta primera parte es que no puede recurrirse al Derecho de Daños para intentar dar cuenta de los cambios sociales; que exige que se regule mediante construcciones específicas la problemática de los riesgos del desarrollo, y que el enfoque de los debates dogmáticos existentes hasta este momento muestra que el discurso jurídico ha confinado el problema de los riesgos del desarrollo –como muestran los debates que se han producido en la Argentina, Brasil y la Unión Europea– al ámbito del Derecho del

Consumidor que, a su tiempo, constituye una regulación que fue colonizada por el Derecho de Daños en lo que a este tema refiere (p. 74).

Con estos argumentos sostiene su tesis respecto de la naturaleza híbrida de los riesgos de desarrollo, como participes tanto del Derecho de Daños, como de la legislación cosumeril y, -lo que consideramos como necesidad de encuadre-, de la normativa ambiental. Encontramos en el particular abordaje, el reconocimiento del autor de que la situación de riesgo de desarrollo excede los marcos hasta ahora legislados, por lo que acaba por recurrir a una -muy válida- maniobra de emergencia, aspirando dar sentido legal a la responsabilidad ocasionada por los riesgos de desarrollo y atribuida a los proveedores.

3. Presupuestos y disquisiciones

Para abordar el tema partiremos, como presupuestos, de puntos donde la doctrina y la jurisprudencia son contestes respecto de la responsabilidad por el denominado riesgo de desarrollo, al menos en nuestro país.

Asumiremos que la responsabilidad devenida antes tales supuestos es atribuida, o bien parte, en el derecho argentino por un factor objetivo de atribución, al decir de Schiavi (2007):

[N]o se registran posiciones encontradas respecto de que la responsabilidad en cuestión es de carácter objetivo encontrando su antecedente en el artículo 1113 in fine del Código Civil cuyo factor de atribución de responsabilidad es el 'riesgo'. Y, respecto de este último artículo, la LDC otorga una ventaja aun mayor ya que mientras el citado artículo del Código Civil solo se refiere a cosas, el art. 40 de la LDC también adjudica responsabilidad solidaria y objetiva por los servicios (p. 958).

Por otra parte, amén del empeño de la doctrina en demostrar que el riesgo de desarrollo participa del concepto, o bien es una especie del instituto del defecto de producto (responsabilidad por producto elaborado), consideramos que ello no es así. Ambas son instituciones independientes que, si bien se asemejan en gran cantidad de puntos, como por ejemplo a quienes se les endilga o pretende atribuir la responsabilidad; la existencia de un producto elaborado y un daño acaecido, hay circunstancias inexpugnables que obstaculizan la pretensión de su extensión y/o subsunción.

La diferencia dirimente radica en que si bien en el defecto de producto, justamente hablamos de un defecto, es decir, de una circunstancia considerada óptima y estandarizada de producción y que a la postre causa un daño (situación óptima que en el caso puntual no se logró alcanzar). Por su parte, en el riesgo de desarrollo estamos, al menos objetivamente, en una situación radicalmente distinta, no encuadrable en la causalidad adecuada que requiere la atribución de responsabilidad desde que, a pesar de contar el producto con una condición reconocida como óptima al momento de ser puesta en circulación en el mercado, a la postre, igualmente acabó por ocasionar un daño, pero con la particularidad de que el mismo no se pudo prever y que, más aún, no se consideraba que hubiese razones para pretender preverlo. Consecuentemente, menores razones había para prevenirlo, desde que para prevenir primero es necesaria la intención de prever.

Es que, si hablamos de riesgos de desarrollo, cabe reconocer con Prieto Molinero (2005) que el mismo no constituye en sí un defecto de producto, sino que se refiere a “las circunstancias en las que ocurre un determinado defecto, pero no al defecto en sí mismo” (p. 113). Agrega el autor que:

...[E]l riesgo de desarrollo puede considerarse como un ‘espacio’ con un rasgo característico: que el defecto del producto no podía presumirse dado el estado del saber humano. Así, dentro de este ‘espacio’ podrán darse diversas clases de defectos, pero nunca esas circunstancias que rodean a la producción del defecto podrán constituirse en un defecto en sí mismo (p. 113).

Agregamos que en esta situación se toma noticia del defecto o riesgo *gracias* al daño, ergo el riesgo de daño, en concreto, se anuncia con el daño. No se observa siquiera potencialidad de riesgo por defecto del producto (en general sí está presente el riesgo empresario ocasionado, entre otros motivos, por el riesgo creado, como género de esta segunda especie), sino que se presenta como un todo inescindible: riesgo y daño.

Amén de ello, creemos categóricamente que corresponde poner bajo lupa la conducta del proveedor una vez acaecido el daño y revelado lo que a partir de entonces estaremos en condiciones de llamar *el* defecto, o bien dada la alternativa de que se descubra el riesgo del producto en base a investigaciones, situaciones en que, de mantenerse la comercialización del producto, se abandona el supuesto de riesgo desarrollo como tal, y se avanza hacia la responsabilidad por defecto de producto elaborado, o bien hacia ilícitos dolosos.

4. Análisis de *Lege Data* a la luz del Código Civil y Comercial

Desde la regulación del nuevo Código Civil y Comercial como legislación general aplicable en materia de responsabilidad objetiva, cabe aplicar lo dispuesto en el artículo 1757, en especial su segundo párrafo, donde reconoce que la responsabilidad será objetiva para supuestos de hechos o actividades riesgosas. A él debe adicionarse la letra del artículo 1758, también en su segundo párrafo, el cual establece quienes han de responder en supuestos de actividad riesgosa o peligrosa (supuestos dentro de los que cabría encuadrar la situación de riesgo de desarrollo), al señalar que: “responde quien la realiza, se sirve u obtiene provecho de ella, por sí o por terceros, excepto lo dispuesto por la legislación especial”.

Ahora bien, circunscripta la cuestión al ámbito de la responsabilidad objetiva, analicemos qué dispone el nuevo Código Civil y Comercial, lo que en rigor no dista

de lo preceptuado anteriormente por el Código de Vélez. Fissore (2006), en referencia a la responsabilidad objetiva, afirma:

La atribución objetiva centra su análisis en causas del daño externas al sujeto y llega a concluir que muchos eventos dañosos no reconocen su origen en la culpa o el dolo de los agentes sino en otros factores. Esos factores son, entre otros, el riesgo creado, las obligaciones de seguridad y garantía, la equidad, el abuso en el ejercicio de los derechos, las cargas de vivir en sociedad, etc. (p. 240).

Coincidimos en que en el supuesto están presentes algunos –sino todos– de los motivos que fundamentan tal criterio de atribución, es decir, la creación de un riesgo, la obtención de un provecho a partir de él y la equidad. De todas formas, como se verá, ello no será óbice para receptor válidamente la eximente por avance de la ciencia.

Por otra parte, en el art. 1722 se halla regulado el factor objetivo de la siguiente manera: “el factor de atribución es objetivo cuando la culpa del agente es irrelevante a los efectos de atribuir responsabilidad. En tales casos, el responsable se libera demostrando la causa ajena excepto disposición en contrario”. Vemos entonces que la nueva redacción continúa autorizando a acreditar al presunto sindicado la causa ajena para liberarse de la responsabilidad en principio atribuida.

Dada la similitud del contenido de la norma con en segundo párrafo incorporado por la ley 17.711 al artículo 1113 del Código de Vélez, podemos hacer extensivas las conclusiones arribadas en las Jornadas de Responsabilidad Civil celebradas en Rosario, en 1986, en la Comisión N°2 recordadas por Casiello (2007), las que plasman en el punto 7) de su declaración, que en lo pertinente establecen: “...las presunciones ‘de responsabilidad’ o de [...] ‘causalidad’ se destruyen probando [...] la interrupción del nexo causal (caso fortuito, hecho de un tercero o culpa de la víctima, salvo casos especiales)” (p. 155).

Por su parte, para referirnos a los eximentes de la responsabilidad objetiva previstos en el propio estatuto del consumidor (art. 40 LDC, in fine), los señalados como responsables deberán acreditar, también, la existencia de una causa ajena. Coincidimos con Díaz (2000) que la locución causa ajena hace referencia a la culpa de la víctima, al hecho de un tercero extraño por el que no se debe responder y a supuestos de caso fortuito (p. 246).

5. Estado de la ciencia como Eximente. Fundamentos jurídicos

Más allá de la distinción de las figuras abordadas en el presente acápite, las consecuencias prácticas coinciden: eximir al proveedor de responsabilidad.

Reiteramos que nuestra intención con reconocer la eximente no es dejar el potencial daño sin resarcir y, consecuentemente, indefensa a la víctima, sino por el contrario. Bregamos por la definición y encuadre de la figura de la excepción en aras a restringir su aplicación a los verdaderos casos en los que corresponda aplicarla, los que, sin dejar de existir, son de una absoluta marginalidad por los motivos ya esbozados al principio de la obra.

Las bases que fundamentarán este segmento son tomadas mayoritariamente de los argumentos esgrimidos por Prieto Molinero (2005) en su tesis doctoral: “El riesgo de desarrollo: un supuesto paradójico de la responsabilidad por productos”. Si bien la obra es extensa y nutrida respecto al punto que nos interesa, el autor logra identificar, con buen tino, cómo la excepción por estado de la ciencia logra interrumpir el factor objetivo de atribución requerido para asignar responsabilidad jurídica al proveedor, aduciendo justamente que el mismo afecta al prerrequisito del mismo, es decir, al nexo de causalidad. De la misma forma señala como, dado lo inexorable -por imprevistas- de las consecuencias, es posible asimilar la situación de daños ocasionados por situaciones de riesgo de desarrollo con el supuesto de fuerza mayor.

6. Riesgo de desarrollo y fuerza mayor

Señala el autor que la doctrina exige, para reconocer a un acontecimiento como fuerza mayor, que el mismo debe ser *ex post facto* (a la situación de control) y de naturaleza externa, es decir, fuera del control del afectado.

Ahora bien, a pesar de que en los supuestos de riesgo de desarrollo el *vicio* o *defecto* del producto innovador se hallaba contenido en el mismo, esto solo es manifestado con -y por- el acaecimiento del daño. De manera que, amén de la exigencia formal de ser el hecho externo, prevalece en la realidad el carácter inexorable del mismo, desde que:

[s]ucedo algo que va más allá de cualquier posibilidad de acción y que afecta, por lo tanto, el nexo de causalidad. Así, desde un punto de vista eminentemente formal, se podrá sostener que el riesgo de desarrollo es un hecho 'interno' del fabricante, pero eso no va a quitar que, en realidad, éste enfrentaba el límite invencible del saber de su tiempo [...]. En efecto, el fabricante no cuenta con medios reales para intervenir y evitar el resultado dañoso [...] (p. 115).

Así, al no tener el proveedor control o injerencia alguna sobre la situación dañosa, puesto que el saber de su tiempo se lo impedía -o mejor dicho no se lo permitía, que en términos prácticos resulta ser lo mismo- no hay un nexo causal adecuado para lograr una imputación de responsabilidad.

Concluye el autor diciendo: "así como se admite que la inexorabilidad de la fuerza mayor afecta el nexo de causalidad necesario para imputar responsabilidad, no nos parece descabellado sostener que el riesgo de desarrollo que, en lo esencial, presenta las mismas características, conduzca a los mismos resultados" (p. 115).

7. Riesgo de desarrollo como límite objetivo a la responsabilidad objetiva

Aún más interesante que los fundamentos precedentes es el andamiaje lógico deductivo del que se vale para sostener la tesis de que el riesgo de desarrollo opera en los hechos como un verdadero límite objetivo a la responsabilidad objetiva, siempre que no se pretenda forzar a la mismísima naturaleza con apalancadoras ficciones jurídicas.

Ello dos por motivos troncales. En primer lugar, el eximente operará como límite objetivo desde que, para eximirse de responder, lejos de irrumpir al plano de la responsabilidad subjetiva, el proveedor no deberá acreditar su pertinente diligencia, sino deberá:

...demostrar que nadie podía prevenir el defecto de acuerdo con el estado de la ciencia y de la técnica existente en el mundo, entonces es un contrasentido sostener que se introduce un elemento subjetivo; ello, desde el momento en que no se trata de la mera diligencia de un fabricante (proveedor) respecto de un producto en particular, ni siquiera de la diligencia de un fabricante promedio (noción que se acercaría a los estándares de la industria); por el contrario, la cuestión pasa por demostrar un hecho objetivo, esto es, que no existían conocimientos disponibles para detectar el carácter defectuoso del producto (p. 117).

Con ello, lo que se valora y juzga no es la conducta de un proveedor individual o la información a la que él accedió para elaborar su producto, sino la imposibilidad, como situación empírico objetiva, de que ese proveedor o cualquier otro en su lugar, hubiera podido acceder a la misma por el hecho de que más información que la disponible en el momento de poner en circulación el producto simplemente no existía.

Sobre el punto, el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación introduce en el artículo 1733, inciso e), una excepción a la liberación de responsabilidad por acaecimiento del caso fortuito. El mismo dispone:

Responsabilidad por caso fortuito o por imposibilidad de cumplimiento. Aunque ocurra el caso fortuito o la imposibilidad de cumplimiento, el deudor es responsable (...) si el caso fortuito y, en su caso, la imposibilidad de cumplimiento que de él resulta, constituyen una contingencia propia del riesgo de la cosa o la actividad.

Tomando el comentario de Alferillo (2016) al mentado artículo, el autor aduce que se deberá responder, más allá de que se considere caso fortuito, "...si el riesgo fuera una posibilidad incorporada, por ende, conocida por las partes, de la cosa o de la actividad prometida" (p. 171). Supuesto que no encuadraría en la situación de riesgo de desarrollo desde que, valiéndonos de la *reductio ad absurdum*, no habría actividad en la tierra que escape al alcance de esta norma, clausurando la posibilidad de eximirse de responder ante supuestos de caso fortuito, por ser, en definitiva, una "contingencia propia del riesgo" de existir.

Amén de la hipérbole, no consideramos que los daños adventicios que surjan por supuestos de riesgos de desarrollo sean una "contingencia propia del riesgo", desde que al ser considerado el producto inocuo al momento de comercializarse - según el estado de la ciencia de ese momento determinado-, escapa a los alcances del riesgo mentado por la norma, desde que éste no pudo preverse, ni se debía prever.

8. Riesgo de desarrollo como interrupción del nexo de causalidad y consecuente límite a la imputación objetiva

Luego de describir la diferencia existente entre causalidad jurídica e imputación objetiva, afirma Prieto Molinero que:

[E]n lo que hace a la determinación de un nexo causal, se suele decir que el derecho no puede hacer otra cosa, sino partir del concepto de causalidad que surgen de la lógica y de las ciencias de la naturaleza (...), ello porque lo

contrario implicaría adaptar la realidad al servicio del Derecho cuando se supone que debe tratarse exactamente de lo opuesto, es decir, de que el Derecho establezca reglas tendientes a aprehender y regular la realidad exterior (...). De esta manera, y por su propia naturaleza, al Derecho sólo le puede corresponder la segunda parte de todo este asunto, es decir, la cuestión de la imputación objetiva, cuya finalidad será, en definitiva, evitar que sean puestas a cargo del responsable ('responsabilidad' determinada por leyes de la física) todas las consecuencias de las que su conducta es causa (p. 123).

En esta línea argumentativa, señala que la causalidad existe o no existe, y existiendo, la misma fue determinada por la ciencia o no lo fue. Agrega, citando a Pantaleon, que los operadores jurídicos (v. gr. fabricantes) no son productores, sino consumidores de las leyes causales, por lo que el fabricante acaba por ser tan ajeno como el consumidor afectado en los supuestos de riesgo de desarrollo.

Posterior a esta introducción se expone el argumento medular de la idea que, en rigor de concisión, continuamos en literal:

...Ahora bien, aquí se podrá decir que de la distinción entre causalidad e imputación surge que, más allá de lo que el fabricante conociera, lo cierto es que el nexo de causalidad existe de todas formas y que, si se trata de determinar una posible exoneración para el fabricante, esto dependerá del Derecho o, en definitiva, de los criterios de 'imputación objetiva' que el legislador establezca. Sin embargo, un razonamiento semejante no estaría percibiendo algo aún más central: que el desconocimiento del fabricante no incide en el elemento 'imputación objetiva', sino en la relación de causalidad misma. En efecto, cuando el fabricante desconoce la condición dañosa del producto por superar el estado de la ciencia y la técnica existente, lo que ocurre es que tampoco existe forma de valorar al tiempo del lanzamiento del producto un nexo de causalidad 'ajustado a la ley de la experiencia científica'; ello, porque, precisamente, cuando se elaboró el producto, el estado de la ciencia y de la técnica no permitía formular ninguna ley científica al respecto (...). El estado de la ciencia y de la técnica no solo determina el saber a disposición del fabricante, sino que también da la medida de lo que podrá ser considerado hasta ese momento como nexo de causalidad. Al fin y al cabo, qué es una regla de causalidad, sino conocimiento científico comprobado y, como tal, sujeto al estado de la ciencia y de la técnica existente en un espacio temporal determinado (p. 124).

El razonamiento hace hincapié en las particularidades de la situación objeto de estudio: lo imprevisible e inesperable del daño futuro, la ausencia de noción remota de consecuencias dañosas vinculadas con el producto, hasta que, una vez acaecida las mismas, se manifiestan riesgo y daño en una única oportunidad.

El autor resume el argumento afirmando que:

El riesgo de desarrollo tiene la virtualidad de eximir de responsabilidad en el caso de daños por productos defectuosos, pero ello, no porque se trate de una decisión del legislador de limitar la imputabilidad objetiva en atención a la imposibilidad absoluta que enfrentaba el fabricante, sino por algo aún más radical que se da en el plano que sirve de base fáctica a la imputación. Porque ni el fabricante, ni el propio legislador, en tanto ‘consumidores de leyes causales’, contaban al momento de fabricar el producto con una relación de causalidad que fuera aplicable respecto de un determinado producto. De esta forma, si se condena a un fabricante ante un caso de riesgo de desarrollo, en honor a la verdad no estaríamos ante un régimen de responsabilidad objetiva: por el contrario, estaríamos aplicando una falacia, puesto que, si lo que se descubre ‘después’ vale para ‘antes’ (...) se cae (...) en un absurdo que, por más que se trate de forzar por la vía política o legislativa, no deja de enmascarar algo que, al menos desde nuestro punto de vista, se presenta como evidente: no se puede pretender que desde el pasado se conozca el futuro, o, expuesto de otra forma, el riesgo de desarrollo importa un verdadero límite objetivo a las posibilidades de imputación de la mismísima responsabilidad objetiva (p. 125).

Expuesto tales argumentos, que compartimos desde la lógica jurídica, más sin entrar, aún, en el terreno valorativo respecto de la justicia o no de las consecuencias que acarrearán, denotamos nuevamente lo absolutamente excepcional que es en los hechos la situación que estamos analizando, de manera tal que, si el proveedor no logra acreditar que los saberes contemporáneos al momento de comercialización del producto no permitían avizorar la potencialidad riesgosa del mismo, y aunque el actor damnificado no alcance a contribuir a demostrar lo contrario, el proveedor se verá en la obligación de responder por tales daños, pues recaerán, ahora sí, los

deberes de seguridad y sucedáneos fundamentos que justifican la responsabilidad objetiva.

9. Algunas objeciones a la aplicación de la normativa consumeril argentina a situaciones de Riesgo de Desarrollo

Al momento de hacer responder al proveedor en los supuestos de riesgo de desarrollo con fundamento en la normativa consumeril, encontramos algunas objeciones que a continuación exponemos:

En primer lugar, se pretende hacer referencia a la violación del deber de información consagrado en el art. 4to. de la ley 24240, el cual dispone en su última redacción:

El proveedor está obligado a suministrar al consumidor en forma cierta, clara y detallada todo lo relacionado con las características esenciales de los bienes y servicios que provee, y las condiciones de su comercialización. La información debe ser siempre gratuita para el consumidor y proporcionada en soporte físico, con claridad necesaria que permita su comprensión. Solo se podrá suplantar la comunicación en soporte físico si el consumidor o usuario optase de forma expresa por utilizar cualquier otro medio alternativo de comunicación que el proveedor ponga a disposición.

Es menester explicitar que no podría incumplirse el deber de informar en el supuesto bajo análisis, toda vez que la ignorancia corre también por parte del proveedor respecto del potencial efecto dañino del producto por él comercializado. Ignorancia que lo eximirá solo por el hecho de ser insalvable.

No se puede informar lo que se ignora, por lo tanto, no se puede incumplir lo que no está prohibido, pues nadie está obligado a decir lo que no sabe. Es por ello que debemos ser exigentes en este punto. El eximente no debe ser gratuito, ni

mucho menos. El productor deberá contar con los recaudos de testear en la medida de lo posible al producto, contando con tecnología de punta al momento de desarrollo y producción, previo a su introducción en el mercado. Constancia de ello deberá dar a la Administración Pública como organismo de control, o bien procurarse la prolija y absoluta documentación, en miras a prevenir consecuencias ulteriores que ameriten su acreditación ante la justicia.

Menester es mencionar lo dispuesto por el decreto reglamentario 1798/94, respecto al deber de información. El mismo establece que: “Los proveedores de cosas o servicios que, posteriormente a la introducción de los mismos en el mercado de consumo, tengan conocimiento de su peligrosidad, deberán comunicar inmediatamente tal circunstancia a las autoridades competentes y a los consumidores mediante anuncios publicitarios suficientes”.

Este supuesto pareciera referir expresamente a supuestos de riesgo de desarrollo o, más precisamente, a supuestos en los que el estado de la ciencia no permitía conocer todos los efectos o consecuencias que un producto podía ocasionar, pero que posteriores investigaciones sacan a la luz. Es pertinente esta obligación impuesta al proveedor, desde que ahora está en condiciones de comunicar las consecuencias “peligrosas” ocasionadas por el, ahora sí, defecto.

Otro argumento que hallamos *forzado* por parte de cierta doctrina, más desde una óptica hermenéutica, es el que pretende encuadrar la figura en la transgresión del artículo 5 de la Ley de Defensa al Consumidor respecto al deber de introducir en el mercado productos que sean inocuos. El mismo 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 o integridad física de los consumidores o usuarios”.

Según nuestra interpretación, al referir el citado artículo a la utilización de las cosas y servicios en “condiciones previsibles o normales de uso”, excede por completo las consecuencias dañosas que el mismo estado del arte impidió conocer al momento de desarrollar y comercializar el producto.

Por el contrario, si investigaciones posteriores detectaran que el producto genera, o puede generar daños a la salud, la empresa corre, ahora sí, con el deber de informar tales consecuencias dañosas e incluso de quitar de circulación el mismo producto (art. 4).

Entonces, bien entendida, objetiva y científicamente, no se puede prevenir ni prever lo que ni siquiera existe en carácter de consecuencia remota. Exigir que se agote el conocimiento es caer, de alguna manera, en un causalismo que será, en última instancia, desalentador por antieconómico.

Por último, una posición extrema, pero no descabellada que compartimos podría sostener la responsabilidad solidaria del estado en determinadas circunstancias en que acaezcan responsabilidades por riesgo de desarrollo.

Ello toda vez que el artículo 42 de la Constitución Nacional establece en su segundo párrafo que: “Las autoridades proveerán a la protección de esos derechos, a la educación para el consumo, a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados, al control de los monopolios naturales y legales, al de la calidad y eficiencia de los servicios públicos, y a la constitución de asociaciones de consumidores y de usuarios”.

De ésta manera, si el rubro del producto que acaba por ocasionar un daño estaba sometido a exigencias de control y/o autorización por parte de alguna autoridad administrativa de aplicación para ser posteriormente comercializable, nada obstaría a entender que también el Estado debería responder por violar el deber de seguridad, o bien por desatender al principio de precaución.

10. Propuesta y sustancia de *Lege Ferenda*. Conveniencias de receptar la excepción por estado de la ciencia

De regularse las condiciones en las que cabría aplicar la excepción, los fabricantes (en particular y proveedores en general) de bienes y servicios contarían anticipadamente con los *recaudos* exigidos para salvaguardarse de responder, por lo que los estándares de calidad que cabría exigir respecto de productos *innovadores*, establecidos por el Estado, habrían de ser altos y adecuados.

Considerar válida, bajo estrictas circunstancias, la excepción por estado de la ciencia y la técnica, no importa de ninguna manera pretender que la víctima quede a su merced y sin indemnizar. Entendemos debe apostarse a soluciones alternativas de reparación, como ser los fondos previsionales, los que responderían ante eventuales daños producto de imprevisibles acontecimientos de riesgo de desarrollo, al que aporten tanto proveedores como consumidores, en miras a socializar el daño injusto.

La propuesta de socializar el daño se debe a que, si el proveedor está obligado a garantizar sin más la seguridad de los productos para los consumidores, sin límite o certeza alguna, poco interés tendría el mismo en invertir en desarrollo e innovación de nuevos productos, toda vez que el potencial, improbable e incalculable riesgo al que se vería expuesto no justificaría de ninguna manera el desembolso de capitales. Asimismo, al ser el colectivo social el beneficiado por la evolución de los productos, v.gr. en materia de salud, calidad de vida, comodidades, etc., es entendible que también los consumidores contribuyan, aunque en ínfima medida, al fondo que reparará a los afectados en la *búsqueda* por aquellos *beneficios*. La diferencia en la contribución surgiría como una consecuencia lógica de que, si bien, en honor a la justicia no se lo puede hacer absolutamente responsable por cuestiones que estos no pudieron prever, no dejan de ser ellos quienes se benefician de las utilidades de la comercialización de tales productos, por lo que las consecuencias de los riesgos, si bien ahora solidarias y repartidas por los productores del rubro, deben ser soportadas por estos principalmente.

Ello responderá a fundamentos éticos similares a los que hoy llevan al legislador a no receptar la eximente, solo que brindará mayor certeza al definir, y así,

establecer los cánones de seguridad y medidas de producción de todo nuevo producto que se coloque en el mercado, como una faz preventiva, no fundada ya en un sentimiento humanitarista del empresariado, sino bien, en su propio interés de evitar responder económicamente.

11. Colofón

Hemos expuesto en el desarrollo del capítulo los motivos que nos llevan a considerar la necesidad de receptar la eximente por estado de la ciencia. Así, amén de los argumentos jurídicos, coexisten argumentos económicos que nos invitan a pensar que, a los fines perseguidos por el nuevo paradigma del derecho de daños consistente en la voluntad de reparar el daño injustamente sufrido, en lugar del daño injustamente causado, la solución propuesta ofrece mayores ventajas y bondades que la actual regulación positiva.

Consideramos que la solución alternativa, incipiente pero holística, contempla factores y situaciones a los que pareciera hoy no atenderse. Sin duda aspira a que pueda en un futuro cercano contorneársela con mayor precisión y contenido, figurando cuales habrían de ser los estrictos requisitos exigidos para hacer que corra la excepción, cuestión que será otro debate, sin duda infinitamente más técnico y fino que el presente discurso.

Como colofón, reiteramos que creemos que la opción más conveniente será la implementación de un sistema de fondos que atienda la reparación de las víctimas ocasionadas por situaciones riesgo de desarrollo y ello por los siguientes motivos:

- Al ser el conjunto de la sociedad la que se beneficia por las innovaciones de los productos es lógico que sea ella quien contribuya a reparar a las

víctimas que tal desarrollo acarreó. Se debe tener presente que, en este sentido, la ciencia no es lineal ni acumulativa.

- Un sistema de fondos de seguridad social en cabeza del estado al que contribuyan proveedores y consumidores abarataría los costos finales de los productos más que si se implementaran los denominados seguros contra todo riesgo.
- Es coherente con la decisión de receptar la eximente por estado de la ciencia desde que se le exigirá al productor cumplimentar con todos los requisitos de la misma para reconocer que la situación recae dentro de los márgenes fácticos exigidos para valerse de la eximente, y solo recién entonces se responderá con el fondo común.
- Podrá establecerse que en los supuestos de duda se responda inmediatamente con el fondo, operando el mismo como un mecanismo de pronto pago, continuándose la acción judicial en paralelo, ordinariamente más lenta que la urgencia de las necesidades de la víctima damnificada, lo que sería aún más conteste con el nuevo paradigma del Derecho de Daños. De esta manera, si a la postre se acaba por establecerse la responsabilidad del proveedor, el mismo deberá reintegrar al fondo los gastos desembolsados por éste.

Estamos absolutamente convencidos de que la prevención ha de ser más efectiva desde la óptica de mercado, es decir, del proveedor, tutelando y previendo el interés individual y propio de éste (eximirse de responder) más que el interés ajeno, colectivo y difuso. Descontamos que no es un fundamento alegre, pero al menos será más realista, desde un análisis económico del derecho, que asignarle al empresariado motivaciones filantrópicas que jamás ha tenido, dando nuestro presente fe de tal oquedad moral. Ello sin mencionar que no se abordó el tema de la asegurabilidad de los daños analizados, ni su impacto en la estructura de costos y, seguidamente, en la estructura de mercado.

Como reflexión final, creemos es menester distinguir los argumentos jurídicos (de lege data) con los axiológicos (de lege ferenda) en procura de no elastizar la norma más allá de sus propiedades. Que sea el consenso pacífico de los más autorizados e influyentes el medio técnico y de articulación idóneo para la pertinente reforma legislativa y así, lo que debe ser será, y lo que es, solo habrá sido.

12. Bibliografía y fuentes de información

12.1 Bibliografía

- Alferillo, P. (2016). *Código Civil y Comercial Comentado. Tratado Exegético*. En J. Alterini (dir.) (pp. 3-491). La Ley: Buenos Aires.
- Casiello, J. (2007). La responsabilidad objetiva y el “aligeramiento” del requisito de la relación causal. En A. Kemelmajer de Carlucci (dir.). *Responsabilidad Civil* (pp. 153-170). Buenos Aires: Rubinzal Culzoni.
- Balmaceda, M. (2014). Avances y retrocesos del Derecho de Daños de daños respecto de los riesgos del desarrollo. En C. Ghersi y C. Weingarten (dirs.). *Reparación Integral de Daños* (pp. 93-116). Buenos Aires: Nova Tesis.
- Díaz, P. (2000). Eximentes de responsabilidad en el derecho de consumo. En C. Ghersi y C. Weingarten (dirs.). *Reparación Integral de Daños* (T. III). Buenos Aires: Nova Tesis.

Fissore, D. (2006). Los Daños Producto de los Riesgos del Desarrollo. *Revista de Derechos de Daños: Creación de riesgo*, I(2006, 3), 237-262.

Garrido Cordobera, L. y Barocelli, S. (2008). Responsabilidad por riesgo de desarrollo. Aproximaciones de la jurisprudencia argentina. *La ley*, 2008(F), 843-848.

Schiavi, M. (2007). La limitación de la responsabilidad del proveedor en la relación de consumo. En A. Bronda (dir.). *Doctrina Judicial* (pp. 957-963). Buenos Aires: La ley.

Prieto Molinero, R. (2005). *El riesgo de desarrollo: un supuesto paradójico de la responsabilidad por productos*. Madrid: Dykinson.

Sozzo, G. (2006). Riesgos del desarrollo y sistema de Derecho de Daños. (Hacia un Derecho de Daños pluralista). En *Revista de Derecho de Daños* 2006(II), 73-129.

12.2 Fuentes de información

Decreto 1798/1994: Decreto Reglamentario de la ley de Defensa del Consumidor:
Recuperado de <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/10000-14999/13734/texact.htm>

Ley 340: Código Civil (derogado). Recuperado de
<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/105000-109999/109481/texact.htm>.

Ley 24.240: Ley de Defensa del Consumidor. Recuperado de
<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/638/texact.htm>

Ley 26.944: Código Civil y Comercial de la Nación. Recuperado de
<http://www.saij.gob.ar/nuevo-codigo-civil-y-comercial-de-la-nacion>.

Ley 27.077: adelanto de la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación. Recuperado de
<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/235000-239999/239773/norma.htm>.