

## Análisis Económico de los Riesgos del Desarrollo

Carolina Paola Rodríguez Alfaro\*

**Resumen:** El objetivo de este trabajo es analizar los riesgos del desarrollo como posible eximente de responsabilidad, desde el punto de vista del Análisis Económico del Derecho (AED). Se analizarán las implicancias que traería aparejado eximir de responsabilidad al productor en los casos de riesgos del desarrollo, en el marco de la responsabilidad por productos. Sugeriré que es preferible asignar responsabilidad del productor en los casos de riesgos del desarrollo que no hacerlo, teniendo en consideración los costos y beneficios, de variados órdenes, que ambas posibilidades conllevarían.

**Palabras clave:** riesgos del desarrollo, daños, responsabilidad, incentivos, costos.

### I.- INTRODUCCIÓN:

Los casos de responsabilidad por productos elaborados han crecido en forma exponencial en todo el mundo. Ello se debe, mayormente, al notable avance que se ha alcanzado en materia de ciencia y tecnología durante las últimas décadas, lo cual si bien incrementó la cantidad de productos y servicios ofrecidos, también aumentó los casos de responsabilidad por las consecuencias dañosas derivadas de estos últimos.

Dentro de la amplia variedad de daños que se pueden ocasionar a través de un producto o servicio defectuoso, puede suceder que, cuando se comercializa un producto nuevo, con posterioridad a su lanzamiento se descubran defectos en el mismo, generadores de daños, que el estado de la ciencia y la tecnología no permitía prever al momento de su introducción en el mercado. Se trata de los denominados riesgos del desarrollo, los cuales —si se considera el incesante avance de la ciencia y tecnología— es razonable suponer que se verán incrementados con el correr del tiempo.

Así, cuando hablamos de “riesgos del desarrollo” hacemos referencia a aquellos supuestos en los cuales las consecuencias dañosas de un producto o actividad eran desconocidas al tiempo de su introducción en el mercado, a la luz de los conocimientos técnicos y científicos disponibles en ese momento, pero cuya potencialidad dañosa es descubierta con posterioridad.

---

\* Departamento de Derecho de la Universidad Nacional del Sur (Bahía Blanca, Argentina). Email: carolinarodriguezalfaro@gmail.com

Un caso paradigmático del tema que nos ocupa, lo fue el de la “talidomida”, fármaco comercializado en la década del 50 como medicamento sin receta para tratar las náuseas durante el embarazo, que resultó ser un teratógeno responsable del nacimiento con malformaciones congénitas de miles de personas alrededor del mundo. También lo fueron los incontables casos de contagio, por transfusiones sanguíneas o productos hemoderivados, tanto del virus de la inmunodeficiencia humana (VIH), como del virus de la hepatitis C (VHC).

El problema jurídico consiste en determinar si el productor debe o no responder cuando median tales circunstancias, en las cuales la utilización de las técnicas científicas disponibles al momento de su comercialización no le permitía anticipar la defectuosidad del producto.

El objetivo de este trabajo es analizar los riesgos del desarrollo como posible eximente de responsabilidad, desde el punto de vista del AED, al ser este un marco analítico cuyo aporte fundamental consiste en poner de manifiesto que la cuestión no puede desentenderse de las consecuencias empíricas que una u otra solución jurídica traerían aparejadas. Se analizarán las implicancias que traería aparejado eximir de responsabilidad al productor en los casos de riesgos del desarrollo, en el marco de la responsabilidad por productos.

En el punto II se expondrán los caracteres elementales de los riesgos del desarrollo y las distintas posturas adoptadas en la literatura en relación a los mismos.

En el punto III se presentarán algunos lineamientos generales del marco analítico que se utilizará, en el marco del AED, para analizar las implicancias que traerían aparejado las distintas posibilidades de instrumentación normativa de la responsabilidad por riesgos del desarrollo.

En el punto IV se analizará si la imposición de responsabilidad civil en los casos de riesgos del desarrollo constituye, o no, un incentivo para la investigación e innovación científica.

En el punto V se evaluará cuál es la incidencia de la responsabilidad por riesgos del desarrollo en el nivel de actividad de fabricación.

En el punto VI se considerarán cuáles serían las implicancias de las distintas posibilidades de regulación normativa en materia de responsabilidad por riesgos del desarrollo, sobre los costos por administración de justicia.

En el punto VII se analizará el aumento de precios explícitos que se podría derivar de la responsabilidad por riesgos del desarrollo, con el fin de evaluar si el mismo constituiría una consecuencia disvaliosa de esta última.

En el punto VIII se desarrollarán algunas reflexiones finales, mediante las cuales se concluirá que es preferible asignar responsabilidad al productor en los casos de riesgos del desarrollo que no hacerlo, teniendo en consideración los costos y beneficios, de variados órdenes, que ambas posibilidades conllevarían.

## II.- RESPONSABILIDAD POR PRODUCTOS Y RIESGOS DEL DESARROLLO:

Con carácter previo a adentrarnos al análisis de las distintas posibilidades de instrumentación normativa, resulta conveniente realizar algunas precisiones acerca de cuáles son los requisitos necesarios para poder considerar a un daño como un supuesto de riesgo del desarrollo, y cuáles son las distintas posturas que se han adoptado en la literatura en esta materia.

### A) Requisitos configurativos de los riesgos del desarrollo.

De conformidad con el concepto previamente expuesto, es posible identificar tres requisitos cuya presencia resulta ineludible para que se configure un supuesto de riesgos del desarrollo:

1. Un producto defectuoso generador de un daño.
2. La imposibilidad de conocimiento del defecto de acuerdo al estado de conocimientos científicos y técnicos.
3. Que dicha imposibilidad de conocimiento se configure al momento de la introducción del producto en el mercado.

El primero de estos requisitos se encuentra directamente vinculado al concepto de defecto y al interrogante de cuándo corresponde considerar a un producto como defectuoso.

Se destacan en la literatura dos grandes orientaciones para dar respuesta a este interrogante:

- Doctrina de la expectativa de seguridad del consumidor: un producto es defectuoso cuando no satisface, en términos de razonabilidad, las expectativas objetivas de seguridad del consumidor acerca de su utilización en condiciones de indemnidad.
- Doctrina del riesgo-utilidad: debería realizarse la ponderación del carácter defectuoso de un producto atendiendo los costes y beneficios, tanto privados como sociales, del producto y sus posibles alternativas.<sup>1</sup>

Por otro lado, este requisito se encuentra vinculado a los distintos tipos de defecto al que podría afectar un caso de riesgos del desarrollo.

En este sentido, es posible identificar al menos tres tipos de defectos:

- Defectos de fabricación: este tipo de defectos se presentan de manera aislada en algunas unidades dentro de una serie, ya sea por falla de alguna maquinaria o por errores humanos, y se producen al momento en que el producto es manufacturado. Se trata de riesgos residuales, estadísticamente previsible, aunque no susceptibles de ser eliminados por completo.

---

<sup>1</sup> PIZARRO, Ramón Daniel, *Tratado de la responsabilidad objetiva*, t. 1, 1ª edición, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Ed. La Ley, 2015, pp. 754-759.

- Defectos de diseño: este tipo de defecto no se presentan de manera aislada en algunas unidades, sino que afectan a toda la serie, y responden al modo en que el producto fue diseñado o ideado, cuando el mismo es inadecuado para el uso pretendido. Se trata de defectos que se presentan con carácter previo al proceso de manufacturación del producto, y —a diferencia de los defectos de fabricación— son raramente previsibles desde un punto de vista estadístico, y evitables.

- Defectos de información: este tipo de defectos se presenta en aquellos productos que, si bien están perfectamente diseñados y fabricados para el uso pretendido, los mismos conllevan algún riesgo o peligro potencial que hace necesario que sean acompañados por instrucciones o indicaciones sobre la forma y modo de empleo. Se presenta este tipo de defecto cuando falla esta advertencia o precaución acerca del modo de utilización con seguridad del producto.

Cabe preguntarse qué tipos de defectos podrían configurar un caso de riesgos del desarrollo. Si bien admitimos que no deja de ser una cuestión controvertida en la literatura, asumiremos a los fines del presente que únicamente los defectos de diseño pueden constituirse como un supuesto de riesgos del desarrollo.

Ello, toda vez que en los casos de defectos de fabricación, no se presenta la imposibilidad de conocimiento necesaria para la configuración del caso, al ser los mismos estadísticamente previsibles, y como tales, cognoscibles, aunque inevitables. Resulta, por lo tanto, importante diferenciar la imposibilidad de conocimiento del defecto, de la imposibilidad de conocimiento de cuáles son las unidades afectadas por este último dentro de una serie. En otras palabras, en aquellos casos en los cuales el fabricante conoce de la existencia del defecto, aunque le resulta imposible individualizar las unidades afectadas por el mismo, no estaremos ante un caso de riesgos del desarrollo, sino —en todo caso— ante lo que parte de la literatura ha identificado como “lagunas del desarrollo”, para hacer referencia a defectos cognoscibles pero inevitables.<sup>2</sup>

Similares consideraciones cabe realizar en relación a los defectos de información: está ausente en este caso la imposibilidad de conocimiento del defecto. La potencialidad dañosa del producto es perfectamente conocida por el productor o fabricante, pero lo que falla es la información que le es suministrada al consumidor.

En conclusión, entendemos que ni los defectos de fabricación ni los de información pueden interpretarse como un supuesto de riesgos del desarrollo, sino exclusivamente los de diseño, únicos en los cuales es posible advertir una imposibilidad de conocimiento del defecto.

Ello nos conduce al segundo de los requisitos apuntados como necesarios para que se configure un supuesto de riesgos del desarrollo: la imposibilidad de

---

<sup>2</sup> GARRIDO CORDOBERA, Lidia María Rosa, “La responsabilidad por riesgo de desarrollo en materia de productos de consumo”, en AA.VV., *Responsabilidad civil*, KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída (directora), 1ª edición, Santa Fe, Ed. Rubinzal-Culzoni, 2007, pp. 187-188.

conocimiento del defecto, de acuerdo al estado de conocimientos científicos y técnicos.

Los conocimientos científicos y técnicos representan dos nociones distintas. Mientras los primeros aluden a un conjunto de conocimientos teóricos, con independencia de si han sido o no aplicados, los segundos refieren a la ciencia aplicada, esto es, a los conocimientos obtenidos o confirmados en la práctica.<sup>3</sup>

La imposibilidad de conocer la existencia del defecto debe ser evaluada con criterios objetivos. Es decir, que la misma no apunta al conocimiento de un productor o fabricante en particular, sino que lo relevante es que el defecto no fuera cognoscible según el estado de conocimientos científicos y técnicos. Este criterio objetivo ha sido denominado como “criterio de la cognoscibilidad del defecto”.<sup>4</sup>

No obstante la aparente claridad de este criterio, han surgido algunos interrogantes en relación al mismo, que resulta oportuno mencionar.

Uno de ellos es si basta con que los conocimientos existan, o si además los mismos deben estar disponibles. En otras palabras, si la mera existencia de los conocimientos científicos y técnicos alcanza para descartar al defecto como un supuesto de riesgos del desarrollo, o si además los mismos deben haberse hecho públicos. En esta misma línea, cabría preguntarse si esta disponibilidad debe ser evaluada en relación al productor o fabricante en concreto, o en relación a la comunidad científica en su conjunto.

En lo tocante a este primer interrogante, entendemos que no basta con la mera existencia del conocimiento del defecto, sino que el mismo debe estar disponible, aunque esta disponibilidad también debe ser evaluada con criterios objetivos, analizando no la situación de un productor en particular, sino de la comunidad científica en su conjunto.

Sin embargo, admitimos que —en última instancia— la determinación de qué conocimientos existían y cuáles de ellos se encontraban disponibles, resulta de muy dificultosa precisión en forma anticipada, y dependerá de la casuística de cada caso en particular.

Otro de los interrogantes que se presentan en relación a este segundo requisito, es qué debe entenderse comprendido en el concepto “estado de conocimientos científicos y técnicos”. Si bien hay unanimidad en que no solo comprende los conocimientos unánimes o mayoritariamente aceptados sino también las opiniones minoritarias, no existe dicho consenso al momento de determinar cuáles son las disciplinas que corresponde calificar como científicas. Así, se ha considerado a

---

<sup>3</sup> TALLONE, Federico Carlos, “Los riesgos del desarrollo como eximente del fabricante en la responsabilidad civil por productos”, *Revista de Derecho de Daños*, Rubinzal-Culzoni, 2006-2, 273, p. 276.

<sup>4</sup> SALVADOR CODERCH, Pablo y RUBÍ PUIG, Antoni, “Riesgos del desarrollo y evaluación judicial del carácter científico de dictámenes periciales”, *InDret* 1/2008, 01/02/2008, disponible en: [http://www.indret.com/pdf/519\\_es.pdf](http://www.indret.com/pdf/519_es.pdf), pp. 20-21.

algunos conocimientos, tales como la rabadomancia, cartomancia, astrología, parapsicología, etc., como “pseudociencias”, atribuyéndoseles falta de rigor metodológico.<sup>5</sup>

En este caso, entendemos que existe una imposibilidad de determinar en forma anticipada una enumeración acabada cuáles son los campos del saber que deben ser considerados como “ciencia” y cuáles quedan excluidos de este calificativo. O, en todo caso, si bien en relación a algunas ramas del conocimiento podría ser factible que exista unanimidad en cuanto a su aceptación o rechazo como ciencias, existirán inevitablemente muchas “zonas grises” donde será imposible, o al menos muy dificultosa, la coincidencia de criterios a su respecto.

El tercero de los requisitos apuntados como necesarios para poder calificar un supuesto de riesgos del desarrollo —que dicha imposibilidad de conocimiento se configure al momento introducción del producto en el mercado— refiere a la delimitación de carácter temporal, es decir, el momento relevante que corresponde considerar a los fines de la determinación del estado de conocimientos científicos y técnicos. Y este no es otro que el de la introducción del producto en el mercado, refiriendo con ello al momento en el cual el producto en cuestión es puesto en circulación, debiendo observarse el estado de conocimientos científicos y técnicos disponibles en ese tiempo.

La alternativa es considerar el momento del juicio como el relevante para evaluar el estado de conocimientos científicos y técnicos, como lo es el caso de algunas jurisdicciones norteamericanas. Sin embargo, entendemos que la adopción de este criterio implicaría la negación misma de los riesgos del desarrollo como un supuesto particular.

## **B) Las distintas posturas en la literatura.**

El problema jurídico consiste en determinar si el productor debe o no responder en materia de riesgos del desarrollo, esto es, en aquellos supuestos en los cuales la utilización de las técnicas científicas disponibles al momento de la comercialización del producto no permitía anticipar la defectuosidad de este último.

La cuestión ha despertado posiciones encontradas en la literatura, donde se destacan dos posturas enfrentadas: una de ellas integrada por quienes se oponen a la responsabilidad del productor, y la otra integrada por quienes defienden la conveniencia de asignarla.

Entre quienes se oponen a la atribución de responsabilidad en tales casos, diversos argumentos se han esgrimido en defensa de la preferibilidad de una eximente basada en los riesgos del desarrollo. Así, se ha dicho que: a) responsabilizar a un fabricante en los casos de riesgos del desarrollo importa una

---

<sup>5</sup> SALVADOR CODERCH, Pablo y RUBÍ PUIG, Antoni, “Riesgos del desarrollo y evaluación...”, cit., pp. 26-28.

contradicción lógica, al no poder pretenderse que desde el pasado se conozca el futuro; b) la relación de causalidad entre el daño y el producto que ha dado lugar al riesgo del desarrollo no existe al momento del lanzamiento del producto, sino solo con posterioridad; c) la responsabilidad para casos de riesgos del desarrollo provocaría o bien un precio desproporcionado en los productos innovadores, o bien su directa desaparición del mercado por falta de incentivos económicos para producirlos; d) ante la imposibilidad de realizar cálculos estadísticos las compañías aseguradoras se negarían a contratar seguros que cubran los riesgos del desarrollo, o bien lo harían, aunque estableciendo pólizas a valores demasiado elevados; e) la responsabilidad por riesgos del desarrollo no presupone un incentivo a la investigación, sino todo lo contrario, ya que si un fabricante sabe que sin importar lo que haga siempre será responsable, le convendría reducir los gastos en materia de innovación y seguridad, ya que su deber de reparar siempre será el mismo; f) por el contrario, habrá un incentivo a la investigación si el fabricante sabe que, si se producen daños imprevisibles, no será responsable siempre que haya adoptado todas las medidas de seguridad que permitía el conocimiento; g) la excepción por riesgos del desarrollo, al contrario de la responsabilidad, redundaría en un mayor efecto preventivo.<sup>6</sup>

Por el contrario, quienes se enrolan en la postura contrapuesta, esto es, quienes defienden la conveniencia de asignar responsabilidad en los casos de riesgos del desarrollo, han manifestado, entre otros fundamentos, que: a) en todo tipo de economía se debe garantizar la inocuidad de los productos que se lanzan al mercado; b) cuando se caracteriza el daño, la óptica de centrarse en la víctima que padece injustamente el daño, y no en el productor; c) deben alentarse los estudios en términos de probabilidad del riesgo, lo cual supone un análisis previo del producto; d) la responsabilidad en estos casos resulta un estímulo para la puesta al día y superación de los conocimientos de la ciencia y de la técnica; e) atribuir al productor los riesgos del desarrollo enriquece la función preventiva; f) los riesgos del desarrollo son asegurables.<sup>7</sup>

Los argumentos enumerados no son sino una somera muestra —en honor a la brevedad— de los numerosos fundamentos que se han desarrollado en apoyo a las distintas posturas que se han adoptado en relación a los riesgos del desarrollo.

Por nuestra parte, entendemos que la toma de posición en relación a esta temática requiere de un análisis más detenido de las consecuencias empíricas que una u otra solución normativa traerían aparejadas.

Es por ello que, en las páginas que siguen, se realizará un análisis de la cuestión, con particular énfasis en las implicancias prácticas que traería aparejado atribuir o no responsabilidad en estos casos, haciendo uso, a tal fin, de las herramientas que nos ofrece el AED.

---

<sup>6</sup> PRIETO MOLINERO, Ramiro J., “Riesgo de desarrollo e innovación tecnológica”, *Responsabilidad civil y seguros*, La Ley, 2005.

<sup>7</sup> GOLDENBERG, Isidoro H. y LÓPEZ CABANA, Roberto M., “Los riesgos del desarrollo en la responsabilidad del proveedor profesional de productos”, *JA* 1990-I, 917, pp. 918-919.

### III.- ANÁLISIS ECONÓMICO DE LOS RIESGOS DEL DESARROLLO:

Procuraremos en las líneas que siguen, realizar un análisis de los riesgos del desarrollo, con especial énfasis en las implicancias que traerían aparejadas las distintas posibilidades de instrumentación normativa. En otras palabras, adoptaremos una toma de posición en relación a las dos posturas expuestas sobre la responsabilidad por riesgos del desarrollo, haciendo uso de las herramientas que nos ofrece el AED, al ser este un marco analítico que permite poner de manifiesto que la cuestión no puede desentenderse de las consecuencias empíricas que una u otra solución jurídica traerían aparejadas.

Teniendo en miras dicho objetivo, resulta pertinente comenzar por repasar (sucintamente, en honor a la brevedad que se pretende alcanzar con estas páginas) el aporte realizado por Guido Calabresi a la materia, en su ya clásico libro “Los Costos de los Accidentes”<sup>8</sup>. En este último, estudia el sistema de daños en la circulación de automóviles, tendiendo en miras dos objetivos principales: la justicia del sistema, y la reducción de costos sociales de los accidentes.

En lo que respecta al objetivo general de reducción de costos sociales de los accidentes, Calabresi lo subdivide en tres: la *reducción primaria*, que tiene como objetivo reducir la cantidad y severidad de los accidentes; la *reducción secundaria*, que surge cuando el accidente ya se produjo, y tiene como objetivo reducir los costos sociales derivados de la imposibilidad de recuperación óptima de la víctima cuando la compensación que reciban no sea oportuna; y la *reducción terciaria*, que tiene como objetivo reducir el costo de los sistemas administrativo y judicial que se generan al ponerse en marcha las metas anteriores.

Dentro de la *reducción primaria* de costos sociales, esto es, en el campo de la prevención, Calabresi plantea dos mecanismos a los que denomina *general deterrence* y *specific deterrence*. En los mecanismos de *general deterrence*, son los propios agentes quienes deciden realizar una determinada actividad o no hacerlo, de acuerdo a los beneficios que la misma le reportará y los costos de afrontar la reparación del daño en caso de producirse.<sup>9</sup> En cambio, en los mecanismos de *specific deterrence* no es el agente quien toma la decisión de realizar o no la actividad de acuerdo a un análisis de costo-beneficio, sino el Estado quien determina la imposibilidad de realizarla.

El sistema de responsabilidad civil puede cumplir una función de prevención, actuando como un mecanismo de *general deterrence*. En otras palabras, mediante el sistema de responsabilidad lo que se hace es imponer al agente un costo, consistente en el deber de afrontar una indemnización. En ese sentido, puede actuar como un mecanismo de *general deterrence*.

---

<sup>8</sup> CALABRESI, Guido, *The Costs of Accidents. A Legal and Economic Analysis*, Yale University Press, New Haven y Londres, 1970.

<sup>9</sup> Se refiere también a este enfoque como “*market deterrence*”, toda vez que su fundamento radica en la asignación de recursos basado en el sistema de precios.

La responsabilidad por productos, y específicamente, la eventual responsabilidad que se pueda imponer en los casos de riesgos del desarrollo puede cumplir esa misma función de prevención.

Sobre dicha base, examinaremos en las siguientes páginas el eventual efecto que tendría, ya sea la responsabilidad por riesgos del desarrollo o bien su ausencia, circunscribiéndolo a tres aspectos particulares:

- la generación de incentivos para la innovación e investigación científica
- el nivel en la actividad de fabricación
- los costos del sistema de administración de justicia.

Dicho análisis se realizará con el propósito de determinar cuál de las dos alternativas regulatorias, la responsabilidad o la eximente, conduce mejor al objetivo general de reducción de costos sociales, en el sentido expuesto por Calabresi.

#### **IV.- LA RESPONSABILIDAD POR RIESGOS DEL DESARROLLO COMO INCENTIVO A LA INVESTIGACIÓN E INNOVACIÓN CIENTÍFICA:**

En las dos posturas defendidas en la literatura en relación a los riesgos del desarrollo, uno de los fundamentos que se han utilizado es, tanto en una como en otra, la cuestión vinculada al eventual incentivo para la investigación e innovación científica que representaría la responsabilidad, o su ausencia.

De este modo, quienes se pronuncian a favor de la responsabilidad por riesgos del desarrollo, lo han fundamentado en que la misma resulta un estímulo para la investigación e innovación científica. No obstante, quienes se oponen a la responsabilidad, han esbozado este mismo argumento para defender la solución contraria, al sostener que lo que conlleva un incentivo para la investigación en los casos de riesgos del desarrollo, no es la responsabilidad, sino su ausencia.

Por consiguiente, cabe preguntarse cuál de estas dos interpretaciones es más acertada. Esto es, si la imposición de responsabilidad civil en los casos de riesgos del desarrollo constituye un incentivo para que los proveedores de bienes y servicios intenten superar los conocimientos existentes al momento de su comercialización o si, por el contrario, el hecho de que el productor deba afrontar una indemnización con independencia de si los conocimientos científicos y técnicos disponibles al momento de la comercialización permitían anticipar la defectuosidad del producto o servicio, atenta contra el desarrollo de la investigación e innovación científica.

Para responder a este interrogante son de utilidad los modelos que se utilizan en el ámbito del AED, los cuales constituyen esquemas de análisis que se utilizan para determinar cómo inciden las normas jurídicas sobre la conducta de los individuos.

Se destacan, en este sentido, los esquemas propuestos por Steven Shavell<sup>10</sup>, quien considera distintos modelos de accidentes involucrando dos tipos de agentes: dañadores y víctimas. En dichos modelos, tanto los dañadores como las víctimas se enfrentan a dos tipos de decisiones: una decisión sobre si participar, o en qué medida hacerlo, en una determinada actividad, y otra decisión sobre el nivel de precaución a adoptar cuando participan en esa actividad. Asume en estos modelos que los dañadores y las víctimas toman decisiones sobre la base de una evaluación de su expectativa de utilidad, procurando una maximización de esta última. Shavell propone diferentes versiones del modelo, que combinan, por un lado, daños de causación unilateral (en aquellos supuestos en los que solo el dañador tiene posibilidad de influir en la probabilidad de que el daño ocurra) y daños de causación bilateral (en aquellos supuestos en que tanto dañadores como víctimas pueden influir sobre la probabilidad de que el daño ocurra) y por otro lado, el nivel de precaución como el único determinante del riesgo, o tanto el nivel de precaución como el de actividad como determinantes de este último. A través de estos modelos, analiza el efecto de las reglas de responsabilidad sobre la conducta de las partes involucradas.

En las próximas páginas, sobre la base del modelo propuesto por Andrea Castellano<sup>11</sup>, se analizará si la imposición de responsabilidad civil en los casos de riesgos del desarrollo constituye un incentivo para la investigación e innovación científica.

### **A) El marco analítico.**

A los fines del modelo que se pretende exponer, se asumirá que existen dos agentes: los dañadores, que serán las empresas proveedoras de bienes y servicios, y las víctimas, que serán los consumidores.

Se asumirá, en este caso, que una empresa proveedora lanza un producto al mercado, que puede ocasionar un daño a los consumidores.

En los modelos clásicos de responsabilidad por productos utilizados en AED<sup>12</sup>, se analizan distintos sistemas de responsabilidad suponiendo que el comportamiento de las empresas se verá influido no sólo por su posible responsabilidad, sino también por las percepciones de los consumidores sobre los riesgos del producto. La particularidad que plantea el caso aquí planteado, es que no son solo los consumidores los que tienen un conocimiento imperfecto sobre el riesgo de los productos, sino que las propias empresas proveedoras no conocen cuál es la probabilidad de causar un daño con el producto, atento a que el estado de

---

<sup>10</sup> SHAVELL, Steven, *Economic Analysis of Accident Law*, Harvard University Press, Cambridge, 1987.

<sup>11</sup> CASTELLANO, Andrea Susana, "Innovación, Incertidumbre y Daños. Un análisis económico de las instituciones del derecho del consumidor", Tesis Doctoral, *Repositorio Institucional de la Universidad Nacional del Sur*, Bahía Blanca, 2014, disponible en: <http://repositoriodigital.uns.edu.ar/handle/123456789/516>

<sup>12</sup> SHAVELL, Steven, *Economic Analysis...*, 1987, cit., pp. 51-64.

conocimientos científicos y técnicos disponibles al momento de la comercialización del producto, no permiten conocer su defectuosidad.

Se asumirá que este conocimiento puede ser obtenido de dos maneras:

- A través de la decisión de la empresa proveedora de invertir en investigación.
- O a través de la investigación que se realice en forma externa a la empresa, ya sea por terceros ajenos a la empresa (podría tratarse, por ejemplo del Estado, o asociaciones de defensa del consumidor) o por accidente.

Los costos implicados serán:

- El costo de las pérdidas, consistente en los daños que el producto puede causar. Se asumirá que el costo de las pérdidas es directamente proporcional a la cantidad de unidades vendidas. Es decir, que si aumentan las ventas, aumentan la cantidad de daños que se producen. De lo cual se deriva que, si el producto es causante del daño, este costo aumenta cuanto más tiempo transcurra sin que ese nexo causal sea descubierto.
- El costo de la investigación que podría decidir llevar a cabo la empresa proveedora, destinada a descubrir el eventual nexo causal entre un producto y un daño.

A su vez, una investigación podría arribar a diferentes resultados:

- 1) Podría darse el caso de que se arribe a un resultado certero<sup>13</sup>, caso en el cual habría dos posibilidades:
  - a) Que se determine que el producto es causa del daño.
  - b) Que se determine que el producto no es causa del daño.
- 2) También podría suceder que, pese a la investigación realizada, no se arribe a ningún resultado, manteniéndose el estado de incertidumbre.

Finalmente, se asumirá la neutralidad al riesgo de la empresa proveedora de bienes y servicios.

Con estas asunciones preliminares, procederemos a analizar cuál será la decisión de una empresa proveedora que lanza un nuevo producto al mercado, que se enfrenta a la disyuntiva entre invertir o no en investigación.

## **B) Responsabilidad por riesgos del desarrollo.**

---

<sup>13</sup> Para simplificar el análisis se asumirá en el desarrollo del presente trabajo, que de arribarse a un resultado certero, podrán determinarse con exactitud todas las características de los daños que ocasiona el producto. La realidad suele ser más compleja, ya que no siempre se contará desde un primer momento con la totalidad de la información relativa al riesgo del producto tras una investigación

En primer lugar analizaremos el caso en el marco de un sistema donde los riesgos del desarrollo estén a cargo del productor. Se trata de un sistema donde rija una responsabilidad objetiva, en el cual el dañador responda por todos los daños que cause, independientemente de cuál haya sido el nivel de diligencia que haya adoptado, y donde los riesgos del desarrollo estén a su cargo, esto es, donde no rija ninguna eximente de responsabilidad en estos supuestos. El factor determinante para la procedencia de la responsabilidad es la existencia de un nexo causal entre un producto y un daño.

Como se dijo, podrían darse tres resultados diferentes como consecuencia de una investigación: que se determine que el producto es causa de un daño, que la investigación permita descartar dicho nexo causal, o que se mantenga la incertidumbre. Dependiendo de cuál sea el resultado, la empresa proveedora, tendrá que afrontar o no el costo de las pérdidas, mediante el pago de una indemnización<sup>14</sup>. De este modo, bajo el sistema de responsabilidad planteado, podrían darse tres situaciones en relación al costo de las pérdidas:

- *Situación 1*: que se determine que el producto es causa de un daño. En este escenario, la empresa deberá afrontar el costo de las pérdidas. Con este resultado, y en función de la importancia de los daños, la empresa se enfrentará a la decisión de continuar comercializando el producto, o retirarlo del mercado.<sup>15</sup>
- *Situación 2*: que se determine que el producto no es causa del daño. En este caso la empresa no deberá afrontar el costo de las pérdidas.
- *Situación 3*: que continúe el estado de incertidumbre. En este caso la empresa no deberá cargar con el costo de las pérdidas, atento no poder demostrarse una vinculación causal entre el producto y el daño.

En este contexto, surge el interrogante de cuál será la decisión de una empresa proveedora, asumiendo que una firma que tome decisiones racionales procurará una maximización de su utilidad, lo que conlleva una minimización de los costos. En otras palabras, la empresa solo decidirá invertir en investigación si considera que hacerlo le representará una disminución en sus costos totales.

Un aspecto clave para responder a esta pregunta, lo será que exista la posibilidad de que el conocimiento acerca del nexo causal entre el producto y el daño sea determinado de forma externa a la empresa, ya sea por medio de un tercero o de manera fortuita.

Es que, si la empresa proveedora tuviera la seguridad de que la producción de esta información sólo depende de sus decisiones de investigación, le convendría no realizar investigación alguna y mantenerse así en un perpetuo estado de

---

<sup>14</sup> Se asume, a estos fines, que el costo de la indemnización será equivalente al daño que cause el producto, y que la totalidad de los consumidores reclamarán la reparación.

<sup>15</sup> En la generalidad de los casos, habrá múltiples posibilidades de actuación antes de decidir el retiro del producto del mercado, como lo serían instrucciones de uso, advertencias de seguridad, posibles mejoras en el diseño del producto, etc.

incertidumbre, ya que de este modo no deberá cargar ni con el costo de las pérdidas (ya que el nexo causal nunca se podrá descubrir sin su investigación) ni con el costo de la investigación.

Asumiremos —como es razonable presumir que ocurriría en la realidad— que existe la posibilidad de que esta información pueda ser aportada de forma externa, ya sea por un tercero, o por mera casualidad, aunque ello pueda ocurrir con distintos grados de probabilidad. Bajo esta asunción, la empresa podría decidir invertir en investigación, o no hacerlo.

*La empresa decide no invertir.*

Comenzaremos analizando el caso de que la empresa decida no invertir en investigación, eligiendo así someterse a los resultados de las eventuales investigaciones que puedan realizar los terceros, o a lo que podría arribarse por accidente. Como resultado de la investigación de terceros, o a lo que se descubra de modo contingente, podrían darse cualquiera de las tres situaciones descriptas anteriormente:

- *Situación 1:* que se determine que el producto es causa de un daño. En este escenario, la empresa deberá afrontar el costo de las pérdidas, pero no habrá costo de investigación. El costo de las pérdidas dependerá, en parte, del tiempo que haya transcurrido hasta que la causalidad fue descubierta, ya que recordemos que el costo de las pérdidas es proporcional a la cantidad de unidades vendidas. Por consiguiente, la empresa, al someterse a los resultados de las investigaciones que se realicen en forma externa, no tiene control alguno sobre la dimensión del costo de las pérdidas.

- *Situación 2:* que se determine que el producto no es causa del daño. En este caso la empresa no deberá afrontar costo de las pérdidas, ni tampoco costo de investigación.

- *Situación 3:* que continúe el estado de incertidumbre. En este caso la empresa no deberá cargar con el costo de las pérdidas, ni tampoco con el costo de la investigación.

Con estas posibilidades, una empresa proveedora podría optar deliberadamente por no invertir en investigación en distintos supuestos: 1) si cree que una investigación no arribará a ningún resultado certero; 2) si cree que una investigación arribará a un resultado certero, pero determinará que no existe nexo causal entre el producto y el daño; 3) si cree que, si bien podría haber un nexo causal entre el producto y el daño, entiende poco probable que un tercero pueda arribar a tal resultado.

*La empresa decide invertir.*

Analizaremos ahora la situación en el caso de que la empresa proveedora decida invertir en investigación. Como resultado de la investigación que realice la empresa, podrían darse cualquiera de las tres situaciones descriptas

anteriormente, pero en este caso, con una variación de los costos que deberá afrontar la firma:

- *Situación 1:* que se determine que el producto es causa de un daño. En este escenario, la empresa deberá afrontar el costo de las pérdidas, y también el costo de la investigación. También aquí el costo de las pérdidas dependerá de cuánto se haya demorado con la investigación en arribar a este resultado, con la diferencia de que la empresa puede influir sobre su cuantía dependiendo de cuánto demore en producir esa información.
- *Situación 2:* que se determine que el producto no es causa del daño. En este caso la empresa no deberá afrontar el costo de las pérdidas, pero deberá afrontar el costo de la investigación.
- *Situación 3:* que continúe el estado de incertidumbre. En este caso la empresa no deberá cargar con el costo de las pérdidas, pero sí con el costo de la investigación.

¿En qué casos una empresa podría decidir invertir en investigación?

La respuesta a este interrogante dependerá de cuán probable crea la empresa que, por medio de su investigación, pueda determinar un nexo causal entre el producto y el daño, y también de cuán probable crea que un tercero pueda descubrir dicho resultado.

En otras palabras, una empresa solo decidirá invertir en investigación, si entiende probable que esta última logre determinar un nexo causal entre el producto y el daño, y de este modo descubrir en forma anticipada la defectuosidad del producto para intentar reducir el costo de las pérdidas que eventualmente deberá afrontar. Pero también es igualmente necesario que entienda probable que, como resultado de la investigación de un tercero, o por mero accidente, se descubra dicho nexo causal en forma externa a su actividad. Si la empresa entiende probable que el producto que comercializa sea causante de un daño, pero cree que las probabilidades de que ello se descubra de forma externa son mínimas, optará por no invertir en investigación, ya que son mayores las probabilidades de que dicho vínculo causal no se descubra.

### **C) Ausencia de responsabilidad por riesgos del desarrollo.**

Analizaremos ahora el supuesto, en el marco de un sistema en el que los riesgos del desarrollo no estén a cargo del productor. Ello podría darse, o bien en un sistema de responsabilidad objetiva donde rija una eximente por riesgos del desarrollo, o bien bajo un sistema de responsabilidad subjetiva<sup>16</sup>.

---

<sup>16</sup> Un sistema de responsabilidad subjetivo, en donde solo se responde por culpa, conlleva necesariamente una ausencia de responsabilidad por riesgos del desarrollo, toda vez que las diligencias o precauciones mínimas exigibles, serán evaluadas de acuerdo a los conocimientos científicos y técnicos disponibles al momento de la comercialización del producto. En otras palabras, no se puede exigir tomar medidas preventivas por un riesgo que no se conoce.

Lo que diferencia este supuesto de los anteriormente analizados, es que la empresa no deberá responder por los daños causados, ni siquiera bajo la hipótesis de que lograra determinarse una vinculación causal entre el producto y las consecuencias dañosas.

En otras palabras, si bien responderá por los daños que se produzcan con posterioridad a dicho descubrimiento, no deberá afrontar indemnización alguna por los daños que haya ocasionado durante el tiempo que haya durado el estado de incertidumbre, aunque este haya finalizado con un resultado certero que confirme que el producto es causa del daño.

De ello se deriva que, en ningún caso tendrá incentivos la empresa para invertir en investigación, ya que —como vimos— el único motivo por el cual una empresa podría decidir invertir lo sería la expectativa de intentar reducir el costo de las pérdidas que eventualmente deberá afrontar.

No habiendo posibilidades de que la empresa deba cargar con los costos de las pérdidas, toda vez que nunca deberá afrontar los daños que ocasione en dichas circunstancias, lo único que lograría invirtiendo en investigación sería sumar un costo a la producción: el costo de investigación.

Ninguna relevancia tendría que la empresa tenga una sospecha, por más firme que sea, de que el producto es causa de un daño. Mientras los conocimientos científicos y técnicos disponibles no permitan determinar que el producto es causante del daño, la empresa no deberá afrontar indemnización alguna por estos últimos.

Estamos, en consecuencia, en condiciones de concluir que bajo un sistema en donde no se imponga responsabilidad por riesgos del desarrollo, en ningún caso tendrán las empresas proveedoras de bienes y servicios incentivos para invertir en investigación.

#### **D) Análisis comparativo de las posibilidades de instrumentación normativa.**

El análisis realizado en este apartado nos permite extraer diversas conclusiones en relación a los distintos enfoques de la responsabilidad por riesgos del desarrollo, como medio de proporcionar incentivos para la investigación científica.

Por los motivos desarrollados, se concluye que una empresa únicamente tendrá incentivos para invertir en investigación si debe responder por las consecuencias dañosas, aun imprevisibles, de los productos que introduce en el mercado, lo que no ocurriría con su alternativa —ausencia de responsabilidad— toda vez que esta última relajaría los incentivos del productor para invertir en investigación.

Sin embargo, habiendo llegado a este punto es importante realizar una distinción: una cosa es que una empresa decida invertir en investigación, y otra muy distinta es que decida divulgar sus resultados. En otras palabras, si bien una empresa puede tener incentivos para realizar una investigación, ello no necesariamente implica que tenga incentivos para divulgar la información obtenida por medio de

esta última. Por ejemplo, si el resultado de la investigación confirma que el producto no es causa del daño, lo único que logrará la empresa divulgándolo será favorecer a su competencia, que se beneficiaría de la información obtenida ahorrándose el costo de la investigación. Pero también una empresa podría decidir no divulgar el resultado de su investigación en el supuesto de que la misma corroborara que el producto efectivamente es causa del daño, ya que mientras esto último no se descubra en forma externa, no podrá demostrarse la vinculación causal entre el producto y el daño, por lo que la empresa no deberá responder por estos últimos.

En este escenario alguien podría objetar que los incentivos que genera la responsabilidad por riesgos del desarrollo para la investigación científica son minúsculos, y hasta casi inexistentes, ya que dependen de la creencia subjetiva que tengan las empresas no solo de las probabilidades de arribar con la investigación a un resultado certero que logre determinar la causalidad entre el producto y el daño, sino también de las probabilidades de que dicho nexo causal pueda ser descubierto por terceros, o de manera fortuita. A lo que debe sumarse que es posible que los resultados de una investigación no sean divulgados por la empresa.

A dicha objeción podría contestarse que, si el desarrollo de la investigación e innovación científica se considera como un objetivo socialmente valioso, todavía existen alternativas de regulación que podrían coadyuvar a un mejor logro del mismo —como podría ser la imposición de daños punitivos a la empresa que no realice investigaciones o que no divulgue sus resultados— cuyo análisis pormenorizado excede la brevedad que se procura alcanzar con estas páginas.

Pero, lo que no puede rebatirse es que, como opción de instrumentación normativa y en lo que al desarrollo de la investigación e innovación científica respecta, la alternativa de responsabilizar al productor por riesgos del desarrollo, aunque insuficiente, es preferible a la alternativa de no hacerlo, toda vez que en este último supuesto en ningún caso se generarían incentivos para investigar.

Todavía alguien podría señalar que, en relación al objetivo planteado por Calabresi de reducción de costos sociales, la responsabilidad por riesgos del desarrollo podría implicar un aumento de estos últimos en aquellos supuestos en que, con las investigaciones realizadas, no se logre arribar a un resultado certero.

A esto podría contestarse que, si bien se agrega el costo de investigar, ello no necesariamente implica un aumento de los costos sociales totales, sino que —por el contrario— implica una reducción de los mismos en aquellos casos en que, a través de la investigación, se logre anticipar el conocimiento sobre el nexo causal entre un producto y un daño.

La conveniencia de investigar, o de no hacerlo, dependerá de una estimación concreta de cuántas probabilidades hay de alcanzar alguno de los tres resultados antes vistos: arribar a una conclusión certera que anticipe la potencialidad dañosa de un producto, descartar con la investigación que el producto resulte defectuoso,

o no arribar a resultado alguno, manteniéndose el estado de incertidumbre. En el primer caso, con la decisión de investigar, se podrían reducir los costos sociales totales, pero en el segundo y tercer caso, dicha decisión se traduciría en un aumento de estos últimos.

Si bien siempre existirá alguna probabilidad (mayor o menor) de que se den alguno de los dos últimos resultados, debe tenerse especialmente en consideración que, la responsabilidad por riesgos del desarrollo no incentiva la realización de investigaciones aventuradas que ninguna posibilidad tienen de arribar a resultados certeros, o que procuran descartar riesgos inverosímiles, sino únicamente aquellas investigaciones donde existan firmes sospechas de que un producto pueda ser causante de un daño. No se trata de incentivar investigaciones a cualquier costo para anticipar cualquier tipo de daño por insignificante que sea, sino únicamente en aquellos supuestos donde estas investigaciones tengan cierta probabilidad de arribar a un resultado socialmente eficiente.

Esta será, precisamente, la evaluación que realizará una empresa a fin de decidir si invierte o no en investigación, en un sistema donde los riesgos del desarrollo estén a cargo del productor. No se tratará, como vimos, de una decisión aleatoria, sino de una evaluación concreta de las distintas probabilidades involucradas. Una empresa que actúe en forma racional, nunca decidirá invertir en investigación si considera que ello conllevará un aumento de los costos, ya que lo que procura es una maximización de su utilidad. En otras palabras, una empresa racional no realizará dicha inversión, si entiende que el costo esperado de la investigación será superior a los beneficios esperados de esta última.

Si con dichas investigaciones se lograran ampliar los conocimientos científicos y técnicos en relación a la potencialidad dañosa de un producto, se reducirían o evitarían, según el caso, los daños que este último podría haber generado en un futuro, y en este sentido, la responsabilidad por riesgos del desarrollo actuaría como un mecanismo de *general deterrence* y conduciría mejor que su alternativa al objetivo de *reducción primaria* de costos sociales.

## **V.- LA RESPONSABILIDAD POR RIESGOS DEL DESARROLLO Y SU INCIDENCIA SOBRE EL NIVEL EN LA ACTIVIDAD DE FABRICACIÓN:**

En el punto que antecede, sobre la base del modelo formulado por Andrea Castellano<sup>17</sup>, se analizó cuál es el efecto que tendría la responsabilidad por riesgos del desarrollo en la generación de incentivos para el desarrollo de la investigación científica, a partir del caso en el que una empresa lanza un producto al mercado que puede ocasionar un daño a los consumidores.

Ese mismo modelo, puede servir de base para evaluar cuál es la incidencia de la responsabilidad por riesgos del desarrollo en el nivel de actividad de fabricación.

---

<sup>17</sup> CASTELLANO, Andrea Susana, “Innovación, Incertidumbre y Daños...”, cit.

Cuando hablamos de nivel de actividad de fabricación, lo circunscribimos a la decisión de una empresa proveedora de producir o de no producir, es decir, de lanzar un producto al mercado o de no hacerlo, y no a la medida en la que esto último se realiza.<sup>18</sup>

En otras palabras, el mismo modelo nos permitirá situarnos en una etapa anterior a la comercialización del producto y analizar cuál será la decisión de una empresa proveedora que se encuentre en la disyuntiva entre lanzar un producto nuevo en el mercado, o abstenerse de hacerlo.

Recordemos el nivel de incertidumbre al que se enfrentan las empresas proveedoras, quienes desconocen cuál es la probabilidad de causar un daño con este producto nuevo: con los conocimientos científicos y técnicos disponibles el producto es —en apariencia— inocuo, pero lo que no se sabe es si el mismo podría causar daños que aún no se hayan descubierto con la información científica disponible.

Así, las empresas proveedoras se enfrentan a una primera disyuntiva: realizar investigaciones con carácter previo al lanzamiento del producto para intentar descubrir eventuales efectos nocivos (aún desconocidos) del producto, o bien lanzar el producto con la información científica disponible, sin realizar investigación previa alguna.

Y en caso de que decidieran investigar con carácter previo al lanzamiento del producto, se añadirá una nueva decisión: lanzar este nuevo producto al mercado, o no hacerlo.

De este modo, las posibilidades de actuación de la empresa serán tres:

1. Investigar y no lanzar el producto.
2. Investigar y lanzar el producto.
3. No investigar y lanzar el producto.

Seguidamente procuraremos realizar un análisis de la cuestión bajo los distintos enfoques de la responsabilidad por riesgos del desarrollo.

### **A) Responsabilidad por riesgos del desarrollo.**

Comenzaremos analizando el caso bajo un sistema donde los riesgos del desarrollo se encuentren a cargo del productor, a fin de determinar en qué supuestos la empresa decidirá lanzar o no un producto al mercado, y a su vez, investigar o no con carácter previo a hacerlo.

---

<sup>18</sup> Cabe recordar que, en los modelos clásicos, cuando se habla de nivel de actividad, se hace referencia a la decisión sobre si participar, o en qué medida hacerlo, en una determinada actividad. En esta oportunidad, analizaremos únicamente la decisión sobre participar o no en una actividad, dejando a un lado la decisión sobre la medida en la cual se participa.

En relación a la decisión de investigar o de no hacerlo, resultan de aplicación las consideraciones desarrolladas en el punto IV del presente: una empresa solo decidirá invertir en investigación si entiende probable que la investigación logre determinar un nexo causal entre el producto y el daño, y también cree probable que, como resultado de la investigación de un tercero o por mero accidente, se descubra dicho nexo causal en forma externa a su actividad.

De ello se deriva que, dentro de las tres posibilidades de actuación, la mayoría de las veces, la empresa optará por no investigar y lanzar el producto, salvo los restringidos supuestos en que se den las condiciones necesarias para que la empresa proveedora tenga incentivos para investigar.

A su vez, si se dieran dichas condiciones y la empresa tuviera los incentivos necesarios para investigar con carácter previo a iniciar la comercialización del producto, se enfrentará a la disyuntiva de lanzar o no el producto al mercado, y esta última decisión dependerá de los resultados de la investigación realizada.

*La empresa decide investigar y lanzar el producto.*

En este escenario, surge el interrogante de en qué casos una empresa racional, que procure una maximización de su utilidad, decidiría lanzar el producto al mercado tras una investigación.

Una empresa decidirá lanzar el producto cuando de la investigación surja alguno de los siguientes resultados: 1) cuando se determine que el producto no es causa del daño, ya que en tal caso no deberá afrontar el costo de pérdida alguna; 2) cuando la investigación no arroje ningún resultado certero, toda vez que mientras continúe el estado de incertidumbre la empresa tampoco deberá afrontar el costo de las pérdidas; 3) cuando se determine que el producto es causa del daño pero, o bien la empresa puede tomar medidas para evitarlo o mitigarlo (como lo sería por ejemplo, una mejora en el diseño del producto, instrucciones de uso, o advertencias de seguridad) reduciendo así el costo de las pérdidas, o bien la cuantía de los daños (el costo de las pérdidas) no justifican suspender su lanzamiento, en función de la utilidad esperada por la empresa. En otras palabras, los beneficios que obtendrá la empresa serán mayores que el costo de las pérdidas que deberá afrontar.

*La empresa decide investigar y no lanzar el producto.*

En cambio, una empresa que actúa de modo racional, decidirá no lanzar el producto al mercado solo si con la investigación se arriba a un resultado certero que confirme que el producto es causa de un daño, respecto del cual no es factible tomar medidas para evitarlo, y cuyo costo justifica la suspensión de la comercialización del producto, atento a que el mismo superará la expectativa de utilidad de la empresa. En otras palabras, la empresa decidirá no lanzar el producto al mercado, si el costo de las pérdidas que deberá afrontar supera la utilidad esperada con su comercialización.

Si bien puede parecer a primera vista una hipótesis inverosímil, piénsese —por ejemplo— en la industria farmacéutica, ámbito en el cual esta posibilidad sería perfectamente factible. Si el laboratorio que comercializó la “talidomida” como sedante y calmante de las náuseas durante el embarazo, hubiera determinado con antelación su efecto teratogénico, bajo este sistema de responsabilidad probablemente hubiera optado por no lanzar ese producto al mercado, evitándose de este modo los irreversibles daños que dicho fármaco causó.

## **B) Ausencia de responsabilidad.**

Analizaremos ahora este mismo supuesto bajo un sistema en el cual los riesgos del desarrollo no se encuentran a cargo del productor.

Bajo este sistema de responsabilidad la empresa no deberá responder por los daños causados si el estado de conocimientos científicos y técnicos disponibles al momento de la comercialización del producto no permitía anticipar que este último era causante del daño. Solo responderá por los daños que se produzcan con posterioridad a dicho descubrimiento, pero no deberá cargar con el costo de las pérdidas ocasionadas durante el lapso de tiempo que haya durado dicho estado de incertidumbre.

La empresa, como dijimos, tiene tres posibilidades de actuación: investigar con carácter previo a la comercialización y optar por lanzar el producto al mercado, investigar con carácter previo a la comercialización y optar por no lanzar el producto al mercado, u optar por lanzar el producto al mercado sin realizar ninguna investigación previa.

Ante el interrogante de cuál será la vía de actuación elegida por una empresa que se comporte de modo racional —es decir, que busque una maximización de su utilidad, y una consecuente minimización de los costos— la respuesta surge de toda evidencia: optará en todos los supuestos, y bajo cualquiera de las circunstancias apuntadas, por lanzar el producto al mercado sin realizar ninguna investigación previa.

Ello se debe a que en ningún caso cargará con el costo de las pérdidas por los daños que cause con su producto mientras dure el estado de incertidumbre en relación a su potencialidad dañosa.

Sea cual fuere el resultado de una eventual investigación, en ninguno de los supuestos la empresa proveedora obtendría una reducción de los costos totales con la inversión en una investigación previa, sino todo lo contrario: solo lograría sumar el costo de esta última, y eventualmente hacer cesar el estado de ignorancia que lo exime de tener que cargar con el costo de las pérdidas mientras éste continúe. No obtendría una maximización de su utilidad ni siquiera ante la firme sospecha de que el producto es causa de un daño, de que este podría ser evitado o mitigado o de que el costo de las pérdidas superan las utilidades que podría obtener, y que dicho nexo causal probablemente sea descubierto por un tercero.

Mientras subsista la ausencia de información científica que permita determinar que el producto es causa del daño, la empresa no será considerada responsable por los daños de los que su producto es causa, por lo cual lo que le convendría al dañador sería, en todos los casos, que se prolongara dicha ignorancia sobre los efectos nocivos el mayor tiempo que sea posible.

#### **D) Análisis comparativo de las posibilidades de instrumentación normativa.**

En las páginas que anteceden se ha utilizado el mismo modelo a fin de analizar el efecto de los distintos enfoques de la responsabilidad por riesgos del desarrollo sobre el nivel en la actividad de fabricación, refiriendo con este último a la decisión de lanzar un producto al mercado o de no hacerlo.

De dicho examen se concluye que la responsabilidad del productor en los casos de riesgos del desarrollo es preferible a su ausencia, toda vez que conduciría mejor a alcanzar el nivel óptimo en la actividad de fabricación.

Cabe aclarar que esta conclusión no afirma que la responsabilidad por riesgos del desarrollo indefectiblemente conduzca a alcanzar el nivel óptimo en la actividad de fabricación, ya que —al igual que en el caso en que el producto ya se esté comercializando— los incentivos que la responsabilidad genera para realizar una investigación con carácter previo al lanzamiento del producto a fin de evaluar la conveniencia de su comercialización, se generan únicamente bajo circunstancias muy particulares, que involucran la creencia subjetiva de la empresa acerca de los eventuales resultados de una investigación y de la posibilidad de que los mismos sean alcanzados en forma externa, a lo que debe adicionarse el referido problema de la divulgación de la información obtenida.

E incluso, bastaría con introducir algunos refinamientos al modelo —como por ejemplo, la posibilidad de que la información que se obtenga a partir de la investigación no resulte completa, es decir, que no permita conocer todos los detalles del riesgo involucrado— que reducirían aun más los incentivos que genera la responsabilidad por riesgos del desarrollo para la conducción a un nivel óptimo en la actividad de fabricación.

La conclusión a la que se arriba, se limita a verificar que —como alternativa de instrumentación normativa— no solo a los fines del desarrollo de la investigación científica, sino también en lo que al nivel en la actividad de fabricación respecta, la responsabilidad por riesgos del desarrollo es preferible a su alternativa, y conduce mejor que su rival al objetivo de *reducción primaria* de costos sociales.

Ello, toda vez que la ausencia de responsabilidad en estos supuestos podría conducir a que se proceda a la comercialización de un producto incluso en los casos en que el costo de las pérdidas esperadas (daños muchas veces irreversibles) superen los beneficios que podrían obtenerse, aunque que ello pudiera descubrirse con antelación a su lanzamiento en el mercado.

De este modo, eximir de responsabilidad al productor o fabricante en los casos de riesgos del desarrollo podría incentivar el lanzamiento impulsivo de productos al

mercado, o incluso (no sería tan descabellado pensar en algunas industrias) su comercialización a modo “experimental”.<sup>19</sup>

Por el contrario, la responsabilidad por riesgos del desarrollo aunque bajo circunstancias muy restringidas —para lo cual podrían considerarse, como vimos, posibilidades de instrumentación normativa, como los daños punitivos—, podría conducir, según el caso, a una mayor seguridad en los productos que se lanzan al mercado, o a evitar el lanzamiento de productos cuya comercialización resultaría socialmente ineficiente.

## **VI.- LA INCIDENCIA DE LA RESPONSABILIDAD POR RIESGOS DEL DESARROLLO EN LOS COSTOS POR ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA:**

Otra de las implicancias que se considerarán en relación a la posibilidad de imponer o eximir de responsabilidad al productor en los casos de riesgos del desarrollo, es su repercusión sobre los costos por administración de justicia.

En los términos expuestos por Calabresi, una de las formas de reducir costos sociales es minimizar el costo de funcionamiento de los sistemas administrativos y judiciales, a lo que ha denominado *reducción terciaria*.<sup>20</sup>

Procuraremos verificar en este apartado qué sistema conduce mejor al objetivo de *reducción terciaria* de costos sociales.

Con ese fin, es necesario determinar cuál sería la información mínima con la que debería contar un juez o tribunal en un sistema donde se atribuya responsabilidad así como en un sistema donde no exista imposición de responsabilidad por riesgos del desarrollo.

Examinemos, en primer lugar, cómo sería la aplicación en un sistema de responsabilidad objetiva en el que los riesgos del desarrollo se encuentren a cargo del productor (es decir, donde no rija ninguna eximente en estos supuestos), y en el cual se responda por todos los daños que se causen, independientemente de cuál haya sido el nivel de diligencia adoptado.

Para la aplicación de la responsabilidad por riesgos del desarrollo en un sistema con tales características, un juez o tribunal debería poder determinar, como mínimo, el daño y que el producto o servicio es causa de este último.

---

<sup>19</sup> Alguien podría plantear que la implementación de mecanismos de *specific deterrence*, alcanzaría para impedir que se lleven a cabo estas actividades en las cuales el costo social es superior a su beneficio, contrarrestándose de este modo el riesgo de lanzamiento impulsivo de productos al mercado, o de una comercialización a modo experimental. Sin embargo, debe tenerse en consideración, que en el escenario que se plantea, los agentes involucrados no cuentan con toda la información acerca de la relación entre costos y beneficios. Es muy probable que quien emprenda una actividad tenga mucha mejor información, o pueda adquirirla con mayor facilidad, que el Estado. Al respecto, ACCIARRI, Hugo A., *Elementos de Análisis Económico del Derecho de Daños*, ALACDE, George Mason, University, Buenos Aires, 2009, pp. 90-93.

<sup>20</sup> CALABRESI, Guido, *The Costs of ...*, 1970, cit.

Pensemos ahora en un sistema donde, si bien el factor de atribución en la responsabilidad por productos es objetivo, rige una eximente de responsabilidad en los casos de riesgos del desarrollo. Es decir que, el productor no responde en aquellos supuestos en los cuales las consecuencias dañosas de un producto o servicio eran desconocidas al tiempo de su introducción en el mercado, a la luz de los conocimientos técnicos y científicos disponibles en ese momento, pero cuya potencialidad dañosa es descubierta con posterioridad.

En un sistema con tales características, un juez o tribunal, además del daño y la vinculación causal con el producto o servicio, debería poder determinar para la aplicación de la eximente, cuáles eran los conocimientos científicos y técnicos disponibles al momento de su introducción en el mercado.

Con similar información debería contar un juez o tribunal en un sistema de responsabilidad subjetivo, en el cual solo se respondiera por culpa, ya que en tal caso sería necesario estipular cuáles son las precauciones o diligencias mínimas exigibles, para lo cual debería determinarse previamente cuáles eran los conocimientos científicos y técnicos disponibles al momento de la introducción del producto o servicio en el mercado.<sup>21</sup>

Al realizar un análisis comparativo de estos sistemas, es dable observar las dificultades que conlleva la determinación precisa de los conocimientos que existían o se encontraban disponibles al momento de la introducción del producto o servicio en el mercado.

En efecto, recordemos las dificultades interpretativas, señaladas en el punto II del presente, que acompañan al denominado “criterio de la cognoscibilidad del defecto” para determinar la imposibilidad de conocimiento del defecto de acuerdo al estado de conocimientos científicos y técnicos

Así, una primera dificultad consiste en determinar qué disciplinas del conocimiento califican como científicas y cuáles no.

En otras palabras, de estar vigente una eximente de responsabilidad por riesgos del desarrollo, ante un caso concreto surgiría una primera pregunta: ¿Qué debe entenderse por “estado de conocimientos científicos y técnicos”?

Reiteramos nuestra postura en relación a este interrogante, en cuanto entendemos que existe una imposibilidad de realizar esta determinación en forma anticipada, dependiendo ello de la casuística de cada proceso judicial particular, de conformidad con las circunstancias del caso.

---

<sup>21</sup> Reiteramos la aclaración apuntada con anterioridad, en cuanto a que un sistema de responsabilidad basado en la culpa es un sistema donde no hay responsabilidad por riesgos del desarrollo, toda vez que las diligencias o precauciones mínimas exigibles, serán –por lógica– evaluadas de acuerdo a los conocimientos científicos y técnicos disponibles al momento de la comercialización del producto.

Si rigiera una eximente, en un proceso judicial en el que se plantee un supuesto de riesgos del desarrollo, se debería dilucidar qué conocimientos deben tenerse en consideración a los fines de la excepción, y cuáles no.

Otro de los puntos interpretativos oscuros es si alcanza con que dichos conocimientos existan, o si además los mismos deben estar disponibles. A su vez, cabe preguntarse en este último caso, si dicha disponibilidad debe ser evaluada en relación al productor o fabricante particular, o en relación a la comunidad científica en su conjunto.

Reiteramos que nuestra postura en relación a este punto es que —de estar vigente una eximente de responsabilidad por riesgos del desarrollo— no debería bastar con la mera existencia del conocimiento del defecto para descartar la aplicación de esta última, sino que dicha información científica debería estar disponible, aunque esta disponibilidad también deba ser evaluada con criterios objetivos, analizando no la situación de un productor en particular, sino de la comunidad científica en su conjunto.

Sin embargo, admitimos que no deja de ser una cuestión controvertida y compleja, que dependerá en última instancia del criterio judicial que se aplique en cada caso en particular.

Es que, incluso si lográramos acordar en forma unánime (o si se estipulara expresamente en la norma regulatoria) que los conocimientos deben estar disponibles, evaluándose dicha disponibilidad con criterios objetivos en relación a la comunidad científica en su conjunto, surgirían en este caso nuevos interrogantes: ¿Cuál es la comunidad científica que debe tenerse en consideración? ¿Es la comunidad científica mundial o sólo la comunidad científica del país donde el producto se comercializó? ¿Deberían considerarse como disponibles las publicaciones realizadas en otros idiomas? ¿Existe un estándar mundialmente aceptado de cuáles son los conocimientos científicos disponibles?<sup>22</sup>

A esto debe adicionarse que, en raras ocasiones los descubrimientos científicos se alcanzan en una fecha precisa, sino que suelen ser el resultado de procesos graduales que se desarrollan en períodos de tiempo de mayor o menor duración, según el caso.

Una muestra paradigmática de la dificultad a la que se podría enfrentar un juez o tribunal para la aplicación de una eximente de responsabilidad por riesgos del desarrollo, son los casos por contagio del VIH por medio de transfusiones sanguíneas o productos hemoderivados, toda vez que el descubrimiento del virus no se hizo en un momento determinado sino a través de un proceso gradual.

En efecto, en junio de 1981 comenzaron a aparecer informes en los Estados Unidos de raros casos de neumonía entre hombres anteriormente sanos. Para fines de 1981 ya se habían diagnosticado 422 casos y 159 muertes. En julio de

---

<sup>22</sup> Similares consideraciones se pueden encontrar en: PIZARRO, Ramón Daniel, *Tratado de la....*, 2015, cit., pp. 819-820.

1982 se conocieron los primeros casos en pacientes hemofílicos que habían recibido transfusiones sanguíneas. En el mes de mayo de 1983 el equipo del “Instituto Pasteur” de París anunció el descubrimiento del virus, que luego se conoció como virus de la inmunodeficiencia humana, y que probablemente causaba la enfermedad conocida como SIDA. Recién en abril de 1984 el equipo del Instituto Nacional del Cáncer de Estados Unidos confirmó el descubrimiento del virus causante del SIDA. Sin embargo, los primeros test para la detección del VIH no se dispusieron sino hasta enero de 1985, fecha en la cual la “Food and Drug Administration” de los Estados Unidos autorizó la primera prueba de sangre comercial “ELISA” para detectar anticuerpos contra el VIH en la sangre.<sup>23</sup>

En caso de una eximente por riesgos del desarrollo: ¿Cuál de esos momentos debería tomarse como fecha de referencia a los fines de la responsabilidad?

La respuesta a este interrogante no es en absoluto sencilla. En principio, deberíamos descartar a tales fines la fecha en que se dispuso de un test de detección, ya que —tal como se explicó en el capítulo II— no debe confundirse la imposibilidad de conocimiento del defecto con la imposibilidad de individualizar las unidades afectadas por el mismo. Si debe o no atribuirse responsabilidad por los riesgos conocidos pero inevitables podría ser materia de un debate autónomo, pero es ajeno al problema de los riesgos del desarrollo. Sin embargo, por citar un ejemplo, esa es la fecha que ha sido comúnmente utilizada por el Tribunal Supremo Español, como referencia para determinar la existencia de responsabilidad.<sup>24</sup>

En resumen, los casos de contagio de VIH, permiten apreciar con claridad los inconvenientes que conllevaría la aplicación de una eximente de responsabilidad en la práctica.

Todo ello nos conduce a la conclusión de que, las dificultades que sobrelleva la determinación de cuáles eran los conocimientos científicos y técnicos disponibles en un momento y lugar determinado, darían lugar a procesos judiciales largos y complejos tendientes a probar los requisitos configurativos de la eximente.

A esta complejidad debe sumarse, el consecuente riesgo de sentencias contradictorias, que podrían dar como resultado que en casos con idénticas características, se arribe a soluciones disímiles.

Del precedente análisis se extrae como conclusión que, también a los fines de la *reducción terciaria* de costos sociales, es preferible atribuir responsabilidad por

---

<sup>23</sup> Sobre el VIH puede consultarse: “VIH: un descubrimiento importante que ya permite soñar con la posibilidad de curación. Entrevista de Françoise Barré-Sinoussi, premio Nobel de medicina 2008”, Boletín de la Organización Mundial de la Salud, Volumen 87, enero 2009, 1-80 (<http://www.who.int/bulletin/volumes/87/1/09-040109/es/>). También, la línea del tiempo con la historia del VIH disponible en la web oficial de Fundación HUÉSPED en: <https://www.huesped.org.ar/timeline/>

<sup>24</sup> SALVADOR CODERCH, Pablo y RUBÍ PUIG, Antoni, “Riesgos del desarrollo y evaluación...”, cit., pp. 13-15.

riesgos del desarrollo que no hacerlo, ya que de ese modo se evitarían procesos judiciales largos y complejos tendientes a demostrar los requisitos configurativos de la eximente, y también se sortearía el riesgo de adopción de soluciones contrarias en casos con análogas características.

## **VII.- RESPONSABILIDAD POR RIESGOS DEL DESARROLLO Y AUMENTO DE PRECIOS EXPLÍCITOS:**

En las páginas que anteceden, hemos analizado tres posibles implicancias de las distintas posibilidades de instrumentación normativa en relación a los riesgos del desarrollo (incentivo a la investigación científica, nivel en la actividad de fabricación y costo del sistema por administración de justicia), arribando en todos los casos a la misma conclusión: es preferible asignar responsabilidad al productor que no hacerlo.

Procederemos en las líneas que siguen a analizar posibles desventajas que se podrían derivar de atribuir responsabilidad al productor en los casos de riesgos del desarrollo. Al efecto, nos concentraremos en una de las implicaciones que algunos autores han identificado como una consecuencia disvaliosa de la responsabilidad por riesgos del desarrollo: el aumento de precios que la misma conllevaría.<sup>25</sup>

Es innegable que la responsabilidad por riesgos del desarrollo produciría un aumento en los precios explícitos de los productos, ya que el costo indemnizatorio se trasladaría al precio, provocando un incremento de este último.

Sin embargo, es importante hacer en este punto una distinción: una cosa es el incremento de precios explícitos, y otra muy distinta es el aumento del costo social total. En este sentido, la pregunta que debemos formular es, no si la responsabilidad por riesgos del desarrollo provocaría un incremento en el precio explícito de los productos (interrogante frente al cual la respuesta es claramente afirmativa), sino si la responsabilidad por riesgos del desarrollo produciría un aumento del costo social total.

La respuesta a este último interrogante es, en cambio, negativa. No estamos aquí ante un incremento del costo social, toda vez que los daños (es decir, el costo de las pérdidas) existirían con o sin responsabilidad por riesgos del desarrollo. No se trata entonces de un problema de incremento de costos, sino de un problema distributivo.

Es decir que lo que cambia cuando optamos entre la responsabilidad por riesgos del desarrollo o su ausencia, es quién debe cargar con el costo de las pérdidas provocadas por los daños, ocasionados por los productos y servicios.

Si no se respondiera por riesgos del desarrollo, quienes cargarían con las pérdidas serían solo algunos de los consumidores, que no son otros que las víctimas de los daños. En cambio, si se atribuye responsabilidad al productor por riesgos del

---

<sup>25</sup> Al respecto, PRIETO MOLINERO, Ramiro J., "Riesgo de desarrollo...", cit., pp. 108-110.

desarrollo, quienes en definitiva terminarían cargando con las pérdidas en forma indirecta, serían todos los consumidores del producto generador del daño.

Si bien aumentaría el precio explícito de los productos, ello no es equivalente a afirmar que aumentaría el costo social, sino que lo que cambiaría es la manera en que el mismo se distribuye.

No estamos entonces ante un problema de aumento del costo social, sino ante un dilema relativo a cómo corresponde distribuirlo.

Lo que debemos preguntarnos entonces es, no si el aumento de precios explícitos constituye una desventaja atribuible a la responsabilidad por riesgos del desarrollo, sino —en todo caso— si la propuesta de distribución de los costos de las pérdidas de los daños entre todos los consumidores, constituye o no una consecuencia disvaliosa de dicha alternativa regulatoria.

Para responder a este interrogante, es dable recurrir a la idea de *externalidades negativas*, introducida por Arthur Cecil Pigou.<sup>26</sup> Se hace referencia a la noción de externalidades negativas para aludir a los supuestos en que el costo privado para producir un bien difiere del costo social, no reflejándose este último en el precio de mercado.

En otras palabras, la idea de *externalidad negativa* se basa en que si las acciones que lleva a cabo un sujeto causan perjuicios a terceros por vías distintas a las del mercado, entonces se produce una distorsión de costos, al no reflejar el precio (y por consiguiente, la cantidad de bienes que se producen) la escasez relativa de los recursos empleados para producirlos.

Pigou plantea la idea enfocándose en los casos de contaminación ambiental: si una fábrica contamina el aire, y de este modo perjudica a terceros, entonces está utilizando un recurso que no adquirió a través del mercado, como lo es el aire puro. Los bienes que se produzca en esas condiciones tendrían un precio inferior al que surgiría si se incluyera dentro del costo de producción ese recurso no adquirido a través del mercado. La propuesta de Pigou para corregir dicha distorsión consiste en imponer impuestos a la fábrica para que cargue con el precio de ese recurso.

Siguiendo el esquema pigouviano —muy sucintamente expuesto, en honor a la brevedad— es posible hacer una aplicación del mismo a los casos de riesgos del desarrollo. De este modo, sería posible concebir a los daños que se deriven de los riesgos del desarrollo como *externalidades negativas*. En tales casos, dichas externalidades generan una distorsión de costos, ya que el precio no reflejará la escasez relativa de los recursos empleados para producirlos.

Desde este enfoque, el aumento de precios explícitos que se derivaría de la responsabilidad por riesgos del desarrollo, no podría calificarse como una

---

<sup>26</sup> PIGOU, Arthur Cecil, *The Economics of Welfare*, 4ª edición, Macmillan and Co., Londres, 1932.

consecuencia disvaliosa, sino que —por el contrario— constituye al menos una mitigación a la referida distorsión de costos.

De lo hasta aquí expuesto se desprende que el aumento de precios explícitos que se derivaría de una responsabilidad por riesgos del desarrollo no es equivalente a un incremento del costo social, y que no solo no constituye una desventaja sino que puede ser incluso concebido como una solución a problemas de distorsión de costos, o al menos una mitigación.

E incluso, desde otro punto de vista, es dable considerar el efecto distorsivo que tendrían estas opciones de distribución de los costos de las pérdidas, en el sentido de que es preferible fraccionar dichos costos lo más posible entre las personas, toda vez que resultará menos gravosa la carga si se distribuyen entre todos los consumidores del producto, que si solo cargan con dichos costos algunos pocos. Es que, tal como ha planteado Calabresi al analizar los modos de distribución de costos para alcanzar la *reducción secundaria*<sup>27</sup>, si se toma una suma grande de una persona es más probable que ello produzca una distorsión económica más significativa, que si se toman pequeñas sumas de muchas personas.

#### **VIII.- REFLEXIONES FINALES:**

El análisis realizado a lo largo de estas páginas nos permite arribar a una inequívoca conclusión: es preferible asignar responsabilidad al productor en los casos de riesgos del desarrollo que no hacerlo, teniendo en consideración los costos y beneficios, de variados órdenes, que ambas posibilidades conllevarían.

Entre las implicancias que se han considerado se incluyen los incentivos que generaría la responsabilidad para el desarrollo de la investigación e innovación científica. El modelo desarrollado nos permite concluir que una empresa únicamente tendrá incentivos (aunque, como vimos escasos) para invertir en investigación si debe responder por las consecuencias dañosas, aun imprevisibles, de los productos que introduce en el mercado, lo cual no sucedería ante la ausencia de responsabilidad, ya que esta última relajaría los incentivos del productor para hacerlo.

Otro de los efectos considerados ha sido el nivel en la actividad de fabricación, en relación a lo cual el modelo presentado nos ha permitido concluir que la ausencia de responsabilidad del productor en los casos de riesgos del desarrollo podría incentivar el lanzamiento impulsivo de productos al mercado, mientras que la responsabilidad podría conducir (aunque bajo circunstancias muy restringidas) a una mayor seguridad en los productos que se lanzan al mercado, o a evitar el lanzamiento de productos cuya comercialización resultaría socialmente ineficiente.

Además se ha reflexionado acerca de la incidencia de la responsabilidad por riesgos del desarrollo sobre los costos por administración de justicia, llegando a la conclusión de que la responsabilidad es más beneficiosa que la alternativa de no

---

<sup>27</sup> CALABRESI, Guido, *The Costs of ...*, 1970, cit.

responsabilizar al productor en estos supuestos, ya que de ese modo se evitarían procesos judiciales largos y complejos tendientes a demostrar los requisitos configurativos de la eximente, y también se sortearía el riesgo de adopción de soluciones disímiles en casos con análogas características.

Finalmente, se ha considerado una de las implicancias que ha sido señalada como una desventaja de la responsabilidad por riesgos del desarrollo, como lo es el aumento de precios explícitos que la misma conllevaría. En este caso, hemos podido determinar que, no solo no se trata de una consecuencia disvaliosa, sino que —por el contrario— podría ser interpretado como un beneficio, al mitigar dicho aumento de precios explícitos el problema de distorsión de costos, y disminuir la distorsión económica que podrían generar los daños derivados de los riesgos del desarrollo.

Reiteramos que la conclusión a la que se arriba no afirma que la responsabilidad del productor por riesgos del desarrollo conduzca a un resultado óptimo en todos los casos, sino que se limita a verificar que, en términos comparativos, esta alternativa es preferible a la ausencia de responsabilidad en estos supuestos.

Para finalizar, es dable hacer notar que el análisis precedente se ha limitado a analizar la responsabilidad por riesgos del desarrollo únicamente en relación al productor o fabricante, más no se ha incluido a otros posibles integrantes de la cadena de comercialización de productos y servicios, como podrían ser el importador, el distribuidor, el vendedor, o quien haya puesto su marca, entre otros.

El motivo de esta limitación en el análisis es que no todos estos sujetos se encontrarían ante las mismas posibilidades de reducir los costos por los daños derivados de los riesgos del desarrollo, y —por consiguiente— cada una de ellos requeriría de un análisis independiente, que no nos permite efectuar la brevedad que se ha pretendido alcanzar en el presente.

Sin embargo, no parece irrazonable afirmar, al menos a modo preliminar, que en la mayoría de los casos quien en mejores condiciones se encuentra para lograr dicha reducción es el productor o fabricante de un producto o servicio, al ser éste el primer eslabón en la cadena de comercialización, y he aquí la razón de haber centrado el análisis en este último. Si algún otro integrante de dicha cadena podría ser equiparado en este sentido al productor, debería ser objeto de un examen autónomo.

Al respecto, es pertinente aludir a la idea de *cheapest cost avoider*, introducida por Calabresi<sup>28</sup>, que indica que debería evitar los costos derivados de los daños la parte que esté en condiciones de hacerlo a un costo menor.

Sobre dicha base, como propuesta de regulación normativa, si bien proclamamos las preferibilidad de atribuir responsabilidad por riesgos del desarrollo que no hacerlo, ello no se plantea en forma indiscriminada, sino—de acuerdo a lo que

---

<sup>28</sup> CALABRESI, Guido, "Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts", *Yale Journal of Law*, Vol. 70:499, 1961. *The Costs of ...*, 1970, cit.

hemos podido verificar en estas páginas— únicamente en relación al productor o fabricante, quedando pendiente para otra oportunidad el análisis de la posible extensión de esta responsabilidad a otros integrantes de la cadena de comercialización.

## REFERENCIAS

- AA.VV., *Introducción al análisis económico del derecho*, COOTER, Robert y ACCIARRI, Hugo A. (directores), 1ª edición, Madrid - Santiago de Chile, Ed. Civitas - Legal Publishing - Thomson Reuters, 2012.
- ACCIARRI, Hugo A., *Elementos de Análisis Económico del Derecho de Daños*, ALACDE, George Mason, University, Buenos Aires, 2009.
- ACCIARRI, Hugo A, CASTELLANO, Andrea y BARBERO, Andrea, "Daños, Instituciones e Incentivos. Hacia un modelo unificado de responsabilidad civil contractual y extracontractual", *Anales de la Asociación Argentina de Economía Política*, 2001, disponible en la web oficial de la Asociación Argentina de Economía Política, en:  
[http://www.aaep.org.ar/anales/works/works2001/acciarri\\_castellano\\_barbero.pdf](http://www.aaep.org.ar/anales/works/works2001/acciarri_castellano_barbero.pdf)
- ACCIARRI, Hugo A. y TOLOSA, Pamela, "La Ley de Defensa del Consumidor y el Análisis Económico del Derecho", en AA.VV., *Ley de Defensa del Consumidor comentada y anotada*, PICASSO, Sebastián y VAZQUEZ FERREYRA, Roberto A. (directores), t. 2, 1ª edición, Buenos Aires, Ed. La Ley, 2009, pp. 1-65.
- CALABRESI, Guido, "Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts", *Yale Journal of Law*, Vol. 70:499, 1961.
- CALABRESI, Guido, *The Costs of Accidents. A Legal and Economic Analysis*, Yale University Press, New Haven y Londres, 1970.
- CASTELLANO, Andrea Susana, "Innovación, Incertidumbre y Daños. Un análisis económico de las instituciones del derecho del consumidor", Tesis Doctoral, *Repositorio Institucional de la Universidad Nacional del Sur*, Bahía Blanca, 2014, disponible en: <http://repositoriodigital.uns.edu.ar/handle/123456789/516>
- COASE, Ronald, "The Problem of Social Cost", *Journal of Law and Economics*, Vol. 3, Octubre 1960, pp. 1-44.
- GARRIDO CORDOBERA, Lidia María Rosa, "La responsabilidad por riesgo de desarrollo en materia de productos de consumo", en AA.VV., *Responsabilidad civil*, KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída (directora), 1ª edición, Santa Fe, Ed. Rubinzal-Culzoni, 2007, pp. 171-202.
- GOLDENBERG, Isidoro H. y LÓPEZ CABANA, Roberto M., "Los riesgos del desarrollo en la responsabilidad del proveedor profesional de productos", *JA* 1990-I, 917.

- LÓPEZ HERRERA, Edgardo, *Teoría de la responsabilidad civil*, 1ª edición, Buenos Aires, Ed. Lexis Nexis Argentina, 2006.
- MARQUEZ, José Fernando y MOISSET DE ESPANÉS, Luis, "Responsabilidad por productos y servicios peligrosos o defectuosos. El riesgo del desarrollo como eximente", en AA.VV., *Ley de Defensa del Consumidor comentada y anotada*, PICASSO, Sebastián y VAZQUEZ FERREYRA, Roberto A. (directores), t. 2, 1ª edición, Buenos Aires, Ed. La Ley, 2009, pp. 763-789.
- MOSSET ITURRASPE, Jorge, *Responsabilidad por daños: responsabilidad de la empresa*, t. 9, 1ª edición, Santa Fe, Ed. Rubinzal-Culzoni, 2003.
- PIGOU, Arthur Cecil, *The Economics of Welfare*, 4ª edición, Macmillan and Co., Londres, 1932.
- PIZARRO, Ramón Daniel, *Tratado de la responsabilidad objetiva*, t. 1, 1ª edición, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Ed. La Ley, 2015.
- PRIETO MOLINERO, Ramiro J., "Riesgo de desarrollo e innovación tecnológica", *Responsabilidad civil y seguros*, La Ley, 2005.
- RAMOS GONZÁLEZ, Sonia Ramos, "Responsabilidad civil por medicamento: el defecto de diseño", *InDret* 2/2005, 02/05/2005, disponible en [http://www.indret.com/pdf/287\\_es.pdf](http://www.indret.com/pdf/287_es.pdf)
- SALVADOR CODERCH, Pablo y RUBÍ PUIG, Antoni, "Riesgos del desarrollo y evaluación judicial del carácter científico de dictámenes periciales", *InDret* 1/2008, 01/02/2008, disponible en: [http://www.indret.com/pdf/519\\_es.pdf](http://www.indret.com/pdf/519_es.pdf)
- SALVADOR CODERCH, Pablo et al., "Los riesgos de desarrollo", *InDret* 1/2001, 19/02/2001, disponible en: [http://www.indret.com/pdf/047\\_es.pdf](http://www.indret.com/pdf/047_es.pdf)
- SHAVELL, Steven, *Economic Analysis of Accident Law*, Harvard University Press, Cambridge, 1987.
- TALLONE, Federico Carlos, "Los riesgos del desarrollo como eximente del fabricante en la responsabilidad civil por productos", *Revista de Derecho de Daños*, Rubinzal-Culzoni, 2006-2, 273.
- TRIGO REPRESAS, Félix A. y LÓPEZ MESA, Marcelo J., *Tratado de la Responsabilidad Civil*, t. 3, 1ª edición, Buenos Aires, Ed. La Ley, 2004.
- ZABALA DE GONZALEZ, Matilde, *Resarcimiento de daños*, t. 4, 1ª edición, Buenos Aires, Ed. Hammurabi, 1999.