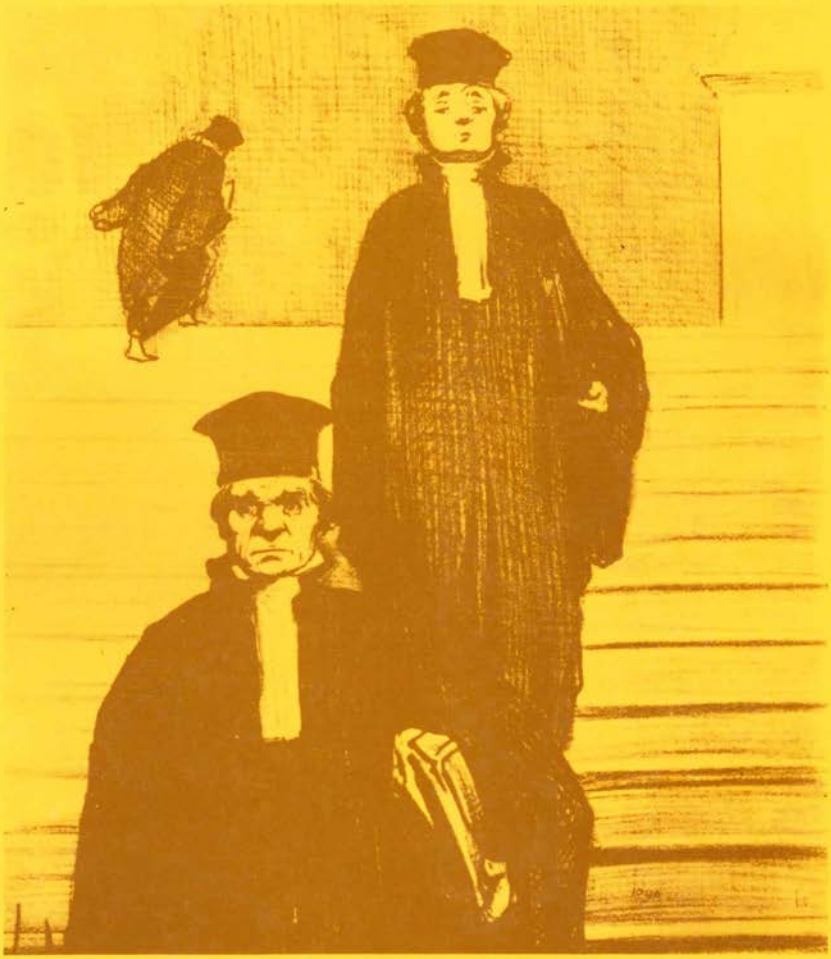
JOSE ANTONIO PAYET

LA RESPONSABILIDAD POR PRODUCTOS DEFECTUOSOS



Biblioteca PARA LEER EL CODIGO CIVIL
VOL. VIII

TOMO II

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATOLICA DEL PERU
FONDO EDITORIAL 1990

La responsabilidad por productos defectuosos es uno de los temas que mayor importancia y desarrollo ha adquirido en el derecho civil moderno. Sólo en los Estados Unidos, durante 1986 se presentaron más de 13,000 demandas contra fabricantes y vendedores ante cortes federales al tiempo que la Comunidad Europea, Argentina, México, Colombia y otros países han establecido o están en proceso de adoptar normatividad específica sobre este tema.

El presente trabajo, recogiendo los últimos avances en la teoría de "Law and Economics", explora el Derecho Comparado de la responsabilidad por productos. Sirviéndose de numerosos casos resueltos por la jurisprudencia norteamericana y de ilustrativos ejemplos de la experiencia internacional, desarrolla los principales elementos de esta teoría jurídica.

Más allá de esta importante revisión de la doctrina y la casuística internacionales, el libro constituye una auténtica innovación para el Derecho peruano. El trabajo identifica, dentro de nuestro Código Civil, las bases normativas para hacer aplicables en el Perú los conceptos desarrollados en el Derecho Comparado. De esta manera, se abre un interesante camino para que jueces y abogados puedan incorporar estas valiosas teorías y experiencias a la práctica cotidiana del Derecho.

José Antonio Payet Puccio es abogado graduado por la Pontificia Universidad Católica de Lima. Además del ejercicio independiente de la abogacía ha sido jefe de investigaciones de la Confederación Nacional de Instituciones Empresariales Privadas (CONFIEP), expositor y conferencista en temas de "Law and Economics" y colaborador en diversas publicaciones nacionales. En la actualidad realiza estudios de postgrado en la escuela de leyes de la Universidad de Harvard.

LA RESPONSABILIDAD POR PRODUCTOS DEFECTUOSOS

JOSE ANTONIO PAYET

LA RESPONSABILIDAD POR PRODUCTOS DEFECTUOSOS

TOMO II

BIBLIOTECA

PARA LEER EL CODIGO CIVIL
VOL. VIII

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATOLICA DEL PERU
FONDO EDITORIAL 1990

Primera edición, agosto de 1990 1,500 ejemplares

Cubierta: Grabado de Honoré Daumier

La responsabilidad por productos defectuosos (Biblioteca Para leer el Código Civil, Vol. VIII).

Impreso en el Perú - Printed in Peru

TOMO I

CONTIENE

CAPITULO CUARTO

UN TRATAMIENTO COMPRENSIVO DE LA RESPONSABILIDAD POR LOS DAÑOS CAUSADOS MEDIANTE PRODUCTOS DEFECTUOSOS: LA DIRECTIVA DEL CONSEJO DE LA COMUNIDAD ECONOMICA EUROPEA RELATIVA A LA APROXIMACION DE LAS DISPOSICIONES LEGALES, REGLAMENTARIAS Y ADMINISTRATIVAS DE LOS ESTADOS MIEMBROS EN MATERIA DE RESPONSABILIDAD POR LOS DAÑOS CAUSADOS POR PRODUCTOS DEFECTUOSOS

CAPITULO QUINTO

UNA VISION GENERAL A OTROS SISTEMAS DE RESPONSABILIDAD POR LOS DAÑOS CAUSADOS MEDIANTE PRODUCTOS DEFECTUOSOS

TOMO II

CONTENIDO

SEGUNDA PARTE

AMBITO Y FUNDAMENTO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL POR LOS DAÑOS CAUSADOS MEDIANTE PRODUCTOS DEFECTUOSOS

CAPITULO PRIMERO

EL AMBITO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL POR LOS DAÑOS CAUSADOS MEDIANTE PRODUCTOS DEFECTUOSOS

CAPITULO SEGUNDO

EL FUNDAMENTO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL POR LOS DAÑOS CAUSADOS MEDIANTE PRODUCTOS DEFECTUOSOS

TERCERA PARTE

ELEMENTOS PARA UN REGIMEN DE RESPONSABILIDAD CIVIL POR LOS DAÑOS CAUSADOS MEDIANTE PRODUCTOS DEFECTUOSOS

CAPITULO PRIMERO

EL INSTRUMENTO DEL DAÑO INDEMNIZABLE: EL PRODUCTO

CAPITULO SEGUNDO

EL INSTRUMENTO DEL DAÑO INDEMNIZABLE: EL DEFECTO

CAPITULO TERCERO

ALGUNOS APUNTES SOBRE LA RELACION DE CAUSALIDAD Y LA DETERMINACION DEL SUJETO RESPONSABLE

CUARTA PARTE

UNA APROXIMACION A LA RESPONSABILIDAD CIVIL POR LOS DAÑOS CAUSADOS MEDIANTE PRODUCTOS DEFECTUOSOS EN EL DERECHO PERUANO

SEGUNDA PARTE

AMBITO Y FUNDAMENTO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL POR LOS DAÑOS CAUSADOS MEDIANTE PRODUCTOS DEFECTUOSOS

La revisión del Derecho comparado de la responsabilidad civil por productos que hemos efectuado, nos permite constatar una identidad de tendencias, en el sentido de ubicar tal responsabilidad bajo el ámbito extracontractual e independizarla del requisito de la culpa. En los capítulos que siguen, examinaremos la cuestión del ámbito y el fundamento de la responsabilidad por los daños causados mediante productos defectuosos con mayor profundidad, analizando las razones que llevan a concluir que la responsabilidad por productos debe ser extracontractual e independiente de la culpa.

CAPITULO PRIMERO

EL AMBITO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL POR LOS DAÑOS CAUSADOS MEDIANTE PRODUCTOS DEFECTUOSOS

SECCION PRIMERA

Introducción

Señalaba Friedrich Kessler que en la evolución de la responsabilidad del productor, los papeles jugados por la responsabilidad contractual y la responsabilidad extracontractual han variado considerablemente en los diversos sistemas jurídicos. Dicha variación, añadía, resultaba comprensible si se tenía en cuenta que "las cortes de todos los países se movieron sobre la línea de menor resistencia, recurriendo principalmente a la rama de la responsabilidad civil que fuera lo suficientemente flexible como para permitir la indemnización sin romper de manera radical con los principios y la tradición. En tal sentido, algunas se apoyaron sobre todo en la responsabilidad extracontractual, con la finalidad de evitar el problema de la relatividad de los efectos del contrato, mientras que otras recurrieron a la responsabilidad contractual, principalmente para evitar al demandante la carga de la prueba de la culpa".

Consideramos que la ubicación de la responsabilidad por productos bajo uno u otro de los ámbitos de la responsabilidad civil debe hacerse con base en un concepto claro de la naturaleza propia de cada uno de ellos. Creemos que el no enfocar con claridad este problema conduce irremediablemente a confundir los dos ámbitos de la responsabilidad, desnaturalizándolos progresivamente.

Nuestra posición es que la responsabilidad por productos defectuosos debe ser centrada bajo el ámbito de la responsabilidad extracontractual. Para

1. Kessler, Products Liability *cit.* p. 891.

sustentarla, haremos, en primer lugar, un esbozo de lo que constituyen los ámbitos contractual y extracontractual de la responsabilidad civil, destacando dos elementos que, en nuestra opinión, determinan las diferencias entre ámbos tipos de responsabilidad: su origen y estructura y su función. Luego examinaremos la operación de estos dos elementos dentro del contexto de una relación obligatoria en particular, aquella del contrato de compraventa, de acuerdo con la cual se definen, en la mayoría de los casos, las relaciones entre el proveedor y el consumidor de un producto defectuoso, refiriéndonos a los intentos por adecuar dicho esquema contractual a la responsabilidad por productos defectuosos. Realizaremos un análisis crítico del enfoque contractualista, desde el punto de vista de la distinta función que cumplen la responsabilidad contractual y la responsabilidad extracontractual, así como desde un punto de vista meramente positivo. Finalmente, nos referiremos a la posibilidad de aplicar la responsabilidad extracontractual entre contratantes, para lo cual examinaremos la cuestión del cúmulo o la opción entre responsabilidades. Nuestra posición al respecto es favorable a la opción y, por tanto, a la aplicación de la responsabilidad extracontractual entre contratantes.

SECCION SEGUNDA

LOS AMBITOS CONTRACTUAL Y EXTRACONTRACTUAL DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL

1. Concepto de Responsabilidad Civil

Penetrar en lo que constituye la esencia de la responsabilidad civil es una tarea que requeriría de por sí más espacio y tiempo del que encontramos disponible aquí. La responsabilidad civil tiene multitud de caracteres y facetas que hacen difícil descubrir su esencia. Como lo expresa Josserand, "El tronco primitivo, la cepa romana se ha desarrollado en multitud de ramas y la responsabilidad se ha convertido en un mundo jurídico, mundo movedizo, sin cesar en gestación, siempre en transformación"[2]. Tales ramas, o facetas, de la responsabilidad civil se manifiestan entre otros, en el campo de los actos ilícitos, es decir, infracciones antijurídicas y culposas de los mandatos del ordenamiento jurídico que todos han de observar; en el incumplimiento o cumplimiento defectuoso de las obligaciones; y en el deber de responder de ciertos riesgos objetivos o de empresa[3].

Algunos autores intentan encontrar la esencia de la responsabilidad civil en la culpa. En tal sentido afirman los hermanos Mazeaud que "la culpa [es] requisito y fundamento de la responsabilidad civil. Tal es el principio: no hay responsabilidad civil sin una culpa"[4]. Dichos autores, sin embargo, se

---

2. Josserand, Louis, *Evolución de la Responsabilidad Civil,* en El Abuso del Derecho y Otros Ensayos, Themis, Bogotá, 1982, p. 62 (en adelante citado como La Evolución de la Responsabilidad).

3. Larenz, *op. cit.* T I, p. 192.

4. Mazeaud, *op. cit.* Parte II, Tomo II, p. 91.

ven forzados a reconocer la existencia de deberes de indemnizar independientes de la culpa, pero se rehusan a admitir que se les conceptúe como casos de responsabilidad. Así, recurren a una expresión distinta, la de garantía, para referirse a "la obligación que incumbe a una persona de indemnizar a otra, según reglas legales o convencionales, de un daño que, desde su punto de vista, posee una causa fortuita"[5].

De acuerdo con la tesis subjetivista, pues, el uso del término responsabilidad debe reservarse para los supuestos de actos antijurídicos y culposos[6]. Sin embargo, el concepto estricto de responsabilidad conduce nada más que a equívocos terminológicos. El que se reserve la expresión "responsabilidad" para la obligación de indemnizar el daño causado como resultado de una conducta culposa y se tenga que recurrir a otra palabra para designar a la obligación de reparar el daño que es resultado de un particular riesgo o de otras causas no quita ni añade nada a la naturaleza de ambos deberes, que en el fondo es similar.

Tampoco, creemos, puede basarse la idea de responsabilidad en la ilicitud de la conducta dañosa. Se debe reconocer que en la responsabilidad por riesgo, se impone el deber de indemnizar en función de la peligrosidad de ciertas actividades que, siendo legítimas, incluyen determinados riesgos típicos que vienen a concurrir en la producción de los daños[7]. Tal responsabilidad no va precedida de un obrar contrario a Derecho y, a veces, ni siquiera de un obrar[8].

---

5. Mazeaud-Tuc, *op. cit.* núm. 103-8.

6. Así, señalan Ordoqui y Olivera que "se entenderá por responsabilidad civil aquel estado de sujeción en que cae un sujeto por haber causado a otro, con su conducta ilícito-culposa, imponiéndosele, en consecuencia, la obligación de reparar dicho perjuicio. Todos los demás casos en que la obligación de reparar es impuesta independientemente del comportamiento del agente en la producción del daño, no serían propiamente, según este criterio, hipótesis de responsabilidad". Ordoqui, Gustavo y Olivera, Ricardo. *Derecho Extracontractual,* Ediciones Jurídicas Amalio M. Fernández, Montevideo, 1974, Volumen II, p. 40.

7. Enneccerus, Kipp y Wolff, *op. cit.* Tomo II, Vol II, Parte 2, p. 1024. En el mismo sentido, Larenz, *op. cit.* Tomo I, p. 191.

8. Santos Briz, Derecho de Daños *cit.* p. 14. Podría pensarse, entonces, en la posibilidad de centrar la apreciación de la ilicitud no ya en la conducta, sino en el daño. Así, el daño reparable sería el daño ilícito; es decir, contrario a Derecho. En tal sentido, Messineo, op. cit. Tomo VI, p. 476, afirma "un carácter esencial del concepto *moderno* de acto ilícito es la *injuria,* o sea, el acto que origina un daño *injusto. . .; no* también y nece-

Parecería, más bien, que el concepto de responsabilidad debe reconducirse finalmente a la situación jurídica en la que se encuentra un sujeto de tener que soportar el gravámen de la reparación de los daños sufridos por otro. En las palabras de Peirano, "en su sentido propio, la responsabilidad no encierra un concepto autónomo, primario, sino un concepto derivado: no se es responsable por sí y ante sí, sino que se es responsable sólo frente a otra persona, o respecto de algo que no somos nosotros. Por esto. . . la responsabilidad lleva como carácter esencial. . . cierto linaje de dependencia o sujeción de un sujeto respecto de otro, el cual, en razón de dicha dependencia o sujeción, está autorizado para sindicar y pedir cuentas de la acción o incuria en el obrar del primero, llamado responsable"[9]. En efecto, el principio general –indica Santos Briz– es que el particular ha de soportar los daños que sufra por casos fortuitos o por su propia culpa. El problema de la responsabilidad está en determinar "cuando de esos daños haya de responder un tercero"[10]. La respon-

---

sariamente, *la culpa* (o el dolo). A tal conclusión induce, precisamente, la consideración de que existen figuras (y, por ventura, no pocas) que son de acto ilícito, aún cuando de ellas escape absolutamente el elemento (subjetivo) 'culpa' o 'dolo' (responsabilidad objetiva)". En el mismo sentido, León Barandiarán, José. *Comentarios al Código Civil Peruano (Derecho de Obligaciones).* Ediar S.A. Editores, Buenos Aires, 1954, Tomo I, p. 383, expresa "la ilicitud como causal general de responsabilidad sólo puede entenderse en sentido amplio, o sea, determinando si el daño es en general justificado o no". Sin embargo, el constatar que el daño es ilícito sólo atiende a su carácter jurídicamente relevante: sólo es daño para el Derecho el que se refiere a un interés jurídicamente protegido; a un derecho. Señala, por ello, de Cupis, "la generalidad del principio consiste tan sólo en que la responsabilidad está unida a un interés *jurídicamente* tutelado. La referencia a los intereses tutelados se efectúa de forma sintética, contenida en la fórmula general de la *injusticia* del daño. . . Daño *injusto* . . . es aquel daño que tiene por objeto un interés. . . *jurídicamente tutelado*". de Cupis, Adriano. *El Daño. Teoría General de la Responsabilidad Civil,* Bosch, Barcelona, 1975, p. 143. Por otro lado, como bien señala el propio de Cupis, existen supuestos de daño no ilícito, pero sin embargo reparable, como el causado en estado de necesidad. id. Parece, por otra parte, que deben descartarse posiciones como la de Bustamante, Teoría General *cit.* pp. 90-91, quien prefiere hablar de "ilicitud potencial" y señala, a propósito de los supuestos de responsabilidad por riesgo, "cualquiera de estos hechos es también ilícito en el sentido que tales actos constituyen la fuente de la obligación de resarcir el daño. Pero no son actos ilícitos porque violen la ley, sino porque al conjugarse con otros factores extrínsecos al acto mismo, la ley impone el deber de no dejar sin resarcimiento el daño que se ocasiona. Su ilicitud es potencial".

9. Peirano Facio, *op. cit.* pp. 20-21. En el mismo sentido, de Cupis, *op. cit.* p. 579.

10. Santos Briz, Derecho de Daños *cit.* p. 13.

sabilidad es, pues, esa relación que permite desplazar los daños sufridos por un sujeto sobre otro.

La relación que da lugar a la responsabilidad civil no depende de la culpa, sino que está determinada por la ley. "Es, pues, la ley –escribía el maestro León Barandiarán– la que determina cuándo se debe una reparación por un daño, en concepto de responsabilidad civil. . . La obligación de la reparación tiene, así, esencialmente como fuente la ley. Se trata de un caso de obligación legal. La voluntad humana en cuanto fue determinante del acto que acarreó el daño, no entra sino como elemento *de facto,* para crear el hecho sobre el cual versará la reparación; la razón determinante de ésta es el mandato de la ley. . . Así, la voluntad del responsable puede faltar absoluta o casi absolutamente, como ocurre en el supuesto de la responsabilidad objetiva"[11].

2. Unidad y Diversidad de la Responsabilidad

2.1. Introducción. Como hemos visto, el daño indemnizable que da lugar a la responsabilidad civil puede haber sido ocasionado por virtud del incumplimiento de una obligación, entendida en sentido técnico –responsabilidad contractual– o fuera del marco de una relación obligatoria, mediante el atentado contra un deber de carácter general –responsabilidad extracontractual–. Por otro lado, puede también haberse producido el daño como resultado de una conducta o actividad lícita y sin que se haya vulnerado deber jurídico de especie alguna. Nos interesa ahora resaltar las semejanzas y diferencias entre los dos ámbitos tradicionalmente reconocidos en la responsabilidad civil: la responsabilidad contractual y la responsabilidad extracontractual[12].

2.2. El Problema en la Doctrina Tradicional. La discusión sobre el problema de la unidad o diversidad de los ámbitos contractual y extracontractual de la responsabilidad civil se ha dado, fundamentalmente, en el seno de la doctrina francesa y belga. Sin entrar a profundizar en el tema, pueden distinguirse tres etapas claramente diferenciadas en el tratamiento del problema.

---

11. León Barandiarán, Comentarios al Código Civil Peruano *cit.* p. 384.

12. En este estudio, dejaremos de un lado, por el momento, a la responsabilidad por riesgo y nos referiremos únicamente a la responsabilidad extracontractual por acto ilícito en sus relaciones con la responsabilidad contractual.

En un primer momento, se planteó la tesis conocida como dualista o clásica, según la cual no existe, en absoluto, identidad entre la responsabilidad contractual y la extracontractual, hasta el punto que aquella no debe siquiera ser llamada responsabilidad, sino garantía[13]. La base de esta teoría descansa sobre la noción de culpa. Se consideraba que existían, perfectamente diferenciadas, una culpa contractual, y otra extracontractual, totalmente distintas en función a la naturaleza de las normas que cada una podía eventualmente violar: el contrato y la ley. De acuerdo con la tesis clásica, ambos deberes son totalmente incompatibles: el deber legal está referido al órden público, mientras que el deber contractual únicamente atiende a intereses privados.

Por otro lado –se argumentaba– ambas instituciones tienen orígenes muy diversos. La fuente de la obligación de indemnizar, en el caso de la responsabilidad extracontractual es la ley misma; se entiende que la relación obligacional nace en este caso exclusivamente de la culpa. En cambio, en la responsabilidad contractual, no es la culpa la que engendra la obligación de indemnizar, sino el contrato violado. En este concepto, la obligación de pagar daños y perjuicios es la misma obligación nacida del contrato, la que se presenta bajo una forma distinta[14]. Por tal razón, expresaban los sustentadores de esta tesis, las reglas esenciales concernientes a la responsabilidad contractual fueron trazadas por los redactores del Código Civil francés en el capítulo correspondiente a los efectos de las obligaciones y las aplicables a la responsabilidad extracontractual en el capítulo de las fuentes de las obligaciones[15].

Frente a la tesis dualista, surgió una posición, llamada monista, que reivindicaba la unidad absoluta de los dos ámbitos de la responsabilidad. Esta postura, adoptada y defendida por Lefebvre en 1886 y Grandmoulin en 1892, estaba basada, fundamentalmente, en dos argumentos. Se consideraba, en primer lugar, que entre la ley y el contrato no había diferencia esencial. Tanto desde el punto de vista filosófico, como jurídico, la ley y el contrato dependen de una misma concepción. De un lado, el contrato es ley entre las partes, como expresamente lo señala el Código Civil francés. De otro, la ley parte de un acuerdo de voluntad entre los individuos libres, cuya agrupación constitu-

---

13. Esta posición fue sostenida por Sainctelette, en su obra *De la responsabilité et de la garatie* en 1884. Mazeaud-Tunc, *op. cit.* núm. 96; Peirano Facio, *op. cit.* p. 32.

14. Peirano Facio, *op. cit.* p. 58.

15. Mazeaud-Tunc, *loc. cit.*

ye el Estado. De allí que se considerara que el apartamiento de un deber legal resultaba de la misma naturaleza que el apartamiento de un deber de cáracter contractual.

El segundo argumento que fundamentaba la tesis monista consistía en la consideración de que, ante la ocurrencia de una culpa, la obligación inicial, nacida del contrato o de la ley, se extingue por la pérdida o la imposibilidad de su objeto, de manera automática. En consecuencia, la obligación de reparar que surge entonces no es la misma deuda nacida del contrato, sino una nueva obligación, nacida de las disposiciones sobre hecho ilícito[16].

2.3. Diferencias Accidentales y Diferencias Sustanciales entre la Responsabilidad Contractual y la Responsabilidad Extracontractual. En la actualidad, es reconocido mayoritariamente por la doctrina, que entre la responsabilidad contractual y la responsabilidad extracontractual existen semejanzas y diferencias. En tal sentido, se acepta, en general, la identidad entre ambos institutos, en cuanto concierne a que ambos llevan consigo una relación de alteridad por virtud de la cual se debe indemnizar el daño sufrido por otro, sin dejar de reconocerse la existencia de diferencias de diverso grado[17].

Entre los elementos que distinguen a la responsabilidad contractual de la responsabilidad extracontractual cabe, en nuestra opinión, diferenciar aquellos que significan únicamente meras variaciones de tratamiento legislativo de aquellos que recogen distinciones más profundas. En el Derecho comparado, en términos generales, difiere el tratamiento legislativo de los supuestos de responsabilidad contractual y extracontractual, entre otros, en aspectos tales como la imputabilidad del agente, en la medida en que se requiere capacidad para obligarse para constituir una obligación cuya violación de lugar a la responsabilidad contractual, lo que no sucede en la responsabilidad extracontractual[18], en cuanto a la calificación de las culpas que dan origen a responsa-

16. Peirano Facio, *op. cit.* pp. 59-61; Bonnecase, *op. cit.* pp. 414-415; Mazeaud-Tunc, *op. cit.* núm. 100.

17. Peirano Facio, *op. cit.* p. 78; Mazeaud-Tunc, *op. cit.* núm. 102; Alterini, *op. cit.* p. 30; Bonnecase, *op. cit.* pp. 412-413; Ripert, *op. cit.* pág. 34; de Cossio, *op. cit.* pp. 289-290; Trabucci, *op. cit.* pp. 218-219; Messineo, *op. cit.* Tomo VI, p. 596; von Tuhr, *op. cit.* T I, p. 263; Enneccerus, Kipp y Wolff, *op. cit.* T I, Vol. II, pp. 923-4; León Barandiarán, Comentarios al Código Civil Peruano *cit.* pp. 385-386.

18. León Barandiarán, Comentarios al Código Civil Peruano *cit.* p. 386; Santos Britz, La Responsabilidad Civil *cit.* p. 94.

bilidad, dado que en la responsabilidad extracontractual se responde por todo tipo de culpa, mientras que en el ámbito contractual se admite la graduación de las culpas[19], en lo que se refiere a la prueba de la culpa, admitiéndose que en el campo contractual la culpa en el incumplimiento se presume, lo que no sucede en el campo extracontractual[20]; en la validez de las cláusulas modificatorias de la responsabilidad, que son admitidas en el campo contractual, mas no en el ámbito extracontractual[21], en la extensión del resarcimiento, que es integral en la responsabilidad extracontractual y limitado al daño inmediato y previsible en la responsabilidad contractual[22]; en los plazos de prescripción de las acciones correspondientes, que típicamente son mas cortos en el caso de la responsabilidad extracontractual[23]; y en la solidaridad entre los varios responsables de un daño, que es la regla en el ámbito extracontractual, mientras que debe pactarse expresamente en el ámbito contractual[24].

En lo que concierne a los elementos que distinguen en lo sustancial a la responsabilidad contractual y la responsabilidad extracontractual, deben señalarse los referidos a su origen y estructura y a su función. A ellos nos referiremos seguidamente.

2.4. El origen y la estructura de la responsabilidad. Siguiendo la tesis

---

19. Rippert-Boulanger, *op. cit.* p. 35; Santos Briz, Derecho de Daños *cit.* p. 56; Santos Briz, La Responsabilidad Civil *cit.* p. 96; León Barandiarán, Comentarios al Código Civil Peruano cit. p. 386; Messineo, *op. cit.* Tomo VI, p. 569.

20. Alterini, Atilio Aníbal. La Responsabilidad Civil. Límites de la Reparación, Bs. As. 1979, p. 37; Diez-Picazo, *op. cit.* p. 605; Ripert-Boulanger, *op. cit.* pp. 34-35; Santos Briz, Derecho de Daños *cit.* p. 56; Santos Briz, La Responsabilidad Civil *cit.* p. 95; Messineo, *op. cit.* Tomo VI, p. 568; León Barandiarán, Comentarios al Código Civil Peruano *cit.* p. 387.

21. Diez-Picazo, *op. cit.* p. 606; Messineo, *op. cit.* Tomo VI, p. 565.

22. Alterini, *op. cit.* p. 42; Ripert-Boulanger *op. cit.* p. 36; Santos Briz, Derecho de Daños *cit.* p. 56; Santos Briz, La Responsabilidad Civil *cit.* p. 96; Messineo, *op. cit.* Tomo VI, p. 560; León Barandiarán, *op. cit.* pp. 388-389.

23. Alterini, *op. cit.* p. 40; Diez-Picazo, *op. cit.* p. 605; Ripert-Boulanger, *op. cit.* pp. 34-35; Santos Briz, Derecho de Daños *cit.* p. 56; Santos Briz, La Responsabilidad Civil *cit.* p. 95; Messineo, *op. cit.* Tomo VI, p. 568; León Barandiarán, Comentarios al Código Civil Peruano *cit.* p. 387.

24. Ripert, *op. cit.* p. 36; León Barandiarán, Comentarios al Código Civil Peruano *cit.* p. 389; Santos Briz, La Responsabilidad Civil *cit.* p. 97.

clásica de la dualidad de la responsabilidad civil, se ha afirmado que la diferencia esencial entre la responsabilidad contractual y la responsabilidad extracontractual, reside en que aquella surge de una obligación preexistente, mientras que ésta tiene su origen únicamente en la culpa[25]. Sin embargo, debe reconocerse que, si la culpa es considerada como la violación de un deber jurídico preexistente, debe suponer necesariamente la existencia de tal deber. Por tanto, no cabe realizar una diferenciación como la indicada. Tanto en la responsabilidad contractual como en la responsabilidad contractual, la conducta del sujeto se encuentra en contradicción con el ordenamiento jurídico[26]. En cambio, sí cabe distinguir la distinta concresión de las normas jurídicas con las cuales entra en contradicción la conducta que da origen a la responsabilidad, en los ámbitos contractual y extracontractual.

En efecto, la vida social implica necesariamente la existencia de un complejo de relaciones intersubjetivas, las cuales permiten, precisamente, el desarrollo de la convivencia en la sociedad. El Derecho reconoce y encauza algunas de dichas relaciones sociales, otorgándoles efectos dentro de su ámbito, las que alcanzan, entonces, la categoría de relaciones jurídicas. La relación jurídica es, pues, "una relación de la vida ordenada por el derecho objetivo, y que consiste en una dirección jurídicamente eficaz de una persona hacia otras personas o hacia ciertos objetos (cosas o derechos)"[27].

Entre los sujetos de la relación jurídica, uno o más tienen el carácter de sujetos activos y otro u otros, el carácter de sujetos pasivos. Se configuran así las dos caras de la relación jurídica. Por un lado, ésta implica la existencia de un derecho subjetivo, es decir, de un poder concedido por el ordenamiento jurídico al sujeto, como un medio para la satisfacción de sus intereses[28]. Por

25. Peirano Facio, *op. cit.* p. 70.

26. Peirano Facio, *op. cit.* p. 71.

27. Enneccerus, Kipp y Wolff, *op. cit.* Tomo I, Vol. I, p. 279. En el mismo sentido, Diez-Picazo, *op. cit.* Tomo I, p. 251; García Amigo, *op. cit.* Tomo I, p. 223; Albaladejo, Manuel, *op. cit.* Tomo I, Vol. 2, p. 8. Se menciona que una relación jurídica puede vincular una persona con una cosa. "La doctrina más autorizada —dice al respecto Vidal— recoge el concepto de *ius in re*, como el derecho que recae sobre una cosa, y que coloca a su titular frente a esa cosa, pero, . . . la relación jurídica es con las demás personas, constituyendo la cosa el objeto del derecho o de la relación jurídica misma". Vidal, Fernando, *La Prescripción y la Caducidad en el Código Civil Peruano*, con un estudio de la relación jurídica, Cultural Cuzco Editores, Lima, 1985, p. 92.

28. Enneccerus, Kipp y Wolff *op. cit.* Tomo I, Vol. I, p. 281. En el mismo

otro lado, y como contraposición al derecho subjetivo, existe el deber de los otros, sujetos pasivos de la relación jurídica, de comportarse de manera adecuada para permitir el desenvolvimiento del derecho subjetivo. A este concepto se le denomina deber jurídico[29].

Según la extensión de los derechos subjetivos, se clasifican éstos en absolutos y relativos. Son derechos subjetivos absolutos "aquellos que atribuyen al sujeto un poder que puede ser hecho valer frente a todos los terceros (erga omnes), y una correspondiente defensa, contra actos de violación, de quienquiera que provengan"[30]. Son, así, derechos absolutos la propiedad y los derechos de la personalidad. En cambio, los derechos subjetivos relativos "son

---

sentido, Messineo, *op. cit.* Tomo II, p. 9; Trabucci, Alberto. Instituciones de Derecho Civil, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1967, Tomo I, p. 53; Albaladejo, Manuel, *op. cit.* T I, Vol 2, p. 10. La definición expuesta recoge los aportes de la teoría de la voluntad y de la teoría del interés sobre la naturaleza jurídica del derecho subjetivo. De acuerdo con la teoría de la voluntad, expuesta por Savigny, "el derecho, considerado en la vida real, se nos aparece como un poder del individuo. Hasta los límites de ese poder reina la voluntad del mismo, y reina con el consentimiento de todos. A tal poder o facultad lo llamamos nosotros derecho, y algunos, derecho en sentido subjetivo". Los límites de ese poder serían establecidos por la norma jurídica, que marca la línea divisoria para hacer posible el desenvolvimiento de los demás. En cambio, según la teoría del interés, propugnada por Ihering, "los derechos no existen de ningún modo para realizar la idea de la voluntad jurídica abstracta: sirven, por el contrario, para garantizar los intereses de la vida, ayudar a sus necesidades y conseguir sus fines". Diez-Picazo, *op. cit.* Tomo I, pp. 436-437.

29. Trabucci, *op. cit.* Tomo I, pp. 56-57; Enneccerus, Kipp y Wolff, *op. cit.* Tomo I, Vol. I, pp. 290-291; Vidal, Fernando, La Relación Jurídica *cit.* p. 70. Debe recogerse, sin embargo, la observación que formula de Cossio, *op. cit.* Tomo I, p. 80, en el sentido que "no es cierto que a todo deber jurídico corresponda un derecho subjetivo, es decir, que la esencia del deber de derecho no consisten tanto en una sumisión de la voluntad propia a la voluntad ajena, cuanto en la necesidad de acatar el mandato imperativo contenido en la norma jurídica, siendo indiferente que la exigencia de ese deber, de esa conducta prevista por el ordenamiento, sea dejada a la iniciativa de un particular, en cuyo interés exclusivo se ha constituido (hipótesis del derecho subjetivo), o, por el contrario, solamente exigible por los órganos del Estado, en la ejecución de la ley que impone el deber".

30. Messineo, *op. cit.* Tomo I, p. 21. En el mismo sentido, Enneccerus, Kipp y Wolff, *op. cit.* Tomo I, Vol I, p. 313; Trabucci, *op. cit.* Tomo I, p. 58; Albaladejo, Manuel *op. cit.* Tomo I, p. 9.

los derechos que pueden hacerse valer frente a una persona (o frente a varias personas) determinada o determinable y puede pretenderse su observancia, solamente por parte de aquella persona"[31]. Al derecho subjetivo relativo corresponde, como deber, una especial obligación de persona determinada, mientras que al derecho absoluto corresponde solamente el deber general de todos los hombres de abstenerse de realizar cualquier acción que inquiete al titular del derecho[32].

La relación jurídica constituida por un derecho subjetivo relativo y su correspondiente deber, cuando autoriza al sujeto activo a dirigirse contra el patrimonio del deudor, en caso de violación del deber, constituye una obligación en sentido técnico. En tal virtud, se define la obligación como "una situación bipolar, que se encuentra formada, por un lado, por la posición de una persona llamada deudor, y por otro, por la posición de otra persona distinta llamada acreedor. El acreedor es titular de un derecho subjetivo (derecho de crédito), que le faculta para exigir frente al deudor lo que por este es debido (prestación). Al mismo tiempo, y como medida complementaria, el acreedor se ve investido con la posibilidad, en caso de incumplimiento, de proceder contra los bienes del deudor, así como también investido de una serie de facultades para la defensa de sus intereses"[33].

Habíamos expresado que la diferencia entre la responsabilidad contractual y la responsabilidad extracontractual podía percibirse en la distinta naturaleza de las normas violadas por cada una. En efecto, se da la responsabilidad extracontractual cuando se viola un derecho de otro a una situación jurídica tutelada de manera absoluta, esto es, contra todos los ciudadanos. En cambio, se produce la responsabilidad contractual si se viola un derecho relativo de otro; es decir, cuando la lesión se refiere a una precedente y específica relación obligatoria, cualquiera que sea, a su vez, la fuente de la obligación violada[34]. Ello no implica, sin embargo, que en el caso de la responsabilidad extracontractual no se haya violado ningún deber. Por el contrario, se ha violado.

---

31. Messineo, *loc. cit.* Similarmente, Enneccerus, Kipp y Wolff, *loc. cit.*; Trabucci, loc. cit.; Albaladejo, Manuel, *loc. cit.*

32. Enneccerus, Kipp y Wolff, *loc. cit.*

33. Diez-Picazo, *op. cit.* Tomo I, pp. 131-132.

34. Trabucci, *op. cit.* Tomo I, p. 219. En el mismo sentido, entre otros, Messineo, *op. cit.* Tomo VI, p. 596; von Tuhr, *op. cit.* Tomo I, p. 263; Enneccerus, Kipp y Wolff, *op. cit.* Tomo I, Vol. II, pp. 923-924; Santos Briz, Derecho de Daños *cit.* p. 54; Alterini, *op. cit.* pp. 29-30.

precisamente, el deber que se impone a todos los ciudadanos de no atentar contra los derechos absolutos de otros[35].

De lo anteriormente expuesto se desprende que la responsabilidad extracontractual es de aplicación general, pues sobre todos pesa, en principio, el deber de no atentar contra los derechos absolutos de otros. En cambio, la responsabilidad contractual sólo podrá tener lugar entre personas vinculadas por específicas relaciones obligatorias[36]. Así, pues, la responsabilidad contractual supone un contrato válido; que la responsabilidad civil surja entre las partes del contrato; y que se trate del incumplimiento de las obligaciones contenidas en el mismo[37].

Siendo pues un régimen excepcional, a la responsabilidad contractual ha de reservársele vigencia para aquellas ocasiones en que median incumplimientos que encuentran en el contrato una base suficiente, necesaria y única. Pero cuando el incumplimiento excede esa órbita, no hay ya contrato, porque no hubo anteriores previsiones de conducta realizadas por las partes[38]. Como lo señaló el Tribunal Supremo español en su sentencia de 19 de Junio de 1984, "no es bastante que haya un contrato o una preexistente relación de otra na-

---

35. León Barandiarán, Comentarios al Código Civil Peruano *cit.* p. 386. Aclara, sin embargo, de Cupis que "El deber genérico del *naeminem laedere* no es más que la síntesis de todos los deberes específicos impuestos hacia los demás sujetos, por lo que es una fórmula vana en tanto no se determine cuál sea la esfera jurídica ajena que hay obligación de respetar. Un deber específico preexiste tanto en la aparición del daño contractual como en el nacimiento del daño extracontractual; el sujeto no está vinculado sólo al deber de cumplir la obligación sino también por otros deberes específicos que le vienen impuestos por el ordenamiento jurídico; en cuanto perjudica al interés de otro violando uno de tales deberes, ocasiona un daño que, en contraposición al contractual se conoce como extracontractual. En el ámbito extracontractual el deber violado puede llamarse genérico no bajo el perfil objetivo sino meramente en su aspecto subjetivo. Bajo tal manifestación subsiste realmente una diferencia respecto al daño contractual. En rigor, distintamente a lo que acontece en el daño contractual, el extracontractual presupone la violación de un deber que recae en la generalidad de los individuos, por corresponder a un derecho absoluto. Por tanto, el objeto de tal deber, impuesto a la tutela de un interés determinado, tiene siempre carácter específico". de Cupis, *op. cit.* pp. 137-138.

36. Carbonnier, *op. cit.* p. 151.

37. Carbonnier, *op. cit.* pp. 151-152.

38. Alterini, *op. cit.* p. 50. En el mismo sentido, Ordoqui y Olivera, *op. cit.* p. 70.

turaleza entre las partes para que la responsabilidad contractual opere con exclusión de la aquiliana, sino que se requiere para ello que la realización del hecho dañoso acontezca dentro de la rigurosa órbita de lo pactado y como preciso desarrollo del contenido negocial, pues si se trata de negligencia extraña a lo que constituye propiamente materia del contrato, desplegará aquella sus efectos propios"[39]. En otras palabras, cuando, a pesar de la existencia de un contrato, lo que se viola es un deber que existe más allá del contrato, la responsabilidad es extracontractual.

2.5. La función de la responsabilidad. Hemos sostenido que el segundo elemento que distingue la responsabilidad contractual de la responsabilidad extracontractual es la función que cada una de estas instituciones cumple.

En efecto, la responsabilidad contractual, generada en el marco de una relación obligacional, cumple principalmente una función de cooperación respecto de una expectativa que ha quedado frustrada; es una cooperación ante la falla del deudor. Aparece, en tal sentido, como sucedánea o subsidiaria del cumplimiento. En cambio, en la responsabilidad extracontractual no existe tal expectativa frustrada. Más bien, el derecho actúa bajo en influjo de un deseo de lograr una solidaridad social, que provea a la reparación, ante el conflicto dado[40]. En este sentido, William Prosser escribió que "la diferencia fundamental entre la responsabilidad contractual y la responsabilidad extracontractual reside en la naturaleza de los intereses protegidos. Las acciones extracontractuales se crean para proteger el interés en estar libres de diversos tipos de daños. Los deberes de conducta que les dan lugar son impuestos por el derecho, y se basan, primeramente, en el órden público, y no necesariamente en la voluntad o intención de las partes. . . Las acciones contractuales se crean para proteger los intereses existentes en hacer que las promesas se cumplan. Las obligaciones contractuales se imponen debido a que la conducta de las partes manifiesta una voluntad, y se deben únicamente a los individuos específicamente señalados en el contrato"[41].

En efecto, la responsabilidad contractual se da en el entorno de una obligación previamente constituída. "La relación obligatoria" –nos recuerda Diez Picazo– "es un cauce o un instrumento para que las personas puedan

39. Citada por Santos Briz, La Responsabilidad Civil *cit.* p. 103.

40. Ordoqui y Olivera, *op. cit.* Vol. II, p. 50.

41. Citado por Weinstok, *op. cit.* p. 590.

realizar actividades de cooperación social y, más concretamente, para que puedan intercambiar bienes y servicios. Por ello, puede definirse diciendo que es la relación jurídica establecida entre dos o más personas dirigida a que una de ellas obtenga determinados bienes o servicios a través de la cooperación de otra o bien al intercambio recíproco de bienes y servicios mediante una recíproca cooperación"[42]. El papel del Derecho en este campo es, fundamentalmente, proporcionar un marco en el cual las partes puedan libremente establecer e intercambiar derechos y obligaciones y ejercitar acciones eficaces en el caso que las promesas sean incumplidas[43].

En el contexto que tenemos establecido, la responsabilidad contractual es el medio que emplea el Derecho para proteger el interés económico de las partes del contrato ante el incumplimiento. Por ello, dice Osterling que "la indemnización de daños y perjuicios está destinada a restablecer el estado de las cosas que se habían tenido en mira al concertar el contrato. La indemnización, en este órden de ideas, llena una función de equivalencia para equilibrar los intereses económicos en juego"[44]. El resarcimiento es, pues, "el equivalente económico y jurídico del cumplimiento. . . [la] reintegración del patrimonio, mediante una suma de dinero"[45]. Lo que se protege mediante la responsabilidad contractual, son las expectativas razonables de las partes. Por ese motivo, se admite, en general, que, salvo culpa inexcusable o dolo, el deudor sólo responde de los daños que podían preveerse al tiempo de constituída la obligación[46].

La función de la responsabilidad extracontractual, en cambio, es totalmente diversa. La responsabilidad extracontractual se preocupa de la reparación de daños que se producen como consecuencia de la interacción fáctica de los individuos en la sociedad, con prescindencia de la preexistencia de relaciones jurídicas entre ellos. En tal sentido, la función de la responsabilidad en el

---

42. Diez-Picazo, *op. cit.* Tomo II, p. 132.

43. Bowles, Roger A. *Law and the Economy*, Martin Robertson and Company Ltd., Oxford, 1982, p. 131.

44. Osterling Parodi, Felipe. *La Indemnización de Daños y Perjuicios*, en Libro Homenaje a José León Barandiarán, Cultural Cuzco Editores S.A., Lima, 1985, p. 411.

45. Messineo, *op. cit.* Tomo V, p. 246.

46. Osterling, *op. cit.* p. 408; Messineo, *op. cit.* Tomo V, p. 248.

ámbito extracontractual es proveer a la reparación de tales daños procurando, a la vez, crear incentivos a la generalidad para que se eviten daños similares, en caso que esto sea posible[47].

47. En palabras de de Cupis, en la relación obligatoria "se está en un ámbito complementario de relaciones en las que la posición del sujeto no se regula frente a la indiscriminada generalidad de los otros, sino que se disciplina en relación con otro individuo determinado; los sujetos están puestos individual y particularmente en frente para la realización de un fin que exige un espíritu de colaboración real, de recíproca corrección. . . Fuera de las relaciones entre sujetos individuales, cuando se trata tan sólo de satisfacer las exigencias generales de convivencia humana, no hay colaboraciones para actuar el logro de los fines particulares sino únicamente la garantía de respeto a las respectivas esferas jurídicas". de Cupis, *op. cit.* p. 147.

SECCION TERCERA

UN ANALISIS CRITICO DE LAS POSICIONES QUE UBICAN EN EL AMBITO CONTRACTUAL LA RESPONSABILIDAD POR LOS DAÑOS CAUSADOS MEDIANTE PRODUCTOS DEFECTUOSOS

1. Introducción

Nos referiremos, en esta sección, a las posiciones que intentan ubicar la responsabilidad por productos bajo el ámbito de la responsabilidad contractual. Discutiremos, específicamente, la adecuación de tales posturas a lo que constituyen el origen y estructura y la función de la responsabilidad contractual. Para efectos del análisis estudiaremos la responsabilidad por productos enmarcada bajo el ámbito del contrato de compraventa, en la medida en que dicho contrato proporciona el marco obligatorio que, en la generalidad de los casos, vincula al proveedor y al adquirente de un producto defectuoso. Sólo luego nos referiremos a las dificultades adicionales que supondrá extender este esquema a otros contratos.

2. La Responsabilidad Civil en el Contrato de Compraventa

2.1. Introducción. ¿Cómo opera la responsabilidad civil en el contrato de compraventa? Para resolver esta cuestión debe solucionarse un problema previo. Como dicen los Mazeaud y Tunc, "antes de resolver el problema de la responsabilidad contractual, hay que solucionar otro: ¿a qué está obligado el deudor por el contrato, cuál es el contenido del contrato?"[48]. En nuestro caso, debemos inquirir, por ello, en primer lugar, por las obligaciones del vendedor en el contrato de compraventa, para determinar si ellas resultan vulneradas cuando se ocasiona al comprador un daño por virtud de un defecto de la cosa vendida. Por otro lado, siguiendo la tesis de que la responsabilidad con-

48. Mazeaud-Tunc, *op. cit.* núm. 105.

tractual y la responsabilidad extracontractual tienen funciones distintas, examinaremos, ulteriormente, la adecuación de la responsabilidad civil en el marco del contrato de compraventa al propósito de reparar los daños causados por productos defectuosos.

2.2. Estructura de la Responsabilidad

2.2.1. Responsabilidad por Incumplimiento

2.2.1.1. Obligaciones Esenciales. El contrato de compraventa es el acuerdo de voluntades "por el cual una persona, que se denomina *vendedor,* se obliga a transmitir a otra la propiedad de una cosa, mientras que esa otra, que es el *comprador,* se obliga a pagarle su valor en dinero"[49]. Dicho concepto de compraventa se encuentra consagrado en el artículo 1529 de nuestro Código Civil, que define a ésta como el contrato por el cual "el vendedor se obliga a transferir la propiedad de un bien al comprador y este a pagar su precio en dinero"[50]. Por lo tanto, la obligación esencial del vendedor debe reconducirse a la transferencia de la propiedad del bien. Esta es, en efecto, "la obligación sustancial, medular del vendedor en el contrato de compraventa"[51]. En tal sentido, establece el artículo 1549 del Código Civil que "Es obligación esencial del vendedor perfeccionar la transferencia de la propiedad del bien".

El acuerdo para la transferencia de propiedad del bien vendido puede

---

49. Planiol-Ripert, *op. cit.* Tomo X, p. 45. En el mismo sentido, Messineo, *op. cit.* Tomo IV, p. 53; Enneccerus, Kipp y Wolff, Tomo II, Vol 1, p. 19.

50. La definición de nuestro Código Civil establece el carácter consensual de la compraventa, "en el sentido que, como contrato, queda perfeccionado con el consentimiento, pero que no transfiere, por sí solo, la propiedad, siendo necesario para esto último bien sea la tradición tratándose de bienes muebles o bien el concurso del artículo 949 del Código en el caso de los inmuebles. Del contrato de compraventa sólo surge, por lo tanto, la obligación del vendedor de transferir la propiedad de un bien, esto es una cosa o un derecho, y la obligación recíproca del comprador de pagar el precio en dinero, pero no se constituye un derecho real sobre el bien". De la Puente y Lavalle, Manuel, Código Civil, *Exposición de Motivos y Comentarios, en Comisión Encargada del Estudio y Revisión del Código Civil, Exposición de Motivos y Comentarios Tomo VI,* Okura Editores S.A., Lima, 1985, p. 201 (en adelante citado como Exposición de Motivos).

51. Castañeda, Jorge Eugenio, El Derecho de los Contratos, UNMSM, Lima, 1966, p. 215.

llevarse a cabo mediante la realización de un negocio real, autónomo del contrato de compraventa, como establece el BGB[52] o estar contenido en el mismo contrato de compraventa, como lo disponen la mayoría de los códigos civiles[53]. En este último caso, puede diferenciarse entre los ordenamientos que otorgan efectos reales al contrato de compraventa, disponiendo que la transferencia de propiedad se realiza por virtud del propio acuerdo de voluntades y los que consideran a la compraventa como un contrato "con aptitud para transferir al comprador el título sobre la cosa pero que requiere la tradición de ésta para que el comprador adquiera el derecho de propiedad"[54].

En los sistemas que adoptan el principio contractual puro, es efecto del contrato de compraventa transferir la propiedad. En tal sentido, en general, con el acuerdo de voluntades, el vendedor habrá cumplido ya con su obligación de transferir la propiedad de la cosa. En cambio, en los sistemas que adhieren al principio de separación del contrato o que establecen la yuxtaposición de los principios de unidad contractual y de tradición, la transferencia de propiedad depende de elementos distintos de la propia voluntad manifestada en el contrato de compraventa. Fundamentalmente, tal elemento es la tradición o entrega de la cosa al comprador. Debe, pues, el vendedor, entregar la cosa al comprador para cumplir con su obligación de transferir la propiedad de ésta.

Por otro lado, aún en los sistemas que siguen el principio contractual puro, tiene el vendedor la obligación de entregar el bien al comprador, ya no como parte de su obligación de transferir la propiedad, sino como una obligación autónoma integrante del contrato de compraventa[55]. De esta manera, sea como un medio para cumplir con la obligación de transferir la propiedad o como un deber independiente, tiene el vendedor la obligación de entregar la cosa al comprador. Debemos examinar si del incumplimiento de la obligación de entrega puede surgir la responsabilidad por productos defectuosos.

---

52. Enneccerus, Kipp y Wolff, *op. cit.* Tomo II, Vol. II, Parte 1, p. 84; De la Puente, Exposición de Motivos *cit.* Tomo VI, p. 199.

53. De la Puente, *loc. cit.*

54. De la Puente, *loc. cit.*

55. Planiol-Ripert, *op. cit.* Tomo X, p. 67; Messineo, *op. cit.* Tomo VI, p. 74.

Señalan Planiol y Ripert que "la entrega de la cosa es el acto de ponerla en poder y posesión del comprador"[57]. Típicamente, en un caso de responsabilidad por productos, tal puesta a disposición se habrá consumado, pues de lo contrario el producto no hubiera podido ser usado o consumido por el comprador. Por tanto, en la generalidad de los casos de responsabilidad por productos, la obligación de entrega habrá sido cumplida por el vendedor. No puede, pues, surgir del incumplimiento de tal obligación la responsabilidad por productos defectuosos.

2.2.1.2. El Cumplimiento Defectuoso o La Violación Positiva del Contrato. También ha sido utilizada, para responsabilizar al vendedor por los daños causados al comprador por productos defectuosos la teoría de la "violación positiva del contrato", creada por la jurisprudencia y la doctrina alemanas. Recordemos que de acuerdo con dicha teoría, se impone responsabilidad contractual a quien por un acto positivo que contraviene un derecho de crédito, causa daños al acreedor. Este principio se aplicó al caso de la compraventa, señalándose que la entrega culpable de un producto defectuoso, que luego causaba daños en los demás bienes jurídicos del comprador, constituía una violación positiva de las obligaciones impuestas al vendedor por el contrato de compraventa.

Sin embargo, es la propia doctrina alemana la que da la pauta para desvirtuar la aplicación de la tesis de la violación positiva del crédito a la entrega de un producto defectuoso. Es bueno, en tal sentido, recordar la afirmación de Enneccerus y Lehman, en el sentido que en la compraventa por pieza, la entrega de una cosa viciada no constituye un incumplimiento del contrato que da al comprador una pretensión en órden al cumplimiento. Mas bien, la entrega de una cosa defectuosa da lugar a "una sanción mediata del acuerdo de prestación, mediante la imposición de una responsabilidad de garantía sobre la ausencia de vicios"[57]. En el mismo sentido, Larenz expone que "el vendedor ha de entregar la cosa *tal como la misma efectivamente es.* La entrega de una cosa defectuosa –siempre que se trate de cosa específica– *no implica incumplimiento parcial del deber de prestación*"[58]. Igualmente, indica Messineo que "la cosa vendida debe ser entregada en el estado en que se encuentre

56. Planiol-Ripert, *op. cit.* Tomo X, p. 67.

57. Enneccerus, Kipp y Wolff, *op. cit.*, Tomo II, Vol. 2, Parte 1, p. 86.

58. Larenz, *op. cit.* Tomo I, p. 91. El subrayado es del original.

en el momento de la venta"[59]. Ello se encuentra establecido por el artículo 1550 del Código Civil de 1984, según el cual "el bien debe ser entregado en el estado en que se encuentre en el momento de celebrarse el contrato"[60].

Ahora bien, en los casos de productos defectuosos, la condición defectuosa del producto existe, típicamente, desde el momento en que el producto es fabricado o puesto en el mercado. Por tanto, la entrega de un producto en una condición defectuosa, preexistente al contrato de compraventa, no supone el cumplimiento defectuoso de la obligación de entrega. Tampoco surge, pues, del cumplimiento defectuoso de la obligación de entrega la responsabilidad contractual de quien vende un producto defectuoso, por los daños causados por éste al comprador[61].

Debe mencionarse que, en otros lugares de su obra, tanto Enneccerus y Lehman cuanto Larenz consideran que la entrega culposa de un producto defectuoso que, por razón de sus defectos causa un daño al comprador, constituye un caso de violación positiva del contrato de compraventa. Frente a esta posición, sin embargo, cabría anotar, respetuosamente, que no resulta coherente sostener que un determinado hecho (entrega de un producto defectuoso) constituye violación positiva o cumplimiento defectuoso de un contrato cuando ha sido realizado culposamente y ha causado daños a los demás bienes jurídicos del comprador y no lo es cuando se ha obrado sin culpa o no se ha causado daños extrínsecos al adquirente. Si la entrega de una cosa defectuosa configura un supuesto de cumplimiento defectuoso, ello no debe depender de

---

59. Messineo, *op. cit.* Tomo IV, p. 74. En el mismo sentido, Planiol-Ripert, *op. cit.* Tomo X, p. 67.

60. Señala De la Puente, Exposición de Motivos *cit.* p. 216, al respecto que "El consentimiento [en el contrato] recayó no sólo sobre el bien sino también sobre el estado en que se encontraba al momento de producirse tal consentimiento, por lo cual la transferencia de propiedad del bien, aunque se perfeccione con posterioridad a ese momento, debe realizarse tal como era él cuando se celebró el contrato".

61. Distinto es el caso cuando el vendedor entrega una cosa distinta de la que fue objeto del contrato. Así, dice de Cupis, "cuando el farmacéutico... inadvertidamente da al cliente veneno en vez del medicamento específico debido... es innegable que se está en presencia de un daño contractual y el vendedor está obligado contractualmente a entregar al comprador la cosa convenida... originándose un perjuicio cuando se entrega *aliud por alio*, por lo que no hay razón alguna que pueda establecer duda acerca de la naturaleza contractual de tal perjuicio". de Cupis, *op. cit.* p. 159.

que se haya o no causado determinado tipo de daño al comprador o de que el vendedor haya actuado culposamente.

2.2.1.3. La Obligación de Seguridad. La insuficiencia de la esfera propia de las obligaciones contractuales que se imponen sobre el vendedor en el contrato de compraventa forzó a la doctrina, empeñada en lograr la reparación de los daños causados por productos defectuosos, a extender el ámbito obligatorio del contrato, introduciendo en él la obligación de respetar la seguridad del otro contratante. Así, se consideró que el hecho de entregar una cosa cuyos defectos dañaban la integridad personal u otros bienes del comprador, consituía la violación de las obligaciones del contrato de compraventa. Tal tesis encontró arraigo en el concepto de la "obligación de seguridad" desarrollado por la doctrina y la jurisprudencia francesas y ha sido recogida por la doctrina y jurisprudencia argentinas y por algunos otros autores[62].

Sin embargo, la extensión de los deberes contractuales del vendedor que propugna la tesis de la obligación de seguridad, es, en nuestra opinión, injustificada. En efecto, el deber jurídico de respetar la seguridad de las otras personas y de no atentar contra sus derechos subjetivos absolutos, no constituye una obligación contractual, sino se trata de más bien del deber genérico de no dañar a otro, que sustenta la responsabilidad extracontractual. En tal sentido, expresa Zannoni, "la obligación de seguridad viene, al cabo, a presentar cartas credenciales que denotan su origen: ni más ni menos que el *naeminem laedere,* o deber de no dañar que funda la *responsabilidad extracontractual,* porque como tal constituye un deber no elegido libremente, sino impuesto

62. Parece de Cupis inclinarse por admitir la existencia de una obligación contractual de seguridad en algunos casos. Así, señala, "No queda duda de que la relación entre el farmaceútico y el cliente es una relación de venta que tiene por objeto el específico pedido. Pero la ejecución de esta relación jurídica lleva a situar al farmaceútico en íntima relación, por así decir, con el bien personal de la salud del cliente por lo que el incumplimiento o el inexacto cumplimiento origina un peligro particular para este bien. Ello explica el porqué el farmaceútico es responsable *ex contractu,* es decir por el incumplimiento de una obligación contractual de los daños sufridos por el cliente aparte de lo que se refiere a la especialidad farmaceútica pedida y no obtenida, por el riesgo infringido a la salud del cliente, comprometida por haber empleado un fármaco distinto del que debía haber usado. *En verdad, la venta de un producto farmaceútico, por la naturaleza y el destino de tal producto, impone al farmacéutico una obligación de exacto cumplimiento dirigido a tutelar no sólo el interés del comprador en orden al objeto de la prestación, sino también a su interés personal a la propia salud".* de Cupis, *op. cit.* pp. 159-160.

por la ley. El deber de no dañar, no es sino una obligación genérica de seguridad que está presente, sin duda, más allá de la idea de contrato"[63].

En efecto, la seguridad de los contratantes difícilmente entrará dentro de los aspectos sobre los que recae una manifestación de voluntad en el contrato de compraventa. Ello es especialmente notorio en los casos de la compraventa de productos de consumo masivo en la que la voluntad del comprador se dirige típicamente sólo a lo esencial, cosa y precio. Este carácter forzado y artificial de la tesis de la obligación de seguridad ha sido reconocido por la propia doctrina francesa que la creó.

2.2.2. La Garantía por Vicios Ocultos

2.2.2.1. Introducción: Concepto y Naturaleza Jurídica. Como hemos visto, en el Derecho comparado son frecuentes los intentos de resolver el problema de la responsabilidad por productos defectuosos dentro del marco de la garantía por los vicios ocultos. A grandes rasgos, en virtud a esta obligación, llamada también de saneamiento, el enajenante debe responder frente al adquirente del bien por los vicios ocultos que perturben de manera importante o impidan el uso de la cosa acorde con la finalidad de su adquisición o disminuyan el valor de esta, indemnizándolo de los daños y perjuicios que por tal motivo pudiera sufrir[64]. De esta manera, la garantía por los vicios ocultos "pretende la protección del pacífico disfrute de los derechos del adquirente y el destino normal del bien que éste recibe, de modo tal que no surja un desequilibrio no calculado ni asumido"[65].

---

63. Zannoni, *op. cit.* p. 298. En el mismo sentido, Stark, *op. cit.* p. 56. Se expresa que la idea de una obligación de seguridad integrante del contrato de compraventa es necesaria, a la vista del principio de prohibición de la acumulación u opción entre responsabilidades. Así, por ejemplo, Zannoni, op. cit. pág. 304. Sin embargo, esta tesis es incorrecta. Aún cuando se acepte dicho principio, si una de las partes contractuales causa a la otra un daño, daño que *no proviene del incumplimiento de ninguna obligación contractual*, la parte dañada tiene derecho a accionar por la vía extracontractual. Tal es el caso de los daños causados por productos defectuosos.

64. Badenes, *op. cit.* Tomo II, p. 582.

65. Arias-Schreiber Pezet, Max. *Código Civil, Exposición de Motivos y Comentarios*, en Comisión Encargada del Estudio y Revisión del Código Civil, Exposición de Motivos y Comentarios, Okura Editores S.A., Lima, 1985, Tomo VI, p. 160 (en adelante citado como Exposición de Motivos).

La cuestión de la naturaleza jurídica de la responsabilidad por los vicios ocultos es muy discutida en la doctrina. En efecto, un sector de ella considera que la responsabilidad por los vicios ocultos de la cosa es una especie de responsabilidad por el incumplimiento de las obligaciones, en la medida que el entregar una cosa libre de vicios es obligación del enajenante. En este sentido, afirma Messineo que "el fundamento de la responsabilidad del vendedor y su deber de mantener indemne al comprador se reconduce a un hecho de *incumplimiento*. . . La responsabilidad por vicios depende de no proporcionar al comprador una cosa indemne, como es deber implícito en la obligación del vendedor"[66]. Igualmente, los hermanos Henri y León Mazeaud, expresan: "El vendedor está obligado a entregar la cosa tal y como se haya previsto. . . por las partes cuando la conclusión del contrato. En consecuencia, debe garantía al comprador si la cosa entregada difiere de la cosa convenida; bien sea porque lleve consigo, sin saberlo el comprador, una posibilidad de evicción; bien sea porque se encuentra afectada por un vicio oculto, ignorado por el comprador. La obligación de garantía puede ser considerada así como una simple prolongación de la obligación de entrega"[67].

Otro sector sostiene, en cambio, que la responsabilidad por vicios ocultos es una que no tiene su origen en incumplimiento, sino sólo en el hecho objetivo de la existencia de los vicios. Para esta posición "el contrato se ha cumplido, pues el adquirente realmente ha adquirido el derecho materia de la transferencia, con todos sus efectos propios, pero por una razón posterior al cumplimiento del contrato tales efectos dejan, a partir de la perturbación, de producirse, lo que determina que se pierda el goce, que es lo que justifica la indemnización, ya que ese goce estaba garantizado"[68]. Dice, en tal sentido, Ferrandis Villela que "la circunstancia de que la obligación de saneamiento sea conexa con la obligación de entrega no es suficiente para borrar la autonomía de ambas; quiere decirse con ello que el vendedor que entrega una cosa defectuosa o viciada no incumple su obligación de entrega sino que, presupuesto el cumplimiento de dicha obligación, está sujeto a la responsabilidad consistente en el saneamiento de los defectos ocultos de la cosa vendida"[69].

---

66. Messineo, *op. cit.* Tomo V, p. 106.

67. Mazeaud, *op. cit.* Parte Tercera, Vol. III, p. 267.

68. De la Puente, Estudio Sobre el Contrato Privado *cit.* T II. p. 333.

69. Ferrandis Villela, *anotación al Tratado de Derecho Civil de Enneccerus, Kipp y Wolff*, Tomo II, Vol. II, Parte 2, p. 98.

La posición de los autores de nuestro Código Civil a este respecto es clara. Señala Arias Schreiber que "las obligaciones de saneamiento tienen autonomía propia y no son, como sostienen algunos autores, una simple consecuencia de los principios generales relativos al incumplimiento de los contratos"[70]. Sin embargo, debe observarse que tal posición de principio puede tener una excepción en el caso de la compraventa de bienes fungibles, en cuyo caso artículo 1508 del Código Civil, otorga el adquirente de la opción de exigir, en lugar del saneamiento, la entrega de otro bien de igual naturaleza. En tal caso, se consideraría que la entrega de un bien fungible viciado consiste en un incumplimiento de las obligaciones del contrato[71].

2.2.2.2. Contenido. Hemos examinado ya, oportunamente, la estructura de la garantía contra los vicios ocultos en los principales regímenes del Derecho comparado. Cabe, en consecuencia, aquí solo recapitular las principales características que se advierten. Como sabemos, los vicios ocultos son aquellos defectos existentes en la cosa en el momento de su transferencia, que la hacen impropia para el fin para el cual fue adquirida o que disminuyen de modo considerable su valor, de manera que, de haberlos conocido el adquirente no hubiera adquirido la cosa o hubiera dado menos por ella. Ante la existencia de estos vicios, surge la obligación de saneamiento para que el adquirente sea indemnizado del daño sufrido.

Formulando un valioso resumen del tratamiento de las obligaciones de saneamiento en el Derecho comparado, señala Rojo y Fernández-Río que "prescindiendo de pequeñas aunque numerosas diferencias, [la garantía] se integra en el derecho continental por un doble remedio que se ofrece, generalmente, a la libre elección del comprador: 1. La resolución del contrato

---

70. Arias-Schreiber, Exposición de Motivos *cit.* Tomo VI, p. 159.

71. Admite Arias Schreiber las dificultades teóricas que presenta la posición del Código, las mismas que fueron señaladas por el doctor León Barandiarán. Sin embargo, manifiesta su preferencia por la solución adoptada por el Código por razones prácticas. Arias Schreiber, Exposición de Motivos *cit.* Tomo VI, p. 185. La tesis consagrada tiene su origen en la disposición del artículo 480, apartado 1, del BGB. En tal caso, se entiende, el comprador "puede adoptar la actitud de que la prestación viciosa no es conforme al contenido de la obligación, o sea, que la obligación genérica no se ha concentrado todavía sobre cosa determinada, no habiendo de considerarse aún cumplida. Puede, pues, exigir la *prestación* de una cosa exenta de vicios y esta pretensión no es más que su crédito originario derivado de la compraventa, ya que ese crédito se dirige a una cosa de la calidad y clase medias y con las cualidades aseguradas y no se cumple por la prestación defectuosa".

mediante la restitución de la cosa y sus frutos por parte del adquirente y la restitución del precio y sus accesorios, incluídos los gastos del contrato, por parte del comprador *(acción redhibitoria, Wandelung)*; o, 2. El reajuste del precio *(acción estimatoria o quanti minoris, Minderung)*. Ambas acciones se otorgan con independencia absoluta de la buena o mala fe del vendedor. Junto a ese remedio –continúa Rojo y Fernández-Río– "los Códigos consagran también la responsabilidad del vendedor por los daños y perjuicios ocasionados. Ahora bien, esta responsabilidad no nace de la simple presencia de un vicio o defecto oculto en la cosa. Se precisa además la concurrencia de un elemento subjetivo. Utilizando una fórmula conscientemente genérica diríamos que se requiere la individualización de una falta a cargo del vendedor. Los Derechos francés y español requieren el *conocimiento* de los vicios o defectos ocultos. . . El Derecho italiano habla de *culpa*. . . El Derecho alemán sólo concede la acción de indemnización en caso de ausencia de las cualidades prometidas o en caso de *comportamiento doloso del vendedor*. . ."[72].

2.2.2.3. El Saneamiento por Vicios Ocultos y la Responsabilidad por Productos Defectuosos

2.2.2.3.1. **Introducción.** Aunque algunos sectores de la doctrina y la jurisprudencia han recurrido a la garantía por los vicios ocultos para responsabilizar al fabricante por los daños causados por sus productos defectuosos, consideramos que existen graves inconvenientes que desaconsejan el empleo de esta vía. Tales inconvenientes pueden centrarse en los aspectos que conciernen a la naturaleza de la responsabilidad en cada caso; a la falta de correlación entre el concepto del vicio que da origen a la garantía edilicia y el defecto que pone en juego la responsabilidad por productos; en el requisito subjetivo que reconoce el Derecho comparado para la procedencia de la indemnización de daños y perjuicios en el caso de la obligación de saneamiento; en la extensión del daño indemnizable a través de dicha acción de daños y perjuicios; y en los plazos para el ejercicio de las acciones correspondientes. A continuación, nos referiremos individualmente a cada uno de estos aspectos.

2.2.2.3.2. **La Naturaleza de la Responsabilidad.** La garantía por los vicios ocultos de la cosa es una garantía de la utilidad o valor de ésta para el adquirente. En tal sentido, la responsabilidad tiende a lograr que éste resulte indemne del daño que se produciría si ha adquirido, sin saberlo, una cosa de

72. Rojo y Fernández-Río, *op. cit.* pp. 239-243.

menos utilidad o valor. Se trata pues, de una cuestión centrada en el interés económico del adquirente, que es el que se trata de proteger. En cambio, en el caso de la responsabilidad por productos defectuosos, no interesa el valor o la utilidad de la cosa, sino su peligro para otros bienes jurídicos del comprador. No se trata, pues, de evitar un considerable desequilibrio entre las prestaciones del contrato, ni de proteger al adquirente contra una falta de utilidad o valor no considerada, sino de asegurarlo contra daños a su personas o bienes.

2.2.2.3.3. **Vicio Oculto y Producto Defectuoso.** La diferente naturaleza de la responsabilidad, se manifiesta en los supuestos de hecho que les dan origen. El concepto de cosa viciosa es distinto del de producto defectuoso.

En efecto, un vicio oculto, para poner en juego el deber de saneamiento, debe ser una característica de la cosa que disminuya su utilidad o su valor. En cambio, en la determinación de lo que se considera un producto defectuoso, no entra en consideración la merma en su utilidad o valor que pudiera haber ocasionado el defecto. Lo que se intenta medir es el grado de peligrosidad que, como consecuencia del defecto, ha adquirido. En este sentido, la exposición de motivos del proyecto de Directiva del Consejo de la Comunidad Europea expresa que el concepto de defecto que da lugar a la responsabilidad por productos "se basa en la seguridad del producto. Es por ello irrelevante que el producto sea defectuoso en el sentido que no sea apto para el uso para el cual está destinado. Tal concepto de defectuosidad pertenece a la regulación del contrato de compraventa"[73].

Debe reconocerse que, en algunos casos, el hecho de tener un producto algún defecto que aumente su peligrosidad, hará que sea menos valioso o menos apto para la finalidad para la cual fue adquirido, coincidiendo así el concepto de vicio oculto que da origen a la garantía y el concepto de defecto que pone en juego la responsabilidad por productos. Sin embargo, ello no será la regla general. Como señala Ghidini, "esta garantía no se relaciona con todos los defectos. . . [y] cubre tan sólo los defectos que afectan los intereses económicos del comprador"[74]. Por ello, puede sostenerse que "la noción de defecto de fábrica no es más amplia que la de vicio oculto, sino

73. Orban, *op. cit.* p. 402. En tal sentido, observa Rojo y Fernández-Río, *op. cit.* p. 291, que "el producto con un defecto de fábrica puede satisfacer a la perfección el uso al que se le destina".

74. Ghidini, *op. cit.* p. 44. En sentido contrario, Friedrich Kessler, *op. cit.* p. 903, sostiene, a propósito de la *implied warranty of merchantability* del Derecho norteamericano que "las garantías de calidad enumeradas por

que se sitúa en un distinto plano. No se trata de nociones concéntricas sino de nociones secantes"[75].

Por otro lado, el concepto de vicio oculto alude a una imperfección en la cosa, que se diferencia así de las otras de la misma especie. En tal sentido, afirma Badenes que "la carencia de ciertas cualidades es concepto distinto de la existencia de vicios. El vicio es una anomalía que no se confunde con la pertenencia a un género o a una especie diversa de la pactada, ni con el concepto de cualidad diversa de aquella expresa o implícitamente convenida. Vicio es una anomalía por la cual una cosa se distingue de todas las cosas del mismo género, de la misma especie, de la misma calidad"[76]. En tal sentido, no adolecerá de un vicio oculto un producto que presente un defecto que sea común a todos los de su misma especie, género o calidad. Así, el concepto de vicio oculto sólo podrá coincidir, en algunos casos, con los defectos de fabricación, constitutivos de fallas que afectan uno o algunos pocos productos individuales. En cambio, no coincidirá jamás con los defectos de diseño o de información, que afectan a la generalidad de los productos de un género, especie o calidad.

Finalmente, el carácter oculto y desconocido del vicio, que es presupuesto para la obligación de saneamiento, no es un requisito *sine qua non* para el surgimiento de la responsabilidad por productos defectuosos. En este ámbito, la evidencia o el conocimiento del defecto son elementos a tenerse en cuenta en el momento de evaluar la defectuosidad del producto, pues disminuyen su peligrosidad, así como en el estudio de la relación de causalidad. Sin embargo, no resultan determinantes para efectos de la responsabilidad.

---

el Código [Comercial Uniforme] permiten la indemnización por defectos que hacen al producto irrazonablemente peligroso para las personas o la propiedad del consumidor o usuario... Un producto que no alcanza la calidad contemplada por el consumidor ordinario que lo adquirió con el conocimiento ordinario común a la comunidad sobre sus características, es *unmerchantable*". En cambio, en sentido más acorde con lo expuesto en el texto, White y Summers, citados por Kaprelian, *op. cit.* pp. 527-528, en nota 72, afirman que "la diferencia más obvia entre los dos patrones [de defectuosidad] es que el patrón de la *strict liability* tiene un ámbito considerablemente más estrecho. No se propone alcanzar todos los bienes defectuosos, sino sólo aquellos que no sólo son defectuosos sino también irrazonablemente peligrosos".

75. Rojo y Fernández-Río, *op. cit.* p. 291.

76. Badenes, *op. cit.* Tomo II, p. 685. En el mismo sentido, Messineo, *op. cit.* Tomo V, p. 110.

2.2.2.3.4. El Reproche Subjetivo al Transferente. La garantía por los vicios ocultos, en cuanto está destinada a restablecer el equilibrio entre las prestaciones del contrato, opera independientemente de la culpa del transferente. En cambio, para reconocer al adquirente el derecho a la indemnización de daños y perjuicios, se requiere un elemento subjetivo que permita formular un reproche al transferente. Señala por ello Messineo que "no todo daño del comprador es resarcible cuando falte la culpa"[77]. La necesidad de la prueba de la culpa o del conocimiento de los vicios por parte del vendedor dificulta considerablemente la acción indemnizatoria del comprador. Para subsanar esta dificultad a la acción del dañado se recurre a presunciones de culpa o de mala fe. Ello, sin embargo, implica invertir un principio fundamental del ordenamiento jurídico, cual es el que establece que la buena fe se presume. Además, el empleo de una presunción como la que se propone debe permitir, en todo caso, la prueba en contra. De lo contrario, se habría consagrado una hipótesis de responsabilidad objetiva, por lo que sería más coherente dejar de hablar en términos de culpa. Esta posibilidad de probar en contra de la presunción dará un arma de defensa al presunto responsable, que puede dejar sin reparación al dañado.

2.2.2.3.5. Extensión del Daño Indemnizable. Hemos visto ya que es necesaria la presencia de un elemento subjetivo para que la indemnización a que tiene derecho el adquirente vaya más allá de la mera restitución por el primero del precio y los gastos del contrato o de la diferencia del valor de la cosa. Sin embargo, aún en los casos de culpa o dolo del enajenante, los requisitos y la extensión del resarcimiento que se otorga en este caso al adquirente varían en el Derecho comparado.

Distingue acertadamente Rojo y Fernández-Río dos clases de daños que pueden producirse por la entrega al adquirente de un producto defectuoso. "Por una parte", expresa, "hay que mencionar aquellos que resultan del hecho de la adquisición de un objeto defectuoso, que podríamos denominar *daños causados por la compraventa*, consistentes en el perjuicio que se deriva de la inaptitud total o parcial de la cosa para el uso previsto que. . . rompe el equilibrio previsto por las partes en el momento de la conclusión del contrato. . . Pero junto a estos daños. . . existen otros que ya no derivan del hecho del desequilibrio entre las partes, sino que son *consecuencia* de la defectuosidad del objeto de la prestación a que se obliga el vendedor. Nos referimos" –continúa Rojo y Fernández-Río– "a los daños causados por el vicio o defecto de la

77. Messineo, *op. cit.*, T VI, p. 101.

cosa"[78]. Frente a esta constatación, surge la duda respecto de si estos últimos daños son indemnizables a través de la acción de saneamiento.

Como hemos expresado ya, la solución que se da a este problema en el Derecho comparado es diversa. En sentido negativo a la extensión de la responsabilidad por los vicios ocultos a los daños causados por la cosa a otros bienes jurídicos del comprador, se manifiestan partes de las doctrinas española y argentina, que consideran a la acción indemnizatoria que comentamos como una manifestación de la responsabilidad precontractual.

En efecto, tanto en el Derecho español como en el Derecho argentino, la acción indemnizatoria en el caso de vicios ocultos, procede sólo cuando el vendedor conoció o debió conocer los vicios de la cosa y el comprador opta por la resolución del contrato. Por ello, se sostiene que "los daños y perjuicios son los que llevan a indemnizar el interés negativo, no en virtud de la frustración contractual, sino derivados de la resolución del contrato"[79]. Tales daños no son los que los vicios o defectos de la cosa puedan ocasionar a otros bienes jurídicos del comprador; sino los que la resolución de la venta ocasiona y que son, conforme a los principios generales en materia de responsabilidad contractual, los que sean consecuencia inmediata y necesaria o mediata, en caso de dolo, de la *resolución de la venta*"[80].

Sin embargo, la tendencia mayoritaria en el Derecho comparado, es incluir a los daños causados por los defectos de la cosa dentro de los daños indemnizables al amparo de la responsabilidad por saneamiento. Así, recordemos que en el Derecho alemán, el BGB dispone en su art. 463 que en el caso que falte en la cosa una cualidad afirmada por el vendedor o si este o su representante oculta dolosamente un vicio de la cosa, el comprador dispone de

---

78. Rojo y Fernández-Río, *op. cit.* pp. 244-245.

79. Compagnucci, Daños Causados *cit.* p. 276. En el mismo sentido Rojo y Fernández-Río, *op. cit.* p. 285, recogiendo la tesis mayoritaria en la doctrina española, expresa que la acción indemnizatoria que procede en caso que el vendedor hubiera conocido el vicio de la cosa y el comprador hubiera optado por la resolución es "una de las concretas manifestaciones de la responsabilidad precontractual. Además de la opción entre la acción redhibitoria y la estimatoria, la actuación con *culpa in contrahendo* otorga al adquirente la acción de reclamar daños y perjuicios si opta por la redhibición. . . [Sin embargo] la responsabilidad precontractual no comporta la reparación de todos los daños sufridos por la otra parte, sino tan sólo de los perjuicios englobados en el denominado interés negativo".

80. Zannoni, *op. cit.* pp. 314-315.

una tercera opción, alternativa a la redhibición o a la acción *quanti minoris*, la de exigir la indemnización por incumplimiento de contrato. En este supuesto, la indemnización debe ser plena, o sea satisfacer el interés de cumplimiento[81]. En tal sentido, se dirige al resarcimiento de todo aquello que el comprador hubiera tenido si la cosa estuviera exenta del vicio, o bien si tuviera la cualidad asegurada o disimulada. Es procedente, pues, en este sistema la indemnización de los daños causados por la cosa defectuosa a otros bienes jurídicos del comprador[82].

En el Derecho italiano, el art. 1494 del Código Civil de 1942 establece que si el vendedor no prueba haber ignorado sin culpa los vicios de la cosa, está obligado a resarcir al comprador el daño y además, según establece en párrafo aparte, "los daños derivados de vicios de la cosa". Esta disposición, indica Ghidini, otorga "la posibilidad de ampliar el área de intereses protegidos más allá de la noción de 'perjuicio comercial' establecida por el artículo 1490" para incluir los daños sufridos por el adquirente en su persona u otros bienes en virtud a vicios ocultos de la cosa[83].

En cuanto al Derecho francés, sólo es necesario remitirnos a las páginas anteriores en las que hemos tratado sobre la responsabilidad por productos en ese sistema. El *Code* Napoleón, en su artículo 1645 prescribe que en caso de mala fe del vendedor, queda éste sujeto "además de a la restitución del precio que por ella haya recibido, al abono de todos los daños y perjuicios". Por otro lado, el art. 1646 establece que el vendedor, aún sea de buena fe, debe pagar al comprador los gastos del contrato. La jurisprudencia ha interpretado de manera extensiva los preceptos citados en dos sentidos: En el primero, se interpretó que la expresión "gastos ocasionados por la compraventa" utili-

---

81. Enneccerus, Kipp y Wolff, *op. cit.* Tomo II, Vol. 1, p. 250.

82. Según Lehman, la Jurisprudencia del Tribunal del Reich "da al comprador el derecho de elegir dos soluciones: o conservar la cosa y exigir que sea puesta en el estado que tendría si hubiera sido cumplida debidamente. . . o rechazar o devolver la cosa y exigir indemnización por los daños resultantes del incumplimiento del contrato entero. En la primera alternativa el comprador no puede tampoco hacer valer ninguna pretensión a la eliminación in natura o a la instauración de la cualidad prometida, sino a una indemnización en dinero, la cual empero, comprende también los daños que, a consecuencia de los vicios ha sufrido el comprador en otros bienes jurídicos (por ejemplo, a causa de la explosión de la cosa entregada)". Enneccerus, Kipp y Wolff, *op. cit.* T. II, Vol. 2, Parte 1, p. 94.

83. Ghidini, *op. cit.* p. 64.

zada por el artículo 1646 comprendía "todos los gastos que el comprador haya sido impulsado a sufragar como consecuencia de la venta viciada: gastos ocasionados por un trabajo que haya de repetir y por las dificultades específicas de esa repetición, sumas innecesariamente gastadas por el comprador"[84]. En este sentido, la jurisprudencia llegó a atribuir responsabilidad a un vendedor de buena fe de un automóvil por los daños causados a terceros en un accidente determinado por un vicio oculto del carro[85]. En el segundo aspecto, se ha consagrado una presunción de mala fe del vendedor profesional y del fabricante, quienes por razón de su oficio y los conocimientos técnicos que éste implica deben conocer el vicio oculto de la cosa. La responsabilidad de estos vendedores cuya mala fe se presume se extiende no sólo al perjuicio directamente causado al comprador por la resolución de la compraventa y el exceso del precio. "La jurisprudencia le obliga igualmente al vendedor a reparar el perjuicio que le causa al comprador un accidente determinado por el vicio de la cosa cuando el propio comprador sea afectado en su persona o bienes o cuando sea declarado responsable de los daños sufridos por terceros"[86].

Por otro lado, en el mismo Derecho argentino, los sostenedores de la tesis restrictiva de la indemnización en caso de vicios ocultos han quedado en minoría en las VIII Jornadas de Derecho Civil realizadas en la ciudad de La Plata en 1981, en las que, expresamente, se señaló que la indemnización, en caso de vicios ocultos, se extiende a los daños causados por los defectos de la cosa a la persona y bienes del comprador. Asimismo, en el Derecho español, la jurisprudencia ha recurrido a los principios generales sobre el incumplimiento de las obligaciones para salvar la dificultad teórica planteada. En tal sentido, el Tribunal Supremo ha establecido que la persona dañada por un producto defectuoso, puede recurrir al artículo 1101 del Código Civil, para hacer responsable al vendedor[87]. Esta responsabilidad, según expresa Badenes, es una especie de la responsabilidad del deudor de mala fe y por ello, se extiende a "todos los daños y perjuicios que conocidamente deriven de la falta de cumplimiento de la obligación"[88].

---

84. Planiol y Ripert, *op. cit.*, T. X, p. 140.

85. Planiol y Ripert, *loc. cit.* en nota n. 1.

86. Mazeaud, *op. cit.*, Parte III, T. III, p. 304.

87. Rojo y Fernández-Río, *op. cit.* p. 285.

88. Badenes, *op. cit.* Tomo I, p. 704.

Por lo expuesto consideramos que, a pesar de las dificultades teóricas que se plantean, los daños causados por los vicios de la cosa son indemnizables por virtud de la obligación de saneamiento, en caso que concurra el elemento subjetivo que abra la vía a la acción indemnizatoria.

2.2.2.3.6. **Plazos.** Un elemento de gran importancia práctica, que traba considerablemente la reparación de los daños causados por productos defectuosos a través de la garantía por los vicios ocultos, es la existencia de cortísimos plazos de caducidad y prescripción para la interposición de tales acciones. Así, el Código Civil italiano establece que, salvo el caso de conocimiento del vicio por el vendedor, el comprador debe denunciar el vicio al vendedor dentro de los ocho días de haberlo descubierto, bajo pena de caducidad del derecho al saneamiento. En todo caso, la acción prescribe al año de la entrega de la cosa[89]. En el Derecho alemán, aparte del caso de ocultación dolosa, las pretensiones que se fundan en un vicio o cualidad asegurada prescriben a los seis meses del suministro de la cosa, aunque hubiera sido imposible para el comprador conocer el vicio[90]. Similarmente, según el ordenamiento español, las acciones resolutoria, *quanti minoris* e indemnizatoria por razón de vicios ocultos se extinguen a los seis meses, contados desde la entrega de la cosa vendida[91]. Unicamente el Derecho francés ha establecido plazos de mayor flexibilidad, desde que el Código exige sólo que las acciones se interpongan en "un breve término", sin especificar su duración.

Es fácil percibir que, en muchos casos de responsabilidad por productos defectuosos, el daño se produce cuando ya ha caducado el derecho al saneamiento o prescrito el plazo para interponer las acciones correspondientes. En dichos supuestos, si se centra el sistema de reparación de los daños causados por productos defectuosos en la garantía contra los vicios ocultos, el dañado quedará sin remedio.

2.2.3. **Las Garantías Expresas.** Las garantías expresas consisten en afirmaciones del vendedor, dirigidas al comprador, respecto a determinadas características del bien materia del contrato. En caso que no existan en el bien tales características, se entenderá que se ha vulnerado la garantía.

---

89. Messineo, *op. cit.* Tomo V, p. 109.

90. Enneccerus, Kipp y Wolff, *op. cit.* Tomo II, Vol. II, Parte 1, p. 118.

91. Ferrandis-Villela, anotación al Tratado de Derecho Civil de Enneccerus, en Enneccerus, Kipp y Wolff, *op. cit.* Tomo II, Vol. II, parte 2, p. 122.

En algunos ordenamientos, las garantías expresas se reglamentan junto con la garantía contra los vicios ocultos. Así, bajo el régimen del BGB, procede la garantía edilicia en caso de ausencia en la cosa de las cualidades aseguradas por el vendedor. En tales casos, la responsabilidad se regulará de acuerdo con los principios a que nos hemos referido anteriormente.

En cambio, bajo otros sistemas, la ausencia de las cualidades aseguradas no pone en juego la obligación de saneamiento, sino que se considera como un supuesto de responsabilidad por incumplimiento. En tal sentido, Messineo afirma que "diversa de la acción redhibitoria es la acción ordinaria de resolución por incumplimiento específicamente dependiente de la falta de las cualidades prometidas, o de la composición o estructura material de la cosa, o bien de falta de las cualidades necesarias que son esenciales a los fines del *empleo*, o *función*, o *necesidad* a que la cosa misma, en el caso particular, está destinada"[92]. En estos casos, la responsabilidad por la falta de una cualidad asegura-

92. Messineo, *op. cit.* Tomo V, p. 110. En el mismo sentido, dice Ferrandis Vilella que "dada la distinción entre la obligación de entrega y la de saneamiento, no procederá ejercitar las acciones del saneamiento cuando lo que el comprador alegue sea la entrega de una cosa que no es la convenida ni, correlativamente, podrá pretender que se ha incumplido la obligación de entrega por el hecho de haberse entregado cosa viciada o defectuosa". En caso que falten en la cosa "las cualidades prometidas o . . . la composición o estructura material de la cosa, o bien . . . las cualidades que son esenciales a los fines de empleo o función o necesidad a que la cosa misma en el caso particular esta destinada" o en el caso de "entrega de cosa diversa a la pactada", procede la acción de resolución por incumplimiento y, en su caso, la correspondiente indemnización por daños y perjuicios. Ferrandis-Villela, anotaciones al Tratado de Derecho Civil de Enneccerus, Enneccerus, Kipp y Wolff, *op. cit.* Tomo II, Vol. II, Parte 1, pp. 130-131. Por ello tiene importancia establecer las diferencias que existen entre la presencia de un vicio redhibitorio en la cosa —que da origen al saneamiento— y la falta de identidad material o de una cualidad sustancial en el objeto, que puede dar lugar a la acción de resolución por incumplimiento y a la indemnización de daños y perjuicios. En el primer caso, de falta de identidad material, la diferencia es clara: la cosa no es la misma que aquella que fue objeto del contrato. En tal sentido puede plantearse la acción de incumplimiento de contrato por falta de entrega. En cuanto a lo segundo, la cuestión es un tanto mas compleja, puesto que la cosa entregada es la misma que se adquirió. Sin embargo, la diferencia puede establecerse teniendo en cuenta que las cualidades sustanciales son "inherentes a la propia naturaleza de la mercadería, pudiendo consistir, verbigracia, en diferencias de tejido, de fibra, de color. . . como ocurre si por ejemplo: creyendo comprar candelabros de oro los que se me vende son de cobre dorado; o si se descubre que un diamante es en realidad cristal de roca. . .". (Trigo Represas, Félix Alberto, *Vicios Redhibitorios y Diferencia de Cualidad*

da que cause daños al usuario en su persona o bienes, podrá resolverse de acuerdo con los principios generales sobre la inejecución de las obligaciones.

Por otro lado, en muchos casos, el vendedor garantiza por un determinado tiempo el buen funcionamiento de la cosa vendida. En caso de incumplimiento de esta garantía, el comprador puede exigir la sustitución o reparación de la cosa, sin perjuicio del resarcimiento del daño[93]. En estos casos, con frecuencia, la garantía de buen funcionamiento produce la sustitución legal de la responsabilidad por los vicios ocultos por otra, de naturaleza convencional[94].

Sin embargo, no es posible basar la indemnización de los daños causados por productos en la existencia de una garantía expresa. En efecto, tales garantías dependen de la voluntad del vendedor, por lo que sólo tendrán existencia cuando éste las otorga. Similarmente, su amplitud dependerá también de la voluntad del enajenante. En este sentido, en muchos casos las garantías expresas resultarán más favorables para el vendedor que para el comprador, al ser empleadas como medios para restringir la responsabilidad legal de aquél[95]. En consecuencia, no son estas garantías instrumentos idóneos para la reparación de los daños causados por productos defectuosos.

2.2.4. El Efecto Relativo de los Contratos y los Intentos de Extensión de la Responsabilidad Frente a Terceros

2.2.4.1. Introducción. Como se sabe, los contratos tienen efecto, exclusivamente, entre las partes y sus sucesores, salvo que se trate de derechos y obligaciones intransferibles[96]. Dado que la responsabilidad contractual sólo

---

Sustancial, en 1982-C La Ley 367). El vicio, en cambio "es una anomalía por la cual la cosa se distingue de todas las otras cosas del mismo género, de la misma especie, de la misma calidad". (Badenes, *op. cit.* Tomo I, pp. 684-685). A fin de cuentas, la distinción deberá hacerse para cada tipo concreto de cosas teniendo en cuenta que en cada tipo "las calidades esenciales naturales son taxativas, positivas, mientras que los vicios son innumerables y por ello pueden solamente delimitarse negativamente (vicio será todo defecto que no presupone falta de las cualidades necesarias ordinarias)". (Badenes, *op. cit.* Tomo I, pp. 685-686).

93. Messineo, *op. cit.* Tomo V, p. 114.

94. Rojo y Fernández-Río, *op. cit.* p. 167.

95. Ghidini, *op. cit.* p. 45.

96. De la Puente, Estudio sobre el Contrato Privado *cit.*, Tomo II, p. 192.

surge por la violación de deberes de esa naturaleza, en principio únicamente podrá existir entre contratantes. Así, en el caso de la responsabilidad por productos, los esquemas contractuales de reparación establecen únicamente la responsabilidad del vendedor frente al comprador del producto. Sin embargo, en la realidad los polos económicos de la circulación de los productos en el mercado son el fabricante y el consumidor, entre los cuales, el principio de la relatividad de los efectos de los contratos impide establecer una vinculación jurídica. Por ello, en las doctrinas francesa, alemana y española se han propuesto diversas construcciones teóricas, destinadas superar las dificultades que establece el principio de la relatividad de los efectos de los contratos.

En nuestra opinión, las construcciones teóricas que pretenden establecer una vinculación de carácter contractual entre el fabricante y el consumidor final presentan considerables dificultades de órden teórico y práctico. Sin embargo, dado que constituyen una visión del problema desde un ángulo distinto del que proponemos nosotros, consideramos pertinente reseñar brevemente las principales de ellas.

Siguiendo en parte la metodología utilizada por Rojo y Fernández-Río, clasificamos los intentos de extender los efectos del contrato de compraventa en dos grupos. En primer lugar, aquellos intentos que pretenden establecer una relación de carácter directo entre el fabricante y el consumidor final, sin atender a los contratos intermedios; y, en segundo lugar, aquellos que procuran formular una relación entre el fabricante y el consumidor final, con base en los diversos contratos intermedios entre ambos.

2.2.4.2. Construcciones Independientes de los Contratos Intermedios

2.2.4.2.1. Relación Proveniente de Contacto Social. Como se recuerda, la teoría de las relaciones contractuales fácticas o de las obligaciones provenientes del contacto social fue empleada por la doctrina alemana para justificar el establecimiento de una relación directa entre el fabricante y el consumidor final. A decir de Santos Briz, "en esa relación contractual fáctica, es decir, exteriorizada por manifestaciones (no, por declaraciones) de voluntad en que intervienen el fabricante y el consumidor, ambos son recíprocamente contraparte del mismo contrato, y en tal sentido podría facultarse al comprador último para ejercitar las acciones derivadas de ese contrato"[97].

97. Santos Briz, La Responsabilidad Civil *cit.* p. 669.

La tesis de la relación contractual fáctica no nos parece generalmente aceptable. En efecto, no percibimos ninguna dificultad insuperable para aceptar la naturaleza contractual de las relaciones obligatorias que surgen de la realización de una conducta social típica. Consideramos que dicha conducta traduce o manifiesta una voluntad de asumir los efectos propios de la relación jurídica correspondiente[98]. Sin embargo, no es posible admitir, en general, que la puesta en el mercado de un producto por el fabricante y su adquisición ulterior por el consumidor remoto traduzca una efectiva voluntad de ambos de establecer entre ellos vínculos jurídicos en virtud a los cuales aquel tenga el deber de indemnizar los daños que el producto pudiera causar a éste. Imputar una voluntad de obligarse en tal sentido parecería ser contrario a la realidad de las cosas.

2.2.4.2.2. Atención a la Marca de Fábrica y a la Actividad Publicitaria. Otra tesis, también desarrollada por la doctrina alemana es la que pretende otorgar la eficacia jurídica de una oferta contractual a la aposición de una marca y la actividad de promoción publicitaria del producto. De acuerdo con esta tesis, "en base a la actividad *lato sensu* de promoción publicitaria de los productos fabricados y a la marca con que se distingue una determinada producción. Se trata de individualizar una oferta contractual en sentido técnico jurídico dirigida a los adquirentes finales, en cuya virtud el fabricante se compromete a hacer llegar hasta ellos un producto de buena calidad o proceder a la reparación de los eventuales daños en caso que esta falte"[99].

Sin embargo, no creemos que la publicidad y la marca tenga el carácter de oferta negocial. La función de la marca es distinguir un determinado producto, sin que otorgue ninguna garantía al adquirente. Por otro lado, aún cuando la publicidad está destinada a fomentar la demanda de un producto, no se trata de una oferta contractual porque el anunciante no tiene la voluntad de comprometerse frente a los eventuales consumidores o usuarios del producto. En tal sentido, se ha sostenido que "la actividad publicitaria no está dirigida a provocar específicos actos de cambio sino a aumentar la posibilidad de que estos se verifiquen"[100].

---

98. De la Puente, Estudio sobre el Contrato Privado *cit.* Tomo I, p. 349.

99. Rojo y Fernández-Río, *op. cit.* pp. 156-157.

100. Rojo y Fernández-Río, *op. cit.* p. 158. En concordancia con esta noción, el Código Civil peruano otorga a la oferta al público el carácter jurídico de una invitación a ofrecer y no de una oferta contractual propiamente dicha.

Debe tenerse presente, en todo caso, que el hecho de que la marca y la publicidad no tengan una función jurídica negocial no implica que no alcancen relevancia para efectos de la responsabilidad por productos. En efecto, dichos elementos pueden tener un papel fundamental en la determinación de la defectuosidad del producto[101].

Por otro lado debe tenerse presente que si bien, tanto en el Derecho norteamericano cuanto en el Derecho europeo se consagra la responsabilidad de quien, aún sin ser el fabricante, introduce al mercado un producto como suyo, ello no implica establecer vínculo alguno de carácter contractual entre tal proveedor y el dañado por el producto defectuoso, sino sólo establecer un factor de atribución de responsabilidad extracontractual por tales daños.

2.2.4.2.3. Las Garantías Expresas. Se ha pretendido descubrir una vinculación jurídica directa entre el fabricante y el consumidor a través de las afirmaciones de éste referidas a cualidades del producto. Se considera así que tales afirmaciones constituyen promesas de garantía.

Consideramos que debe clasificarse las afirmaciones del fabricante respecto al producto en dos tipos, según el grado de concresión y especificidad que tengan y la voluntad negocial que indiquen. Así, no cabe duda de que las declaraciones de índole genérica carecen de relevancia jurídica y deben ser entendidas, más bien, como expresión de pura propaganda.

En cambio, cuando las afirmaciones del fabricante sí contienen una verdadera voluntad contractual, es indudable que son adecuadas para establecer una relación de dicha índole entre aquel a quien están dirigidas y el fabricante. Se tratará, pues, en estos casos, de lo que anteriormente hemos llamado garantías expresas o garantías de buen funcionamiento. En tales casos, sin embargo, el ámbito de la relación establecida estará limitado por los propios términos de la declaración del fabricante, por lo que, en general, no proveerá un instrumento adecuado para la reparación de los daños causados por productos defectuosos.

2.2.4.2.4. Aplicación Analógica de las Normas sobre Responsabilidad del Constructor. La doctrina española ha propuesto, como manera de establecer una responsabilidad directa del fabricante frente al consumidor, la interpretación analógica de las normas sobre responsabilidad del constructor. De

101. Stiglitz, Publicidad Comercial *cit.* p. 775.

acuerdo con el artículo 1591-I del Código Civil español, "el contratista de un edificio que se arruinase por vicios de construcción responde de los daños y perjuicios ocasionados si la ruina tuviere lugar dentro de diez años contados desde que se concluyó la construcción"[102]. La jurisprudencia ha declarado que dicha norma "no distingue si el inmueble ha cambiado o no de propietario. La obligación legal de indemnizar. . . está establecida en favor de cualquier propietario que adquiere el inmueble, siempre que la reclamación se efectúe en el tiempo que la ley señala"[103]. Por otro lado, la responsabilidad se extiende también a los daños causados a terceras personas tales como los propietarios de inmuebles colindantes[104].

La responsabilidad del constructor, se expresa, presenta un "paralelismo con las hipótesis de responsabilidad civil del fabricante [que] resulta notorio; diríamos que se trata de la manifestación parcial de un principio general: la obligación legal de reparar el daño causado que incumbe al profesional que no ha desempeñado la actividad que le es propia con arreglo a la *lex artis* o pericia profesional"[105].

Cabe objetar a la interpretación analógica de las normas sobre la responsabilidad del constructor a la responsabilidad del fabricante el que pretenda extender en vía de interpretación supuestos que son excepcionales. En efecto, no cabe duda de que existen algunas similitudes entre el supuesto de hecho de la responsabilidad del constructor y el de la responsabilidad del productor. Sin embargo, también existen grandes diferencias entre ambos, derivadas de la falta de identidad entre la actividad de construcción –típicamente individualizada– y la de producción –masiva y seriada–. Por otro lado, el supuesto legal de la responsabilidad del constructor es una hipótesis excepcional de responsabilidad. Por tanto, no es susceptible de aplicación analógica más allá del supuesto de hecho contemplado por la norma.

2.2.4.3. Construcciones Dependientes de los Contratos Intermedios.

2.2.4.3.1. Integración de los Contratos Intermedios. La doctrina alema-

---

102. Rojo y Fernández-Río, *op. cit.* p. 145.

103. Rojo y Fernández-Río, *loc. cit.* En el mismo sentido, Santos Briz, La Responsabilidad Civil *cit.* p. 672.

104. Santos Briz, *loc. cit.*

105. Rojo y Fernández-Río, *loc. cit.*

na, en especial Diedrichsen, destaca ciertas peculiaridades de la venta al público de mercancías, que permitirían desvirtuar la autonomía de los diversos y sucesivos contratos de compraventa en virtud de los cuales el producto llega desde el fabricante hasta el consumidor final[106].

En efecto, se señala, "la salida de mercancías implica diversos contratos de compraventa unidos entre sí: el fabricante vende al mayorista, éste al comerciante intermediario o minorista y a través de este la mercadería llega al usuario. Por tanto, la venta de mercaderías es sólo completa cuando se ha efectuado esta serie de contratos necesariamente vinculados recíprocamente. Ni la venta de la mercancía al mayorista, ni la venta ulterior de éste al minorista, tiene significación aislada, y es únicamente como negocios auxiliares integrantes del movimiento que parte del fabricante y llega hasta el usuario que todos esos contratos adquieren importancia. . . Mientras la compraventa normal persigue poner al comprador en poder y posesión de la cosa. . . no puede decirse esto de la venta del fabricante al mayorista y de éste al intermediario minorista. Estas ventas intermedias quedan así vacías de sentido y sirven únicamente a un formalismo de transmisión. . El usuario es el que adquiere definitivamente la cosa para aprovecharse de ella, es él quien soporta, en su caso, los vicios o defectos que pudiera tener"[107].

Por otro lado, esta tesis destaca la labor de la publicidad, la marca y las garantías del fabricante, como elementos que privan de autonomía a los contratos intermedios. "La vinculación directa entre productor y consumidor", indica Santos Briz, "se efectúa a través de las garantías que aquel concede a éste y también mediante la propaganda dirigida al cliente"[108]. Todo ello lleva a afirmar que "tenemos, por un lado, un complejo de contratos, generalmente de compraventa, que comienzan en el fabricante o primer vendedor y terminan en el consumidor particular o último comprador, complejo o estructura contractual que forma una cadena que se caracteriza por la finalidad unitaria que el conjunto persigue. Esta cadena condensa su eficacia jurídica en los dos polos, de manera que los contratos intermedios sólo obtienen sentido a través de la conexión con uno de dichos polos; estas ventas intermedias no tienen un contenido de auténticos contratos de esta clase. . ."[109].

---

106. Seguimos, en este aspecto, la exposición que realiza Santos Briz, La Responsabilidad Civil *cit.*, pp. 636-641.

107. Santos Briz, La Responsabilidad Civil *cit.* pp. 638-639.

108. Santos Briz, La Responsabilidad Civil *cit.* p. 639.

109. Santos Briz, La Responsabilidad Civil *cit.* p. 680.

La tesis que tenemos expuesta constituye, sin duda, un interesante y original ejemplo de construcción teórica. Sin embargo, no puede dejar de reconocerse que considerar privados de autonomía propia a los contratos intermedios en la cadena de distribución de un producto resulta exagerado e improcedente. En efecto, no es posible desaparecer de un plumazo la multitud de intereses, derechos y obligaciones, reguladas por todos esos contratos, considerando que sólo tienen sentido cuando se conectan con el fabricante o el consumidor.

2.2.4.3.2. **El Contrato a Favor de Tercero.** Según esta teoría, también aplicada por la doctrina alemana a la responsabilidad por productos, el fabricante, como promitente y el vendedor intermedio, como promisario, han pactado que el fabricante asume un deber de garantía frente al consumidor, quien asume la función de tercero en la relación. Otras construcciones análogas empleadas también por la doctrina alemana son las de "contrato con eficacia protectora para tercero" y "liquidación de daños en interés de tercero", que hemos comentado en páginas anteriores.

En general, cabe sólo expresar respecto a estas tesis que resultan sumamente artificiales, en cuanto imputan voluntades de cesión de acciones y de transferencia de efectos jurídicos, más allá de lo que resulta realista.

2.2.4.3.3. **Asimilación del Revendedor a un Auxiliar del Fabricante.** Otra tesis que ha formulado, esta vez la doctrina española, para establecer una relación directa entre el fabricante y el consumidor final es aquella que considera que los revendedores intervienen en la cadena de distribución del producto como meros auxiliares o dependientes del fabricante. De acuerdo con esta concepción se asimila la figura del revendedor con la del factor notorio contemplada por el artículo 286 del Código de Comercio español. Según esa disposición, "los contratos celebrados por un factor o apoderado general de un establecimiento mercantil, cuando notoriamente pertenezca a una empresa conocida, se entenderán hechos por el titular de esa empresa, aun cuando el factor no lo haya expresado al tiempo de celebrarlos"[110]. Se establece así una analogía, correspondiendo la condición de factor al revendedor y la de propietario de la empresa al fabricante.

Similarmente a lo que sucede con otras teorías que pretenden extender los efectos del contrato, ésta también adolece de artificialidad. No es

110. Rojo y Fernández-Río, *op. cit.* p. 151.

posible imputar sin un fundamento jurídico claro una facultad de representación del fabricante al vendedor; ni menos aún limitar arbitrariamente tal representación sólo para algunos efectos indemnizatorios y no para otros.

2.2.4.3.4. Cesión de Créditos y Transmisión de la Garantía por los Vicios Ocultos. Expone Santos Briz que otra manera de permitir al adquirente final llegar hasta el fabricante, es mediante la noción de transmisibilidad de las obligaciones o cesión de créditos. De este modo, se entendería que en todas las sucesivas compraventas realizadas en la cadena de distribución de un producto, cada uno de los vendedores cedió a su comprador los créditos que, por razón de los vicios que pudiera tener la cosa, tenía contra su comprador.

Por otro lado, según la tesis que postula la transmisión de la garantía por los vicios ocultos de las cosa, se considera que "el comprador o adquirente recibe todas las acciones transmisibles que garantizan su dominio y defienden los derechos inherentes a la propiedad", incluída la garantía por los vicios ocultos, las que se transmiten como accesorios de la cosa vendida[111]. Esta posición se basa en la constatación de que "el sujeto... interesado de modo principal y directo en la calidad del bien no es tanto el intermediario, el cual recibe el producto con el fin exclusivo de redistribuirlo, cuanto el adquirente final"[112]. Como se recuerda, esta consideración de la transmisibilidad de la garantía por vicios como un accesorio de la cosa ha sido el fundamento del desarrollo de la llamada acción directa por la jurisprudencia francesa.

La teoría que considera existente una cesión convencional de los créditos de cada intermediario de la cadena comercial frente a su vendedor a su respectivo comprador, adolece del mismo carácter de artificialidad que hemos venido reprochando a las tesis extensivas. En cambio, la transmisión de la garantía por los vicios ocultos a los adquirentes posteriores de la misma, parece aceptable, de tener un fundamento normativo claro. Sin embargo, aún en tal caso, subsistirán las dificultades provenientes del régimen sustantivo de la garantía, fundamentalmente del requisito de una conducta dolosa o culposa por parte del enajenante así como de la brevedad de los plazos de prescripción o caducidad de la garantía.

2.2.4.3.5. Asimilación de las Ventas Intermedias a Negocios Fiduciarios. Se considera, de acuerdo con esta tesis que "la transitoriedad de los derechos

111. Santos Briz, La Responsabilidad Civil *cit.* p. 672.

112. Rojo y Fernández-Río, *op. cit.* p. 148.

sobre las cosas a favor de los comerciantes intermediarios, su poder de disposición que se dirige únicamente a la reexpedición de la cosa sin alterarla, o últimamente su papel de mero receptor y transmisor de las reclamaciones de los clientes... indican que [la posición del revendedor es]... una posición jurídica *sui generis* que no es la del comprador que adquiere la propiedad plena de la cosa... Fácil es colegir, a la vista que estamos ante una figura semejante a la del negocio fiduciario"[113].

La artificialidad de esta postura teórica nos releva de mayores comentarios.

2.2.5. Apreciación General. Al apreciar, en general, las tesis contractualistas de la responsabilidad por productos, a la luz de la estructura de la responsabilidad contractual en el marco del contrato de compraventa, cabe formular las siguientes observaciones.

En primer lugar, al nivel de las relaciones entre las partes inmediatas del contrato, es decir, comprador y vendedor, las tesis contractualistas contienen distorsiones de la estructura de la responsabilidad en el contrato de compraventa. Así, en el campo de la responsabilidad por incumplimiento, extienden inopinadamente las obligaciones que corresponden al vendedor, añadiendo a las obligaciones de transferir la propiedad y entregar la cosa, la obligación de no dañar al comprador en su integridad personal o en sus bienes. Por otro lado, cuando se basan en la obligación de saneamiento, olvidan diversos elementos de dicha obligación que impiden una adecuada reparación de los daños causados por productos defectuosos.

Por otro lado, al pretender extender la responsabilidad contractual a terceros, se ven obligadas a recurrir a una serie de teorías sin mayor base legal o fáctica. Sin embargo, a pesar de ello, no alcanzan a proteger al consumidor no comprador ni al tercero no consumidor, que pueden resultar dañados por el producto defectuoso. En este sentido, escribía William Prosser, a propósito de los intentos de la jurisprudencia norteamericana de extender la responsabilidad contractual a terceros, "Nadie duda que, a no ser que exista una relación contractual directa *(privity of contract)*, la responsabilidad frente al consumidor debe ser extracontractual y no contractual. No hay necesidad de tomar prestado un concepto del derecho de los contratos; y es sólo mediante violen-

113. Santos-Briz, La Responsabilidad Civil *cit.* p. 670.

tas contorsiones que puede lograrse que la responsabilidad contractual sirva para este propósito de alguna manera. . ."[114].

La falta de adecuación de la estructura de la responsabilidad contractual a la responsabilidad por productos defectuosos, no es casual. Ella se debe a que la función de la responsabilidad contractual en el marco del contrato de compraventa no es proveer a la reparación de los daños causados a la integridad personal y a los bienes de las personas por los productos defectuosos, sino proteger el interés económico de las partes del contrato. Con esta afirmación pasamos a tratar el tema de las posiciones contractuales a la luz de la función de la responsabilidad contractual.

2.3. La Función de la Responsabilidad. El contrato de compraventa es el negocio jurídico de cambio por antonomasia. Su sustrato económico es la circulación de los bienes en el mercado y, por tanto, "es el principal vehículo de tal circulación y de la satisfacción de las más variadas necesidades del sujeto comprador"[115]. De ahí, pues, que los principios que sustentan la regulación jurídica del contrato de compraventa están destinados a dar a las partes instrumentos adecuados para obtener la ejecución de los acuerdos a que llegan libremente en el mercado o la indemnización por la frustración de sus expectativas, en caso de incumplimiento. El derecho de los contratos "confía en el funcionamiento del mercado para llegar a un resultado socialmente deseable. Reconoce la intención de las partes porque presume que ellas tienen información adecuada y suficiente capacidad de negociación como para llegar a un acuerdo que promueva los intereses del comprador, del vendedor y de la sociedad en su conjunto"[116].

La seguridad del comprador no es, normalmente, uno de los elementos que entran dentro de los derechos y obligaciones intercambiados en un contrato de compraventa. Por otro lado, aún cuando el comprador tenga espectativas respecto a la seguridad del producto que adquiere, tales espectativas no se integrarán, en la generalidad de los casos, con el contenido obligacional del contrato, en la medida en que las partes no las toman en consideración para

114. Citado por Kaprelian, *op. cit.* p. 529, en nota 84.

115. Messineo, *op. cit.* Tomo V, p. 53.

116. Kaprelian, *op. cit.* p. 524. En el mismo sentido, Clark, The Conceptual Basis *cit.* p. 530; Schwartz, Foreword *cit.* p. 449.

fijar las prestaciones a cargo de cada una de ellas[117]. La responsabilidad contractual en el contrato de compraventa se desarrolla "para proteger a los adquirentes de los daños económicos intangibles sufridos como consecuencia de la frustración de sus expectativas sobre el valor, eficacia o deseabilidad del producto para servir a sus necesidades. . . [y no] para asegurarlos contra conductas peligrosas"[118]. Por ello, no es función de la responsabilidad contractual la reparación del daño ocasionado por un accidente imprevisto, ocurrido por un defecto de la cosa vendida.

La responsabilidad extracontractual, en cambio, regula intercambios de derechos y obligaciones forzados, con el objeto de remediar daños ocurridos sin ninguna previsión previa entre las partes al respecto[119]. El principio que guía la reparación, aquí, no es el de las expectativas de las partes, en la medida en que no han existido tales expectativas. Más bien, se trata de un principio de solidaridad social, que impone la indemnización de los daños.

2.4. Conclusión. Los intentos de emplear la responsabilidad contractual para establecer un régimen de reparación de los daños causados por productos defectuosos no han obtenido resultados satisfactorios. En efecto, la función de la responsabilidad contractual es proteger los intereses económicos de las partes, haciendo exigibles las promesas que estas se formulan mutuamente. En consecuencia, los intereses que se busca proteger son fundamentalmente económicos. En el contrato de compraventa, ello se refleja en el objetivo de proteger el interés económico de las partes del precio y en la cosa, respectivamente. La estructura de la responsabilidad contractual se adecúa a esta función, y contiene los elementos necesarios para permitir a las partes exigirse mutuamente el cumplimiento de las promesas formuladas, o la indemnización de los daños causados por el incumplimiento. Surge, en tal sentido, del incumplimiento o cumplimiento defectuoso de las obligaciones del contrato, y no se extiende más allá de ellas.

Cuando se intenta aplicar este esquema a un problema totalmente distinto, como el de la reparación de los daños causados en accidentes ocasiona-

---

117. Sin embargo, en caso que sí se integraran tales espectativas con el contenido del contrato, habría de convenir que se ha "contractualizado", por la voluntad de las partes, la responsabilidad proveniente de los accidentes causados por la cosa.

118. Prosser y Keeton, *op. cit.* p. 680.

119. Clark, The Conceptual Basis *cit.* p. 326.

dos por productos defectuosos, se presentan innumerables dificultades, porque se está pretendiendo realizar una función determinada con un instrumento que no es adecuado para ella. En este sentido, Karl Llewellyn denominaba a dichos procedimientos contractuales "herramientas encubiertas" *(covert tools)* y señalaba "el efecto neto es una confusión innecesaria e impredecibilidad, junto con remedios inadecuados y males que persisten... Las herramientas ocultas nunca son herramientas confiables"[120].

En realidad, las teorías que pretenden aplicar la responsabilidad contractual a la reparación de los daños causados por productos defectuosos, lo que hacen es "descontractualizarla", privarla de sus elementos propios y asimilarla cada vez más a la responsabilidad extracontractual. El proceso parece evocar las observaciones de Grant Gilmore, según quien "lo que está pasando es que el contrato está siendo reabsorbido hacia la corriente de la responsabilidad extracontractual [*tort*] ... Estamos aproximándonos rápidamente al punto en que... cualquier detrimento razonablemente incurrido por un demandante que actúa confiando en las afirmaciones del demandado debe ser compensado. Cuando ese punto sea alcanzado, no habrá realmente ninguna diferencia entre la responsabilidad contractual y la responsabilidad extracontractual. Podemos tomar el hecho de que la indemnización del daño contractual se ha hecho indistinguible de la indemnización del daño extracontractual como un reflejo de [que] ... ambos campos... se están gradualmen-

120. Citado por Kaprelian, *op. cit.* p. 529, en nota 83. Sostenía Llewellyn que "las herramientas legales para proporcionar cualquier remedio son confusas, inciertas, no guían a las cortes de primera instancia y conducen a una avalancha de apelaciones... Si, por ejemplo, uno procede a lo largo de las líneas de la garantía, se enfrenta a corte tras otra que dice 'Pero un niño no puede ser titular de la acción'. Incluso puede uno encontrarse con una corte que diga, 'cuando una esposa compra, lo hace como representante de su esposo; en consecuencia, ella no es titular de la acción...". Citado por Kaprelian, *op. cit.* p. 529, en nota 84.

Nótese que las dificultades reseñadas se presentan cuando todas las relaciones contractuales que han habido a lo largo de la cadena de distribución del producto han sido contratos de compraventa. Sin embargo, puede muy bien ser que a lo largo de dicha cadena se hayan intercalado figuras contractuales distintas, como donaciones, locaciones de servicios o de obra, etc. Ello introduce un nuevo elemento de complicación en el esquema contractual de reparación. Como dice Dahl, *op. cit.* p. 87, "sería extraño que las reglas de la responsabilidad por los daños causados por productos variasen de acuerdo con el tipo de contrato involucrado. Las reglas de la responsabilidad por productos deben ser independientes del tipo de contrato...".

te fusionando y volviendo uno"[121]. En tal sentido, Ordoqui y Olivera han afirmado que "la distinción propugnada entre los institutos de la responsabilidad contractual y la responsabilidad extracontractual se desvanece perdiendo importancia"[122].

El problema de la reparación de los daños causados por productos defectuosos, es parte de la cuestión de los daños causados por accidentes. En consecuencia, no pertenece al ámbito de la responsabilidad contractual, sino que es un problema típicamente extracontractual. Este es el enfoque que en el mundo contemporáneo se da a la cuestión. Atrás han quedado las épocas de las garantías implícitas sucesivamente transmitidas, de la acción contractual por vicios ocultos ejercitable directamente contra el fabricante, y de la obligación de seguridad. Se ha impuesto, en el Derecho comparado, un tratamiento del problema acorde con su naturaleza. Esta es la posición del Derecho norteamericano, pionero en este tema, y también la de la Directiva del Consejo de la Comunidad Europea, el más moderno tratamiento legislativo de la cuestión. Como lo señaló la Corte Suprema de California en la histórica decisión del caso *Greenman v. Yuba Power Products Inc.*, "los remedios de los consumidores no deben depender de las complicaciones de la legislación sobre compraventas".

121. Gilmore, Grant. *The Death of Contract*, Ohio State University Press, Columbus, Ohio, 1974, pp. 87-88.

122. Ordoqui y Olivera, *op. cit.* Vol. II, p. 51.

SECCION CUARTA

APLICACION DE LA RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL ENTRE CONTRATANTES: EL PROBLEMA DEL CUMULO O LA OPCION DE RESPONSABILIDADES

1. Introducción

Hemos visto ya cómo la responsabilidad por productos defectuosos no se adecúa a la estructura ni a la función de la responsabilidad contractual. Por ello, debe concluirse que la responsabilidad por productos es de carácter extracontractual. Ante esta conclusión debemos preguntarnos, sin embargo, si es posible aplicar la responsabilidad extracontractual aun entre las partes que resulten vinculadas por un contrato de compraventa.

Como hemos señalado, de acuerdo con su estructura propia, la responsabilidad contractual proviene de la violación por el deudor de un derecho de crédito. En cambio, la responsabilidad extracontractual proviene de la violación del deber general de no dañar a otro insito en el ordenamiento jurídico. De acuerdo con ello, sería en principio bastante fácil reconocer los supuestos de hecho que dan origen a cada tipo de responsabilidad. Sin embargo, en algunos casos, un mismo hecho dañino podrá suponer tanto el incumplimiento de una obligación determinada cuanto la violación del deber general de no dañar. En palabras del doctor José León Barandiarán, "puede ocurrir que un hecho por el cual el deudor infringe una obligación convencional importe al propio tiempo violación de algún derecho subjetivo [absoluto] del acreedor. Es factible que con dicha emergencia se estime que se ha perpetrado un acto ilícito. Este es el caso especialmente cuando la violación del contrato contiene también la violación de deberes jurídicos que cada uno debe respetar frente a

los demás. Entonces surge la responsabilidad concurrente... la proveniente del contrato se presenta junto con la descendiente de acto ilícito"[123].

Ante esta concurrencia de responsabilidad se presenta el problema del cúmulo o de la opción entre responsabilidades. La cuestión es determinar si cabe permitir al dañado, en tal caso, elegir entre la responsabilidad aquiliana o la contractual, de acuerdo con su conveniencia o hasta intentar una acción híbrida, invocando de cada régimen lo que le conviene[124].

Este problema se planteará en la responsabilidad por productos cuando se considere que la entrega de un producto defectuoso ha constituído un incumplimiento o cumplimiento defectuoso de las obligaciones que por virtud de un contrato celebrado entre ambos corresponden a quien entrega el producto frente al dañado. Así, por ejemplo, si el vendedor se compromete a entegar un producto totalmente inocuo y entrega uno que adolece de un defecto que lo vuelve peligroso y que ulteriormente causa daños al comprador. Se presenta entonces la cuestión de determinar si el comprador dañado puede accionar únicamente a través de la responsabilidad contractual o si puede recurrir al apoyo de las normas sobre la responsabilidad extracontractual.

La cuestión del cúmulo o la opción de responsabilidades es una de las mas confusas y debatidas en la doctrina jurídica civilista. Dicen, en tal sentido los Mazeaud y Tunc que "pocas cuestiones son tan discutidas y tan oscuras" como ésta[125]. A continuación referiremos de manera muy resumida, y sin profundizar en ellas, las principales posiciones que se han planteado respecto a este problema. Finalmente expondremos nuestra opinión, favorable a la acumulación de responsabilidades.

2. Posiciones Contrarias a la Opción y a la Acumulación

Una posición, desarrollada fundamentalmente por la doctrina y la jurisprudencia francesass, es contraria a la posibilidad de que el dañado, en ca-

---

123. León Barandiarán, Comentarios al Código Civil Peruano *cit.* p. 389. En el mismo sentido, Larenz, *Derecho de Obligaciones,* Tomo I, pág. 648; Alterini, *op. cit.* p. 46; Santos Briz, La Responsabilidad Civil *cit.* pp. 98-99.

124. Mazeaud-Tunc, *op. cit.* Tomo I, Vol. I, pág. 253; Alterini, *op. cit.* pp. 51-52.

125. Mazeaud-Tunc, *op. cit.* Tomo I, Vol. 1 p. 251.

so de concurrencia de responsabilidades, pueda optar o acumular responsabilidades[126]. Esta posición se apoya, en términos generales, en una interpretación de la voluntad de las partes del contrato, en el sentido de excluir toda responsabilidad no contemplada en éste. En tal sentido, dicen Planiol y Ripert que "toda limitación contractual a la responsabilidad debe ser considerada como una manifestación implícita de voluntad que descarta las reglas de la responsabilidad extracontractual que vendría a agravarla. . . Por tanto, hay que rechazar toda acumulación"[127]. De acuerdo con éste criterio, se considera que las reglas de la responsabilidad contractual derogan a las de la responsabilidad extracontractual, ya que el sujeto, al contratar, ha elegido someterse a aquellas y no a éstas: "un mismo sujeto no puede ser, a la vez, parte y tercero; al contratar ha elegido de una vez por todas"[128]. Se ha observado también, en esta línea, que "es la ley la que reconduce al ámbito del contrato la disciplina de ciertos intereses, ya provistos de una disciplina general; con lo que se sobreentiende que es la ley misma la que adopta al esquema contractual la protección de tales intereses abandonando las líneas y criterios de su general protección"[129].

En el caso de la responsabilidad por productos esta tesis implicará, en general, que si el supuesto dañoso se considera un incumplimiento contractual, la parte dañada sólo podrá reclamar la indemnización correspondiente a su contraparte, a través de una acción contractual. Por otro lado, si el hecho de entrega de un producto defectuoso no es considerado un incumplimiento de contrato, la parte dañada tampoco podría recurrir a la acción extracontractual. En efecto, sostienen los Mazeaud y Tunc que "si un contratante pudiera, a falta de responsabilidad contractual, invocar la responsabilidad aquiliana, el contrato ya no tendría más trascendencia entre las partes: admitir esto valdría tanto como negar el principio de que la medida de las obligaciones que las partes contraen al contratar queda librada, precisamente, a la ley del contrato"[130].

---

126. Carbonnier, *op. cit.* p. 155; Santos Briz, La Responsabilidad Civil *cit.* pp. 98-99; Peirano Facio, *op. cit.* p. 94; Bustamante Alsina, Teoría General *cit.* pág. 76; Tamayo, *op. cit.*, p. 73.

127. Planiol y Ripert, *op. cit.*, Tomo X, p. 691.

128. Carbonier, *op. cit.* p. 154.

129. de Cupis, *op. cit.* pp. 163-164.

130. Mazeaud-Tunc, *op. cit.* núm. p. 91.

La posición contraria a la opción y a la acumulación de responsabilidades ha sido consagrada, con una sola excepción, por el Código Civil argentino, cuyo artículo 1107, ubicado sistemáticamente en el título IX de la Sección II del Libro II, titulado "De las obligaciones que nacen de los hechos ilícitos que no son delitos" establece "los hechos o las omisiones en el cumplimiento de las obligaciones convencionales no están comprendidos en los artículos de este Título si no degeneran en delitos de derecho criminal"[131]. Esta misma tesis parecería haber sido aceptada por la jurisprudencia española[132].

3. Posiciones Favorables a la Opción

Las posiciones que favorecen la admisión de la acumulación u opción de responsabilidades lo hacen bajo el convencimiento de que la responsabilidad aquiliana es la responsabilidad de Derecho común, que posee un alcance absolutamente general en razón de su naturaleza, de su objeto y de los principios superiores que consagra. De acuerdo con ello, la responsabilidad extracontractual no puede ser, en principio, excluída por la responsabilidad contractual[133].

Esta tesis ha sido aceptada en forma prácticamente unánime por la jurisprudencia y la doctrina alemanas. Así, señalan Enneccerus y Lehman que "el deber jurídico general cuyo quebrantamiento constituye el acto ilícito no puede ser eliminado por la circunstancia de que un contrato fuera lo que primero haya dado la posibilidad de la intervención contraria a derecho en la esfera jurídica de los bienes de otro. El contrato robustece el deber jurídico, pero no lo suprime"[134].

La fundamentación de la tesis favorable a la acumulación de responsabilidades está en la apreciación de que la tesis contraria "significaría el desplazamiento de las normas sancionadores por los principios de las responsabilidad por infracción del contrato, y acarrearía al perjudicado una injustificada desventaja, ya que la responsabilidad por acto ilícito. . . en ciertos casos

---

131. Alterini, *op. cit.* p. 43.

132. Diez-Picazo, *op. cit.* Tomo VI, p. 607.

133. Peirano Facio, *op. cit.* p. 93.

134. Enneccerus, Kipp y Wolff, *op. cit.* Tomo II, Vol. II, Parte 2, p. 1047.

es más intensa que por violación de contrato"[135]. Como lo expresa de Cupis. "no parece justo que sólo porque uno ha concluído un contrato con otro se pueda decir que ha renunciado a la defensa de que habría podido gozar independientemente del contrato; en puridad no puede hablarse de renuncia o restricción de la tutela jurídica sino por el contrario, de reforzamiento e integración de ella. En la realidad de la vida, el que concluye un contrato no piensa precisamente en circunscribir sino mas bien en ampliar la tutela del propio interés"[136]. Añade este autor que "mucho más conforme con la realidad de los hechos es considerar que el fin del legislador ha sido suministrar al contratante, en cuanto tal, un instrumento ulterior en defensa de sus intereses, sin tener que sustraerlo de aquella otra defensa general que le compete independientemente de su especial cualidad de contratante"[137].

La acumulación u opción de responsabilidades ha sido aceptada también por las jurisprudencias italiana[138]; belga[139]; holandesa[140]; suiza[141], etc. Es así mismo, un principio reconocido generalmente en el *common law*. Finalmente, parte de la doctrina francesa, discrepando de la posición mayoritaria, se pronuncia también en forma favorable a la opción o acumulación de responsabilidades[142].

---

135. Larenz, Derecho de Obligaciones *cit.* Tomo I, p. 649.

136. de Cupis, *op. cit.* p. 163.

137. de Cupis, *op. cit.* p. 164.

138. Santos Briz, La Responsabilidad Civil *cit.* p. 99; Trabucci, *op. cit.* p. 219; Messineo, *op. cit.* Tomo VI, p. 570. Por sentencia de 10 de Octubre de 1965, la Corte de Casación italiana expresó "Esta corte ha aceptado constantemente el concurso de la acción por responsabilidad contractual con aquella derivada de la responsabilidad extracontractual cuando el hecho ilícito viola no sólo los derechos derivados del contrato, sino también los derechos que pertenecen al perjudicado independientemente del referido contrato. Y ésta es la razón por la que la eliminación de una acción por la otra no se encuentra justificada cuando el hecho ilícito, único en su génesis, constituye la violación de un derecho doble: aquel derecho amparado por el contrato y el que corresponde al deber general de no inferir daño a otro". Citada por de Trazegnies, La Responsabilidad Extracontractual *cit.* núm. 622.

139. Fontaine, *op. cit.*

140. Hondius, *op. cit.*

141. von Tuhr, *op. cit.* Tomo II.

142. Así, expresa Savatier, *op. cit.* Tomo I, núm. 148, que "uno no ve por-

Esta es, en nuestra opinión, la tesis que debe ser aceptada. La opción o acumulación de responsabilidades es una exigencia de la justicia. En efecto, no se ve el porqué ha de privarse a un contratante de la protección a la que todas las personas tiene derecho, simplemente porque ha ingresado en una relación obligatoria con una persona determinada. Es absurdo pensar que al celebrar un contrato una persona renuncia frente a su contraparte contractual a toda la protección que el ordenamiento jurídico otorga a sus derechos, con la única excepción de aquella establecida por el contrato. Dicha renuncia sólo existirá en los casos en que haya sido expresamente aceptada por la parte, y tendrá validez dentro de los límites que el Derecho impone a la autonomía de la voluntad. Sin embargo, en ningún caso se justifica presumir tal voluntad de renuncia.

4. Opción y Acumulación

Diversos autores consideran que, al hablarse de "acumulación" con relación a la posibilidad de que un contratante recurra a la responsabilidad extracontractual con el fin de obtener la indemnización de los daños causados por el incumplimiento o cumplimiento defectuoso de una obligación contractual, se esta incurriendo en una confusión terminológica. Así, Ripert considera que "la expresión *acumulación* es mala; la víctima no puede acumular las reparaciones. Debe hablarse en realidad de una opción ya que la víctima extingue su derecho al ejercer la acción delictual"[143].

Sin embargo, si bien es cierto que, en ningún caso, la víctima deberá recibir doble indemnización por el mismo daño, lo que constituiría un enriquecimiento indebido, no debe dejar de reconocerse que ese no es el único sentido que puede darse a la expresión "acumulación de responsabilidades". En efecto, tal como lo reconocen los Mazeaud y Tunc, puede entenderse que la acumulación supone solamente "otorgar a la víctima una acción única, en la cual se le admitiría que invocara a la vez los principios contractuales y los principios delictuales, con elección dentro de cada régimen de las reglas que

---

qué, si una culpa viola, a la vez, contra una misma víctima, una obligación contractual y un deber no contractual, la existencia de un contrato privará a la víctima de la acción delictual. Con mayor razón, la violación de un deber contractual para con la víctima no debe quitar el beneficio de una responsabilidad legal derivada del artículo 1384. . .".

143. Ripert-Boulanger, *op. cit.* p. 39. En el mismo sentido, Mazeaud-Tunc, *op. cit.* Tomo I, Vol. I, p. 252 y Peirano, *op. cit.* p. 90.

le fueran favorables"[144]. De esta manera, la acumulación de responsabilidades es un concepto cuya admisibilidad no debe negarse de plano.

Por otro lado, es forzoso reconocer que, en muchos casos de concurrencia de responsabilidades, el otorgamiento de una opción a la víctima supondrá necesariamente que se le dé la posibilidad de acumular la responsabilidad contractual con la responsabilidad extracontractual. En efecto, en estos supuestos podrán concurrir dos tipos de daños. Por un lado, daños al interés contractual de la víctima; es decir, propiamente, daños al derecho de crédito de la misma, existente únicamente por virtud del contrato y frente a la contraparte contractual. Por otro lado, daños a derechos subjetivos de carácter absoluto, que tienen existencia de manera independiente de la relación obligatoria entre el agente y la víctima. Ante esta situación, se observa que el daño al interés contractual sólo será indemnizable mediante una acción contractual, pues no se encuentran involucrados, en este aspecto, derechos oponibles *erga omnes*, cuya violación pueda hacer surgir la responsabilidad extracontractual[145]. Se trata, en este caso, de daños provenientes del incumplimiento contractual, entendido en sentido estricto. En cambio, los daños a los derechos subjetivos absolutos de la víctima son daños que pueden dar lugar a un supuesto de responsabilidad extracontractual. Además, en la medida en que estos daños resulten consecuencia adecuada y previsible del incumplimiento, los mismos serán también indemnizables a través de una acción contractual. Es respecto de éstos últimos daños –contractuales y extracontractuales a la vez– que se perfila propiamente el problema de la opción.

De esta manera, pueden distinguirse tres áreas de daños en una hipótesis de concurrencia de responsabilidades: En primer lugar, daños al interés contractual del adquirente del producto; en segundo lugar, daños a derechos subjetivos absolutos del adquirente, que sean consecuencia adecuada y previsible del incumplimiento o cumplimiento defectuoso del contrato; y, en tercer lugar, daños a derechos subjetivos absolutos del adquirente, que sean consecuencia adecuada de un hecho del enajenante del bien, pero no consecuencia adecuada y previsible del incumplimiento o del cumplimiento defectuoso del contrato. Los daños del primer grupo, serán indemnizables únicamente a tra-

144. Maezaud-Tunc, Tomo I, Vol. I, p. 253. En el mismo sentido, Alterini, *op. cit.* p. 52.

145. Savatier, *op. cit.* Tomo II, núm. 152; León Barandiarán, Comentarios al Código Civil Peruano *cit.* p. 392.

vés de una acción de responsabilidad contractual[146]. En cambio, los daños mencionados en segundo lugar, serán indemnizables tanto a través de una acción contractual cuanto de una acción extracontractual. Asimismo, las mencionadas en tercer lugar serán indemnizables únicamente a través de una acción de responsabilidad extracontractual[146].

De acuerdo con lo anteriormente expuesto, toda opción necesariamente supondrá una acumulación de responsabilidades, a no ser que se quiera colocar a la víctima en una posición injustamente desventajosa. Si no se permite una acumulación, sino sólo una opción en sentido estricto (es decir, si se da a la víctima la alternativa de apoyarse en las normas de la responsabilidad contractual o en las de la responsabilidad extracontractual), se estará forzando a la víctima a abandonar la pretensión a que se le indemnize el daño exclusivamente contractual (daño a su derecho de crédito, que no implique lesión de derechos subjetivos absolutos), para perseguir la reparación del daño puramente extracontractual (daño a sus derechos subjetivos absolutos que no sea consecuencia adecuada y previsible del incumplimiento), o a renunciar a la indemnización de este último daño para intentar la reparación del daño a su interés contractual.

En consecuencia, debe permitirse a la víctima acumular la responsabilidad contractual con la extracontractual, no en el sentido de permitírsele exigir una doble indemnización, sino en el sentido de autorizarla a exigir el resarcimiento de todo el daño del que sea responsable el autor, tanto contractualmente cuanto extracontractualmente. Así, para la indemnización del daño exclusivamente contractual, la víctima deberá apoyarse en la responsabilidad contractual; para la indemnización del daño exclusivamente extracontractual, deberá acudir a la responsabilidad extracontractual; y, finalmente, para la indemnización del daño indemnizable contractual y extracontractualmente, podrá elegir entre cualquiera de ellas. En tal sentido, expresa Larenz, "si la violación de contrato implica al mismo tiempo un acto ilícito en el sentido de los artículos 823 y siguientes, el lesionado ha de hallarse en situación de reclamar todas las consecuencias jurídicas que le sean favorables, lo mismo aquellas que se deriven de la infracción contractual que las derivadas de acto ilícito. . . El caso concreto ha de ser por ello examinado según los *aspectos que le sean jurídicamente aplicables,* y cuando ambos puntos de vista sean aplicables, se le

146. Debe precisarse que en los casos excepcionales, en los que el incumplimiento contractual proceda de dolo o de culpa grave, serán indemnizables todos los daños que sean consecuencia adecuada del incumplimiento, aunque no sean previsibles.

han de reconocer al perjudicado todas las ventajas que pueda reivindicar al amparo de uno y al amparo de otro"[147].

Como consecuencia de lo anteriormente expuesto, cabe concluir que, aún en los casos en que la entrega de un producto defectuoso suponga incumplimiento de las obligaciones asumidas en virtud a un contrato que vincule al autor del daño con la víctima, ésta podrá recurrir a la responsabilidad extracontractual para exigir la indemnización de los perjuicios sufridos, en la medida en que estos afecten intereses que tienen existencia y protección jurídica independiente al contrato. Este recurso a la responsabilidad extracontractual no perjudicará su derecho a recurrir a las normas de la responsabilidad por la inejecución de las obligaciones, para exigir la reparación de los daños que haya sufrido en su interés contractual.

Así, por ejemplo, si un vendedor se compromete frente al comprador a entregarle un producto inocuo y le entrega uno dañino por virtud de un defecto, que causa daños a la salud del adquirente, éste tendrá derecho a recurrir a la responsabilidad extracontractual para exigir la indemnización de los

---

147. Larenz, *Derecho de Obligaciones* Tomo I, p. 649. La posición de Larenz sigue la llamada Teoría de la Concurrencia de Leyes, según la cual "el crédito por indemnización de daños, ya se base en una infracción del contrato o en un acto ilícito, en cuanto su contenido sea el mismo, es un sólo crédito con varios fundamentos o causas, pero que sólo una vez puede ser cumplido, reclamado y cedido" (*id*, p. 651). La posición mayoritaria en la doctrina alemana, sin embargo, sigue la teoría de la concurrencia de pretensiones, de acuerdo con la cual, dado el supuesto de hecho de la concurrencia de responsabilidades, "surgen dos pretensiones dirigidas a idéntico fin (indemnización de daños). . . Su coexistencia no surte, en principio, influencia alguna sobre la existencia de cada una y pueden ejercerse judicialmente con independencia la una de la otra, por estar dirigida al mismo interés y en la medida en que concurren sus fines" (Enneccerus, Kipp y Wolff, *op. cit.* Tomo II, Vol. II, Parte 2, p. 1046).

El principio de la acumulación debe entenderse limitado en los casos en que la ley restringe, excepcionalmente la responsabilidad contractual a la existencia de culpa grave. Si se niega en este caso la pretensión por infracción de contrato sólo porque el grado de culpa es pequeño, también habrá de negarse la fundada en acto ilícito, ya que en otro caso, la reducción de responsabilidad dispuesta en la ley en consideración a la relación contractual tendría en la práctica muy poca importancia. Sin embargo, esta limitación deberá entenderse aplicable sólo en los casos en que el interés dañado sea el que la norma legal limitativa intenta proteger. En caso que se dañe un derecho subjetivo absoluto distinto, deberá aceptarse la acción extracontractual a pesar de la limitación a la acción contractual consagrada legalmente.

daños en su salud que no hayan sido consecuencia adecuada y previsible del incumplimiento del contrato, pero sí consecuencia adecuada de la entrega del producto defectuoso[148]. Además, podrá recurrir a la responsabilidad extracontractual o a la responsabilidad contractual para solicitar la indemnización de los daños sufridos en sus derechos absolutos, que sean consecuencia adecuada y previsible del incumplimiento. Finalmente, podrá recurrir a la responsabilidad contractual, para pretender la indemnización de los daños que en su interés exclusivamente contractual haya sufrido como consecuencia adecuada y previsible del incumplimiento.

148. En este caso podrá también recurrir a la responsabilidad contractual si existe dolo o culpa grave por parte del vendedor.

SECCION QUINTA

LA POSICION CONTRACTUALISTA: LAS GARANTIAS DE FABRICA Y LOS PACTOS DE LIMITACION O EXCLUSION DE LA RESPONSABILIDAD

1. Introducción

Una particularidad del supuesto de hecho que da origen a la responsabilidad por productos defectuosos plantea la cuestión de si este tipo de responsabilidad es susceptible de ser enfocada desde el punto de vista de la responsabilidad contractual. En efecto, es indudable que en la generalidad de los casos, el producto instrumento del daño llega a manos del consumidor a través de una cadena de contratos sucesivos. En consecuencia, existe alguna posibilidad de que el fabricante –origen de la cadena contractual– y el consumidor –fin de la misma– puedan establecer, de común acuerdo, los límites de la responsabilidad del primero frente a este último.

Este contacto entre el fabricante y el consumidor puede establecerse mediante las estipulaciones sobre la responsabilidad del productor contenidas en las garantías de fábrica que lleva el producto. De este modo, tales garantías constituirán instrumentos jurídicos que permitirían percibir una ligazón contractual directa entre el fabricante y el consumidor final. Dicha relación no constituiría un contrato de compraventa, sino un específico contrato de garantía, por virtud del cual el fabricante asumiría frente al adquirente final del producto determinadas obligaciones, tales como la de repararlo o reemplazarlo en caso de mal funcionamiento. Con frecuencia, estas garantías contienen también cláusulas limitativas de la responsabilidad, especialmente por los daños que el producto pudiera causar a otros bienes jurídicos del comprador. Así, a través de estas garantías de fábrica, el fabricante y el adquirente final podrían libremente asignar los riesgos de daños causados por productos defectuosos entre ellos, con lo cual el problema se resolvería en armonía con la función de la responsabilidad contractual.

La tesis contractualista que comentamos, tuvo su origen en la doctrina norteamericana. Como se recordará, en el Derecho norteamericano, el *Restatement of Torts* prohibe las cláusulas que exoneren o limiten la responsabilidad extracontractual por productos. En cambio, el *Uniform Commercial Code* sí permite la limitación o la exclusión de la responsabilidad, en determinadas circunstancias. Los propulsores de la tesis contractualista, pues, reivindican el papel del *Uniform Commercial Code* frente al *Restatement.* En este sentido, debe mencionarse la posición de Friedrich Kessler. Considera este autor que las reglas del *Uniform Commercial Code* son más satisfactorias que las del *Restatement of Torts* para el tratamiento de la responsabilidad por productos defectuosos. Kessler observa que "las dos aproximaciones divergen en dos aspectos: el requisito del aviso del defecto y la posibilidad de establecer cláusulas de limitación de responsabilidad"[149].

En el primero de estos aspectos, indica Kessler, "el *Restatement* va demasiado lejos; elimina totalmente el requisito del aviso y permite la acción indemnizatoria hasta que el período de prescripción haya transcurrido. Ciertamente", continúa Kessler, "el comprador inmediato y las personas protegidas por la sección 2-318 [del *Uniform Commercial Code*] no merecen tal protección. Y el fabricante está vitalmente interesado en ser notificado del defecto de manera que pueda corregir el proceso de fabricación o retirar del mercado productos defectuosos similares"[150].

En el segundo aspecto, referido a la validez de las cláusulas limitativas de la responsabilidad, dice Kessler, "el *Restatement* en el nombre del orden público ha eliminado las cláusulas limitativas de la responsabilidad. . . El *Uniform Commercial Code*, por contraste, ha intentado lograr un equilibrio entre la libertad contractual y el control social, dejando lugar para una legítima negociación respecto a la asignación de los riesgos debidos a productos defectuosos"[151].

En nuestra opinión, el hecho de reconocer la eficacia de las garantías de fábrica y, específicamente, de las limitaciones o exoneraciones a la responsabilidad del fabricante contenidas en ellas no implica reivindicar para el campo contractual el ámbito de la responsabilidad por productos. En efec-

149. Kessler, Products Liability *cit.* p. 905.

150. Kessler, Products Liability *cit.* pp. 905-906.

151. Kessler, Products Liability *cit.* p. 906.

to, tales limitaciones o exclusiones no operarán respecto a la responsabilidad contractual, en la medida en que no existe ningún contrato de venta que vincule al fabricante con el consumidor. Se tratará, más bien, de pactos limitativos de la responsabilidad extracontractual que pudiera incumbir al fabricante frente al consumidor por razón de los defectos que pudiera tener el producto. Sin embargo, de alguna manera, el reconocimiento de la validez de dichas cláusulas, implica la posibilidad del "contractualizar" la responsabilidad extracontractual. Por tanto, debe inquirirse sobre la validez general de dichas cláusulas.

2. Validez General de los Pactos de Exclusión o Limitación de la Responsabilidad Extracontractual

El problema de la validez general de los pactos de limitación o exclusión de la responsabilidad extracontractual no merece una consideración unívoca en la doctrina. Así, se pronuncia en sentido contrario a la admisión de la eficacia de dichas estipulaciones Messineo, bajo al argumento de que el daño extracontractual resulta de la vulneración de normas de orden público, por lo que, según el artículo 1229 del Código Civil de 1942, no cabe la exoneración o limitación convencional de la responsabilidad correspondiente[152]. Una posición menos clara manifiesta Bustamante Alsina, quien sostiene la invalidez de dichas cláusulas en el caso de daños causados por dolo o culpa grave y aún por culpa leve, pues "tales convenciones conducirían a los individuos a apartarse de sus deberes generales de prudencia y diligencia en la forma de conducirse en relación a los demás, comprometiéndose con ello un principio de orden público"[153]. Sin embargo, admite dicho autor la validez de estos pactos en los casos en que se trata de la responsabilidad determinada por un factor de atribución objetivo. "Son admisibles, en cambio", dice, "si se trata de los daños que pueden causar los dependientes, o los animales, o el riesgo o vicio de las cosas inanimadas"[154].

No vemos, sin embargo, la razón por la cual, en todos los casos de exclusión o limitación de la responsabilidad extracontractual se ponga en juego el orden público. En efecto, el problema de la responsabilidad extracontractual es, en el fondo, un problema económico. Se trata de atribuir jurídica-

152. Messineo, *op. cit.* Tomo VI, pp. 563-564.

153. Bustamante Alsina, Teoría General *cit.* pp. 294-295.

154. Bustamante Alsina, Teoría General *cit.* pp. 296-297.

mente el peso económico de un daño sobre alguna persona. En tal sentido, en principio, cabe admitir que las personas capaces puedan libremente acordar los límites o los supuestos en los que habrá de desenvolverse dicha relación de carácter patrimonial. El problema, en el fondo, es similar al que se da en la limitación o exclusión de la responsabilidad contractual[155]. No se ve la razón de admitir el instituto en un caso y negarlo en otro.

Consideramos, por ello, que debe admitirse, en principio, la validez de los convenios de limitación o exclusión de la responsabilidad extracontractual. Por excepción, dichos convenios carecerán de validez en los casos en que la ley impone limitaciones a la autonomía de la voluntad por consideraciones de principio. Concordamos, pues, a este respecto con Santos Briz, quien señala que "mediante la estipulación expresa puede ser excluída de antemano o anticipadamente la responsabilidad, tanto si surge por riesgo como si se basa en la culpa o negligencia, con las limitaciones establecidas en los artículos 1,102, 1,103 y 1,104 del Código Civil. La renuncia a exigir responsabilidades será sin embargo ilícita cuando contravenga la moral o las buenas costumbres, es decir, cuando caiga fuera de la libertad de contratación según los límites marcados por los artículos 1,255 y 1,258 del Código Civil, o contravenga disposiciones de leyes especiales que la prohiban". Esta es la tesis consagrada por el Código Civil peruano de 1984, según cuyo artículo 1986, "son nulos los convenios que excluyan o limiten anticipadamente la responsabilidad por dolo o culpa inexcusable"[156].

3. El Problema de la Voluntad del Dañado

Desde un punto de vista más particular, la aceptación de la eficacia

---

155. En efecto, los pactos de exoneración o limitación de responsabilidad son contratos: acuerdos de voluntad destinados a crear, regular o extinguir obligaciones de carácter patrimonial.

156. Señala la exposición de motivos que "esto no quiere decir que se admite los pactos basados en la culpa simple. La ley no puede permanecer impasible donde se atenta contra el órden público y las buenas costumbres (de ahí el artículo V del Título Preliminar). En tanto el daño constituya un acto *ex causa quae orientatur in futurum* hay que cerrarle el paso firmemente. Se trata de renuncias de derecho que caen en la prohibición de *jure dicant generatem non renuntiationem vale re*". León Barandiarán, Código Civil. Exposición de Motivos y Comentarios *cit.* Tomo VI, p. 808. Algunos autores han formulado una interpretación distinta de este precepto. Sostienen que, dada la redacción del artículo citado sólo puede sostenerse la validez de los pactos de exclusión o limitación de responsabilidad por riesgo, pues para la determinación de ésta no se analiza la intencionalidad del sujeto responsable.

jurídica de las limitaciones o exoneraciones en el contexto de la responsabilidad por productos plantea, sin embargo, ciertos problemas. En efecto, los compromisos de garantía que otorga el fabricante en favor del adquirente final del producto tienen validez en la medida en que constituyen promesas unilaterales de aquél, que benefician al adquirente. Sin embargo, cabe preguntarse si tendrán la misma validez si, a la vez, implican algún tipo de renuncia a sus derechos o la asunción de obligaciones por parte del consumidor remoto.

Consideramos que sólo podrá sostenerse la validez de las obligaciones que tales compromisos impongan sobre el adquirente o de las renuncias a cargo de éste, en el caso que sean aceptadas[157].

La aceptación de tales condiciones por el adquirente puede, desde un punto de vista teórico, justificarse sobre la base de construcciones análogas a las empleadas por la doctrina para extender los efectos obligatorios del contrato celebrado por el fabricante frente al consumidor. Así, por ejemplo, podría considerarse pactada una estipulación en el contrato de compraventa celebrado entre el último revendedor y el adquirente final, en virtud a la cual éste formula las renuncias y asume las obligaciones a que haya lugar según los términos de la garantía de fábrica, frente al fabricante. Se trataría pues, de una especie de estipulación a favor de tercero, contenida en el contrato entre el consumidor y el revendedor, en la cual el consumidor actuaría como promitente, el revendedor como promisario y el fabricante como tercero. En general, las construcciones que podrían justificar el consentimiento del adquirente final serían simplemente versiones invertidas de las teorías que pretenden extender los efectos de la responsabilidad contractual del fabricante frente al consumidor. Por ello, se presentarán al respecto todos los problemas de artificialidad y deformación de las instituciones jurídicas que señalamos a propósito de tales construcciones.

---

157. El supuesto de hecho es similar al que se da en el caso de exclusiones de responsabilidad establecidas en carteles o avisos. Señala al respecto Santos Briz, La Responsabilidad Civil *cit.* p. 37, que tales estipulaciones sólo tendrán efecto "cuando haya certeza de que el perjudicado se informó previamente de ellos y pueda considerarse que aceptó su contenido al no haber manifestado voluntad en contrario, salvo en casos en que usual o consetudinariamente haya de entenderse una inequívoca exclusión de responsabilidad. En supuesto de duda es lógico declarar existente una responsabilidad. En general, la exclusión de responsabilidad formulada unilateralmente en recibos, billetes de transporte, fichas, etc., no excluye la responsabilidad del empresario, salvo que su actuación al respecto esté prevista y autorizada en las leyes o reglamentos oficiales vigentes". En el mismo sentido, Bustamante Alsina, Teoría General *cit.* p. 296, en nota 444.

Menos problemas ofrece la justificación del consentimiento del consumidor cuando los términos de la garantía de fábrica invitan al adquirente final a suscribir una tarjeta y remitirla al fabricante, en señal de aceptación. En tal caso, se entenderá concluido entre ambos un contrato de garantía, celebrado por adhesión.

4. Los Pactos de Exclusión o Limitación de la Responsabilidad y la Contratación por Adhesión

4.1. Introducción. Con frecuencia, cuando pueda encontrarse una manifestación de voluntad en el sentido de aceptar las renuncias establecidas por una garantía de fábrica por parte del adquirente final de un producto, habrá de concluirse que tales renuncias han sido pactadas mediante un contrato celebrado por adhesión. Ello plantea la cuestión de la validez de ese tipo de estipulaciones en dicho contexto.

Seguidamente examinaremos tres teorías que se han formulado en la doctrina norteamericana respecto a la naturaleza y función de las garantías de fábrica. La primera de dichas teorías, que podríamos ya denominar clásica, considera que las garantías de fábrica son un instrumento de los fabricantes para explotar a los consumidores, limitando excesivamente su responsabilidad frente a éstos, al amparo de su superior poder de negociación. La segunda tesis ve a las garantías de fábrica como "señales" que transmiten a los consumidores información respecto a las características de los productos. La tercera posición vislumbra a las garantías como contratos que permiten a los fabricantes y a los consumidores asignar entre ellos los costos necesarios para evitar la ocurrencia de daños a los productos o causados por éstos.

4.2. La Teoría de la "Explotación" y la Contratación por Adhesión. Una primera posición respecto a la naturaleza y función de las garantías de fábrica es la llamada teoría de la explotación. Esta tesis, expuesta de manera orgánica por Friedrich Kessler en 1943[158], se fundamenta en las especiales circunstancias que rodean a la contratación por adhesión.

De acuerdo con la teoría contractual clásica, un contrato es un acuerdo de voluntades libremente concertado entre dos o más partes adecuadamente informadas y competentes. Kessler percibió que, en el caso de las garantías

158. Kessler, *Contracts of Adhesión-Some Thoughts About Freedom of Contract*, en 43 Colum L. Rev. 629 (1943), en adelante citado como Contracts of Adhesión.

de fábrica, como en otros tipos de contratos celebrados en masa, los principios de la autonomía de la voluntad resultaban seriamente cuestionados, porque se presentaba a una de las partes un contrato estandarizado, cuyas cláusulas habían sido redactadas unilateralmente por la contraparte, en uso de su mayor poder de negociación. Ante esta situación, la parte que no había participado en la determinación de los términos del contrato, tenía únicamente la opción de adherirse a ellos. En este marco, en el caso de las garantías de fábrica, el fabricante tenía un poder ilimitado para incorporar a las garantías términos que fueran favorables a sus propios intereses.

Según Kessler, la superior posición negociadora del fabricante proviene en muchos casos de su posición monopólica en el mercado[159]. Aún en los mercados que no son monopólicos, sin embargo, las garantías de fábrica ofrecidas por industrias competidoras son idénticas o sustancialmente similares, de manera que el consumidor no tiene la posibilidad de elegir la que tenga términos más favorables. Ello se debe a que muchos fabricantes se coluden con el objeto de establecer los términos de las garantías. En consecuencia, independientemente de que haya uno o varios fabricantes de un producto, el consumidor no tiene una real posibilidad de elegir. "La voluntad contractual del consumidor" –señala Kessler– "no es sino una sumisión más o menos voluntaria a los términos dictados por la parte más fuerte"[160].

La teoría de la explotación predice que, dada su posición negociadora superior, los fabricantes van a limitar sus obligaciones frente a los consumidores hasta donde ello sea posible. En consecuencia, los términos de las garantías de fábrica deberán estar correlacionados con el grado de posición de dominio de los fabricantes en el mercado. Mientras más notoria fuera la posición dominante del productor, más injustos serían los términos de la garantía.

---

159. Kessler, Contracts of Adhesion *cit.* p. 632.

160. Kessler, *loc. cit.* Señala Weinstock, *op. cit.* pp. 585-586, que "el concepto de la libertad contractual presupone naturalmente que las partes son efectivamente libres y que el contrato es la expresión negociada de su voluntad. El elemento consensual que se encuentra presente en la mayoría de las transacciones comerciales, sin embargo, está notablemente ausente en las transacciones con los consumidores, en las que la adhesión es la regla y la negociación la excepción. Bajo este análisis, la ausencia de una real posibilidad de elección para el consumidor combinada con la estructura oligopólica del mercado en gran parte de la economía sugieren que el principio de la libertad contractual es un mito destinado a asegurar los beneficios de una extraordinariamente ventajosa posición contractual".

De esta manera, concluía Kessler, "los contratos tipo. . . podrían convertirse en instrumentos efectivos en las manos de industriales y comerciantes poderosos, permitiéndoles imponer un nuevo orden feudal de su creación sobre una multitud de vasallos"[161].

La teoría de la explotación encontró gran acogida en las cortes. Así, por ejemplo, en el caso *Henningsen v. Bloomfield Motors, Inc.*, la Corte Suprema de Nueva Jersey declaró inaplicables las limitaciones a la responsabilidad del fabricante contenidas en la garantía de fábrica inserta en el contrato tipo de compraventa, considerando que "es difícil imaginar. . . un remedio menos satisfactorio. . . Un sentido de justicia instintivo se rebela contra un negocio tan poco equitativo"[162]. Por otro lado, entre los países de tradición jurídica romano-germánica, la teoría de la explotación también encontró acogida. Así, en el Código Civil italiano de 1942, se ha establecido que en los casos de la contratación por adhesión o con arreglo a condiciones generales de contratación, "no tendrán efecto, si no fuesen específicamente aprobadas por escrito, las condiciones que establezcan a favor del que las ha impuesto, limitaciones de responsabilidad. . ." (artículo 1341). Con mayor énfasis, el Código Civil peruano de 1984 establece que "en los contratos celebrados por adhesión o con arreglo a cláusulas generales de contratación no aprobadas administrativamente, no son válidas las estipulaciones que establezcan en favor de quien los ha redactado, exoneraciones o limitaciones de responsabilidad. . ." (artículo 1398).

4.3. La Teoría de la Señal. De acuerdo con la teoría de la señal, los términos de las garantías de fábrica de los productos proveen información a los consumidores respecto a la confiabilidad mecánica del producto. Percibe esta posición que resulta excesivamente costoso para el consumidor determinar precisamente la confiabilidad de un producto en el momento de la compra, mediante la inspección del mismo. Sin embargo, el consumidor puede examinar la garantía de fábrica del producto como una señal de su confiabilidad, debido a que la confiabilidad del producto es inversamente proporcional a los costos de cobertura de la garantía (mientras más confiable sea el producto, menores serán los costos de cobertura de la garantía para el fabricante). Así, aunque un consumidor no tenga experiencia ni conocimiento res-

161. Kessler, Contracts of Adhesión *cit.* p. 640.

162. 161 A. 2d 79, 85.

pecto de un producto, podrá deducir su grado de confiabilidad mecánica examinando los términos de su garantía de fábrica[163].

La teoría de la señal predice que las garantías de productos diferentes contendrán términos similares[164] y que, en los casos excepcionales en que los términos de una garantía diverjan de los de la generalidad, ofrecerán una cobertura mayor que la de estos[165]. Finalmente, una tercera implicación de la teoría es que los términos subordinados de la garantía, a diferencia de los términos centrales o principales de la misma, tenderán a diverger de la norma y ofrecer relativamente menor cobertura. Según la teoría de la señal, un consumidor se beneficia más de la información relacionada a los términos centrales de la garantía que de aquella referida a los términos accesorios o subordinados de la misma. Como consecuencia, las presiones que llevan hacia unos

---

163. Akerlof, *The Market for "Lemmons": Quality Uncertainty* and the Market Mechanism, en 84 Q.J. Econ. 488 (1970).

164. En efecto, mientras más veces espera un consumidor adquirir un producto, más valor tendrá para él la información sobre las características del mismo. Sin embargo, dado que un consumidor sólo adquiere un determinado artefacto o bien durable ocasionalmente, el beneficio de obtener información respecto a la garantía de dicho producto durable determinado es pequeño, con relación al beneficio de reunir información común a un amplio grupo de productos de consumo. Por ello, la señal contenida en la garantía de fábrica de un producto tendrá más posibilidades de éxito si se parece a las señales de otros productos. En consecuencia, los términos de las garantías de distintos productos deben ser iguales, cada una de ellas tomando ventaja del mayor beneficio que irroga a los consumidores una información de carácter general que una información referida específicamente a un producto. Priest, George, *A Theory of the Consumer Product Warranty*, en 90 Yale L.J. 1297, 1304 (1981).

165. En efecto, de acuerdo con la teoría, luego de descubrir un defecto, el consumidor actúa sobre la base de las percepciones que se ha formado en virtud a su información o experiencia general con relación a los productos. Tales percepciones, sin embargo, colocan en desventaja a los fabricantes que ofrecen una cobertura de garantía menor a la promedio, porque sus productos son menos confiables que el promedio. Con respecto a dichos productos defectuosos, el consumidor interpondrá reclamos exigiendo la aplicación de la garantía, aunque la garantía no cubra los daños correspondientes, imponiendo así costos administrativos a los fabricantes y causándoles la pérdida de su buena imagen comercial *(good will)*. Efectivamente, podría ser más económico para estos fabricantes ampliar la cobertura de sus garantías hasta alcanzar el nivel promedio que procesar los reclamos inválidos. Como consecuencia, las garantías que persisten en ofrecer una cobertura diferente al promedio deben ofrecer términos más generosos. Priest, *loc. cit.*

términos uniformes tienen efectos mayores con relación a las estipulaciones centrales que con respecto a las secundarias. Adicionalmente, dado que los consumidores son menos conscientes de los términos subordinados (debido a que el valor de la información sobre ellos es menor), las garantías tienden a definir tales términos subordinados más restrictivamente que el promedio, debido a que los reclamos inválidos basados en dichos términos no serán comunes.

Más aún, dado que los consumidores en su mayoría ignorarán el contenido de las estipulaciones accesorias o subordinadas, las presiones competitivas normales están ausentes respecto a ellas. Los fabricantes definirán estas estipulaciones únicamente con referencia a los costos de cobertura y no a los beneficios para el consumidor. Los partidarios de esta teoría consideran que la competencia afectará el contenido de las provisiones principales de las garantías. Pero, a semejanza de los partidarios de la teoría de la explotación, predicen que los términos accesorios o subordinados de las garantías estarán definidos en términos que perjudiquen el interés de los consumidores[166]. Entre tales términos subordinados se encuentran las estipulaciones que excluyen la responsabilidad del productor por los daños causados por los defectos del producto a la persona o los bienes del consumidor.

La teoría de la señal ha encontrado aplicación en las normas sobre garantías al consumidor aprobadas por el Congreso Federal de los Estados Unidos. Así, uno de los objetivos de la *Magnuson-Moss Warranty Act* de 1974 fue hacer que las garantías de fábrica constituyan señales más claras. En tal sentido, el acta requiere que los fabricantes redacten sus garantías en "lenguaje simple y fácilmente inteligible", que resalten todas las disposiciones importantes de la garantía conspicuamente, y que exhiban las garantías en forma prominente, de manera que el consumidor pueda examinarlas antes de adquirir el producto. Asimismo, el Acta obliga a los fabricantes a designar a sus garantías como garantías completas o garantías limitadas. Los redactores del Acta esperaban que las presiones competitivas hacia una cobertura promedio llevarían hacia un cumplimiento universal de los patrones de las garantías "completas"[167]. Sin embargo, tales requisitos sólo se refieren a las estipulaciones centrales de las garantías. Las estipulaciones accesorias o subordinadas que, según la teoría, los consumidores ordinariamente ignorarán, están sujetas

166. Priest, *op. cit.* pp. 1304-1305.

167. Priest, *op. cit.* pp. 1306-1307.

a una regulación directa que prohibe las cláusulas de exclusión de responsabilidad[168].

4.4. La Teoría de la Inversión. Una tercera posición, expuesta por George Priest[169], considera que las garantías de fábrica son instrumentos adecuados para que el fabricante y el consumidor final libremente distribuyan entre ellos los costos de evitar y reparar los daños relacionados con los productos. Dice Priest que, según la opinión general, "una garantía sirve tanto como una póliza de seguro cuanto como un contrato de reparación. Como una póliza de seguro, una garantía establece que si, dentro de cierto tiempo, el producto o una parte del mismo se vuelve defectuosa, el fabricante compensará al comprador por la pérdida mediante la reparación o el reemplazo del producto o el reembolso de precio pagado. Como un contrato de reparación, una garantía establece una obligación sobre el fabricante de proveer sin costo, durante un período de tiempo, los servicios necesarios para reparar un defecto, en órden a prolongar la capacidad de uso del producto"[170].

Según Priest, "una garantía opera como una póliza de seguro en la medida en que la ocurrencia de un defecto es probabilística. Asegurarse contra una pérdida es redistribuir riqueza de períodos en los que no se sufre ninguna pérdida al periodo en el que la pérdida se produce. Un fabricante puede redistribuir riqueza de esta manera, cobrando una prima en el precio de venta a un amplio conjunto de consumidores para quienes los prospectos de pérdidas durante cualquier período individual no están relacionados. La prima del seguro de mercado [*market insurance*] reflejará tanto la pérdida esperada para el período cuanto alguna parte de los costos para el asegurador de agregar dichas contingencias no relacionadas, llamados costo de carga [*loading costs*]. Un consumidor podría preferir, sin embargo, alguna modalidad personal de redistribución temporal de riqueza frente a una pérdida. Un consumidor se autoasegura contra las pérdidas relativas a los productos acumulando ahorros para el reemplazo de bienes defectuosos, reservando tiempo futuro para la reparación de los productos o, más simplemente, resignándose a tolerar un defecto una vez que éste ocurra. Estos métodos de autoasegurarse, por supuesto, también involucran costos de transacción. Como una proposición general, entonces, indica Priest, esperaremos observar seguros de mercado en una garantía

168. Priest, *op. cit.* p. 1307.

169. Priest, *op. cit.* En la exposición de esta teoría citaremos *in extenso* a Priest.

170. Priest, *op. cit.* p. 1308.

sólo cuando la suma de las pérdidas previstas y los costos de carga del seguro de mercado es menor que la suma de la pérdida prevista y los costos de transacción de autoasegurarse".

"Como un contrato de reparación", continúa Priest, "una garantía refleja los respectivos costos para el consumidor y el fabricante de los servicios de reparación. La reparación por el consumidor o por el fabricante son sustitutas, y puede esperarse que el consumidor adquiera servicios de reparación como parte de la garantía en todos los casos en que el precio que cobra el fabricante por ellos sea menor que el costo para el consumidor de proveer él mismo el servicio. Obviamente, el consumidor puede proporcionar muchos servicios de reparación a menor costo que el fabricante (y con frecuencia lo hace). Es posible, por ejemplo, que cuando se caen las rejillas de un refrigerador, la reparación por el consumidor sea más barata. Por supuesto, dado que el consumidor y el fabricante son siempre libres, luego de la compra, para negociar la provisión de bienes y servicios de este tipo, la garantía en sí es valiosa sólo si reduce los costos de transacción para futuros acuerdos. De esta manera, puede esperarse que una garantía imponga sobre el fabricante la responsabilidad por aquellos tipos de reparaciones que, en la mayoría de los casos, son difíciles o muy costosos para que los consumidores los realizen por sí mismos".

"Aunque en el ejemplo anterior, como la mayoría de los usos de la palabra 'reparación', se refiere a las inversiones destinadas a lograr que un producto regrese a la condición de la que disfrutaba algún tiempo antes", prosigue Priest, "es acertado considerar al 'servicio de reparación' de un producto, más ampliamente, como 'toda inversión destinada a optimizar su funcionamiento a lo largo del tiempo'. Visto en esta luz, por ejemplo, el evitar que los niños se cuelguen de la puerta de un refrigerador representa una inversión en una forma de 'reparación' que puede muy bien ser menos costosa que contratar a un operario para que instale nuevas bisagras. Similarmente, un fabricante puede anticipar servicios de reparación futuros, mediante inversiones de carácter tecnológico en el diseño de un producto, que lo hagan menos susceptible de interrupción –por ejemplo, designando ganchos que sujeten las rejillas de los refrigeradores de manera más segura– o mediante inversiones para controlar una calidad uniforme de la producción. . ."[171].

Señala Priest que "la mayoría de las discusiones sobre los productos defectuosos en la literatura económica y la mayoría de las discusiones económi-

171. Priest, *op. cit.* pp. 1308-1309.

cas respecto a las garantías consideran la probabilidad de pérdida proveniente de un defecto como inherente en la naturaleza del producto e independiente de las acciones de los consumidores. De acuerdo con esta aproximación, las inversiones de un consumidor que sirven para reducir la probabilidad de pérdidas son inexistentes, y la única posibilidad de elección relevante para el consumidor y para la política legislativa es entre el autoseguro por parte del consumidor y la responsabilidad del fabricante, sea que lleve a las inversiones o al seguro. Frecuentemente, estos análisis están calificados por una referencia a la conducta del consumidor, aunque rara vez por más que un reconocimiento de que en algunos casos un consumidor puede usar incorrectamente, de manera activa, un producto. La conclusión implícita de estas discusiones es que las inversiones del consumidor no son importantes empíricamente para la optimización de la vida productiva del bien".

"Una garantía", escribe Priest, "es un contrato que divide la responsabilidad por las inversiones y los seguros entre el consumidor y el fabricante. El contenido del contrato está determinado por los respectivos costos para ambas partes de las inversiones y de los seguros. De acuerdo con esta aproximación, un fabricante realiza inversiones para prolongar la vida de un producto hasta el punto en que el costo marginal de tales inversiones equivale al beneficio marginal. Un fabricante luego, ofrece seguros de mercado para todas aquellas pérdidas o servicios para los que los seguros de mercado son menos costosos que los seguros o las inversiones realizadas por el propio consumidor".

"En la medida en que un fabricante limita o excluye su responsabilidad o el contenido de las garantías, sin embargo, traslada al consumidor la obligación de realizar inversiones para preservar el producto o autoasegurarse para protegerse contra su pérdida. Una cláusula de exclusión de responsabilidad es el equivalente de las estipulaciones, existentes en otros contratos, que explícitamente obligan a una de las partes a tomar ciertas acciones para evitar un incumplimiento o a asegurarse contra las pérdidas que pudieran derivarse de cierto acontecimientos de realización incierta. La teoría predice que se observarán cláusulas de limitación y exclusión de responsabilidad en las garantías de fábrica por aquellas inversiones o seguros que el consumidor pueda proveer a menor costo que el fabricante. Desde este punto de vista, puede decirse que los consumidores demandan cláusulas de limitación o exoneración de responsabilidad, debido al costo relativamente menor de las inversiones o los autoseguros por parte del consumidor"[172].

172. Priest, *op. cit.* p. 1313.

De acuerdo con Priest, el hecho de que se niegue la validez de las cláusulas de exclusión de responsabilidad incluídas en las garantías de fábrica, producirá dos efectos desfavorables para los consumidores. En primer lugar, postula Priest, "si las pérdidas por daños personales, como otras formas de pérdidas relacionadas a productos, varían sustancialmente entre los consumidores de un producto, aquellos consumidores para los que el riesgo es relativamente bajo estarían mejor si no se ofrece ninguna cobertura para riesgos de daños personales, . . . Contrariamente a la asunción empírica de la política de la responsabilidad objetiva, los consumidores pueden diferir con respecto a las precauciones que toman o el cuidado con que usan un producto. . . Los consumidores que tienen cuidado, por ejemplo, de no utilizar maquinarias en la cercanía de terceros o que usan tales productos infrecuentemente, someten al pozo de garantías [*warranty pool*] a un riesgo sustancialmente menor que los usuarios más intensivos. Aquella clase de consumidores demandará la exclusión de los daños personales de la cobertura de la garantía y, si la clase es lo suficientemente amplia, los fabricantes considerarán que la competencia requiere la incorporación de la exclusión"[173].

En segundo lugar, la magnitud de los daños que pueden sufrir los distintos consumidores de un producto tampoco es semejante. Tal magnitud, en el caso de daños personales, estará en relación directamente proporcional con el nivel de ingresos de la víctima potencial. Sin embargo, la prima que bajo el seguro de mercado carga el fabricante al precio de los productos es similar para todas las unidades de un producto determinado. Como consecuencia de ello "es el consumidor que somete al pozo a un nivel de riesgo relativamente bajo –. . .debido a una pérdida monetaria menor proveniente de un accidente inhabilitador– quien es el mas perjudicado al agruparse a todos los consumidores en un único pozo de seguro de productos. De esta manera, la adopción de un régimen de responsabilidad objetiva tiene un efecto redistributivo regresivo. Los consumidores que son menos cuidadosos o que obtienen ingresos mayores que el promedio son aquellos para quienes la prima es menor que el nivel de riesgo que introducen en el pozo y, por tanto, son quienes se benefician del patrón de responsabilidad objetiva"[174].

173. Priest, *op. cit.* p. 1350.

174. Priest, *op. cit.* p. 1351.

Por tal motivo, Priest concluye que "las implicaciones de la responsabilidad involuntaria de los fabricantes por los daños personales son similares a las de la expansión de las garantías en general. Significativamente, en el margen, las inversiones de los fabricantes y de los consumidores son medios sustitutos para reducir la probabilidad de que los defectos causen daños personales. Como consecuencia, el cambio hacia la responsabilidad del fabricante aumenta los costos de estas inversiones. Es probable que se realizen menores inversiones para prevenir daños personales y, por ello, que la adopción del patrón de responsabilidad objetiva haya aumentado el nivel de daños personales derivados de productos defectuosos"[175].

4.5. Conclusiones

4.5.1. Apreciaciones Generales. La teoría de la explotación sobre la naturaleza y función de las cláusulas de exoneración y limitación de responsabilidad de los fabricantes frente a los consumidores es, como hemos señalado, la de aplicación más generalizada en el Derecho comparado. Se fundamenta en la crisis de la autonomía de la voluntad en los contratos celebrados por adhesión, de modo que en la estipulación de tales limitaciones o exoneraciones, existe una "falta de participación en la determinación del contenido del contrato por parte del contratante económicamente débil"[176]. Por ello, se dice, "el contrato no puede considerarse constituído regularmente, aun cuando no exista verdadera y propia perturbación del proceso de formación de voluntad de uno de los contratantes"[177].

Sin embargo, aun cuando parte de una constatación fáctica correcta, cual es la de la existencia de desigual poder de negociación entre los fabricantes y los consumidores y la circunstancia de ser los términos de las garantías de fábrica redactados unilateralmente por aquellos, la teoría de la explotación no establece de manera consistente, cuál es la relación que existe entre la posición dominante del productor en el mercado y los términos de la garantía ofrecida por éste. En este sentido, se pregunta Priest, "¿por qué una firma que se encuentre en una posición dominante maximizaría sus beneficios ofreciendo términos de garantía injustos, en lugar de hacerlo mediante la venta de un producto de baja calidad o cobrando un precio excesivamente alto? Gene-

175. Priest, *loc. cit.*

176. Messineo, *op. cit.* Tomo IV, p. 484.

177. Messineo, *loc. cit.*

ralmente", continúa Priest, "los monopolios maximizan sus utilidades ofreciendo un producto idéntico en todos sus aspectos (excepto el precio) al producto ofrecido bajo condiciones de competencia. Así, en teoría, una empresa monopólica (o un grupo de firmas coludidas) obtendrá la más alta maximización de sus beneficios ofreciendo al consumidor una garantía óptima, pero a un precio que exceda el costo marginal"[178].

Con el fin de examinar el funcionamiento de las teorías de la explotación, de la señal y de la inversión en la realidad cotidiana, Priest presenta, en su trabajo que citamos, un estudio empírico realizado sobre la base del exámen de las garantías de fábrica de 62 productos de consumo vigentes para el año 1974. De acuerdo con las conclusiones de dicho estudio, "la distribución de las exclusiones de responsabilidad tiende a refutar la teoría de la explotación. Las limitaciones de la cobertura al comprador original, las cláusulas de exclusión de la *implied warranty of merchantability* y la exclusión de los *consequential damages* son relativamente infrecuentes en las garantías de las firmas que poseen más del 9% del mercado, pero aparecen más frecuentemente en las garantías de las firmas más pequeñas"[179]. Similarmente, midiendo el grado de concentración del mercado, la teoría de la explotación predeciría que a mayor concentración del mercado, mayor posición dominante de los productores y, por tanto, menor la cobertura de las garantías. Sin embargo, en este aspecto, los resultados del estudio desmienten también a la teoría de la explotación. En el estudio de Priest, el producto cuyo mercado es el menos concentrado (equipos de aire acondicionado) ofrece una cobertura de duración idéntica a la de los bienes que se venden en un mercado moderadamente concentrado (refrigeradoras) y a la de aquellos que se venden en un mercado altamente concentrado (congeladoras)[180].

El análisis que realiza la teoría de la señal es de gran interés y valor, en la medida en que rescata un elemento de suma importancia en la problemática de la venta masiva de bienes de consumo: la de la deficiente información de los consumidores respecto a los productos que se introducen en el mercado. Sin embargo, resulta, en nuestra opinión, un tanto aventurado sostener que dicha información será perceptible para el consumidor a través del estudio de las garantías de fábrica de los productos. En efecto, el estudio empíri-

178. Priest, *op. cit.* p. 1321.

179. Priest, *op. cit.* p. 1322.

180. Priest, *op. cit.* pp. 1323-1324.

co realizado por Priest resultaría desmintiendo también las conclusiones de la teoría de la señal. Según esta teoría, se recordará, los términos de la garantía de fábrica de un producto reflejan su durabilidad. A pesar de ello, en el estudio realizado, tres de cinco garantías del producto de menor durabilidad (lavadoras) ofrecían un período de cobertura que duplicaba el correspondiente a las garantías de 17 de los productos más durables[181].

Por otro, debe mencionarse que la teoría de la señal reivindica el papel de las cláusulas de garantía únicamente en lo que se refiere a sus estipulaciones principales, pero no a las secundarias, entre las que se encuentran los pactos de limitación o exoneración de la responsabilidad por los daños causados por el producto. Para la teoría de la señal, al igual que para la teoría de la explotación, estas últimas cláusulas reflejan únicamente el interés del fabricante.

Finalmente, en lo que concierne a la teoría de la inversión, postulada por Priest, cabe reprocharle el no haber tenido en cuenta, suficientemente, la circunstancia de que la existencia de considerables costos de transacción puede impedir cualquier comunicación entre los fabricantes y los consumidores destinada a establecer los términos ideales de las garantías. Según Priest, los consumidores "demandarán" cláusulas de exclusión de responsabilidad cuando ellos podrían asegurarse o reparar el producto con respecto al riesgo en cuestión a menor costo que el fabricante[182]. Sin embargo, no se aclara cómo adquieren los consumidores el conocimiento respecto al costo relativo para cada parte de asegurarse contra el daño o repararlo. Este conocimiento es fundamental para basar cualquier aproximación contractual al problema[183]. En este sentido, expresan Landes y Posner que "La inclusión de tal cláusula [limitativa de responsabilidad] no serviría a su propósito a no ser que el consumidor supiera algo respecto a los costos de las medidas de seguridad alternativas que el fabricante pudiera tomar y respecto a la seguridad de los productos y las marcas competitivas. Pero el costo de generar esa información, y par-

181. Priest, *op. cit.* p. 1326.

182. Priest, *op. cit.* p. 1319.

183. Por otro lado, es fundamental también el conocimiento de los consumidores respecto a los términos de las garantías. Este conocimiento es presupuesto por Priest. Señala por ello William Whitford, *Comment on a Theory of the Consumer Product Warranty*, 91 Yale L.J. 1371, 1380 (1982), que independientemente de las habilidades de los consumidores para evitar los riesgos, los productos vendidos a los consumidores de poca educación y posibilidades de elegir limitadas (fundamentalmente los pobres) tendrán garantías de menor cobertura.

ticularmente el costo para el consumidor de absorberla, puede muy bien ser desproporcionado al beneficio de un nivel de seguridad negociado (a diferencia de uno impuesto legalmente)"[184].

Por otro lado, aun cuando los consumidores pudieran adquirir tal conocimiento, no se indica de qué manera éste conocimiento será comunicado al fabricante e influirá sobre el contenido de las garantías. Priest únicamente postula dos hipótesis con respecto a este problema. Según la primera, puede ser que los fabricantes entren en competencia respecto al pequeño grupo de consumidores que sí leen las garantías y eligen los productos en función a ellas. Para triunfar en tal competencia, "los fabricantes se verán forzados a redactar garantías que respondan a las preferencias del grupo, aunque la gran mayoría de los consumidores ignoren las garantías"[185]. De acuerdo con la segunda hipótesis de Priest, las garantías pueden afectar las decisiones de compra subsiguientes, en lugar de la primera. Dice Priest que "un consumidor puede seleccionar entre marcas competidoras de acuerdo con su experiencia con un producto particular y su garantía. Si ello es así, los fabricantes se verán forzados a redactar garantías que respondan a las preferencias del consumidor, de manera de asegurarse una clientela"[186]. Es fácil percibir que las hipótesis de Priest son un tanto aventuradas. Ellas, por otro lado, no resultan confirmadas con datos empíricos. Sólo señala al respecto Priest que "se necesitan estudios empíricos adicionales para una definición precisa del proceso de competencia respecto al contenido de las garantías"[187].

De otro lado, una vez que el conocimiento en cuestión llegase al fabricante, surge el problema de la diversidad de los riesgos entre los distintos consumidores de cada producto. En efecto, reconoce el mismo Priest que los consumidores divergen respecto a los riesgos a los que someten al producto. De esta manera, los consumidores que utilizen más y más intensamente un producto, lo someterán a mayores riesgos que los demás consumidores. En consecuencia, para ser adecuadas desde el punto de vista de la teoría de la inversión las garantías deberían poder discriminar entre los distintos grupos de

184. Landes, William M. y Posner, Richard A. *A Positive Economic Analysis of Products Liability*, en 14 J. of Legal Stud. 535, 544 (1985).

185. Priest, *op. cit.* p. 1347.

186. *id.*

187. *id.*

consumidores, en función a su nivel de riesgos. Sin embargo, no resulta claro si ello resultará factible en la práctica.

Específicamente, en cuanto a la cobertura de los daños que el producto cause a la persona y bienes del consumidor, las diferencias entre los niveles de riesgo de los consumidores individuales podrán resultar tan significativas que resulte antieconómico para el productor proporcionar cobertura en la garantía. En este sentido, el propio Priest reconoce que "algunos elementos de los daños relacionados a los productos pueden resultar excluidos de las garantías de todos los productos. . . Allí donde los consumidores difieran sustancialmente en la incidencia o magnitud de una pérdida, tal como en el caso de los daños a su persona o a su propiedad, puede no existir una prima atractiva para un número suficiente que justifique la cobertura. Puesto de otro modo, el aumento en la prima requerido para cubrir tales pérdidas puede ser mayor que el beneficio de la cobertura a grandes números de consumidores. Si ello es así, la venta del producto se optimizará excluyendo totalmente la cobertura"[188]. De esta manera, también según la teoría de la inversión, los fabricantes excluirán su responsabilidad por los daños causados por los productos defectuosos a los bienes y a la seguridad del consumidor. Esta situación, a pesar de ser justificada por la teoría de la inversión con base en criterios de eficiencia económica, deja en desamparo absoluto al consumidor dañado.

4.5.2. Nuestra Opinión. La responsabilidad del vendedor o del fabricante por los daños que sus productos defectuosos causen a la integridad física o psíquica o a la propiedad de las personas es una responsabilidad que tiene su origen en la ley, en los términos que cada ordenamiento jurídico estableza. De tal manera, pues, las cláusulas de exclusión o limitación de responsabilidad tienden a eliminar o moderar la aplicación de deberes de carácter legal. En consecuencia, tales limitaciones no pueden ser impuestas unilateralmente, sino que el consumidor o usuario frente a quien han de tener efecto debe aceptarlas en uso libérrimo de su autonomía contractual. De allí, pues, que la eficacia jurídica de tales limitaciones o exclusiones de responsabilidad sólo podrá provenir del ejercicio libre de la autonomía de la voluntad, entendida como el "poder que se reconoce a una persona para crear, de acuerdo con otra persona, obligaciones a cargo de ambas o una de ellas"[189].

---

188. Priest, *op. cit.* p. 1318.

189. De la Puente, Estudio sobre el Contrato Privado *cit.* Tomo I, p. 52.

Ahora bien, el poder de la autonomía de la voluntad para crear, modificar y extinguir obligaciones debe aceptar limitaciones provenientes de la exigencia de una coherencia interna del sistema jurídico. El sistema no reconocerá validez a las manifestaciones de la autonomía de la voluntad que pudieran atentar contra su propia esencia (aunque sin llegar a decir, como Barassiz que "un contrato produce efectos jurídicos en cuanto el ordenamiento jurídico lo autoriza: la voluntad contractual no tiene por sí la virtud creadora de esos efectos... La ley pues, pone sus condiciones al reconocimiento del contrato"[190].)

Así, el ordenamiento jurídico establece los límites dentro de los cuales se debe desenvolver la autonomía de la voluntad. Estos, normalmente, estarán determinados por lo que constituye la moral y el órden público. En este sentido, se reconoce que no cabe la renuncia anticipada a la responsabilidad que provenga de dolo, al que se asimila, en algunos casos, la culpa grave o la culpa inexcusable. Estos son, pues, límites generales, dentro de los cuales deben mantenerse las cláusulas de limitación o exoneración de responsabilidad en todos los casos para tener pretensiones de validez.

Por otro lado, es posible que, al haberse pactado los convenios de exclusión a través de modalidades especiales de contratación, se encuentren sujetos a restricciones mayores, impuestas por normas de órden público. Ello es así en el campo de los contratos celebrados en masa. En efecto, el creciente desarrollo comercial e industrial, "la emergencia de una sociedad de producción, distribución y consumo masivo ha ocasionado una creciente mecanización en la contratación y especialmente el desarrollo de formas preredactadas y masivas de contratación"[191]. Así, vemos nuevas formas de contratación, tales como los contratos por adhesión, los contratos tipo y los contratos celebrados con arreglo a condiciones generales, donde el principio de la autonomía de la voluntad resulta de alguna manera desmentido.

Ante una realidad como la expuesta, se manifiesta la insuficiencia del principio de la autonomía de la voluntad para lograr un resultado justo. En efecto, dice Polo, el juego ilimitado de la autonomía de la voluntad lleva a la

---

190. Citado por de la Puente, Estudio sobre el Contrato Privado *cit.* Tomo I, pp. 79-80.

191. Commission of the European Communities, *Unfair Terms in Contracts Concluded with Consumers*, Communication from the Commission, Brussels, 9 February, 1984. Com. (84) 55 Final, p. 2. En adelante citado como Unfair Terms.

contradicción de los propios principios que la afirmaban: libertad de contratación y libre competencia. "La autonomía de la voluntad no tenía en cuenta la desigualdad en que, en ocasiones se encontraban las partes en la conclusión del contrato, lo que conducía a la imposición de sus cláusulas por la parte económicamente fuerte, de tal modo que a la otra sólo le restaba la libertad de adherirse al contrato o rechazarlo. De otro lado. . . los propios empresarios, apoyándose en el principio de libre competencia comenzarían a pactar entre ellos, destruyendo el principio de libre competencia"[192].

En esta situación, es común que muchos consumidores, al emplear formas masivas de contratación, lo hagan sin un conocimiento preciso de las estipulaciones que se entienden pactadas. Frecuentemente, aunque el contrato estipula que su firma por el consumidor indica que ha entendido y acepta todos sus términos, en la práctica, el consumidor no ha tenido una verdadera oportunidad para estudiar los términos, por ejemplo, porque no le han sido comunicados anticipadamente. Más aún, en los casos en que el consumidor haya tenido la oportunidad de estudiar los términos del contrato, probablemente no tendrá conciencia del sentido jurídico de los mismos y, por ello, puede tener una idea equivocada del contenido del contrato[193].

De allí, pues, la necesidad de que se establezca un nivel de protección para las partes débiles en estas relaciones contractuales de especial naturaleza. "La utilización intensiva y preferente de formularios de contratación uniforme como vehículo de aprobación-imposición de las cláusulas limitativas de la responsabilidad contractual obliga a señalar. . . junto a los límites genéricos de validez que éstas han de respetar en todo caso, aquellos otros específicos que *además* han de respetar cuando se incluyan en contratos de condiciones generales. La existencia de estos límites específicos de validez de las cláusulas limitativas predispuestas constituye la respuesta que desde el Derecho se ha dado por la doctrina y la jurisprudencia a los peculiares e intrínsecos peligros que la utilización de dichas formas de contratación comporta"[194].

La intervención del Estado en este sentido, se manifiesta en los dos ámbitos de la autonomía contractual: la libertad de contratar –es decir, de po-

---

192. Polo, *op. cit.* p. 25.

193. Unfair Terms *cit.* p. 2.

194. Jordano Fraga, Francisco, *Modificaciones Convencionales a las Reglas de la Responsabilidad Contractual*, en 174 Revista de Derecho Mercantil 605, 659 (1984).

nerse de acuerdo, de estipular o no hacerlo –y la libertad contractual– o sea, de determinar la forma y el contenido de los contratos que se ha decidido celebrar[195]. Así, en el primer aspecto, el Estado interviene imponiendo a determinadas empresas –especialmente aquellas que explotan servicios públicos u operan en una situación de monopolio– la obligación de contratar. En lo que se refiere a la libertad contractual, la intervención del Estado se realiza a través de tres vías: la ley, la judicatura y el poder administrador. La intervención legal se refiere a la dación, en el marco del Código Civil o en leyes especiales, de normas de carácter imperativo que prohiban que determinadas condiciones se incorporen a los contratos, prohiban los pactos que deroguen normas de carácter dispositivo, dispongan la necesidad de una aprobación calificada de determinados tipos de cláusulas, etc.

La intervención legal puede establecer requisitos de carácter formal a la constitución del contrato, con el objeto de garantizar de alguna forma la existencia de consentimiento por parte de la parte débil de la relación. Así, por ejemplo, el artículo 1341, segundo párrafo, del Código Civil italiano de 1942, que dispone que determinadas condiciones son nulas a no ser que sean específicamente aprobadas por escrito[196]. Por otro lado, la intervención legal puede estar propiamente destinada a regular el contenido de los contratos para prevenir los abusos de la parte débil de la relación. Entre las legislaciones que establecen este tipo de control pueden mencionarse la *Unfair Contract Terms Act* de 1977 de la Gran Bretaña, que declara la nulidad de las cláusulas que limitan la responsabilidad por daños a la persona y a los bienes del comprador, así como la de las cláusulas que limitan la responsabilidad por daños económicos salvo que, en este caso, se demuestre en el juicio correspondiente que la limitación es razonable; la ley de la República Federal de Alemania de 9 de Diciembre de 1976, que permite la declaración de nulidad de las cláusulas que pongan en una situación desventajosa a la parte débil[197]; la ley sueca sobre condiciones contractuales, que declara la nulidad de las condiciones generales de los contratos que supongan desequilibrio en la posición contractual del consumidor[198]. En el campo específico de la responsa-

---

195. De La Puente, Estudio sobre el Contrato Privado *cit.* pp. 53-54. En el mismo sentido, Kennedy, Duncan. *Distributive and Paternalistic Motives in Contract and Tort Law With Special Reference to Compulsory Terms and Unequal Bargaining Power*, en 41 Md. L. Rev. 563 (1982).

196. Ghidini, *op. cit.* p. 70.

197. Unfair Terms *cit.* p. 5.

198. Albaladejo, Miguel Angel, *op. cit.* p. 21.

bilidad por productos defectuosos, pueden mencionarse los casos del *Restatement of Torts* de los Estados Unidos y de la Directiva del Consejo de la Comunidad Europea.

La segunda modalidad de control se lleva a cabo a través de "aquellas tendencias doctrinarias y judiciales que establecen los criterios para un control no previsto especialmente por la ley, pero que puede deducirse de las normas generales, cuyo contenido puede ser adaptado por medio de la interpretación[199]. Así, se tiene en este sentido, la interpretación de los contratos de acuerdo con la regla *indubio contra stipulatorem*[200]. Puede considerarse también como un medio judicial de control de los contratos, el empleo por parte de la jurisprudencia francesa de la presunción de conocimientos de los vicios de la cosa por parte del vendedor de la misma, con el objeto de privar de validez a las cláusulas contractuales que hubieran tendido a excluir o limitar la garantía.

Finalmente, mediante el control administrativo de los contratos, la ley otorga a la Administración Pública el poder de controlar, de manera previa o subsecuente, el contenido de los términos. De este modo, se garantiza que no subsistirán en los contratos disposiciones que tiendan a colocar en una posición vulnerable a la parte débil[201].

De acuerdo con lo expuesto anteriormente, consideramos que la limitación o exclusión de la responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos debe provenir, en todo caso de una manifestación libre de voluntad. En los medios masivos de contratación, es indudable que no se presentará, en general, una voluntad con tales características. Por ello, son justificadas, en principio, las medidas de control estatal que tiendan a evitar la ocurrencia de situaciones contractuales injustas.

Consideramos que todas las vías de control estatal que hemos mencionado tienen utilidad dentro de campos específicos. En el campo de la responsabilidad por los daños causados por productos debe preferirse una solución

---

199. Ghidini, *op. cit.* p. 77.

200. De la Puente, Estudio sobre el Contrato Privado *cit.* pp. 333-334.

201. De la Puente, Estudio sobre el Contrato Privado *cit.* T. I, pp. 334-335; Polo, *op. cit.* pp. 92-93; Albaladejo, Miguel Angel, *op. cit.* p. 45; Ghidini, *op. cit.* pág. 77; Dahl, *op. cit.* p. 65.

legislativa que establezca con carácter general la invalidez de la claúsulas de exoneración o limitación de responsabilidad frente a los consumidores. Unicamente podrá aceptarse la validez de tales claúsulas cuando las partes que las han estipulado actúan en plano de igualdad y con amplia libertad contractual.

Esta solución no implica descartar la influencia que puede tener la conducta de los usuarios o consumidores en los daños causados mediante productos defectuosos. Dicho elemento se integra a la solución propuesta mediante los conceptos de defectuosidad por falta de información o advertencias y la atención a la conducta del sujeto dañado en la generación del daño[202]. En este sentido, expresan Landes y Posner que "en los casos en que, aunque el producto pueda ser lo suficientemente peligroso como para establecer la responsabilidad *prima facie* del fabricante, el conocimiento del riesgo por parte del consumidor hace óptimo [desde el punto de vista económico] . . que se excuse al fabricante de la responsabilidad. . . a pesar de la resistencia del Derecho a reconocer validez a los pactos de exoneración de responsabilidad, se permite al fabricante eludir la responsabilidad por los accidentes causados por un producto altamente peligroso mediante la advertencia clara a los consumidores del peligro, siempre y cuando la advertencia permita al consumidor protegerse de dichos peligros a un costo razonable"[203].

202. Henderson y Twerski, *op. cit.* p. 115.

203. Landes y Posner, *op. cit.* p. 558.

CAPITULO SEGUNDO

EL FUNDAMENTO DELA RESPONSABILIDAD CIVIL POR LOS DAÑOS CAUSADOS MEDIANTE PRODUCTOS DEFECTUOSOS

SECCION PRIMERA

Introducción

¿Qué entendemos por el problema del fundamento de la responsabilidad por productos? Nos referimos, básicamente, a la determinación del patrón de responsabilidad que debe establecerse en este campo, es decir, a la decisión sobre a quién, en qué casos y con qué extensión corresponderá el peso económico de los daños causados por productos defectuosos. Este problema, sin embargo, no puede reducirse a determinar una regla de responsabilidad sin examinar el entorno social en el que se genera y desarrolla la cuestión. Consideramos que existe una vinculación entre la normatividad jurídica que regula un fenómeno, ya sea que provenga ésta de la ley, de la doctrina o de la jurisprudencia y la visión que tienen los organismos de creación y aplicación del derecho respecto de la realidad social determinada que se vive. En este sentido y siguiendo un interesante estudio del profesor Henry J Steiner[204] podemos plantear la existencia de tres niveles de conceptualización dentro de las decisiones que pueden adoptarse para resolver un problema jurídico.

En un primer nivel está lo que Steiner denomina la doctrina, que se refiere a "la expresión convencional del Derecho a través de reglas y patrones"

---

204. Steiner, Henry J. *Justification and Social Vision in Common Law Change: The Case of Modern Accident Law*, Preliminary Draft, Harvard Law School, 1983. El trabajo del profesor Steiner pretende destacar una evolución en las líneas de pensamiento, a nivel de visión social, justificación y doctrina, de la jurisprudencia norteamericana, en las últimas décadas. Nosotros presentaremos la nueva visión del derecho sobre accidentes como una propuesta destinada a ser aceptada progresivamente por nuestros legisladores, jueces y abogados.

es decir, al contenido propio de la legislación, la doctrina y la jurisprudencia como fuentes del Derecho. Luego, se encuentran las justificaciones, es decir, "los argumentos morales que justifican una determinada decisión". "La justificación" –dice Steiner– "busca demostrar la razón por la cual una regla o patrón debe ser preferida a otra"[205] Finalmente, toda decisión de un problema legal traduce una visión social, una percepción sobre el fenómeno social al que se aplica y al contexto en el que este ocurre. La visión social hace referencia, pues, "a las percepciones. . . [de los órganos de creación y aplicación del Derecho] sobre la sociedad (sus estructuras socio–económicas, patrones de interacción social, metas morales e ideololgías políticas), sobre los actores sociales (sus carácteres y capacidad). . ." y sobre el fenómeno a regularse[206]. La doctrina no puede, entonces, aislarse de las justificaciones y la visión social que subyacen una determinada solución. Por ello, Steiner indica que "más que meramente ornamentar o influir a la doctrina, las justificaciones y la visión social la forman e informan. Le dan vida y significado. Ambas –visión social y justificaciones– son, a su vez, categorías de pensamiento e imaginación mutuamente dependientes y recíprocamente influyentes que se forman la una a la otra a la vez que forman a la doctrina"[207].

Enfrentaremos, pues, el problema del fundamento de la responsabilidad civil por productos defecuosos no única ni primeramente con un enfoque doctrinario, en el sentido indicado, sino que analizaremos elementos de mayor alcance, como el fenómeno social que significan los daños causados por productos defectuosos y las justificaciones que, en este contexto, se ofrecen para promover determinada solución. Para el efecto contrastaremos la visión social clásica sobre el fenómeno de la responsabilidad con una visión social moderna, adecuada a la realidad contemporánea. Luego, con el telón de fondo de la visión social planteada, examinaremos las justificaciones que se ofrecen para la solución del problema de la responsabilida por los daños causados por productos. Finalmente y sobre la base del desarrollo anterior, intentaremos esbozar un patrón doctrinario o una regla de responsabilidad que resulte satisfactoria para solucionar el problema.

---

205. Steiner, *op. cit.* p. 5.

206. Steiner, *op. cit.* p. 90.

207. Steiner, *op. cit.* p. 6.

SECCION SEGUNDA

LA RESPONSABILIDAD POR LOS DAÑOS CAUSADOS MEDIANTE PRODUCTOS DEFECTUOSOS Y LA VISION SOCIAL DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL

1. La Visión tradicional de la Responsabilidad Civil

Tradicionalmente se ha percibido el problema de la responsabilidad civil como una cuestión que involucra únicamente a las personas del agente dañoso y de la víctima y que, por tanto, debe resolverse con la atención puesta sólo en los intereses y derechos de ambos y, especialmente, en las relaciones que puedan existir entre ellos. Esta visión de la responsabilidad civil se manifiesta en la mayoría de los ordenamientos civiles. Como escribe Diez-Picazo, "los redactores del Código Civil dieron a la responsabilidad civil una estructura de carácter netamente individualista ". Ello se debió, continúa el mismo autor, a "un determinado modo de ser de las relaciones económicas y sociales en la Europa de fines del siglo XVIII. Se trataba de un mundo en el que, aunque la primera revolución industrial se había producido ya, no se habían dejado sentir todavía (o por lo menos no se habían dejado sentir en profundidad) sus efectos. La actividad económica continuaba siendo de carácter agrícola, ganadera y artesanal. Las relaciones de Derecho privado son generalmente interindividuales y se traban entre individuos concretos y determinados. En los casos de producción de daños, es un litigio entre individuos concretos lo que hay que resolver"[208].

En este sentido, pueden percibirse tres características de la visión social que informa la teoría clasica de la responsabilidad civil. En primer lugar, se perciben los accidentes como problemas **diádicos** (es decir, que involucran a dos unidades, consideradas como un par). "Una percepción *diádica* de los a-

208. Diez-Picazo, *op. cit.*, Vol. VI, p. 586.

cidentes", señala Steiner, "es una de las interacciones casuales e inesperadas. Las *díadas* se forman por la interacción y luego se disuelven, excepto en cuanto un par continúa vinculado por un cierto tiempo a través de los litigios que se derivan de la interacción. [209]. En segundo lugar, la visión social clásica percibe a las partes en un conflicto como personas individuales, y no en cuanto pertenecientes a un grupo determinado[210]. Finalmente, dentro de esta visión social, se considera que los accidentes son ocurrencias únicas, es decir, casuales, ocasionales e inteligibles sólo dentro de un contexto causal cuidadosamente determinado. De esta manera, se considera que no existe posiblidad de preveer su ocurrencia[211].

Es dentro de esta particular visión social del problema de los accidentes, influída por los principios del individualismo, que se desarrolla la teoría de la culpa como único fundamento de la responsabilidad civil[212]. Al percibirse el problema de los daños causados por la interacción de dos personas como una cuestión que las involucra únicamente a ellas, el problema de la reparación del daño debe resolverse atendiendo sólo a los derechos de cada una y a las realciones entre ellas. "A partir del momento en que la sociedad pasa a un segundo plano, el individuo se convierte en el constructor dinámico y responsable de su contorno social se considera que no se puede obligar a una persona a responder sino por lo que estuvo dentro de sus posibilidades: la obligación de indemnizar se deriva de cómo –adecuada o inadecuadamente– el individuo ha ejercido su libertad. Ahí donde no ha existido libre decisión, tampoco puede haber responsbilidad"[213].

---

209. Steiner, *op. cit.* p. 115.

210. Steiner, *loc. cit.*

211. Steiner, *op. cit.* p. 122.

212. André Tunc, *Tort Law and the Moral Law*, en 30 Camb. L.J. 247, 248-259 (1972), en adelante citado como *Tort Law* traza los inicios de la noción de culpa como fundamento de la responsabilidad civil hasta la Francia del siglo XVIII. Señala Tunc que fue Domat quien escribió, en su obra *Lois Civiles dans leur ordre naturel:* "Todos los perjuicios y daños que puedan resultar del hecho de cualquier persona, sean debidos a imprudencia, ignorancia de lo que debió haber sido conocido o cualquier otra culpa similar, por más ligeras que fueran, deben ser reparados por la persona cuya imprudencia u otra culpa les dio origen. Porque ha cometido un acto ilícito, aunque no tuvo la intención de dañar a nadie".

213. de Trazegnies, La Responsabilidad Extracontractual *cit.* núm. 667. Debe mencionarse, sin embargo, que la visión *diádica*, individual y única

2. Vision Moderna de la Responsabilidad Civil.

2.1. Introducción. Es indudable que el entorno social en el que vivimos ha experimentado considerables variaciones con respecto a aquel que existía cuando surgió inicialmente la teoría de la culpa como fuente única de la responsabilidad civil. Uno de los aspectos que más ha cambiado es, precisamente, el de los riesgos de la vida en común. Este panorma fue descrito hace ya algunos lustros por Josserand. "Al hombre sedentario" –decía este autor– "ha sucedido un ser que parece pertenecer a una especie distinta que muda de sitio sin cesar... Las arterias de las grandes ciudades... se ven surcadas en todos sentidos por vehículos rápidos y diversos, que se cruzan y rozan no sin brutalidad a veces. Al trabajo individual, a domicilio, ha sucedido la labor colectiva en talleres, en fábricas, que ocupan centernares, miles, decenas de miles de obreros. Los instrumentos ofensivos de antaño han sido reemplazados por máquinas cuya potencia es aterradora. El hombre ha captado y utilizado fuerzas cuya íntima esencia no siempre penetra: la electricidad, los rayos x, la radio. Se multiplican los accidentes y muchos de ellos permanecen ignorados y de otros se desconoce la causa verdadera..."[214]. Cabría añadir que la circulación masiva de productos, cuyas características no son conocidas a ciencia cierta por los consumidores, en el mercado aumenta también de manera considerable los riesgos de la vida en común. Pensemos sólo en la capacidad dañosa que tiene un medicamento de efectos secundarios desconocidos, que puede ser consumido por millones de seres humanos.

Han aumentado, pues, tanto el número como la intensidad de los accidentes. Ante esta situación debemos enfrentar el problema de los daños ocasionados por éstos desde otro punto de vista. Es preciso reconocer ciertas características del fenómeno de los accidentes que divergen notablemente de las que informaron la visión social que dio origen a la teoría de la culpa como único fundamento de la responsabilidad civil. En primer lugar, es preciso aceptar que los accidentes no constituyen eventos casuales que relacionan por primera vez a una víctima con un causante y que pueden explicarse únicamente mediante una cuidadosa consideración de la conducta de los individuos involucrados directamente, sino un problema social de incidencia sistemática.

---

de los accidentes no se identifica necesariamente con un patrón subjetivo u objetivo de responsabilidad. En cambio, análisis como los de la culpa objetiva pueden ser considerados como partiendo de una visión social sistémica grupal y estadística.

214. Josserand, La Evolución de la Responsabilidad Civil *cit.* p. 64.

En efecto, el accidente no es un problema originado por la conducta individual de las personas directamente involucradas en él. Como señala de Trazegnies, "el accidente tiene una raíz colectiva: aparece como consecuencia de la vida en común... La sociedad podría eventualmente eliminar las causas de ciertos accidentes... Pero la sociedad no quiere eliminarlos porque prefiere aprovechar las ventajas sociales que le brinda[n] las actividades que les dan origen"[215]. Como consecuencia de ello, el accidente no es totalmente casual o inesperado, en el sentido que, desde una perspectiva general y debido a la experiencia que se tiene con una determinada actividad, puede preveerse su ocurrencia[216]. Finalmente, el accidente tiene en lo individual un elemento de azar. "El paso de esa perspectiva general a la perspectiva individual del caso concreto", escribe de Trazegnies, "se realiza con la ayuda del azar. El causante efectivo y la víctima concreta son personas individuales. Pero las circunstancias del accidente suponen una buena dosis de azar"[217]. De allí, pues, que el causante y la víctima del accidente lo son más que nada por una casualidad. "Por consiguiente", continúa de Trazegnies, "la intervención del Derecho no es provocada realmente por la falta que se presenta innumerables veces sin consecuencias jurídicas en la vida de los individuos –sino por el azar–, que transforma esa falta en daño"[218].

En segundo lugar, debe percibirse que la existencia de mecanismos de distribución del peso económico del daño entre la totalidad o parte del cuerpo social, tales como los seguros o el sistema de precios, obliga a reconsiderar el problema de la responsabilida civil[219]. En consecuencia, no debe plantearse ya la cuestión de la responsabilidad civil por los daños causados por un accidente como una que involucra únicamente la decisión de trasladar el peso economico del daño de la víctima al causante o a otra persona (por ejemplo, el empleador). Las posibilidades de distribución del riesgo que los seguros y el mecanismo de precios otorgan deben ser elementos a considerar en la decisión sobre cuál debe ser el criterio que determine la responsabilidad. Para el efecto no sólo debe atenderse a las posibilidades de dilución del riesgo que pudiera

---

215. de Trazegnies, La Responsabilidad Extracontractual *cit.* núm. 670.

216. de Trazegnies, La Responsabilidad Extracontractual *cit.* núm. 670. Steiner, *op. cit.* p. 99.

217. de Trazegnies, *loc. cit.*

218. *id.*

219. Steiner, *op. cit.* p. 100.

tener una empresa, en caso de ser la causante del accidente o la demandada sino también los mecanismos, tales como seguros de accidentes o seguros médicos que puediera tener la propia víctima a su disposición. Indica, por ello, André Tunc que "un derecho moderno requiere una completa revisión de la responsabilidad civil, elemento de regulación social y de indemnización, dentro de un contexto de seguros y seguridad social"[220]. Un ejemplo de un sistema de este tipo es el de "la alternativa sueca", que hemos explorado en un capítulo anterior.

En tercer lugar, una visión social contemporánea de la cuestión de los accidentes debe atender a las diferencias que existen entre las categorías de personas involucradas. En efecto, en la visión individualista y tradicional de la responsabilidad civil, se asume que la totalidad de los actores sociales son hasta cierto punto fungibles, en el sentido que pueden ser intercambiados para efectos del análisis. No es relevante para el análisis de la culpa el hecho de que el demandado fuera una persona individual o una empresa. Ambos responden sólo si su conducta resulta moralmente reprochable. Sin embargo, en la sociedad contemporánea es forzoso reconocer que existen diferencias en las características de las partes que pueden fundamentar un tratamiento diferenciado. En este sentido, por ejemplo, puede cuestionarse la capacidad de los consumidores individuales para tomar las medidas objetivamente razonables para preveer la ocurrencia de daños vinculados al uso o consumo de productos, debido a la creciente complejidad tecnológica de estos, en contraposición a las empresas productoras, que poseen mucho mayores conocimientos sobre las características y propiedades de los productos[221]. Por otro lado, debe tenerse presente que muchas entidades presentes en el mercado no constituyen unidades individuales, aisladas de su entorno económico, sino que pueden funcionar como canales ligados a comunidades de consumidores, socios o accionistas o trabajadores. De este modo, debe tenerse una visión que pueda percibir lo que se encuentra al otro lado de las empresas, que pueden ser los soportes formales, más no reales ni definitivos, del peso de la responsabilidad[222].

En cuarto lugar, debemos ser conscientes de que –ya que los accidentes

---

220. Tunc, André, *La Responsabilité Civile, Económica*, París 1981, núm. 187, p. 160. Citado por de Trazegnies, La Responsabilidad Extracontractual *cit.* núm. 666.

221. Steiner, *op. cit.* pp. 102-103.

222. Steiner, *op. cit.* p. 103.

en sí son fenómenos predecibles y de ocurrencia relativamente general, y que la individualización de los causantes y víctimas involucrados en ellos es una cuestión de azar– una visión social adecuada del problema debe ser capaz de abstraer las características fundamentales de los accidentes individuales, y entenderlos, en consecuencia, como interacciones de categorías de actores sociales. De esta manera, el patrón de decisión de los casos individuales deberá diseñarse teniendo en cuenta el marco estructural en el que se relacionan las categorías de actores sociales involucradas[223].

Finalmente, aunque no en importancia, una visión social del problema de los accidentes debe tener en cuenta las metas y aspiraciones de la sociedad. En este sentido, debe tenerse presentes los efectos, promotores o represores, que las soluciones adoptadas puedan tener sobre tales metas y aspiraciones[224].

Atendiendo a los elementos mencionados en los párrafos anteriores, puede concluirse que una visión social adecuada del problema de los accidentes en el mundo contemporáneo debe ser sistémica, grupal y estadística. En este sentido, deberá entenderse que los accidentes, aunque aparentemente aislados, constituyen elementos interrelacionados de un esquema más amplio. Desde este punto de vista, los accidentes, las partes involucradas en ellos, sus efectos sociales y los mecanismos necesarios para aliviarlos deben ser localizados dentro de tendencias sociales, estructuras y patrones de interacción más generales. Debe vincularse los actores sociales y sus interacciones generadoras daños con instituciones como el mercado y el ordenamiento público de la vida social[225].

Una visión social como la que proponemos debe tener una perspectiva grupal, en el sentido de aprehender a las partes involucradas en un accidente como "participantes o aún representantes de grupos sociales"[226]. De esta manera, la responsabilidad civil cambiará de perspectiva: vista la interacción entre los grupos, la responsabilidad regulará los conflictos grupales. Los grupos a los que se atiende, en este sentido, son aquellos generados "por el sistema de producción, distribución y consumo de bienes y servicios, incluyendo dentro

223. Steiner, *op. cit.* p. 104.

224. Steiner, *op. cit.* p. 105.

225. Steiner, *op. cit.* p. 109.

226. Steiner, *op. cit.* p. 115.

de tal sistema los costos de accidentes que genera. [Dichos grupos] no se forman y disuelven voluntariamente por razones específicas. Tienen, más bien, una identidad natural dentro del sistema económico. Son inherentes en tal sistema"[227]. Así, podremos hablar de interacciones de grupos tales como los fabricantes de productos y los consumidores, las industrias contaminantes y los agricultores, los arrendadores y los arrendatarios, los distribuidores y los compradores, etc.

Finalmente, una visión social contemporánea de los accidentes debe ser estadística, en el sentido de percibirlos desde un punto de vista general de una manera agregada, abstrayendo sus elementos comunes y descartando lo anecdótico. De esta manera, se comprenderá que los accidentes son ocurrencias recurrentes y sistemáticas, susceptibles de ser agregadas y predichas. Una visión estadística permite, pues, planear y administrar los riesgos y los accidentes[228].

Esta visión social es la que debe presidir nuestra comprensión del fenómeno de los accidentes. Teniendo en cuenta los elementos planteados, podremos evaluar las políticas o principios que persigue un sistema de responsabilidad civil y, consiguientemente, dar pautas para establecer las doctrinas que resulten aplicables a los casos concretos.

3. La Visión Económica de la Responsabilidad Civil

3.1 Introducción. Un enfoque novedoso, de gran valor para mostrarnos la naturaleza social del daño accidental, está dado por la perspectiva económica de estudio de la responsabilidad civil. Esta perspectiva se enmarca dentro de una corriente doctrinal, surgida en los Estados Unidos a principios de la década de 1960, que intenta aplicar el análisis económico al Derecho.

La idea de analizar desde un punto de vista económico determinadas áreas del Derecho no es novedosa en sí. Tradicionalmente se ha efectuado estudios desde ese punto de vista, respecto al funcionamiento y aplicación de las normas jurídicas en campos que involucran relaciones propiamente económicas, en los casos en que el objetivo económico de las normas se encontraba claramente definido. En tales casos, el análisis económico servía para determinar si las normas en cuestión, u otras accesorias o vinculadas, servían para

227. Steiner, *op. cit.* p. 117.

228. Steiner, *op. cit.* p. 122.

promover las metas ya determinadas por el legislador. Así, por ejemplo, en el caso de la legislación antimonopolios, si la intención del legislador al establecer las normas correspondientes era promover una eficiente asignación de recursos, la cual era definida precisamente por la propia legislación, entonces las normas jurídicas accesorías o derivadas de la legislación podían ser criticadas si un análisis económico indicaba que, en los hechos, no promovían la meta establecida[229]. En cambio, la tendencia más reciente de análisis económico del Derecho *(New Lanw and Economics)* persigue utilizar instrumentos derivados de la economía para analizar, explicar y criticar normas jurídicas que no son propiamente económicas en su origen, tales como el derecho de contratos, la responsabilidad civil, y aún el derecho de familia y el derecho penal[230].

El punto de partida del nuevo análisis económico del Derecho está marcado por la aparición de dos artículos en revistas doctrinarias norteamericanas, uno por Ronald H. Coase, profesor de la Universidad de Chicago, titulado *The Problem of Social Cost*[231] y el otro por Guido Calabresi, profesor y actualmente Decano de la Escuela de Derecho de la Universidad de Yale, titulado *Some Thoughts of Rish Distribution and the Law of Torts*[232]. Ambos artículos aplicaban el análisis económico al problema de los accidentes. Adicionalmente, al mencionarse a los autores que se inscriben en esta escuela, no debe dejar de nombrarse a Richard A. Posner, profesor de la Universidad de Chicago y actualmente juez de una Corte Federal, cuya principal obra se titula, precisamente, *Economic Analysis of Law*[233].

---

229. Calabresi, *The New Economic Analysis of Law: Scholarship, Sophistry or Self-indulgence? Maccabean Lecture in Jurisprudence,* 14 de Mayo de 1981, en 68 Proc. Brit. Acad. 85, 86 (1982), en adelante citado como *The New Economic Analysis of Law.*

230. Calabresi, *loc. cit.*

231. Coase, Ronald H. *The Problem of Social Cost*, en 3 J. Law & Econ 1 (1960).

232. Calabresi, Guido, *Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Tort*, en 70 Yale L.J. 499 (1961).

233. Posner, Richard. *Economic Analysis of Law,* 1977 (en adelante citado como *Economic Analysis).* Dentro de la escuela del análisis económico del Derecho, pueden distinguirse dos posiciones. Una, que podríamos denominar neo-clásica, liderada por Richard Posner, que se propone demostrar que las reglas desarrolladas por el *common law* tienen intrínse-

3.2 Conceptos Básicos. El análisis económico parte de algunos supuestos básicos, cuya revisión resulta pertinente antes de examinar su aplicación a la responsabilidad civil. A ello dedicamos las siguientes líneas.

3.2.1 El Hombre Económico. La base del análisis económico es el comportamiento del individuo. La economía ha construído un modelo de comportamiento humano basado en la asunción de que los individuos, totalmente informados respecto a las distintas opciones de comportamiento que pueden adoptar, podrán siempre tomar una decisión racional, basados en su propia visión de la atracción relativa de los diversos conjuntos de consecuencias disponibles. De acuerdo con las características anotadas, supondremos que, dadas las posibilidades de una persona, las empleará de manera de maximizar sus satisfacciones y que si su entorno cambia de tal manera que el individuo pueda aumentar sus satisfacciones alterando su conducta, lo hará.[234]

Tanto los consumidores como los productores actúan con el mismo ánimo de maximización de beneficios. En el caso de los productores, sus beneficios están dados por la cantidad en que sus ingresos exceden a sus costos de producción. De tal manera, para maximizar sus beneficios, el productor debe

---

ca una racionalidad económica y que se niegan a considerar elementos no propiamente económicos (i.e. morales o políticos) en el análisis; y otra, liderada por Guido Calabresi, que postula que el análisis económico debe ser un instrumento al servicio de las metas sociales, las que a la larga resultan mayormente determinadas por factores extraeconómicos. Sobre las posiciones de ambos autores ver, generalmente, Posner, Richard. *The Economics of Justice,* Harvard University Press, Cambridge, Mass, 1983 (en adelante citado como The Economics of Justice) y Calabresi, Guido. The New Economic Analysis of the Law *cit.*

234. Posner, Economic Analysis *cit.* p. 4. La racionalidad económica del individuo supone ciertas características fundamentales. Así, la asunción de racionalidad implica que el individuo actuará consistentemente, prefiriendo la misma opción en los casos en que se le presenten las mismas posibilidades en diferentes ocasiones. Otra característica implícita en la racionalidad económica es que el individuo siempre preferirá más a menos. En este sentido, por ejemplo, ante una elección entre dos grupos de bienes, de los cuales uno comprende dos manzanas y otro tres, el individuo preferirá el segundo. Por otro lado, es parte de la asunción de racionalidad del individuo, el que sus elecciones exhiban transitividad, en el sentido que si el individuo enfrenta tres posibilidades A, B y C, donde prefiere A a B y prefiere B a C, en una elección entre A y C preferirá A. Finalmente, el análisis económico asume que la estructura de preferencias del individuo será siempre completa, en el sentido que enfrentado a una elección entre dos bienes A y B, siempre podrá hacer alguna de las siguientes afirmaciones: prefiero A a B; prefiero B a A; o soy indiferente entre A y B. Bowles, *op. cit.* pp. 4-6.

atender tanto a las condiciones de la demanda del producto cuanto a los costos de producción. De acuerdo con esta idea, un productor dedicará determinados recursos a la producción de determinado bien hasta el punto en que el ingreso proveniente de la última unidad del bien producida sea igual al costo de la misma; es decir, hasta que el costo marginal es igual al ingreso marginal.

Debe tenerse presente que el costo de un bien es el valor que tiene el uso alternativo más atractivo en el que podría ser empleado. De esta manera, el costo de un bien es el costo de oportunidad; el beneficio dejado de obtener por emplear el recurso para una finalidad determinada y no para otra.

3.2.2 La Ley de la Demanda. La actividad de productores y consumidores se entrelaza en el mercado. El precio que rige en éste actúa como una señal que informa a los productores y a los consumidores respecto a los costos y beneficios relativos asociados con la compra y la venta de las distintas mercancías. De este modo, si el precio de un bien aumenta, esto probablemente lo hará menos atractivo para los consumidores, pero a la vez hará más atractivo para los productores dedicarse a su producción. Inversamente, una disminución en los precios atraerá a los consumidores, pero ahuyentará a los productores.

Ahora bien, las variaciones de los precios en el mercado no son fenómenos ajenos a la acción de los actores económicos. Son precisamente tales acciones las que generan los cambios en las condiciones del mercado. Así, si los productores encuentran difícil atraer a los consumidores hacia ciertos bienes, probablemente disminuirán el precio relativo de los mismos con el objeto de deshacerse de su *stock* y luego reducirán su oferta. Los consumidores responderán frente a esta disminución del precio adquiriendo más del bien en cuestión, con lo que la disminución del precio se detendrá,en la medida en que la oferta y la demanda se aproximan. Similarmente, si los productores perciben que están vendiendo determinados bienes más rápidamente de lo que suponían y los consumidores encuentran cada vez más difícil hallar productores dispuestos a satisfacer sus demandas, el precio comenzará a subir. Este incremento continuará hasta el punto en el que la demanda haya sido ahogada y se haya inducido una nueva producción en un nivel suficiente para lograr un nuevo equilibrio.

El precio de un bien puede variar también por cambios en las condiciones que rijan en el mercado de otros bienes. Así, por ejemplo, la disminución del precio de un bien que los consumidores consideren como sustitutorio de

otro puede afectar la demanda de este último, reduciéndola. Similarmente, un cambio en los costos de producción (por ejemplo, un aumento en el costo de la mano de obra) puede afectar la oferta de un producto.

3.2.3 Los Costos. Como hemos indicado, el costo de un bien está dado por el valor de los bienes y servicios alternativos a los que los recursos empleados en éste pudieron ser destinados. El precio del mismo, en cambio, representa los términos en los cuales dicho bien puede ser adquirido en el mercado. En condiciones normales de competencia, el costo tenderá a ser igual que el precio en la medida en que si el costo (costo de oportunidad) es mayor, el productor dedicará los recursos al uso alternativo más rentable. Por otro lado, si el precio es mayor que el costo, las condiciones de competencia harán que aumente la oferta del bien, hasta el punto en que el costo marginal sea igual al ingreso marginal.

Sin embargo, aun en condiciones de equilibrio, no puede asegurarse que todas las ventas de un producto se realizarán a un precio equivalente a los costos de oportunidad de los bienes vendidos. En efecto, si la producción del bien en cuestión utiliza algún recurso que es inherentemente escaso con relación a su demanda, el costo de producir una unidad adicional del bien será ascendente[235].

3.2.4. El Patrón de Eficiencia. Dados los principios que hemos enunciado, en una economía de mercado, los recursos tenderán a desplazarse hacia sus usos más valiosos. Se entiende por valor, para estos efectos, la satisfacción humana medida de acuerdo con la disponibilidad del consumidor agregado

---

235. Así, por ejemplo, tratándose del trigo, que requiere para su producción de un recurso escaso: tierra fértil. Supongamos que la mejor tierra permite producir trigo a un costo total (que comprende los costos de mano de obra, fertilizantes, etc., así como el costo de oportunidad de dedicar la tierra a esta finalidad) de I/. 1,000 por tonelada y que el precio del trigo así producido es de I/. 10,000 por tonelada. De esta situación se desprende que existen incentivos para ampliar la producción. En consecuencia más tierra será empleada en la producción de trigo. Sin embargo, como la buena tierra es escasa, deberá dedicarse a esta finalidad tierra de menor calidad, por lo que el costo de producir una tonelada de trigo en este último caso será mayor. Esta tendencia continuará, empleándose cada vez más tierras, pero de menor calidad, hasta que el costo marginal sea igual al precio. Supongamos, entonces, que en este punto, el costo marginal y el precio son de I/. 2,500. Todos los agricultores venderán su trigo al mismo precio (I/. 2,500), pero algunos incurrirán en un costo de oportunidad de I/. 1,000, mientras que los demás incurrirán en costos mayores. Posner, Economic Analysis *cit.* pp. 8-9.

para pagar por bienes o servicios en el mercado. "El término 'valor' en la economía", dice Posner, "generalmente ha estado referido al valor de intercambio, valor medido o por lo menos mesurable en el mercado, sea implícita o explícitamente. Del concepto de valor se deriva el concepto de la riqueza de la sociedad como la suma de todos los bienes y servicios en la sociedad, sopesados de acuerdo con sus valores... El valor se basa en lo que la gente está dispuesta a pagar por algo y no es la felicidad que pudiera derivar de tenerlo"[236]. El valor de algo para una persona es, pues, lo que ella está dispuesta a pagar por el bien o servicio en cuestión en el mercado. "La riqueza de la sociedad es la satisfacción agregada de todas aquellas preferencias... que están respaldadas por dinero, esto es que pueden ser registradas en el mercado"[237]. De ello se sigue que si se permite al mercado funcionar libremente, los recursos de la sociedad se asignarán según el patrón más eficiente. El concepto de eficiencia alude, pues, a la situación en la que los recursos económicos son explotados de manera tal que se maximize el valor.

3.2.5. Costo Social y Costo Privado. Al hablar de costos, puede distinguirse entre el costo privado y el costo social de un bien, servicio o actividad. El costo social es el costo total involucrado en la producción de un bien o servicio, o en seguir un determinado curso de acción. El costo privado, en cambio, representa aquella parte del costo social que el individuo en particular que produce el bien o servicio o realiza la acción debe afrontar. Debe notarse que es posible que exista una divergencia entre el costo social y el costo privado de un bien o de una acción. Ello es ilustrado con la expresión de Milton Friedman, en el sentido que "no existe almuerzo gratis". Así, si un cliente me invita a almorzar para hablar de negocios y paga la cuenta, el costo (privado) para mí del almuerzo es cero. Sin embargo, la comida ha generado un costo (social) y éste ha tenido que ser cubierto por alguien. Todos los costos tienen que ser cubiertos por alguien, aunque esta persona no necesariamente sea la misma que disfruta del bien o servicio producido. Así, los subsidios son instrumentos que pueden ser empleados para producir una divergencia entre el costo y el precio de un bien, de manera tal que el precio pagado por los consumidores sea inferior al costo del bien. En tal caso, la diferencia entre el costo y el precio es asumida por otras personas.

En los casos en que el costo privado y el costo social diverjan, el patrón de producción que emergerá será ineficiente. En efecto, recordemos que la

236. Posner, The Economics of Justice *cit.* p. 60.

237. Posner, The Economics of Justice *cit.* p. 61.

demanda de un producto depende de su precio. Los consumidores que compran un producto a un precio P deben valorizarlo por los menos a P. La oferta del producto, por su parte, depende del costo de producción. A medida que el costo marginal de producción se eleva, las empresas dedicadas a la producción de dicho bien producirán menos, aumentarán el precio o ambos. Al decidir el nivel de su producción, la empresa productora, resulta influenciada por los costos de producción que debe afrontar (costos privados). Si estos costos privados no representasen la totalidad del costo social (por ejemplo, si existe un subsidio), la empresa producirá "demasiado" del bien en cuestión.[238].

3.3. El Problema de los Accidentes

3.3.1. Introducción. Para la economía los accidentes son una especie de externalidades, es decir, de transferencias o intercambios económicos no aceptados mutuamente por las partes[239]. Estas transferencias imponen sobre una actividad un costo no aceptado por ésta y, en tal virtud, pueden producir una discrepancia entre el costo privado y el costo social de la actividad, generando así un patrón de producción ineficiente. Consideremos, por ejemplo, el caso de un ferrocarril cuya línea atraviesa un campo de trigo. Por efecto del paso del ferrocarril, regularmente las chispas emitidas por él producen incendios en el campo. Si el ferrocarril no resulta obligado a compensar al agricultor los daños causados a las cosechas, entonces tales costos no formarán parte del costo privado del ferrocarril (mas sí del costo social, desde que recaerán sobre la producción de trigo). En consecuencia, el ferrocarril no tomará en cuenta tales costos al momento de decidir el nivel o la intensidad de su actividad. Como resultado, habrá una sobreproducción de viajes en ferrocarril, generándose un patrón de producción ineficiente[240]. De la misma manera, hablando de daños causados mediante productos defectuosos, puede plantearse el caso de un fabricante de un bien x, que no está obligado a compensar los daños causados por sus productos defectuosos. En tal caso, la reparación de los daños no será un costo (privado) tomado en consideración por el fabricante en la determina-

238. Bowles, *op. cit.* pp. 24-25.

239. Mc Kean, Roland N. *Products Liability: Implications of Some Changing Property Rights*, en 84 Quart. J. of Econ. 611, 612 (1970).

240. Demsetz, Harold. *When Does the Rule of Liability Matter*, en 1 J. Legal Stud. 13 (1972).

ción del nivel de su oferta. Sin embargo, dicho costo (social) de reparación será transferido a la actividad de consumo del bien[241].

Tradicionalmente, los economistas consideraron que la solución para corregir las divergencias entre el costo privado y el costo social de una actividad era el empleo de tributos. Esta solución, propuesta por el economista inglés Pigou a principios del presente siglo, proponía la imposición sobre la firma generadora de la externalidad de un impuesto, por un monto igual al costo de la misma. De esta forma, se obligaba a la firma a internalizar las externalidades, con lo que se eliminaba el efecto distorsionador de éstas[242].

3.3.2. El Teorema de Coase. Esta visión de las divergencias entre el costo social y el costo privado por efecto de los accidentes fue cuestionada por Ronald H. Coase en un importante artículo, que marcó el punto de partida del nuevo análisis económico del Derecho[243]. Coase hizo notar que la responsabilidad civil podía jugar la misma función que los tributos correctivos de Pigou, como un medio de eliminar las diferencias entre el costo social y el costo privado. Sin embargo, la solución dada por la responsabilidad civil es, de acuerdo con Coase, más eficiente, en la medida en que elimina la necesidad de que el Estado tenga que determinar el costo de las externalidades (y, por tanto, pueda equivocarse). Dada una regla de responsabilidad civil, las partes se pondrán de acuerdo sobre el costo de la externalidad y su asignación final. Este principio es conocido como el Teorema de Coase.

Coase demostró que, en un contexto en el que los costos de transacción fueran inexistentes (es decir, que todas las personas pudieran negociar y ponerse de acuerdo libremente y sin incurrir en ningún costo y que todos los acuerdos fueran cumplidos), el establecimiento de una regla de responsabilidad civil, por virtud de la cual una de las partes tuviera que compensar a la otra por los daños ocasionados por un accidente ocurrido entre ambas, permitiría solucionar las discrepancias entre el costo social y el costo privado. Es importante notar, sin embargo, que para Coase resulta irrelevante el sentido

---

241. Debe notarse que tratándose de productos, parece, en principio, contradictorio hablar de divergencia entre costo social y costo privado, en la medida en que lo que es producido es consumido.

242. Bowles, *op. cit.* p. 26; Demsetz, *loc. cit.*; Schlag, Pierre John, *An Appreciative Comment on Coase's The Problem of Social Cost: A View from the Left*, en 1986 Wis. L. Rev. 919 (1986).

243. Coase, *op. cit.*

de la regla de responsabilidad –es decir a quién se hace responsable y en qué condiciones– pues independientemente del mismo, las partes negociarán libremente la solución más eficiente. Dice, en tal sentido Coase, "es necesario saber si la empresa dañosa es responsable o no por los daños causados, desde que sin el establecimiento de esta delimitación original de derechos, no pueden haber transacciones de mercado para transferirlos y recombinarlos. Pero el resultado final, (que maximiza el valor de producción) es independiente de la posición legal si el sistema de precios funciona sin costos[244]. El papel de la responsabilidad civil, pues, es definir de manera clara las reglas de juego: determinar la forma en que se reparten originalmente los derechos entre los actores económicos y establecer garantías para que los acuerdos puedan concertarse y respetarse.

¿Cómo opera el Teorema de Coase? Volvamos, para el efecto, al ejemplo de los incendios de las cosechas de trigo causados por las chispas del ferrocarril. Supongamos que la ley impone la responsabilidad por los daños sobre el agricultor. En tal caso existirá un incentivo para que el agricultor adopte las medidas necesarias para evitar el daño. Así, el agricultor podrá pagar al ferrocarril para que disminuya o cese su actividad, o para que adopte mecanismos que la hagan más segura. Por otro lado, el propio agricultor podrá implementar medidas que eviten o disminuyan el daño, tales como sembrar sus cultivos más lejos de la línea del tren o adoptar especies de trigo más resistentes al fuego. Lo importante es notar que el agricultor, como maximizador de beneficios, tomará tales medidas hasta el punto en que el costo marginal de las mismas sea igual al ingreso marginal proveniente de ellas; es decir hasta el punto en que el costo de una unidad adicional de gastos en prevención sea igual al ingreso proveniente de realizarla. Supongamos, ahora que el principio de responsabilidad establecido por la ley es inverso: es el ferrocarril el responsable por los daños. El tal caso, el ferrocarril, al igual que el agricultor en su oportunidad, adoptará las medidas que fueran necesarias para evitar el accidente hasta el punto en que el costo marginal de las medidas de prevención sea igual al ingreso marginal proveniente de ellas.

Así, por ejemplo, consideremos que el beneficio para el ferrocarril de correr un tren adicional sobre la línea (o el costo de no correrlo) es de I/. 1000 y que dicho tren adicional causará daños a las cosechas del agricultor que disminuirán su ingreso en I/. 1200. Si la ley no impusiera la responsabilidad al

244. Coase, *op. cit.* p. 8.

ferrocarril, el agricultor le ofrecería cualquier suma que no exceda de I/. 1200 para que se abstenga de correr el tren. El ferrocarril, por su parte, aceptará la oferta, en la medida en que la suma ofrecida sea mayor a I/. 1000. De este modo se llegará a un patrón de producción eficiente, desde que la cantidad de transporte ferroviario producido se reducirá sólo cuando el aumento del valor de la producción de trigo resultante exceda de la reducción del valor de la producción de transporte ferroviario. Si la regla de responsabilidad fuera inversa, se alcanzaría sin embargo el mismo resultado. Dado que el ferrocarril obtiene un ingreso marginal de I/. 1000 y un costo marginal de I/. 1200, procederá a reducir el nivel de su actividad, hasta el punto en que el costo marginal fuera igual al ingreso marginal. De esta manera, las negociaciones entre las partes eliminan cualquier diferencia entre el costo social y el costo privado, independientemente del sentido de la regla de responsabilidad.

Tratándose de la responsabilidad por productos el paralelo puede plantearse con el siguiente ejemplo. Supongamos el caso de un fabricante de podadoras de césped, cuyo costo de producción unitario es de I/. 1,000. Supongamos, además, que cada uno de dichos productos causa daños a los consumidores por I/. 100. Asumamos, por otro lado, que el costo para el fabricante de tomar las medidas necesarias para evitar los daños causados por los productos en cuestión es de I/. 60 por unidad y que el costo para el consumidor de evitar los mismos daños es de I/. 50 por unidad. Si la ley impone la responsabilidad sobre el fabricante, este tendrá inicialmente incentivos para evitar el accidente, en la medida en que el costo marginal de hacerlo (I/. 60) es menor que el ingreso marginal (I/. 100). Ahora bien, si el fabricante toma las medidas para evitar el accidente y carga el costo de las mismas en el precio del producto, el nuevo precio de éste será de 1,060. Sin embargo, dado que el consumidor puede adoptar medidas igualmente eficaces para evitar el accidente, pero a un costo menor (I/. 50), el fabricante preferirá negociar con el consumidor y "pagarle" (mediante una rebaja en el precio) cualquier suma menor a I/. 60 para que adopte las medidas necesarias para evitar el accidente. El consumidor, por su parte, aceptará la oferta en la medida en que el descuento en el precio sea superior a I/. 50. En caso de ser la regla de responsabilidad inversa, la situación final no sufrirá variación[245].

---

245. Posner, Economic Analysis *cit.* pp. 135-136; Landes y Posner, *op. cit.* p. 541; Sachs, Reynold M. *Negligence or Strict Product Liability: Is There Really a Difference in Law or Economic?* en 8 Ga. J. Int' 1. & Comp. L. 259, 265-266 (1978); Michelman, Frank I. *Pollution as a Tort: A Non-Accidental Perspective on Calabresi's Costs*, en 80 Yale L.J. 647, 655 (1971); Buchanan, James M. *In Defense of Caveat Emptor*, en 38 U. Chi. L. Rev. 64 (1970); Mc Kean, *op. cit.* pp. 619-621.

Es importante destacar el valor del Teorema de Coase para darnos una nueva percepción del fenómeno de los accidentes. No se trata en esta cuestión de una imposición unilateral del costo de una actividad causante del accidente sobre otra, víctima del mismo, sino de un conflicto en el uso de los recursos económicos. Señala, por ello, Schlag, comentando los aportes de Coase al estudio del Derecho, que este último autor "reconoció que allí donde los costos de transacción son significativos (y no pueden ser eliminados) cualquier intento de reducir las externalidades indeseables de una actividad aumentará la producción de externalidades indeseadas por la otra. . . [Este efecto] demuestra que al decidir sobre una regla legal no podemos asumir que la única cosa que estamos cambiando es la materia que se encuentra sujeta a la norma. . ."[246].

3.3.3. El Problema de los Costos de Transacción. Por supuesto, el mundo en el que las negociaciones se llevan a cabo sin costos no existe más que en la imaginación de algunas personas[247]. En el contexto de los accidentes, un mundo sin costos de transacción implicaría, en las palabras de Calabresi y Klevoric, "que todos los actores, incluídos los potenciales dañantes, las potenciales víctimas, las cortes y los jurados estén perfectamente informados respecto a los riesgos potenciales, las precauciones que pueden ser tomadas para evitarlos (incluyendo la dosis de azar involucrada en la efectividad de tales medidas) y los pasos que pueden tomarse para adquirir nueva información sobre la creación de riesgos y la adopción de precauciones; que tanto los potenciales agentes dañosos como las potenciales víctimas y los creadores y aplicadores de pa-

246. Schlag, *op. cit.* p. 926.

247. No se crea, sin embargo, que Coase ignoró esta realidad. Señala dicho autor que "mientras que la consideración de lo que sucedería en un mundo sin costos de transacción podría proporcionar percepciones valiosas, estas, en mi opinión, carecen de valor excepto en cuanto pasos en un camino hacia un análisis del mundo real de los costos de transacción positivos. No hacemos bien en dedicarnos a un estudio detallado del mundo sin costos de transacción, como augures adivinando el futuro mediante una inspección minuciosa de las entrañas de un ganso". Coase, *op. cit.* Sin embargo, dada la inescapable presencia de los costos de transacción parecería que el punto de partida debería asumir su existencia, y no su ausencia. Dice, en tal sentido Gary Schwartz, Foreword *cit.* p. 454, que "el modelo [económico] sería de más ayuda si se basase en una asunción original de ausencia de conocimiento por parte del consumidor respecto a los defectos de los productos y luego permitiese que tal suposición fuese modificada en la medida en que el consumidor, incurriendo en costos razonables, pudiera adquirir dicho conocimiento".

trones –cortes y jurados– nunca se equivoquen en sus decisiones; y que todos los actores sepan que son omniscientes y que están libres de errores"[248].

Sin embargo, las transacciones en la realidad tienen costos tan altos que pueden estos precluir cualquier posibilidad de acuerdo entre los agentes económicos. Tal será el caso cuando los costos de transacción sean mayores que los beneficios provenientes del intercambio[249]. Los costos de transacción comprenden los que demanda descubrir con quién es que uno desea negociar, informar a las demás personas que uno quiere negociar y en qué términos, redactar el contrato, realizar la inspección necesaria para verificar que los contratos son efectivamente respetados, etc.[250]. En el campo de los daños causados por productos defectuosos, señalan Landes y Posner, el costo de transacción para el consumidor puede resultar desproporcionado al objeto de los beneficios de la negociación, en cuyo caso el consumidor preferirá no incurrir en aquellos.

En efecto, los daños causados por productos defectuosos son ocurrencias de baja probabilidad. En consecuencia, no resulta razonable para las partes negociar respecto a la manera como se distribuirán los costos de los futuros y eventuales accidentes que pudiera ocasionar el producto en cada contrato que celebren. Así, por ejemplo, cuando uno adquiere una botella de gaseosa, no resulta razonable negociar con el fabricante o con el vendedor un contrato que especifique sobre quién y en qué condiciones recaerá la responsabilidad por los daños que pudiera ocasionar la botella en caso de explosionar[251].

Por otro lado, una negociación como la que se plantea parte del supuesto de que tanto los consumidores como los fabricantes tienen perfecta información sobre las características de los productos, incluídos los riesgos que involucran. En efecto, mal podría establecerse el valor que cada una de las partes da a los recursos destinados a evitar los daños, si no tuvieran una perfecta

248. Calabresi, Guido y Klevorick, Alvin K., *Four Tests for Liability in Torts*, en J. of Legal Studies 585, 616 (1985).

249. Demsetz, *op. cit.* p. 180; Michelman, *op. cit.* p. 655; Schlag, *op. cit.* p. 923; Bowles, *op. cit.* p. 27; Ogus, A.I. y Richardson, G.M., *Economics and the Environment*, en 36 Camb. L.J. 284, 315 (1977).

250. Coase, *op. cit.* p. 15.

251. Landes y Posner, *op. cit.* p. 544.

información al respecto. En los hechos, la situación es exactamente inversa. El consumidor no tiene tal información, y su adquisición le impondría un costo considerable. En efecto, a diferencia de lo que sucedía en el siglo XIX, cuando la mayoría de los bienes puestos en el mercado eran "simples", en el sentido que el consumidor podía determinar sus características a un bajo costo[252], el costo de determinar las características de la mayoría de los bienes introducidos en el mercado contemporáneo es considerable. La mayoría de estos bienes son lo que se denomina "bienes de experiencia" *(experience goods)*, en el sentido que sus características sólo se determinan por el consumidor mediante su uso o consumo (así, los bienes comercializados en envases sellados); o "bienes de creencia" *(credence goods)*, en el sentido que pueden no revelar sus atributos aun luego de un prolongado uso. Por ello, Landes y Posner, hacen notar que "el crecimiento de la complejidad tecnológica de los productos ha estado acompañado por una declinación en el conocimiento técnico de los consumidores como tales"[253].

Dada la existencia de altos costos de transacción, la determinación de la regla de responsabilidad puede tener efectos importantes sobre la eficiente asignación de los recursos. Los altos costos transaccionales pueden evitar que las partes se pongan de acuerdo y modifiquen la distribución del costo de los daños. En tal hipótesis, una asignación ineficiente del costo de los accidentes puede resultar irreversible. Así mismo, aún cuando los costos de transacción no sean tan altos como para eliminar la posibilidad de un acuerdo, el hecho de que existan hace que sea preferible el que no sea necesario negociar (incurrir en los costos de negociar) que tener que hacerlo. Por ese motivo, en éste último supuesto, también podrá haber una regla de responsabilidad más eficiente que otra[254].

3.3.4. La Determinación del Responsable. ¿Qué hacer ante una situación en la que la existencia de costos de transacción hace que la determina-

---

252. Se trataba de bienes cuyas características podían ser determinadas mediante una simple inspección, como por ejemplo, una fruta, cuyo grado de madurez puede percibirse por la vista o el tacto.

253. Landes y Posner, *op. cit.* p. 548. Hasta Buchanan, quien aboga por el mercado como única entidad que debe determinar la colocación del costo de los accidentes, se ve forzado a reconocer estas características de los productos contemporáneos. Buchanan, *op. cit.* p. 6.

254. Schlag, *op. cit.* p. 923; Michelman, *op. cit.* p. 655; Calabresi, Guido. *First Party, Third Party, and Product Liability Systems: Can Economic Analysis of Law Tell Us Anything About Them?*, en 69 Iowa L.R. 833,

ción del patrón legal de responsabilidad tenga efectos sobre la eficiente asignación de recursos? De acuerdo con el análisis económico del Derecho, debemos adoptar la solución que permita una eficiente asignación de tales costos. Como hemos visto, la asignación eficiente de los recursos se logra cuando se maximiza el valor de los recursos sociales, según las preferencias de los individuos expresadas en el mercado[255]. Por ello, debemos seguir mirando al mercado para descubrir la solución eficiente. Para el efecto, podemos adoptar dos caminos. En primer lugar, podemos redefinir la regla inicial de responsabilidad, de manera que se minimizen los costos de transacción. Así, eliminaremos las trabas al funcionamiento del mercado y será la interacción de los agentes económicos en éste la que permitirá una asignación eficiente de los recursos, tal como hemos visto más arriba[256].

Sin embargo, esta solución no siempre será posible. En muchos casos un simple cambio en las reglas de juego no es suficiente para permitir la libre negociación de los actores económicos. ¿Cómo, entonces, encontrar la solución eficiente (la que maximiza el valor social, suma de los valores individuales) si no es posible la operación del instrumento que mide y registra dichos valores, el mercado? Nos responde Posner que debemos realizar un "análisis de mercado hipotético" *(hypothetical market analysys)*, es decir, "intentar reconstruir los términos probables de una transacción de mercado"[257]. Se trata pues de determinar a qué solución hubieran llegado las partes si hubieran tenido oportunidad de negociar. En otras palabras, ante la ocurrencia de un accidente en que la interacción entre A y B causa daños a B, el Derecho debe preguntarse si el costo para B del accidente era mayor o menor que la ganancia para A de la realización de la actividad que dio origen al accidente. La responsabilidad deberá imponerse sobre la persona para la que los valores en juego son menores[258]. Esta solución no será, sin embargo, tan eficiente como la que hubiera resultado del efectivo juego de la oferta y la demanda en el mercado (pues el agente de decisión social puede equivocarse, lo que nunca

840 (1984), en adelante citado como First Party; Demsetz, *op. cit.* p. 180; Posner, Economic Analysis *cit.* p. 135.

255. Posner, The Economics of Justice *cit.* pp. 60-61.

256. Schlag, *op. cit.* p. 928.

257. Posner, Economic Analysis *cit.* p. 11.

258. Posner, The Economics of Justice *cit.* p. 62.

hace el mercado) por lo que debe reservarse únicamente para aquellos casos en los que no sea posible el funcionamiento del sistema de precios[259].

Tomemos, por ejemplo, el caso de las podadoras de césped. Supongamos que una podadora causa daños al auxiliar del jardinero empleado por el arrendatario de un inmueble, cuyo propietario adquirió el aparato de un intermediario y que este conjunto de circunstancias son suficientes para precluir la negociación anticipada de la responsabilidad entre el fabricante y el dañado. De acuerdo con el análisis de mercado hipótetico, debemos, entonces, intentar descubrir los términos a los que hubieran llegado las partes si hubieran tenido la oportunidad de negociar. Para el efecto, debemos examinar los costos para cada una de las partes de las medidas que hubieran evitado el accidente. Así, supongamos que podemos descubrir que para evitar el accidente, el fabricante hubiera debido instalar una guarda de seguridad que le hubiera significado un costo de I/. 100 por unidad y que el consumidor para evitar el accidente hubiera tenido que emplear mayor cuidado al hacer su trabajo, lo que le hubiera significado un costo de I/. 120. Concluímos, entonces, que quien hubiera podido evitar el accidente a un menor costo fue el fabricante, por lo que sobre él debemos imponer la responsabilidad. Debemos, pues, imponer la responsabilidad sobre quien puede evitar el accidente a un menor costo, aquel a quien Calabresi llama el *cheapest cost avoider*[260].

3.3.5. Críticas y Apreciación. El análisis económico del Derecho resulta indudablemente novedoso e interesante. Sin embargo, no presenta una perspectiva completa del problema de la responsabilidad civil

En efecto, ya desde sus supuestos iniciales, pueden planteársele algunas objeciones. Así, en primer lugar, puede cuestionarse el supuesto de que los hombres son individuos maximizadores de beneficios. Decía Frank Knight: "Los seres humanos no son individuos para empezar. . . Los valores de la vida no son principalmente reductibles a satisfacciones obtenidas por el consumo de bienes y servicios intercambiables. Los deseos que las personas tienen por los bienes y servicios no les pertenecen en un sentido original, sino que son el producto de los innumerables tipos de influencias, de los grados morales más diversos, debidas en gran parte al propio sistema competitivo. . ."[261].

---

259. Posner, *loc. cit.*

260. Calabresi. *The Cost of Accidents. A Legal and Economic Analysis*, Yale University Press, New Haven, 1970, p. 136 ss.

261. Knight, Frank. *Some Fallacies About the Interpretation of Social Cost*,

Esta discrepancia entre los supuestos básicos del análisis económico y la realidad humana, indica Mark Kelman, "representa un problema penetrante en la cosmovisión neoclásica: la ambivalencia y la aspiración no son accequibles al neoclásico debido a que cualquier visión de una identidad personal a lo largo del tiempo es simplemente eliminada por la asunción irreal de que cada 'elector' momentáneo [en el mercado] es una unidad maximizadora y autocontenida, desconectada de cualquier vida humana"[262]. Las decisiones del individuo en una transacción de mercado, pues, no necesariamente serán debidas a un cálculo racional de costo-beneficio.

De acuerdo con lo anterior, podemos cuestionar también la noción de "valor" que propugnan algunos de los propulsores de la escuela de *Law & Economics*. Recordemos que para ellos, el valor se expresa por la elección en el mercado. Se maximiza el valor en la medida en que los recursos se destinen para las actividades que están dispuestas a pagar el precio más alto por ellos en el mercado. Esta posición no considera la posibilidad de que la elección en el mercado no determine el verdadero uso más valioso del recurso. En este sentido, cabría preguntarse si para determinar el valor, no debe estarse sólo al hecho de que hubo una elección en el mercado, sino que debe inquirirse sobre los efectos de ésta.

Para la escuela neo clásica, es imposible discutir si las elecciones conducen a mejorar la posición de la persona, debido a que esa cuestión requiere examinar la realidad del *consumidor*, la persona que hace uso del bien, y no del *elector*, la persona que vemos adquiriendo el bien. Sin embargo, observando el momento de la elección no podemos determinar los efectos de ésta sobre el bienestar del individuo, sino únicamente que éste cree o anticipa que se encontrará mejor luego. La verdadera utilidad del bien se deriva de su uso[263].

---

en 38 Quart. J. Econ. 582, 605-696 (1924), citado por Schlag, *op. cit.* p. 920.

262. Kelman, Mark. *Choice and Utility*, en 1979 Wis. L. Rev. 769, 772 (1979).

263. Los neoclásicos argumentan que no es posible observar el uso del bien, sino sólo el hecho de haber sido este escogido. Sin embargo, si lo único que supiéramos sobre una elección es que se realizó, no podríamos explicar determinadas regularidades en el comportamiento de los consumidores que son obviamente perceptibles. "A través de nuestras teorías implícitas sobre las raíces del disfrute de los consumidores, sabemos que la demanda por una manzana sin corazón sería mayor que la de sólo el corazón de la manzana, aunque sólo hemos observado en el mercado elecciones que involucran la selección de ambos como componentes inseperables de la misma unidad. . . La predicción requiere exa-

En este sentido, puede suceder que existan categorías de elecciones que no resulten a la larga satisfactorias para el individuo. Así, "aún en los casos en que una parte acepta completamente su elección, no podemos estar seguros de que su posición ha sido mejorada. Esto es debido a que el electo-consumidor ha sido transformado de alguna manera por la misma elección y por el paso del tiempo. En segundo lugar, las elecciones pueden ser el producto de hábitos indeseados, y en consecuencia no ser bienvenidas aun en el momento de ser hechas. Similarmente, las elecciones pueden ser objeto de arrepentimiento una vez realizadas. Finalmente, las elecciones pueden ser el producto de acomodos necesarios con condiciones antecedentes del individuo, que son en sí indeseables"[264].

Por otro lado, el análisis económico del Derecho pretende evaluar la solución que maximize el valor en la sociedad sin tener en cuenta la manera inicial como se han distribuido los recursos. Esta pretensión resulta incorrecta, desde que es precisamente en función de tales puntos de partida que se define el valor. Dice Calabresi: "A no ser que sepamos cuáles son nuestros puntos de partida, cuáles son nuestros derechos originales, no podemos saber lo que es la riqueza. La riqueza de toda sociedad depende de los gustos, de lo que la gente valora depende de los que tiene para comenzar. Si no tengo nada,

---

minar la naturaleza del consumo de bienes pasados — ver cómo son utilizados o que tipo de placeres se derivan de ellos". M. Kelman, *op. cit.* p. 776. Indica Reich que puede percibirse una distinción entre las nociones de valor de cambio y valor de uso. "En la esfera de la producción y distribución, los valores de uso (bienes, servicios y similares), son producidos y distribuidos en órden a que retornen a las empresas en forma de valores de cambio (dinero y similares). Sin embargo, esta conversión dialéctica del valor de uso en valor de cambio no se aplica al consumidor. *El no adquiere los valores de uso para su venta* y emplea los valores de cambio, específicamente el dinero, para hacer uso de bienes y servicios destinados a la renovación de su propia capacidad de trabajo... Para el consumidor, a diferencia que para las empresas dedicadas a la producción y distribución, no es el valor de uso como un subsecuente valor de cambio lo que interesa, sino es el valor de uso de la mercancía como tal. Por eso es que los intereses que entran en juego en dicho proceso necesariamente difieren de aquellos que juegan en el proceso de intercambio precedente". Reich y Micklitz, *op. cit.* pp. 4-5.

264. Kelman, Mark, *op. cit.* pág. 776. Por ello, señala Bowles, *op. cit.* p. 9, siguiendo a Samuelson, que debe reconocerse que "las únicas cosas legítimas que pueden decirse sobre la utilidad y los consumidores son del tipo de 'el consumidor está mejor si como resultado de un cambio todavía puede lograr la posición que ocupaba originalmente, pero prefiere más bien ocupar una nueva posición que no le era originalmente asequible".

valorizaré la comida; si tengo comida, podré desear el sexo; si tengo ambos. podré ambicionar el Derecho; si tengo el Derecho, procuraré el silencio".

"Sin embargo", continúa Calabresi, "los puntos de partida –estos definidores de la riqueza– son la esencia del Derecho –y de la actividad de creación del Derecho– debido a que el Derecho define aquello de lo que soy propietario, en contraposición a lo que meramente poseo... Si soy un esclavo, el hecho de poseer un magnífico cuerpo puede resultar una terrible desventaja. Lo mismo sucederá si poseo riñones sanos o sangre de un tipo escaso y aquellos que los necesitan tiene derecho a ellos... Lo que la riqueza es depende de la asignación de los puntos de partida"[265]. Por ello, concluye Calabresi, "sin una noción apropiada de los puntos de partida no podemos saber qué valor dar a las cosas y por ello no podemos decir qué es 'ineficiente' ni menos aún que hemos reducido la ineficiencia. No podemos afirmar que hemos reducido la suma de los costos de los accidentes y de las actividades destinadas a evitarlos porque no sabemos qué valor dar a cada uno"[266].

Dada la relación entre la distribución de los derechos en una sociedad y el Derecho, el cambio en una regla de responsabilidad civil afectará el patrón de distribución existente[267]. Los efectos distributivos de un cambio en la legislación deben ser, pues, tenidos en cuenta. Para el efecto, debe atenderse a las preferencias distributivas que tenga la sociedad de que se trate. No basta, pues, hablar de eficiencia, aún dada una distribución original de los recursos. Desde que cada norma jurídica tiene efectos distributivos, estos deben formar parte del análisis para determinar si la norma es preferible a otra. En efecto, tal como lo expresa Calabresi, "no existe nada deseable en reducir la suma de los costos de los accidentes y de los costos de evitarlos si el resultado es perjudicar a la parte equivocada. Una vez que admitamos que todo cambio en la ley implica ganadores y perdedores, la deseabilidad de un cambio necesariamente implica un juicio respecto a quiénes deben ganar y quiénes deben per-

265. Calabresi, The New Economic Analysis of the Law *cit.* pp. 90-91.

266. Calabresi, First Party *cit.* p. 850.

267. El cambio redefine los derechos iniciales, es decir, determina de manera distinta quién tiene derecho a qué, lo que, si existen costos de transacción determina la asignación final de los recursos. Asimismo, aún cuando las transacciones sean posibles, la asignación inicial de los derechos determina quién debe hacer el esfuerzo de negociar, por lo que puede dar lugar a un efecto distributivo. La parte sobre la que no pesa el esfuerzo de la negociación puede aprovechar su posición de ventaja para extraer del obligado a la negociación mayores concesiones.

der y cuánto, y ambos juicios no pueden separarse"[268]. Dadas las preferencias distributivas que pueden existir en la sociedad, pues, es posible que "prefiramos una ley existente a otra que permita que los que ganen, ganen más de lo que pierden los que pierdan. Este será el caso cuando los que perderán por el cambio son más dignos de consideración que los que se beneficiarán de él"[269]. "Las preferencias distributivas de la sociedad existen", concluye Calabresi, "y son esenciales para cualquier crítica del Derecho. El jurista, por tanto, no puede actuar como si tales preferencias no existieran o no fueran de su incumbencia"[270].

Sin embargo, aun cuando se tomen en cuenta los efectos de eficiencia y los distributivos de una norma jurídica, ello no agota el estudio de su fundamento. En efecto, pueden existir determinaciones de lo que es la justicia que no tengan una base en criterios de eficiencia económica ni de distribución de riqueza. Señala al respecto Steven Kelman que "existen actos cuyos costos son mayores que sus beneficios y que, a pesar de ello, son moralmente correctos, así como existen actos cuyos beneficios exceden sus costos y, a pesar de ellos, son éticamente reprochables"[271]. Añade Kelman que "esto no quiere decir que la cuestión de si los beneficios son mayores que los costos es moralmente irrelevante. Pocos sostendrían eso. En efecto, para un amplio espectro de decisiones individuales y sociales, el que los beneficios de

---

268. Calabresi, The New Economic Analysis of the Law *cit.* p. 93.

269. Calabresi, The New Economic Analysis of the Law *cit.* pp. 93-94.

270. Calabresi, The New Economic Analysis of the Law *cit.* p. 107. Como un ejemplo de este tipo de análisis podemos citar el que realiza Calabresi, en First Party *cit.*, a propósito de los sistemas de compensación de los daños causados en accidentes automovilísticos.

271. Kelman, Steven. *Cost-Benefit Analysis: An Ethical Critique, en Regulation,* Jan/Feb 1981, p. 33. Kelman critica el uso del análisis de costo-beneficio como único patrón para juzgar la moralidad de una acción. Ilustra este autor su posición con un ejemplo. Examinemos, dice, "el caso hipotético de un anciano en la Alemania nazi, quien tiene sentimientos hostiles hacia el régimen. Está analizando la cuestión de si debe expresar sus opiniones contrarias a Hitler. Si lo hace, perderá su pensión. Y su acto no habrá hecho nada para que el régimen nazi caiga: el anciano es considerado un tanto excéntrico por las personas que le rodean y nadie nunca le ha preguntado sobre sus posiciones políticas... Los beneficios de que el anciano exprese su opinión, en el caso, serían nulos, mientras que los costos comprenderían la pérdida de su pensión. En consecuencia, los costos de la acción serían mayores que sus beneficios... estaría moralmente mal que el anciano exprese su opinión". Kelman, Steven, *op. cit.* p. 34.

un acto sean mayores que sus costos es una cuestión suficiente para el análisis. Pero no para todas las decisiones. Algunas de ellas pueden involucar situaciones en las que ciertos deberes –deberes de no mentir, romper promesas o matar, por ejemplo– hacen que un acto sea incorrecto, aún si resultarían de él mayores beneficios que costos. O pueden involucrar situaciones en las que los derechos de las personas están en juego. No permitiríamos la violación aunque se demostrase que el violador obtuvo un enorme placer de su acto, mientras que la víctima sólo experimentó un ligero desagrado. No realizamos un análisis de costo-beneficio respecto a la libertad de expresión o los juicios imparciales. . ."[272]. En esos casos, las soluciones, como dice Gary T. Schwartz "encontrarán su base en el acto considerado en sí mismo, y no meramente en algún tipo de distribución de costos y beneficios sociales o de clase, emanados del acto"[273]. En muchas situaciones, el valor de justicia que presidirá la solución adoptada, se encontrará inmerso en los principios del ordenamiento jurídico. Tales principios, constituirán la expresión de derechos individuales, fundados en nociones de justicia, equidad o moralidad[274].

A pesar de las críticas formuladas, creemos que el análisis económico del Derecho tiene un importante papel que jugar en el estudio de la responsabilidad civil. En efecto, aún cuando no dudamos de los límites del criterio de eficiencia como medida para evaluar una norma jurídica, tampoco debemos descartarlo totalmente, desde que, como dice Richard Posner, "en un mundo de escasos recursos, el desperdicio debe ser considerado inmoral"[275].

---

272. Kelman, Steven, *op. cit.* p. 36.

273. Schwartz, Gary T. *Economics, Wealth Distribution and Justice*, en 1979 Wis. L. Rev 799 (1979), en adelante citado como Economics, Wealth Distribution and Justice.

274. Dworkin, Ronald. *Taking Rights Seriously* (1977), p. 84, citado por Schwartz, Gary, Economics, Wealth Distribution and Justice *cit.* p. 800, en nota 9. Señala Fletcher que "así como no puede esperarse que un individuo sufra sanciones penales en beneficio del bien común, tampoco puede esperarse que sufra otras privaciones en nombre de un cálculo utilitario. Su vida, integridad corporal, reputación, privacidad, libertad y propiedad — son todos intereses que pueden exigir protección de los daños provenientes del deseo de promover otras actividades. . .". Fletcher, *op. cit.* p. 11.

275. Posner, Richard. *The Economic Approach to Law*, en 53 Tex. L. Rev. 757, 777 (1975). El valor de eficiencia, sin embargo, no debe necesariamente ser el primero o el fundamental. Señala, en tal sentido, Calabresi que "el análisis económico [que postule la solución eficiente] debe confinarse a aquellas situaciones en las que las metas de económicas o de

En consecuencia, al elegir una regla de responsabilidad no debe olvidarse los efectos que esta puede tener sobre la maximización de la riqueza en la sociedad.

Por otro lado, el análisis económico puede ser un instrumento idóneo para que se perciba los efectos reales, tanto de eficiencia como distributivos, de las normas legales. El análisis económico permite "analizar una ley y señalar quién se beneficiaría de un cambio y en cuánto. . . Esto, junto con el efecto de eficiencia –los tamaños del aumento. . . y de la pérdida. . .– son cosas que el legislador quisiera decididamente saber"[276].

Mediante el análisis económico podremos examinar una dimensión del Derecho Privado que permanecía inexplorada. Tradicionalmente cuando se discute sobre la solución que debe resultar aplicable a un problema legal, la discusión se mantiene en el plano doctrinario, citándose autores y precedentes jurisprudenciales o, en el caso extremo, los Principios Generales del Derecho y valores como la justicia y la equidad. Sugerimos, sin embargo, que el análisis económico nos permitirá saber más claramente de qué estamos hablando cuando propugnamos una solución. Si argumentamos que debe considerarse que los automóviles son bienes riesgosos o que la actividad de conducir un automóvil es una actividad riesgosa, por lo que debe imponerse responsabilidad objetiva a quién cause daño mediante dichos bienes o dicha actividad, porque ello es más justo, resultaría útil saber qué diferencias desde el punto de vista de la eficiencia económica y de la distribución de la riqueza existen entre una regla de responsabilidad por culpa y una regla de responsabilidad objetiva en este campo. Reducimos el costo de los accidentes o lo aumentamos mediante el cambio. A quiénes beneficiamos o perjudicamos distributivamente, a los propietarios de automóviles, a los peatones, a los usuarios del servicio de transporte público, a los aseguradores, a los conductores cuidadosos, a los conductores negligentes, etc.

El análisis económico del Derecho es un valiosos instrumento para apreciar el problema de la responsabilidad civil desde una perspectiva social sistémica, grupal y estadística. Señala, por ello, Pierre Schlag, respecto a los aportes de Ronald Coase a la teoría del Derecho: "Coase nos libera de esas preconcep-

---

eficiencia (como quiera que se las defina) incrementan o por lo menos no disminuyen las demás, por llamarlas así, preocupaciones distributivas del Derecho". Calabresi, The New Economic Analysis of Law *cit*. p. 97.

276. Calabresi, The New Economic Analysis of Law *cit*. p. 102.

ciones legales al recordarnos la naturaleza recíproca del conflicto por el uso de los recursos: el ferrocarril no fue 'más' causante del daño que el agricultor que decidió sembrar a la vera de la línea del tren. Coase nos recuerda que el órden natural de las cosas es particularmente silencioso cuando se trata de responder la pregunta de quién causó qué. De acuerdo con Coase, el problema del Derecho no es decidir quién causo qué, sino determinar quién será responsable de minimizar los costos relacionados con encuentros desafortunados"[277]. Para Coase, concluye Schlag, "la misión del Derecho no es deferir los juicios de valor a una visión mística del órden natural sino decidir lo que este órden debe ser, a la luz de lo que podemos hacer de él"[278].

4. Conclusión.

Consideramos, pues, que una visión adecuada de la responsabilidad civil no puede prescindir de la consideración de la amplitud de los efectos que las decisiones que se tomen pueden tener sobre los grupos sociales. En consecuencia, la perspectiva sistémica, grupal y estadística es indispensable para apreciar la problemática de los accidentes. En este sentido, el análisis económico es un instrumento de fundamental importancia para apreciar los efectos sociales de diversas normas jurídicas diseñadas primeramente para resolver los conflictos privados. Por ello, ese tipo de análisis resulta indispensable en una visión social de los accidentes como la que propugnamos. Ello no significa, de ninguna manera, descartar la importancia de los valores que la sociedad considera relevantes, sino que, más bien,busca apreciar los mecanismos sociales por los cuales dichos valores pueden ser reforzados.

---

277. Schlag, *op. cit.* p. 924.

278. Schlag, *op. cit.* p. 925.

SECCION TERCERA

LAS JUSTIFICACIONES DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL Y LA RESPONSABILIDAD POR LOS DAÑOS CAUSADOS MEDIANTE PRODUCTOS DEFECTUOSOS

1. Introducción.

Hemos planteado ya la visión social de la responsabilidad civil que preside nuestra concepción de la responsabilidad por productos. En este contexto, examinaremos ahora los principios que deben guiar un sistema de responsabilidad: las metas u objetivos que éste debe buscar. Un sistema de responsabilidad civil es, no lo olvidemos, un medio de regulación social cuyos efectos no se agotan en la relación directa entre el actor y la víctima de un accidente. En consecuencia, las justificaciones u objetivos de la responsabilidad deben ser examinados en el contexto de la visión social descrita. Debe mencionarse que en la descripción de la visión social se han mencionado ya algunos objetivos del sistema de responsabilidad. Así por ejemplo, hemos hablado ya de la eficiencia económica y la distribución del ingreso. Ello se debe a que, como señala Steiner, "la justificación y la visión social se encuentran vinculadas mutuamente, cada una requiriendo e implicando a la otra"[279]. En esta sección, sin embargo, examinaremos de manera sistemática los objetivos de un sistema de responsabilidad civil.

Un buen punto de partida puede ser destacar que la responsabilidad no tiene un fundamento u objetivo único. Dada la diversidad de efectos que la imposición de una regla de responsabilidad puede tener, los objetivos a perseguirse mediante ella pueden ser muchos. Sin embargo, consideramos que el primer objetivo de la responsabilidad civil es el resarcimiento. En efecto, la responsabilidad civil surge de un daño y busca su reparación económica. Dice Trazegnies al respecto que "la responsabilidad extracontractual moderna es

279. Steiner, *op. cit.* p. 90.

un mecanismo que persigue ante todo reparar económicamente un daño. En otras palabras, cuando una persona ha sufrido un daño sin justificación, el Derecho quiere que los aspectos materiales del daño le sean aliviados"[280]. Sin embargo, ésta no es la única finalidad de la responsabilidad. Si ésta buscase únicamente el resarcimiento de las consecuencias económicas del daño, todos los daños deberían ser compensables.

La responsabilida civil es, más bien, la institución mediante la cual se determina qué daños son compensable, en qué extensión y de qué manera. En este contexto, la decisión sobre la reparación de las consecuencias económicas del daño puede tener diversos sentidos. Los principios u objetivos de la responsabilidad son las razones que sustentan la toma de una decisión particular sobre estos problemas. Las finalidades que, mediante las soluciones adoptadas se persiguen son diversas.

Sobre la base de conceptos desarrollados es un reciente trabajo de Calabresi[281], podemos considerar que la responsabilidad civil tiene cuatro objetivos fundamentales. En primer lugar, la responsabilidad busca disminuir el costo social de los accidentes. Se trata, pues, de optimizar la ocurrencia de éstos. En este sentido, procura impulsar a los actores sociales hacia el nivel óptimo de inversiones en seguridad, de manera que se eviten los accidentes que vale la pena evitar y ello se haga al menor costo social posible. En segundo lugar, la responsabilidad civil busca, dada la ocurrencia de un accidente, reducir en lo posible el peso económico de éste. Esta finalidad supone el resarcimiento del daño sufrido por la víctima. Sin embargo, no se agota en la compensación, pues ella puede implicar la imposición de todo el peso económico del daño sobre otra persona. Más bien, esta finalidad busca la dilución del peso económico del daño en un grupo numeroso de personas. En tercer lugar, la responsabilidad civil tiene una finalidad moral y distributiva. Se trata de, mediante ella, imponer el peso económico de los daños sobre aquellas personas que, de acuerdo con las preferencias morales o distributivas de la sociedad, deban afrontarlo. Finalmente, el sistema de responsabilidad elegido debe lograr las metas sociales al menor costo posible; es decir, con la mayor eficiencia.

Por supuesto, el análisis de las metas específicas de la responsabilidad civil no debe hacer que perdamos de vista el valor fundamental que ella de-

---

280. de Trazegnies, La Responsabilidad Extracontractual *cit.* núm. 9.

281. Calabresi, Guido. *Policy Goals of the Swedish Alternative*, en 34 A.J. of Comp. L. 657 (1986), en adelante citado como Policy Goals.

be perseguir: la justicia. Señala Calabresi que "la justicia, o equidad, es lo que *la meta* de la responsabilidad civil debe ser. Las metas esbozadas son *partes* de lo que en cualquier sistema legal dado debe incluirse para lograr un resultado justo. . . No es justo que ocurran accidentes que podían ser previstos a un costo razonable, pero tampoco es justo que todos los miembros de la sociedad se perjudiquen por evitar todos y cada uno de los accidentes. No es justo que alguien sea aplastado por el peso económico de un accidente (salvo que otra meta requiera de tal aplastamiento). Para muchos no es justo que los pobres soporten el mismo peso que los ricos, tal como en la Inglaterra del siglo XIX no era justo que los terratenientes soportaran el mismo peso que los fabricantes. ¿Es justo que una persona dañada por la culpa de otra reciba la misma compensación que otra que no lo fue; que todos reciban la misma compensación por el mismo daño independientemente del comportamiento del causante?. . . Finalmente, no es justo tener un sistema de responsabilidad civil que desperdicie el tiempo y los recursos preciosos de la sociedad con el objeto de lograr lo que podría obtenerse más eficientemente a través de otros medios. La justicia de un sistema de responsabilidad civil depende. . . de la manera cómo amalgame estas. . . metas en el fondo inconsistentes. . ."[282].

En las siguientes líneas examinaremos con mayor detalle estas metas de la responsabilidad civil. Para efectos del análisis clasificaremos las metas o justificaciones de la responsabilidad en dos grupos: utilitarias y morales. En el primero recogemos aquellos fundamentos que se basan en la necesidad de reducir el costo de los accidentes y en el segundo a aquellos que reposan sobre consideraciones de carácter ético o moral. Esta clasificación tiene únicamente la finalidad de lograr mayor órden en la exposición y no está destinada a indicar una separación radical entre ambos criterios. Consideramos que los criterios éticos o morales deben pesar también en la evaluación del costo de los accidentes y de su reducción y reparación. Por otro lado, ambos tipos de finalidades deben integrarse para determinar cuál debe ser el patrón de responsabilidad a aplicarse en un campo determinado.

2. Fundamentos Utilitarios de la Responsabilidad Civil

2.1. Introducción: El Costo de los Accidentes. Una de las finalidades de la responsabilidad civil es la reducción del costo de los accidentes. Con ello, se busca llegar a un nivel eficiente en la asignación de los recursos económicos.

---

282. Calabresi, Policy Goals *cit.* p. 658-658.

De acuerdo con Calabresi[283], los costos que los accidentes irrogan a la sociedad son de tres tipos. En primer lugar, están los costos llamados "primarios". Estos, dice Michelman, son "aquellos que normalmente consideraríamos los únicos costos de accidentes propiamente dichos –los costos que pueden reducirse únicamente cesando o modificando una o más de las actividades cuya interacción culmina en el evento costoso que llamamos accidente"[284]. Así, por ejemplo, en el caso de la interacción entre el ferrocarril y el agricultor, consideraríamos costos primarios del accidente el daño a las cosechas.

Debe notarse que los costos primarios de los accidentes no pueden ser eliminados, sino sólo optimizados, pues las medidas destinadas a reducir la ocurrencia de accidentes son en sí costosas. Así, volviendo a nuestro ejemplo, si con el fin de evitar los daños a las cosechas reducimos los trenes que pasan sobre la línea, esto también significará un costo, considerado un costo del accidente. En tal sentido, los costos primarios de los accidentes comprenden tanto los directamente irrogados por la ocurrencia de los accidentes, como los generados por las medidas tomadas para su evitación.

Los costos del segundo tipo, o "costos secundarios", comprenden la dislocación económica o la agravación del daño inicialmente causado, que puede darse por el hecho de recaer el peso económico del mismo sobre una persona (sea o no la víctima directa del accidente). La ausencia de compensación oportuna, puede agravar los daños sufridos por la víctima. Por otro lado, el que "los costos de reparar el daño o reemplazar lo que se ha perdido, sean soportados por un demandante perdedor o por un demandado declarado responsable, puede destruir financieramente a la persona sobre la cual se imponen. Los costos sociales adicionales, representados por la víctima no compensada que se convierte en una carga para el público o por el fabricante que es declarado en quiebra"[285] constituyen costos secundarios de los accidentes. Cualquier cambio radical en el *status* económico de un individuo resulta costoso, en este sentido[286]. A diferencia de los costos primarios, estos costos

---

283. Calabresi, The Cost of Accidents *cit.*

284. Michelman, *op. cit.* p. 650.

285. Henderson, James A. Jr. *Coping with the Time Dimension in Products Liability*, en 69 Calif. L. Rev. 919, 935 (1981), en adelante citado como Coping with the Time Dimension.

286. Michelman, *op. cit.* p. 650.

sí pueden ser prácticamente eliminados, mediante una distribución adecuada de los mismos sobre el cuerpo social.

Finalmente, los costos terciarios son los costos que demanda la operación del sistema de administración y control de los costos primarios y secundarios establecido[287].

Un sistema de responsabilidad civil ideal tenderá a reducir al máximo los tres tipos de costos. Sin embargo, ello no será posible de una manera absoluta, desde que las medidas destinadas a reducir los costos de un tipo pueden aumentar los costos de otra clase.

2.2. Reducción de los Costos Primarios: Disuación. Un primer objetivo de la responsabilidad civil debe ser el reducir los costos primarios de los accidentes. A esta función de la responsabilidad civil, Calabresi le llama *deterrence* (disuación). Mediante su función disuasoria, la responsabilidad civil busca eliminar la ocurrencia de aquellos accidentes que es razonable evitar. Como señala Calabresi, "el objetivo es reducir la suma de los costos de los accidentes y de los costos de evitarlos, en otras palabras, lograr el *óptimo* nivel de seguridad"[288].

Indica Bisbal que "la capacidad social de evitar los accidentes es casi absoluta. Pero ejercerla significa renunciar a otros bienes que se perciben como prioritarios"[289]. En efecto, bajo las condiciones existentes de la tecnología, existen algunos accidentes, que no vale la pena evitar. Ello sucederá cuando el costo social de evitarlos sea mayor que el costo de su ocurrencia. La circulación de automóviles causa infinidad de daños. La ocurrencia de tales daños podría ser evitada totalmente, si prohibimos la fabricación y circulación de estos vehículos. Sin embargo, la sociedad otorga más valor a las ventajas que provienen de la circulación de los automóviles (costo de evitar los accidentes) que a los daños ocasionados por éstos (costo de los accidentes). Por ello es de Calabresi, al hablar de la función de *deterrence* de la responsabilidad civil señala que su objetivo es reducir la suma de los costos de los acci-

---

287. Michelman, *op. cit.* p. 650.

288. Calabresi, Policy Goals *cit.* p. 617.

289. Bisbal Méndez, Joaquín. *La Responsabilidad Extracontractual y la Distribución de los Costes del Progreso*, en 167-168 Rev. Der. Mercantil 75, 76 (1983).

dentes y los costos de evitarlos. Es en ese punto en el que se estará realizando una inversión óptima en seguridad.

La determinación de qué accidentes vale la pena evitar puede ser hecha directamente por un órgano social determinado. En este caso, la función de disuación a los actores sociales es cumplida por medios ajenos a la responsabilidad civil. Se trata de lo que Calabresi llama la disuación específica o *specific deterrence*. Bajo el sistema de disuación específica, la evaluación comparativa de los costos y los beneficios de una actividad es realizada colectivamente por un organismo social de decisión. La disuación, en tal caso, se logra mediante una prohibición o limitación de la actividad. Dice, por ello, Calabresi, que este tipo de medidas debe emplearse sólo cuando se está ante casos en los que el grado de certidumbre respecto a los costos y beneficios de la actividad son bastante altos o cuando se encuentran involucrados en la decisión factores no monetarizables[290].

En cambio, cuando no es claro si los costos de los accidentes derivados de una actividad son mayores que los costos de evitarlos, debe preferirse un medio de decisión alternativa. Para el efecto, señala Calabresi, debe recurrirse al mercado, a través de la responsabilidad civil[291]. En efecto, si no tenemos conocimiento respecto a si los costos de los accidentes generados por la interacción de unas actividades determinadas son mayores que los costos de evitarlos, pero sin embargo sabemos cuál de las actividades involucradas podría evitar los daños a un costo comparativamente menor, entonces tiene sentido imponer la responsabilidad sobre dicha actividad, mediante el establecimiento de una regla de responsabilidad civil. De esta manera damos incentivos para

290. Michelman, *op. cit.* p. 653. Calabresi, *The Cost of Accidents cit. pp.* 174ss.

291. La función reguladora que puede cumplir la responsabilidad civil es expuesta con claridad por Richard Posner. "Sugiero", dice Posner, "que una función importante de la responsabilidad civil es la regulación de la seguridad... La creación de derechos privados puede ser también un medio de regular. Las reglas son construídas por los jueces con la ayuda de las partes. El peso de la investigación y de la presentación de evidencia también es afrontado por las partes. La intervención directa del gobierno, en este sentido, es minimizada. Este sistema no podría funcionar a no ser que la indemnización que se imponga sobre el demandado sea pagada al demandante. Este es el estímulo necesario para que el demandante juegue su papel regulador, identifique cualquier violación de la norma aplicable, probándola y, cuando ello es apropiado, presionando para que la regla sea modificada". Posner, Richard A. *A Theory of Negligence*, en 1 Jour. Legal Stud. 29 (1972), en adelante citado como A Theory of Negligence. En el mismo sentido, Sachs, *op. cit.* p. 270.

evitar el accidente a la persona que está en mejores condiciones para hacerlo. Este responsable designado examinará el costo del accidente (que recaerá sobre sí por efecto de la regla de responsabilidad) y el costo de evitarlo. En caso que el costo del accidente sea mayor que el costo de las medidas de seguridad necesarias para evitarlo, preferirá incurrir en el menor costo y por ello evitará el accidente. En cambio, si el costo del accidente es menor que el costo de las medidas de seguridad, preferirá dejar que el accidente ocurra y pagar la indemnización que corresponda. Este mecanismo de disuación mediante la responsabilidad civil es denominado *general deterrence* (disuación general) por Calabresi[292].

La operación de la responsabilidad como mecanismo de disuación puede ser ilustrada con un ejemplo. Supongamos que no nos es posible determinar si el costo de los accidentes causados por las podadoras de césped es mayor que el costo de las medidas necesarias para evitarlos. Sin embargo, tenemos un conocimiento cierto de que el fabricante tiene la posibilidad de evitar los accidentes a un costo relativamente menor que los consumidores o usuarios. Debemos, en consecuencia, imponer la responsabilidad sobre el fabricante. De esta manera, el fabricante deberá tomar en consideración los costos de los accidentes ocasionados por el producto, en el momento de calcular el costo de producción de las podadoras. Como consecuencia, examinará los costos de las medidas alternativas que podría tomar para reducir los costos de los accidentes, en una búsqueda del procedimiento óptimo. Este procedimiento óptimo podrá consistir en pagar las indemnizaciones o en adoptar medidas preventivas, o en una combinación de ambos. En todo caso, el costo de estas medidas debe ser reflejado en el precio del producto. Si, aun empleando el procedimiento más eficiente para él, el fabricante obtiene un beneficio comparativamente menor que el de los demás fabricantes, la competencia hará que la fabricación del producto inferior cese o se reduzca[293].

---

292. Una distinción de este tipo, entre la función disuasoria de la responsabilidad civil y las medidas disuasorias directas que pueden adoptarse por los órganos sociales *(specific deterrence)* es realizada por De Cupis, aunque sin explicitar el razonamiento de costo y beneficio que aparece en la explicación de Calabresi. "Para prevenir el daño", indica De Cupis, "juega el reflejo preventivo que implica la reacción posterior del ordenamiento jurídico por causa del daño mismo, o sea, de la represión que se producirá en el supuesto de tener lugar. La acción psicológica intimidatoria ejercitada por el conocimiento de tal reacción desempeña una función preventiva respecto del daño. Además, la prevención del daño puede tener lugar por la imposición por los órganos públicos de ciertos presupuestos encaminados a la seguridad general, actuando de remedios preventivos". De Cupis, *op. cit.*, p. 572.

293. Michelman, *op. cit.* p. 652.

Indican Landes y Posner que, en el contexto de la responsabilidad por productos, existen dos maneras de evitar la ocurrencia de los accidentes: tener más cuidado cuando se realiza una actividad peligrosa (por ejemplo, gastar más en estudios sobre diseño y en experimentación o en control de calidad) y reducir la intensidad de la actividad para disminuir la probabilidad de los accidentes (vender menos unidades del producto)[294]. La responsabilidad civil, como instrumento de disuación general incentiva la implementación de ambos tipos de medidas, hasta donde resulta óptimo hacerlo. En cuanto a las primeras, el fabricante desarrollará las medidas cuyo costo se justifique. En cuanto a las segundas, el aumento del precio proveniente de los costos asumidos por el fabricante, reducirá la demanda por el producto hasta hacerlo desaparecer del mercado, si los costos de los accidentes son mayores que los costos de evitarlos[295].

En consecuencia, la manera de optimizar el costo primario de los accidentes vía *general deterrence* es colocar la responsabilidad sobre la entidad que puede evitarlos a un menor costo relativo, el *cheapest cost avoider*[296].

Es importante tener en cuenta que, al determinarse quién es el *cheapest cost avoider* debe evitarse cualquier solución que haga que se pierdan las presiones disuasorias; es decir que determine la "externalización" de los costos primarios. Así, por ejemplo, si enfrentamos el caso de los accidentes causados por podadoras de césped e imponemos la responsabilidad sobre los usuarios, estos –de acuerdo con las prácticas usuales de las aseguradoras– tenderán a clasificar dichos daños como parte de los riesgos generales de daños físicos provenientes del hecho de estar vivos y en actividad y, por tanto, a incluirlos dentro de sus pólizas de seguros médicos o de accidentes. Los costos de estos seguros, sin embargo, no reflejarán en modo alguno la frecuencia ni la severidad de los accidentes ocasionados por el uso de podadoras de césped y, por tanto, no ejercerán ninguna presión hacia la modificación de la conducta de los usuarios que da lugar a tales accidentes. De esta manera, parte de la presión para evitar los accidentes ha sido externalizada[297].

---

294. Landes y Posner, *op. cit.* p. 538.

295. Henderson, Coping with the Time Dimension *cit.*

296. Sachs, *op. cit.* p. 279; Bowles, *op. cit.* pp. 107-108; Ogus y Richardson, *op. cit.* pp. 293 y 296; Demsetz, *op. cit.* pág. 181-182; Bisbal, *op. cit.* p. 102; de Trazegnies, *op. cit.* núm. 31.

297. Michelman, *op. cit.* p. 656.

La externalización que se produce por efecto del seguro es, sin embargo, inevitable en algún grado. "Asumamos", indican Henderson y Twerski, "que la prima cobrada a un asegurado individual refleja el nivel promedio de accidentes causados por aquellos que se encuentran en el mismo pozo *(pool)* de riesgos, en lugar del nivel de accidentes causados por el individuo asegurado. El incentivo de seguridad para cualquier individuo resultará distorsionado. . . El asegurador controlará en alguna medida el comportamiento del asegurado y su contribución relativa al nivel de los accidentes. Pero tal control es costoso y funciona sólo de una manera muy imprecisa. Por otro lado, los aseguradores pueden amenazar al asegurado con aumentar las primas de su próxima cobertura. Pero el hecho es que una vez que los pozos *(pools)* de riesgos se establecen, los incentivos para los asegurados individuales resultan distorsionados"[298].

Puede suceder que sea imposible identificar al *cheapest cost avoider*. Para este tipo de casos, Calabresi tiene una recomendación a la mano. Nos aconseja ubicar, en cambio, a la persona que tenga la mayor información respecto a quién es el *cheapest cost avoider* e imponer sobre ella la responsabilidad. Esta persona, entonces, hará uso de su información, identificará al *cheapest cost avoider* y le pagará para que tome las medidas óptimas para evitar el accidente. Señalan, en tal sentido, Calabresi y Hirschoff que se requiere únicamente una "decisión respecto a cuál de las partes del accidente está en mejor posición para realizar el análisis de costo-beneficio entre los costos de accidente y los costos de evitar el accidente y de actuar una vez que tal decisión ha sido tomada"[299]. No se crea, sin embargo, que esta es la solución final propugnada por Calabresi para el problema. Luego examinaremos el funcionamiento de éste y otros patrones propuestos por este autor.

2.3. Reducción de los Costos Secundarios: Compensación y Distribución. Un segundo objetivo de carácter utilitario de un sistema de responsabilidad civil es la reducción de los costos secundarios de los accidentes. Recordemos que los costos secundarios de los accidentes son aquellos que se generan por efecto de la concentración del peso económico del daño sobre alguna persona. Mediante esta función de la responsabilidad civil se busca, en palabras de Calabresi, "que ningún individuo o empresa sea aplastado por el hecho de tener que soportar los costos de los accidentes (o, para el efecto, de

298. Henderson y Twerski, *op. cit.* pp. 79-80.

299. Calabresi, Guido y Hirschoff, Jon T. *Toward a Test for Strict Liability in Torts*, 81 Yale L.J. 1055 (1972).

los costos de evitar los accidentes) en tal grado que se genere un costo adicional para sí mismo o para el sociedad". Se persigue también, continúa Calabresi, que "los costos de los accidentes y los costos de evitarlos no alteren dramáticamente el *status* económico del autor o de la víctima, porque tales cambios radicales en la riqueza de los actores sociales son en sí mismos costosos"[300].

Esta finalidad de la responsabilidad civil busca, en primer lugar, el resarcimiento del daño sufrido por la víctima del accidente. Sin embargo, esto no es suficiente, pues el traslado de la integridad del peso económico del daño de una persona a otra, que resulte obligada a soportarlo generará igualmente costos secundarios. De lo que se trata, pues, es de distribuir el peso económico del daño entre un sector amplio del cuerpo social. Para el efecto, se debe prestar atención a los mecanismos de distribución del riesgo, fundamentalmente al sistema de precios y a los seguros.

Los seguros permiten a los individuos convertir un riesgo en un costo cierto. Señala, al respecto, Bisbal, que "se trata de un instrumento que permite transformar una pérdida probable (el daño producido si ocurre el accidente) en un coste cierto y menor (la prima del seguro)"[301]. Este coste cierto se determina de acuerdo con el promedio de los riesgos de los individuos agrupados en un mismo pozo *(pool)*. Por otro lado, el mecanismo de los precios permite a una empresa trasladar el costo de las medidas tomadas para evitar o compensar un daño (inclusive la prima del seguro) a la generalidad de los consumidores de los bienes o servicios que la empresa ofrece en el mercado, mediante su inclusión en los precios correspondientes. De esta manera, todos ellos soportan la carga económica del daño[302]. En consecuencia, podemos afirmar, como lo hace Kionka, que "el Derecho debe considerar las capacidades relativas de las partes para absorber y distribuir los costos. Así, entre (a) alguien que realiza una actividad asegurable o una actividad con respecto a la cual tiene acceso al mercado y (b) una víctima con recursos limitados; aquella

300. Calabresi, Policy Goals *cit.* p. 657.

301. Bisbal, *op. cit.* p. 101.

302. Prosser y Keeton, *op. cit.* pp. 692-693. Por supuesto, el mercado no absorberá todos los costos cargados por la empresa en el precio, sino sólo aquellos que resulten razonables. De otra manera, la competencia en el mercado hará que se reduzca o desaparezca la demanda por el producto.

se encuentra en mejores condiciones para absorber y distribuir los costos de daño reduciendo. . . los costos secundarios de los accidentes"[303].

2.4. Reducción de los Costos Terciarios: Eficiencia. Una última finalidad "utilitaria" que debe perseguir un sistema de responsabilidad civil es ser eficiente, en el sentido de que su operación no resulte mas costosa de lo necesario. Se trata, expresa Calabresi, de "obtener la mezcla de las demás metas deseadas por una sociedad dada, de la manera menos costosa posible"[304]. En este sentido, ante dos soluciones que sean igualmente maximizadoras, en el sentido de reducir los costos primarios y secundarios de los accidentes, debemos preferir aquella cuya operación demande menos costos.

3. Justificaciones Eticas de la Responsabilidad Civil

3.1. Introducción. En esta sección expondremos de manera resumida algunos de los argumentos de carácter moral que se han formulado para justificar el desplazamiento del peso económico del daño. Entendemos por ellos, las justificaciones que buscan "poner el peso del costo de los accidentes sobre las personas que, por razón de su comportamiento o su relación con el agente dañoso o con la víctima, deban. . . soportarlos"[305].

3.2. Justicia Distributiva. Hemos visto ya que el análisis económico de la responsabilidad civil demuestra que, dada la existencia de costos de transacción, el cambio del sentido de la regla de responsabilidad tiene efectos sobre la distribución del ingreso. En consecuencia, se argumenta que la responsabilidad debe jugar un papel en la redistribución de los recursos y poner los costos de los accidentes sobre aquellos que, por razón de su riqueza, están en mejor posición para soportarlos[306].

Puede considerarse que el Derecho Privado, especialmente la responsabilidad civil, no tiene porqué preocuparse de la distribución de la riqueza entre los miembros de la sociedad. Según este argumento, las cuestiones distributivas son afrontadas por la sociedad mediante su legislación tributaria y sus programas designados específicamente para el efecto. Sin embargo, el derecho de

---

303. Kionka, *op. cit.* p. 10.

304. Calabresi, Policy Goals *cit.* p. 658.

305. Calabresi, Policy Goals *cit.* pp. 657-658.

306. Calabresi, Policy Goals *cit.* p. 658.

la responsabilidad civil no se inmiscuye en la cuestión general del patrón de distribución del ingreso en la sociedad, sino que juega un papel distributivo entre categorías bastante más específicas de individuos. Se trata así de reglas que van a tener efectos sobre la distribución relativa de la riqueza entre categorías de actores sociales[307] que interactúan en campos específicos, tales como agricultores y ferrocarrileros; fabricantes y consumidores, etc. "En consecuencia", dice Gary T. Schwartz, "el principio, adecuado, de que la responsabilidad civil no debe inmiscuirse en los territorios de la tributación y de la política distributiva, no mengua la posibilidad de que los efectos distributivos entre [las categorías de sujetos afectados].... deban ser tomados en consideración al diseñar reglas de responsabilidad adecuadas"[308].

En este contexto, la responsabilidad civil funcionaría como un instrumento redistributivo destinado a lograr de alguna manera un ideal igualitario en la sociedad. Señala de Trazegnies que, de acuerdo con esta justificación de la responsabilidad se considera que "siendo la igualdad un ideal es preciso aprovechar cualquier ocasión para producir un efecto redistributivo que tienda a minimizar las diferencias de fortuna... En consecuencia, siempre que se produce un accidente, hay que cargarle el peso económico del daño a la parte más rica, a base del expediente de hacerlo responsable (si es agente) o de hacerle soportar dicho peso sin derecho a exigir indemnización (cuando es víctima). De esta manera, se hará menos pobres a los pobres y menos ricos a los ricos, con lo que se avanza hacia el ideal igualitario"[309].

---

307. Entendidas en el sentido con que utilizaba este término Steiner.

308. Schwartz, Gary T. Economics, Wealth Distribution and Justice *cit.*, p. 801.

309. de Trazegnies, La Responsabilidad Extracontractual *cit.* núm. 24; Note, Plaintiff's Condut *cit.* p. 820; Santos Briz, Derecho de Daños *cit.* p. 316. Criticando el papel redistributivo del sistema de la responsabilidad civil, señala Abel que "en primer lugar, existe desigualdad en la incidencia de los daños y la enfermedad: los capitalistas, los profesionales, los empleados y los obreros están expuestos a riesgos de trabajo de muy distintas categorías; los consumidores (de bienes de consumo doméstico, alimentos, automóviles, servicios médicos, etc.) sufren de distintos riesgos dependiendo de la calidad de los bienes y servicios que adquieren (necesariamente un reflejo de su clase social); la segregación por clases en cuanto a la vivienda determina el nivel de la contaminación ambiental a la que los miembros de un hogar son sometidos..." Abel, Richard. *A Critique of American Tort Law*, en 8 Brit. J. of Law & Soc. 199 (1981).

Debe tenerse presente, sin embargo, que los mecanismos de dilución del peso económico del daño pueden resultar menguando la eficacia redistributiva de las reglas de la responsabilidad civil. Así, por ejemplo, dice Posner, puede parecer injusto de acuerdo con criterios de distribución de la riqueza, poner el costo de los daños causados por productos defectuosos sobre las víctimas, en lugar de sobre los productores, que tienen mayores recursos económicos. Sin embargo, si se impone ese costo sobre la empresa fabricante, ésta lo incorporará a los precios de sus productos, con lo que a la larga serán los consumidores los que lo soporten[310].

3.3. La Responsabilidad Civil como Sanción. Se ha fundamentado éticamente la imposición de responsabilidad en el hecho de que el responsable ha actuado incorrectamente; que su conducta es reprochable. Ante dos personas igualmente inocentes, no existe razón suficiente para desplazar el peso económico del daño. El fundamento de la responsabilidad sólo puede estar en la culpa del actor. "La teoría de la culpa", señala Peirano, "afirma que no basta que un sujeto sufra un daño injusto en su patrimonio o en sus bienes para que el autor del mismo llegue a estar obligado a repararlo; es menester que ese daño provenga de un hecho doloso o culpable: sin dolo o culpa no hay responsabilidad... La culpa jurídica es exigida como base de responsabilidad porque... si no media la culpa la acción no es perfectamente humana, o al menos no lo es en tanto que injusta... La culpa es indispensable para la configuración de la responsabilidad pues sólo mediando culpa estaremos frente a un acto humano; si no hay culpa, el acto del hombre es similar al efecto de las fuerzas naturales o al efecto de la acción más o menos refleja de un animal"[311].

Ahora bien, el sustento de la responsabilidad civil en un reproche moral a la conducta del autor implica necesariamente la apreciación *in concreto* de la culpa. En efecto, expresan Planiol y Ripert, "la culpa, conducta desviada, supone un acto realizado por un ser dotado en el momento de ejecutarlo de una inteligencia y de una voluntad suficientes... Tal es la doctrina predominante, que ha descartado la responsabilidad del loco y del menor"[312]. Por ello es que "un juicio desde el punto de vista moral requeriría que se tome

310. Posner, Economic Analysis of Law *cit.*

311. Peirano Facio, *op. cit.* pp. 132-133.

312. Planiol y Ripert, *op. cit.* Tomo VI, pp. 666-667.

en consideración todos los factores que constituyen la ecuación personal del individuo"[313].

Sin embargo, un juicio individualizado como el que requiere la teoría de la culpa no está al alcanze de los jueces. "El hombre", expresa Tunc. "no puede determinar la parte que la herencia, la educación, el ambiente, y las meras circunstancias han jugado en la formación de un carácter o aun en la comisión de un acto"[314]. Por ese motivo, aún los partidarios de la responsabilidad subjetiva se han visto obligados a aceptar la apreciación *in abstracto* de la culpa del autor del daño. Así, no se juzga si el actor individual y concreto debió actuar de otra manera, sino si un hipotético hombre razonable, el buen padre de familia, lo hubiera hecho. Este juicio de razonabilidad del acto pierde todo el contenido moral de la culpa. Es posible así considerar culpable y por ende responsable a una persona que por razón de sus circunstancias individuales no tenía posibilidad de actuar de otra manera. La culpa se convierte de esta manera en otro patrón objetivo de responsabilidad.

Por otro lado, el patrón de la culpa, aún considerado subjetivamente, es imperfecto desde el punto de vista moral, en tanto que la indemnización no guarda relación con la gravedad de la falta moral que se detecte en la conducta del autor. "Aún la más ligera desviación del patrón legal", señala Owen. "resultará en responsabilidad... No existe ninguna correlación necesaria entre el grado de la falta moral del actor, al ejercer su voluntad de una manera determinada y las necesidades de la víctima que sufrió el daño. Es poco justo desde el punto de vista del autor requerir que le pague a la víctima una indemnización mayor que la que reflejaría el grado de su falta..."[315].

3.4. El Riesgo Creado. De acuerdo con la tesis del riesgo creado, se considera que quien ha creado un riesgo para los demás mediante el desarrollo de una actividad lícita, debe indemnizar los daños que se produzcan consiguientemente. Cuando alguien toma una decisión consciente –por ejemplo abrir una fuente de riesgos– la moral demanda que asuma la responsabilidad por las consecuencias[316]. Según este principio, pues, "es suficiente la creación de

313. Tunc, Tort Law and the Moral Law *cit.* p. 251.

314. Tunc, *loc. cit.*

315. Owen, Punitive Damages *cit.* p. 668.

316. Tunc, Tort Law and the Moral Law *cit.* p. 259; Santos Briz, La Responsabilidad Civil *cit.* p. 485.

un riesgo para la vida común social, unido a ciertas conductas o instalaciones lícitas, para fundar la responsabilidad de su titular por los daños que aquellas puedan causar a los demás"[317].

3.5. El Riesgo-Beneficio. De acuerdo con la teoría del riesgo-beneficio, es justo que la persona que se beneficia del desarrollo de una actividad, afronte los daños que se deriven de ella[318]. Expresa, en tal sentido, De Cupis que "la sociedad entera y algunas personas en particular se benefician de los progresos mecánicos e industriales que marcan nuestra actual civilización; por otra parte, si esos progresos proporcionan diversas ventajas, aumentan, sin embargo, respecto a terceros, los peligros del daño. Es justo, pues, que aquellos que particularmente gozan de aquellas ventajas respondan de los daños, aún prescindiendo de la culpa: los beneficios de que gozan son suficientes para suplir la ausencia de culpa"[319].

El fundamento de la tesis del riesgo-beneficio se ha formulado también sobre la base de una analogía con el enriquecimiento injusto. En este sentido, se ha afirmado que "los beneficios derivados de una conducta producen un 'enriquecimiento' que es 'injusto' a no ser que el actor pague por los daños ocasionados... Los costos de la conducta, incluídos los costos de compensar los daños causados, deben ser soportados por el actor, el cual, a su vez, podrá trasladar esos costos a las demás personas que se benefician de la conducta, e, idealmente, en forma proporcional al beneficio que derivan de ella"[320].

3.6. La Reciprocidad. Una tesis bastante original para fundamentar la atribución de responsabilidad ha sido formulada por el autor norteamericano George P. Fletcher, sobre la base de la idea de reciprocidad.

El punto de partida de Fletcher es la constatación de la existencia de derechos individuales que merecen protección. "La vida, la integridad corporal, la reputación, la privacidad, la libertad y la propiedad", escribe Fletcher,

---

317. Santos Briz, Derecho de Daños *cit.* p. 311.

318. "El que obtiene la ventaja ha de tomar también sobre sí los perjuicios que a ella van unidos para otros". Larenz, *op. cit.* Tomo I, p. 664.

319. De Cupis, *op. cit.* p. 306. En el mismo sentido, Diez-Picazo, *op. cit.* Tomo VI, p. 603.

320. Keeton, Robert E. *Principales of Compensation,* 1979, Texto Mimeografiado, Harvard Law School, 1984.

"son todos intereses que pueden reclamar protección de los daños provenientes de la promoción de otras actividades"[321]. Señala Fletcher, sin embargo, que la vida en común implica la creación de riesgos que afectan mutuamente a los individuos. Algunos de estos riesgos son los ineludibles requisitos de la vida en sociedad, y por tanto debemos soportarlos sin derecho a compensación en caso de causar un daño. Dice Fletcher que "todos los individuos tienen derecho a un mismo nivel aproximado de seguridad. . . Todos tenemos el derecho al máximo grado de seguridad compatible con la existencia de un grado similar de seguridad para los demás. Esto quiere decir", continúa Fletcher, "que estamos sujetos a los daños originados en los riesgos de fondo *(background risks)*, sin compensación, pero nadie debe sufrir daños provenientes de riesgos adicionales sin el recurso a una indemnización contra el creador del riesgo. La compensación es un sustituto por el derecho del individuo al mismo grado de seguridad que es disfrutado por los demás"[322].

El que una actividad cree riesgos adicionales no implica que deba ser reprimida, pues, por el contrario, tal actividad puede ser también altamente beneficiosa. "Los intereses de la sociedad", expresa Fletcher, "requieren a menudo de una distribución desproporcionada del riesgo. Sin embargo, de acuerdo al paradigma de reciprocidad, los intereses del individuo requieren que le otorguemos compensación en todos los casos en que esta distribución desproporcionada de riesgos somete a una persona a un nivel mayor que su cuota de riesgos"[323]. ¿Cuándo es, entonces, que procede la compensación? Fletcher nos responde: "El principio general. . . es que una víctima tiene el derecho a ser indemnizada por los daños causados por un riesgo de un grado mayor o de un órden diferente a aquellos creados por la víctima e impuestos por ella al demandado —en resumen, por los daños resultantes de riesgos no recíprocos. Los casos de responsabilidad son aquellos en los que el demandado ha generado un riesgo desproporcionado y excesivo con relación a la actividad creadora de riesgos de la víctima. Inversamente, los casos de no responsabilidad son aquellos de riesgos recíprocos, es decir, aquellos en los que la víctima y el demandado se han sometido mutuamente a aproximadamente el mismo grado de riesgo"[324].

---

321. Fletcher, *op. cit.* p. 11.

322. Fletcher, *op. cit.* p. 7.

323. Fletcher, *op. cit.* p. 8.

324. Fletcher, *op. cit.* p. 3.

3.7. La Garantía. El autor francés Boris Stark coloca el fundamento de la responsabilidad civil en la idea de garantía de los derechos de las personas. Todo atentado contra un derecho absoluto debe dar lugar a responsabilidad, en la medida en que es de la esencia del Derecho el que los derechos se encuentren garantizados. "La víctima de un daño", expresa Stark, "ha sufrido un atentado contra sus derechos. Cada uno tiene derecho a su vida y a su integridad corporal, así como a la de las personas que le son cercanas; cada uno tiene derecho a la integridad material de los bienes que le pertenecen y, más generalmente, a su seguridad material y moral... Ahora bien, el ataque a un derecho protegido (esto es, por otra parte, un pleonasmo, ya que un derecho tiene que estar *necesariamente* protegido porque sin ello no sería un derecho), es una razón suficiente para pronunciar una sanción. Esta sanción no es otra cosa que la obligación de reparar, es decir, la responsabilidad de aquel que ha causado el daño y que, por este hecho, ha afectado los derechos de otro"[325].

3.7.1 La Protección al Consumidor. Un principio que, aunque no es propiamente justificatorio de la responsabilidad civil, resulta relevante para el tema que nos ocupa, es el de la protección al consumidor. En efecto, las profundas transformaciones económicas y sociales habidas en las últimas décadas en el conjunto de los países industrializados, y que se han extendido a grandes sectores de los países en vías de desarrollo, basadas fundamentalmente en el aumento de la producción en masa, en la aceleración del progeso técnico, en el aumento del poder adquisitivo y la ampliación de los mercados, han generado también, como contrapartida, efectos nocivos[326]. "Los lados oscuros del aumento del consumo", señala Norbert Reich, "[son] las altas tasas de inflación, el creciente poder de las grandes corporaciones, especialmente multinacionales, los riesgos de seguridad involucrados en la cada vez mayor producción de nuevos bienes, nuevas técnicas de mercadeo manipuladoras, bienes de baja calidad y servicios sin valor, una alta tasa de endeudamiento y poca pro-

---

325. Stark, *op. cit.* núm. 59-59, p. 35. La tesis de Stark presenta semejanzas con la posición de Epstein, quien argumenta que el fundamento último de la responsabilidad debe reconducirse al hecho de haber causado un daño a otro: "La limitación de tal libertad [del individuo] es que no puede 'causar daño' a otro... La justificación... es simplemente una creencia en la autonomía y la libertad del individuo". Epstein, Richard. *Causation and Corrective Justice: A reply to Two Critics,* en 8 J. Legal Stud. 477, 479 (1979) citado por Sugarman, *op. cit.* p. 603, en nota 233.

326. Albaladejo, Miguel Angel, *op. cit.* pp. 7-8.

tección del individuo. . . Para parte de la población, el desarrollo del proceso de consumo ha significado dificultades y pobreza. . ."[327].

Frente a esa situación ha surgido el imperativo para el Derecho de brindar mecanismos adecuados de protección al consumidor. "Tal como los daños que sufría el asalariado fueron remediados a partir del siglo XIX por el crecimiento del movimiento sindical, de la misma manera, ahora los daños sufridos por los consumidores están dando origen, desde 1950, al desarrollo de mecanismos de defensa"[328]. Ha surgido así el llamado Derecho del Consumo, como "el conjunto de normas, reglas e instrumentos a que avocan en el plano jurídico las diversas iniciativas que tienden a asegurar o incrementar la protección del consumidor en el mercado económico"[329]. El Derecho del Consumo, sin embargo, no se define sólo como un sector específico de normas, sino que comprende más bien una serie de principios que insuflan un nuevo espíritu en áreas tradicionales del Derecho. Señala, por ello, Polo que "la defensa y la protección jurídica del consumidor constituye hoy en día uno de esos temas tan extraordinariamente amplios que afecta y concierne a casi todos los sectores del ordenamiento jurídico. La variedad de las normas que tutelan –o deberían tutelar– al consumidor pertenecen no sólo al Derecho Civil y Mercantil, sino asimismo al Derecho penal y al procesal, al Derecho administrativo e incluso al Derecho constitucional, ha determinado que los límites de este sector de intereses sean aún poco precisos"[330].

El Derecho del Consumo, pues, tiene diversidad de intereses y manifestaciones. Su objetivo es la protección de los derechos del consumidor en una serie de campos distintos. Se han formulado así los llamados derechos fundamentales del consumidor, que comprenden el derecho a la protección de su salud y su seguridad y el derecho a la reparación de los daños sufridos[331].

La importancia de los principios de protección al consumidor en el contexto de la responsabilidad por productos defectuosos no debe ser subestima-

---

327. Reich y Micklitz, *op. cit.* p. 1.

328. Fontaine, *op. cit.* p. 1.

329. Albaladejo, Miguel Angel, *op. cit.* p. 15.

330. Polo, *op. cit.* p. 21.

331. Albaladejo, Miguel Angel. *op. cit.* p. 16. Ver, más generalmente, la introducción del presente trabajo.

da. El desarrollo inicial de la responsabilidad por productos en los Estados Unidos debe verse como una de las más importantes manifestaciones de la protección al consumidor[332]. En numerosas legislaciones es precisamente en el marco de normas específicas sobre la protección al consumidor que se han dado las normas que establecen la responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos[333]. Así mismo, la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas aprobó mediante Resolución en su 106 Sesión Plenaria de 9 de Abril de 1985 las llamadas Directrices para la Protección al Consumidor[334] (en adelante, las Directrices). En dicho documento, se insta a los gobiernos a "formular y fortalecer una política de protección al consumidor"[335]. Para el efecto, señalan las Directrices, debe atenderse a "la protección del consumidor frente a los riesgos para su salud y su seguridad"[336] y a "la posibilidad de compensación efectiva del consumidor"[337]. En tal sentido, se establece que "se deben adoptar medidas generales para garantizar que los artículos producidos por los fabricantes sean inocuos para el uso al que se destinan y para el normalmente previsible. Los responsables de introducir los artículos en el mercado, en particular, los proveedores, exportadores, importadores, minoristas y similares. . . deben velar por que, mientras estén a su cuidado, esos artículos no pierdan su inocuidad debido a manipulación o almacenamiento inadecuados"[338]. Así mismo, que "se deben adoptar medidas generales para que los fabricantes o distribuidores notifiquen sin demora a las autoridades competentes y al público, según proceda, la existencia de peligros no previstos de que se hayan percatado con posterioridad a la introducción de los productos en el mercado. Los gobiernos también deben estudiar los mé-

---

332. Ver, en tal sentido, el interesante estudio de Robert L. Rabin, *Some Thoughts on Tort Law From a Sociopolitical Perspective*, en 1969 Wis. L. Rev. 51 (1969).

333. Así, son los casos de México, Colombia y España. Ver generalmente, sobre ellos, la Primera Parte de este trabajo.

334. Resolución Aprobada por la Asamblea General *39/248 Protección al Consumidor*. Sesión Plenaria del 9 de Abril de 1985 *(A/RES/39/248)* del 16 de Abril de 1985. Texto Mimeografiado, Junta del Acuerdo de Cartagena, Lima, 1986.

335. Directrices, núm. II. 2.

336. Directrices, núm. II. 3. a).

337. Directrices, núm. II. 3. e).

338. Directrices núm. III. A. 10.

todos para garantizar que los consumidores estén debidamente informados sobre esos peligros"[339].

Por otro lado, las Directrices instan a los gobiernos para que adopten "políticas en virtud a las cuales, si se descubre que un producto adolece de un defecto grave y/o constituye un peligro considerable aún cuando se utilize en forma adecuada, los fabricantes y/o distribuidores deben retirarlo y reemplazarlo o modificarlo, o sustituirlo por otro producto; si no es posible hacerlo en un plazo prudencial, debe darse al consumidor una compensación adecuada"[340]. En éste sentido, se establece que "los gobiernos deben adoptar políticas que especifiquen las responsabilidades del fabricante para asegurar que los artículos satisfagan los requisitos normales de durabilidad, utilidad y fiabilidad y sean aptos para el fin a que se destinan y que el vendedor vele por que estos requisitos se cumplan"[341].

Finalmente, disponen las Directrices que "los gobiernos deben establecer o mantener medidas jurídicas o administrativas para permitir que los consumidores o, en su caso, las organizaciones competentes obtengan compensación mediante procedimientos oficiales o extraoficiales que sean rápidos, justos, poco costosos y asequibles. Al establecerse tales procedimientos debe tenerse en cuenta las necesidades de los consumidores de bajos ingresos"[342].

3.8. Solidaridad Social. Por último, puede plantearse como fundamento moral de la responsabilidad la exigencia de una compensación para las víctimas inocentes de los accidentes, como un imperativo proveniente de una noción de solidaridad social.

La vida contemporánea, hemos visto, es plena de riesgos. Frente a ellos, es una cuestión de justicia el derecho a la indemnización. "Desprovistos de la seguridad material", decía Josserand, "aspiramos cada día más a la seguridad jurídica. Ya que corremos serios riesgos de accidentes, tengamos al menos la certidumbre de obtener, llegado el caso, la reparación. . . Mientras más peligra, más experimenta el hombre, la necesidad de ser protegido por el legisla-

339. Directrices, núm. III. A. 11.

340. Directrices, núm. III. A. 12.

341. *id.*

342. Directrices *cit.* núm. C. III. E. 28.

dor o por el juez, de poder inculpar a un responsable. El desarrollo de la responsabilidad es así función de la inseguridad"[343]. Por ello, continúa Josserand, "cuando sobreviene un accidente en el cual la víctima nada tiene que reprocharse por haber desempeñado un papel pasivo o inerte, sentimos por instinto que se le debe una reparación; necesitamos que la obtenga para no sentirnos presa de cierto malestar moral, de un sentimiento de rebeldía; va en ello la paz del alma"[344]. Por tal motivo, Diez Picazo señala que en los tiempos actuales, "la indemnización adquiere el aspecto de un verdadero imperativo social... y surge... el primero de los principios del Moderno Derecho de Daños: un principio *pro dannato* o del resarcimiento del daño"[345]. Este principio, que es uno de solidaridad social, escribe de Trazegnies, "no es otra cosa que la expresión operativa de la toma de conciencia del lazo social, de la percepción de que vivimos en un estado de dependencia recíproca en el que nuestros beneficios se basan en perjuicios de otros y en el que nuestras potencialidades sólo pueden ser plenamente actualizadas con la ayuda de los otros. De ahí que exista un deber de asistencia mutua que se funda tanto en la naturaleza social de los perjuicios como en la necesidad de la colaboración recíproca para la puesta en valor de nuestra propia humanidad: la solidaridad supone un doble aspecto de comunidad y de complementariedad".

El principio de compensación del daño no debe entenderse, sin embargo, que tiene un juego interindividual que implica el desplazamiento del peso económico de éste de la víctima hacia el causante u otra persona. En tal caso, como dice de Trazegnies, lo único que habríamos logrado es crear una nueva víctima, una víctima económica del daño[346]. "La ley moral", señala Andre Tunc, "no demanda la responsabilidad de alguien que desafortunadamente haya estado involucrado en un accidente por razón de esos errores que todos comentemos más o menos continuamente. Tal accidente es el resultado de la mala fortuna –un conjunto desafortunado de circunstancias– no de la culpa. Ni, por otro lado, permite la ley moral que la víctima de un accidente sea abandonada a su suerte. La solidaridad humana lo prohibe"[347].

---

343. Josserand, La Evolución de la Responsabilidad *cit.* p. 65.

344. Josserand, La Evolución de la Responsabilidad *cit.* p. 67.

345. Diez-Picazo, *op. cit.* Tomo VI, p. 590.

346. de Trazegnies, Fernando. Para Leer el Código Civil, *cit.*

347. Tunc, Tort Law and the Moral Law *cit.*

En consecuencia, así como el resarcimiento del daño es una cuestión de solidaridad social, también lo es el que la integridad del peso económico de la reparación no sea soportado íntegramente por una persona, salvo que exista una buena razón para ello. Sólo los mecanismos de distribución del riesgo, pues, permitirán que se plasme adecuadamente esta solidaridad social de la que hablamos. Mediante ellos, todos los miembros de una sociedad involucrados en una determinada actividad contribuirán en alguna medida a la reparación de los daños ocasionados por ella. Concluímos, por ello, citando a de Trazegnies, que "tratándose de accidentes, el principio de imputación de la responsabilidad que proponemos no es más el de la culpa, sino que deben aplicarse criterios y crearse mecanismos capaces de distribuir o diluir el aspecto económico del daño entre la sociedad toda o entre un grupo de usuarios"[348].

348. de Trazegnies, Para Leer el Código Civil, *cit.*

SECCION CUARTA

LAS DOCTRINAS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL Y LA RESPONSABILIDAD CIVIL POR LOS DAÑOS CAUSADOS MEDIANTE PRODUCTOS DEFECTUOSOS

1. Introducción

En esta sección analizaremos las principales doctrinas o reglas de responsabilidad que pueden plantearse en el contexto de los daños causados por productos defectuosos. Examinaremos, en este sentido, cuatro reglas distintas: una, de no responsabilidad, que establezca la ausencia de responsabilidad del fabricante en todos los casos y que disponga, en consecuencia, que el peso económico del daño permanezca sobre la víctima; una, que llamaremos de responsabilidad absoluta, que establezca que el fabricante responderá en todos los casos, sin importar las circunstancias en las que se produjo el daño; una de responsabilidad por culpa, que establezca que el fabricante responderá en los casos en que, de acuerdo con un criterio de razonabilidad, debió evitar el accidente; y una que establezca la responsabilidad por riesgo del fabricante, sujeta a la existencia de un defecto en el producto, entendido como una condición que hace que éste sea irrazonablemente peligroso.

De acuerdo con el esquema general que hemos planteado, el análisis de cada uno de estos patrones de responsabilidad comprenderá una breve definición y explicación de la regla aplicable, un examen de los efectos de la misma sobre las finalidades utilitarias de la responsabilidad civil y un examen de los efectos de la regla sobre las finalidades morales o éticas de la responsabilidad. Para concluir señalaremos la regla que, en nuestra opinión, debe preferirse en este campo.

Es pertinente realizar, antes de entrar en el análisis detallado de las reglas de responsabilidad, una distinción fundamental. Los patrones para establecer la responsabilidad por los accidentes generados por la interacción de

dos actividades pueden hacerse a un nivel general o al nivel de los casos concretos. En el primer supuesto, se tratará de establecer cuál de las categorías de actores sociales deberá indemnizar a la otra. Así, por ejemplo, en los casos de los daños causados por la interacción entre peatones y conductores de automóviles, una regla de este tipo podría establecer que tratándose de daños causados por las colisiones entre los peatones y los automóviles, los conductores de automóviles serán los responsables. En cambio, el análisis individualizado implica prestar atención al caso concreto de los sujetos involucrados en el accidente. Así, podría establecerse que en los casos de colisiones entre peatones y automóviles, los conductores deberán indemnizar a los peatones los daños sufridos por éstos, cuando los conductores hayan sido negligentes. Se requerirá, pues, analizar la conducta de los actores individuales involucrados en un caso concreto, para determinar la aplicación de la regla al mismo. Lo mismo puede plantearse en el caso de la responsabilidad por productos.

¿Cuándo resulta más conveniente una regla general y cuando una regla que permite el análisis del caso concreto? Parecería que resulta preferible adoptar una regla de carácter general cuando la decisión respecto a cuál de las actividades involucradas es preferible que soporte el daño puede realizarse con un alto grado de certeza. En cambio, cuando no pueda establecerse con certeza que en todos los daños de causados por la interacción de dos o mas actividades, la responsabilidad debe imponerse sobre el miembro de una determinada de ellas, es necesario un análisis más individualizado y parece preferible el segundo tipo de regla.

Entre las cuatro reglas de responsabilidad cuyo estudio emprenderemos, dos son de cada tipo. Las reglas de no responsabilidad y de responsabilidad absoluta, son patrones generales de responsabilidad, determinados sobre la base de categorías de actores sociales. Así, se establece que, dados los daños ocasionados por la interacción de productores y consumidores en el mercado, la responsabilidad por los daños sufridos por el consumidor recaerá en todos los casos sobre el fabricante (regla de responsabilidad absoluta) o que el peso económico del daño permanecerá sobre la víctima (regla de no responsabilidad). En cambio, los patrones de responsabilidad por culpa o responsabilidad por riesgo, dan lugar a un análisis individualizado. Así, dados los daños ocasionados por el consumo de productos, el peso del daño permanecerá sobre la víctima, salvo que el fabricante hubiera sido negligente (regla de responsabilidad por culpa) o salvo que el producto hubiera sido defecutuoso (regla de responsabilidad por riesgo). Al referirnos a los efectos de cada una de las reglas, podremos ir verificando cual de estas ópticas es preferible en el caso de la responsabilidad por productos.

2. La Regla de No Responsabilidad

2.1. Definición. Una primera regla que puede plantearse en el campo de la responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos es la que establezca que, producido un daño por virtud del uso de un producto, la víctima no tendrá en ningún caso el derecho a ser indemnizada. Esta posición supone, como dice Calabresi, la decisión de imponer a la propia vícitma la carga del peso económico del daño.

No debe considerarse que la idea de esta regla es totalmente descabellada. En el *common law,* durante toda la época en la que estuvo vigente la regla de la *privity of contract,* el efecto de la interpretación dada por las cortes a la misma era el de dejar en desamparo a la víctima: el fabricante no respondía extracontractualmente y el vendedor tenía la facultad de incluir en el contrato correspondiente claúsulas de exclusión de responsabilidad.

2.2. Efectos sobre las Finalidades Utilitarias de la Responsabilidad

2.2.1. Optimización del Costo Primario de los Accidentes: Disuacion. Se ha señalado que la consagración de una regla de no responsabilidad conducirá a una inversión en seguridad eficiente, sobre la base del Teorema de Coase. En este sentido, Roland N. McKean señala que la regla de no responsabilidad "conduciría a la eficiencia económica –a la producción de accesorios de seguridad, cuidado en el uso de los productos, etc, por aquellas partes que tuvieran una ventaja comparativa en la prevención de accidentes– *si* hubieran costos de transacción cero y *si* los individuos acordaran aceptar los resultados de los intercambios voluntarios. Los compradores de productos contratarían a los productores para que incluyan accesorios de seguridad y se autocontratarían para ser cuidadosos, en tanto estas acciones resultasen rentables. . ."[349]

Sin embargo, como hemos visto, los costos de transacción existen y pueden precluir la posibilidad de negociaciones. A pesar de ello, algunos defensores de la regla de no responsabilidad indican que, dado que el fabricante tiene una relación comercial preexistente con el consumidor –aunque indirecta– es posible que se lleve a cabo una negociación entre ellos a través del mecanismo de precios. En consecuencia, el fabricante incluirá en el producto los accesorios de seguridad cuyo costo se justifique, en la medidad que el consumidor estará dispuesto a pagar por ellos, del mismo modo que le vendería cual-

349. McKean, *op. cit.* p. 617.

quier otra mejora que el consumidor valorizarse más que su costo para el fabricante[350]. Ahora bien, admitida la posibilidad de negociación deberá concluirse que cualquiera que fuera el sentido de la regla de responsabilidad, las partes llegarían a un acuerdo eficiente al respecto. En consecuencia, una regla de no responsabilidad no tendría por qué ser más eficiente que otra regla distinta.

Sin embargo, McKean señala que la regla de no responsabilida es más conveniente porque disminuye los costos de transacción y, por tanto, facilita la negociación entre el consumidor y el fabricante que conducirá a la solución eficiente. Expresa McKean: "Nótese que con la responsabilidad de los consumidores, *ciertos* costos de transacción son de hecho *comparativamente* bajos. Los costos de contratar a los productores para que fabriquen productos seguros y proporcionen advertencias son relativamente bajos, porque el mercado es un mecanismo a través del cual los consumidores pueden pujar por productos más seguros, instrucciones, etc. Si uno sufre daños, financiera o físicamente, por efecto de una mercancía defectuosa, sentirá luego del evento que ha estado a merced de los productores y sin ninguna influencia en el diseño de los productos...[A] medida que el mismo desengaño es sufrido por miles de consumidores, ellos se volcarán hacia los productos más seguros salvo que luego de una reflexión, prefieran el precio más bajo junto con el riesgo a un precio más alto con una reducción de los riesgos; y los productores hallarán que es beneficioso para ellos hacer una proporción mayor de sus productos más seguros, proporcionar instrucciones y advertencias, contratar seguros de responsabilidad civil. . . Así, aunque los desengaños y los daños nunca terminan, los usuarios pueden de manera agregada registrar sus preferencias al volcarse hacia los competidores u ofrecer más por los bienes que prefieren". [351].

---

350. Posner, Economic Analysis of Law *cit.* pp. 134-135; Sachs, *op. cit.* pp. 265-266.

351. McKean, *op. cit.* p. 618. En sentido similar, James M. Buchanan señala que el establecimiento de una regla de responsabilidad de los fabricantes, restringe las posibilidades de elección de los consumidores en el mercado, al prohibir efectivamente la venta de bienes más peligrosos a un precio relativamente menor. "¿Por qué demandaría alguien el producto de baja calidad, aún a un precio definitivamente más bajo? Una persona demandaría tal producto de baja calidad si pone un menor valor en el hecho de evitar el riesgo que los que demandan productos de alta calidad... La imposición de... responsabilidad de hecho prohibirá a las firmas introducir en el mercado un producto de una calidad que inherentemente involucra un riesgo considerable para el usuario... El

Por otro lado, según los defensores de la regla de no responsabilidad, dicho patrón disminuye otro tipo de costos de transacción: los necesarios para determinar el tipo de uso que dará al producto adquirido cada consumidor particular. "El comprador", indica McKean, "está en mejor posición que cualquier otro para saber cuál es el uso exacto que planea dar al producto y lo que cualidades o grados alternativos de seguridad en el producto significarían para sus costos y beneficios"[352]. Este mismo sentido tienen, recordemos, los argumentos de George Priest a favor de la validez de los pactos de exclusión de responsabilidad[353].

Aunque a primera vista los conceptos que pretenden sustentar la adopción de una regla de no responsabilidad como un medio de alcanzar el nivel eficiente de los costos primarios de los accidentes parecen convincentes, ellos no son definitivos. En efecto, los argumentos formulados se inscriben dentro de la tesis de que, ante la existencia de costos de transacción, la regla de responsabilidad debe ser diseñada de manera que estos se reduzcan y puedan las partes llegar a una negociación eficiente en el mercado. Sin embargo, no se tiene en cuenta que aunque reduce algunos costos de transacción, el establecimiento de una regla de no responsabilidad eleva otros.

En efecto, los argumentos reseñados consideran que es preferible desde el punto de vista de la eficiencia que los consumidores demanden seguridad a que los fabricantes la oferten. Sin embargo, no hay ninguna razón para suponer que las cosas sean así. Más bien, el sentido común indica que la situación puede ser inversa. En efecto, como hemos visto, los consumidores enfrentan grandes dificultades en cuanto a la información con que cuentan sobre los productos. Por ello, lo más probable es que no sepan cuáles son los riesgos que presentan los productos ni cuáles los medios que pudieran tomarse para evitarlos ni, menos aún, el costo de los mismos con relación al beneficio a obtenerse de ellos. Es por ello que aún los defensores de las tesis de no responsabilidad se ven forzados a reconocer que "los fabricantes de hecho saben más que cualquier otro respecto a la naturaleza de sus productos y a no ser que

---

producto de baja calidad desaparecerá del mercado en sentido económico. Será imposible para los 'demandantes' adquirir un producto de una calidad que no suponga una cobertura completa contra riesgos como parte del precio". Buchanan, *op. cit.*

352. McKean, *op. cit.* p. 619. En el mismo sentido, Calabresi, First Party, Third Party and Product Liability Systems *cit.* p. 837.

353. *Supra,* Tomo II, p. 101ss.

indaguen y ofrezcan a los consumidores numerosas cantidades alternativas de información, éstos pueden nunca saber cuánta información estarían dispuestos a adquirir. Esto puede ser especialmente serio tratándose de empresas que no cuentan con transacciones repetidas con los consumidores ni están muy interesadas en la buena voluntad de éstos"[354].

Como consecuencia de ello, es probable que, a pesar (o por razón de) la regla de no responsabilidad permanezcan en existencia costos de transacción que precluyan la negociación eficiente entre las partes. En tal caso, no cabe adoptar la posición de dejar al mercado la solución, y debe decidirse cuál es la regla de responsabilidad eficiente. Los propulsores de la tesis de no responsabilidad no se ponen en este supuesto. Nosotros, sin embargo, señalaríamos que sólo será eficiente la regla de no responsabilidad en los casos en que el consumidor sea el *cheapest cost avoider*. Como es evidente, no puede decirse de manera general que tal sea la situación en todos los casos. Más bien, la situación parece ser inversa. En consecuencia, por lo menos en algunos casos, una regla de no responsabilidad otorgará incentivos para evitar el accidente a la parte que no está en las mejores condiciones para hacerlo.

Por otro lado, la imposición de los costos de los accidentes sobre los consumidores ocasionará que tales costos no se reflejen sobre la actividad de fabricación y venta de los productos involucrados en los accidentes. Por ello, y dados los costos de transacción, se generará un efecto de externalización que atenta también contra el logro de la solución eficiente. En consecuencia, la imposición de una regla de no responsabilidad no conducirá a la optimización de los costos primarios de los accidentes.

2.2.2. Reducción de los Costos Secundarios de los Accidente : Dilución. A primera vista, puede constatarse que tanto los fabricantes como los consumidores se pueden asegurar contra los daños causados por productos. Sin embargo, la imposición de la responsabilidad sobre uno u otro no tiene el mismo efecto en la reducción de los costos secundarios de los accidentes. En efecto, el consumidor puede asegurarse, pero el costo constituído por la prima del seguro deberá soportarlo, normalmente, sin lugar a traslado alguno.

---

354. McKean, *op. cit.* p. 619. En el mismo sentido, Buchanan, *op. cit.* p. 6, expresa "parece tener poco sentido disputar los hechos aquí; las complejidades de la tecnología moderna son abrumadoras, y la adquisición racional aun del producto más simple requiere de gran conocimiento y discriminación por parte de los compradores".

En cambio, si es el fabricante el que se asegura, el costo de la prima puede ser incorporado al precio del producto y así trasladado a la totalidad de los adquirentes del producto.

Por otro lado, debe tenerse en cuenta que, de hecho, muchos consumidores de productos no tienen seguros que cubran los daños que pudieran sufrir en un accidente. En tal caso, imponer la responsabilidad sobre el consumidor podría irrogar considerables costos secundarios. En cambio, la mayoría de los fabricantes tienen seguros de responsabilidad por productos, que forman parte de sus pólizas generales de responsabilidad civil. Y aún en el caso en que el fabricante no estuviese asegurado, lo más probable es que la decisión de no asegurarse haya sido una decisión consciente y maximizadora. En tal caso, el fabricante habrá preferido "autoasegurarse", es decir, crear una provisión en sus cuentas para hacer frente a posibles indemnizaciones de daños causados mediante sus productos. De esta manera, el mecanismo de precios proporciona un instrumento adecuado para la dilución del riesgo.

Finalmente, cabe sugerir que al fabricante le resultará más barato asegurarse que al consumidor. En efecto, el fabricante es una empresa y, como tal tendrá generalmente una serie de riesgos de volumen relativamente grande que asegurar. En consecuencia, resulta un cliente de mayor importancia para una compañía de seguros que una persona individual. De allí, pues, que esté en condiciones para negociar un régimen más conveniente en sus seguros que el particular.

Por todo lo expuesto, somos de la opinión de que una regla que imponga la responsabilidad por los daños ocasionados por el uso o consumo de un producto sobre la propia víctima no resulta conveniente para reducir los costos secundarios de los accidentes.

2.2.3. Reducción de los Costos Terciarios de los Accidentes: Eficiencia. No cabe duda que una regla de no responsabilidad resultaría eficiente desde el punto de vista de la reducción de los costos terciarios de los accidentes. En efecto, si se establece que nadie es responsable de los daños que una persona sufra por el uso o consumo de un producto, la víctima no tendrá a quien reclamarle indemnización. Así, pues, no habrán demandas presentadas, ni controversias que resolver ni sentencias que ejecutar. De esta manera, los costos terciarios de los accidentes serán prácticamente inexistentes.

2.3. Efectos sobre las Justificaciones Eticas de la Responsabilidad. Es claro que una regla absoluta de no responsabilidad resulta condenable moral-

mente. Esta condena procedería según cualquier justificación moral de la responsabilidad que pudiéramos emplear. En efecto, desde el punto de vista de la justicia distributiva, una regla de no responsabilidad implica cargarle a los consumidores los costos de los accidentes evitables e inevitables ocurridos en relación con productos. En este sentido, se beneficia distributivamente a las empresas fabricantes, y se perjudica a los consumidores. Más aún, en la medida en que las empresas son, en realidad, canales de distribución hacia sus propietarios y trabajadores, los efectos distributivos de esta regla favorecen a los socios o accionistas de las empresas productoras y, en menor grado, a sus trabajadores.

Por otro lado, dentro de los consumidores perjudicados distributivamente, se perjudica más a los pobres que a los ricos. En efecto, son los productos de baja calidad los que con mayor probabilidad causarán accidentes. Los productos de mayor calidad, por definición, resultan más seguros, salvo en casos muy excepcionales. Ahora bien, los productos de mayor calidad tienen un mayor costo y un mayor precio en el mercado. Por ello, resultan al alcance de los consumidores de mayores ingresos y no de los de menores ingresos. De allí, pues, que sean los consumidores más pobres los que con mayor frecuencia resulten sufriendo daños ocasionados por productos. Si no les otorgamos compensación, el efecto distribucional es regresivo.

En esta misma línea de argumentación, puede señalarse también que las personas de mayor poder económico con frecuencia tendrán medios alternativos de resarcimiento del daño sufrido accidentalmente. Así, por ejemplo, es más frecuente que los ricos se aseguren. En consecuencia, cuando un pobre sufra un accidente ocasionado por un producto, es probable que no tenga otro medio de resarcimiento que la acción contra el responsable civilmente. Si le negamos esta acción, lo dejamos desamparado.

Desde el punto de vista que considera a la responsabilidad como una sanción individualizada a la conducta reprobable del agente, una regla de no responsabilidad resulta también contraria a la ética. Aún en los casos en que el fabricante hubiera debido evitar la conducta que dio lugar al accidente, no será responsable de los daños sufridos por la víctima consiguientemente. Esta condena moral puede plantearse también desde el punto de vista de las teorías del riesgo creado y del riesgo-beneficio, de la reciprocidad y de la garantía. El fabricante crea el riesgo al introducir un producto defectuoso en el mercado y se beneficia de él. Así mismo, el riesgo creado por el fabricante para el consumidor es cualitativamente y cuantitativamente desproporcionado al que eventualmente pudiera crear el consumidor para el fabricante. Demás está de-

cir que una regla de responsabilidad atenta frontalmente contra uno de los derechos fundamentales del consumidor, el derecho a la justa y oportuna compensación de los daños sufridos, y que contradice nociones elementales de solidaridad social.

3. La Regla de Responsabilidad Absoluta

3.1. Definición. Señala Diez-Picazo que "una responsabilidad es objetiva cuando se impone en virtud del hecho escueto del daño producido sin tomar en consideración otro tipo de circunstancias, como pueden ser la culpa, la negligencia, un riesgo, el lucro o el beneficio extraído del mismo"[355]. Para distinguir esta responsabilidad de la responsabilidad por riesgo, que también es objetiva en la medidad en que no se basa en la culpa del autor, llamaremos a este tipo de responsabilidad, responsabilidad absoluta.

Es, por supuesto, concebible la operación de este tipo de responsabilidad en el campo de los daños causados por productos. De acuerdo con ella, "el fabricante sería considerado responsable por todos los daños que ocurran con el uso de sus productos, sin tener en cuenta las demás circunstancias"[356]. Así, por ejemplo, mediante la operación de esta regla, el fabricante de whisky respondería por todos los daños causados con intervención de su producto, ya sea por la cirrosis sufrida por un bebedor empedernido, por el atropello de un peatón por un conductor que manejaba en estado de ebriedad, luego de abusar del whisky, por el golpe dado en la cabeza, con una botella del producto en cuestión por una persona a otra durante una riña, o por una intoxicación sufrida por un bebedor eventual por efecto del mal estado del licor. Es importante notar que en un sistema de responsabilidad absoluta, el fabricante no sólo sería responsable de los daños que fueran consecuencia adecuada del uso de su producto, sino también de aquellos que fueran únicamente consecuencia material de una intervención de tales productos.

El planteamiento de una regla de responsabilidad como la indicada, no debe descartarse de plano. Ella has sido analizada por autores como Guido Calabresi[357] y Gary T. Schwartz[358]. Asimismo, ha sido adoptado por el Decreto

---

355. Diez Picazo, *op. cit.* Tomo VI, p. 603. En el mismo sentido, León Barandiarán, Comentarios al Código Civil Peruano *cit.*

356. McKean, *op. cit.* p. 623; Schwartz, Gary T. Foreword *cit.*

357. Calabresi, First Party, Third Party and Product Liability Systems *cit.*

358. Schwartz, Gary T. Foreword *cit.*

3466 de Colombia, como patrón de responsabilidad de los productores, cuando los productos involucrados no cuenten con un registro de calidad e idoneidad. Así mismo, por lo menos una Corte nortamericana ha dado un paso que podría conducir hacia el establecimiento, para algunas categorías de productos, de una responsabilidad de este tipo.

3.2. Análisis de los Efectos Utilitarios de una Regla de Responsabilidad Absoluta

3.2.1. Optimización de los Costos Primarios de los Accidentes. Disuación. Se ha sostenido que el patrón de responsabilidad absoluta conduce hacia un nivel eficiente de los costos de los accidente y de los costos de evitar los accidentes. Expresa, en tal sentido Gary T. Schwartz: "En la medida en que ciertos daños causados por los productos son inevitables, una regla de responsabilidad objetiva genuina (*genuine strict liability)* alcanzaría la prevención de los accidentes mediante la asignación de recursos a través del mercado. Asumiendo que los adquirientes de los productos no son conscientes (o plenamente conscientes) de los peligros de los productos, una regla de responsabilidad objetiva genuina elevaría el precio de los productos peligrosos; al hacerlo, consiguientemente disminuiría su venta –con una correspondiente reducción en el nivel social de accidentes causados por productos. En la medida en que los accidentes no fueran inevitables y, otra vez, asumiendo un conocimiento limitado por parte del consumidor, una regla de responsabilidad objetiva genuina crearía incentivos de seguridad significativos para los fabricantes"[359].

La regla de responsabilidad absoluta, sin embargo, puede ser criticada desde el punto de vista de la optimización de los costos de los accidente. En efecto, nótese, en primer lugar, que G. Schwartz parte de una posición exactamente inversa a la que adoptaba McKean para justificar la regla de no responsabilidad, con relación a la disponibilidad de información para el consumidor y el fabricante. Para G. Schwartz, en principio, el consumidor no tienen conocimiento respecto de los riesgos de los productos y por tanto, nada puede hacer para evitarlos. Es el fabricante el único que puede reducir los costos de los accidentes y, por ello, hay que darle los incentivos para hacerlo imponiéndole la responsabilidad en todos los casos.

Por ello, los efectos de una regla de responsabilidad absoluta son exactamente inversos que los de una regla de no responsabilidad. Señalan, en tal sentido, Landes y Posner, "la responsabilidad objetiva es la imagen refleja de la

359. Schwartz, Gary T. Foreword *cit.* p. 444.

regla de no responsabilidad... Así como bajo la regla de no responsabilidad los fabricantes no tienen inicialmente ningún incentivo para tener cuidado. bajo la responsabilidad objetiva, los consumidores inicialmente no tienen ningún incentivo para ser cuidadosos, porque será totalmente compensados por cualquier daño"[360].

Ahora bien, no existe razón para suponer que siempre serán los fabricantes quienes mejor puedan reducir la posibilidad de ocurrencia de los accidentes relacionados con productos. En efecto, una regla de responsabilidad absoluta no tiene en cuenta el que haya sido el producto lo que haya causado el daño[361]. Pudiera muy bien ser que el producto haya tenido una intervención totalmente pasiva en el accidente. En tales casos, la imposición de responsabilidad sobre los fabricantes no cumpliría ninguna finalidad de prevención de accidentes. Las presiones impuestas por los costos de los accidentes no podrían ser traducidas por los fabricantes en medidas de prevención de accidentes. Para ilustrar este efecto, Landes y Posner proponen el ejemplo de una máquina de escribir que cae sobre los pies de una persona, ocasionándole graves lesiones. Notan dichos autores que la probabilidad de la caída de la máquina es muy baja. Por ello, señalan, la imposición de responsabilidad no tendrá efectos asignativos. "Imponer responsabilidad objetiva cuando es poco probable que ello afecte la asignación de recursos es incurrir en costos administrativos sin una expectativa de obtener beneficios económicos. Tal sería el resultado de hacer a los fabricantes responsables objetivamente por todo daño trivial. Ellos no buscarán maneras de hacer a la máquina de escribir más liviana para evitar la responsabilidad por los daños causados a los dedos de los pies de las personas"[362].

Por otro lado, en casos como el del ejemplo, el aumento del precio del producto proveniente de las indemnizaciones cuyo peso se impone al fabricante tampoco tendrá efectos asignativos. "El precio trivialmente más alto que los fabricantes cobrarían para cubrir el costo previsto de la responsabilidad no induciría a los consumidores hacia productos sustitutos más seguros; no existirán tales sustitutos"[363].

---

360. Landes y Posner, *op. cit.* p. 540.

361. Entendemos aquí la causalidad como causalidad adecuada. Ver, sobre ello, generalmente, la Parte Tercera de este trabajo.

362. Landes y Posner, *op. cit.* p. 559.

363. Landes y Posner, *loc. cit.*

En muchos casos, será, pues, el consumidor el que esté en mejor posición para evitar el accidente. Sin embargo, una regla de responsabilidad absoluta no impone en ningún caso sobre éste los incentivos para evitar el accidente. En consecuencia, los consumidores decidirían que es relativamente "barato" ser descuidados, los niveles de accidentes subirían y los costos totales se elevarían porque las actividades de prevención de accidentes no estarían siendo realizadas por aquellos que tienen una ventaja comparativa para hacerlo. Si no se impone la responsabilidad a los consumidores en estos casos, se estará generando un patrón ineficiente de asignación de recursos.

Cabe mencionar, finalmente, que de manera similar a lo que ocurre con la regla de no responsabilidad, el establecimiento de una regla de responsabilidad absoluta causará la externalización de algunas presiones disuasorias. Tal será el caso cuando, a pesar de que el accidente fue ocasionado por una actividad distinta a la productiva desempeñada por el fabricante, se impone el costo de accidente sobre éste. Así, por ejemplo, cuando un accidente de transporte terrestre es ocasionado por causas ajenas a la fabricación del vehículo involucrado, el establecimiento de una regla de responsabilidad absoluta del fabricante implicaría que éste debe responder por los daños. De tal manera, se le impondrían costos que no corresponden propiamente a su actividad (fabricación de vehículos) sino p. ej. a la del transportador. En consecuencia, la actividad de transporte resultaría subsidiada por la de fabricación de vehículos, con el consiguiente desajuste en el nivel óptimo de ambas actividades.

3.2.2. Reducción de los Costos Secundarios de los Accidentes : Dilución. Por las razones expresadas al tratar de la reducción de los costos secundarios en el caso de la regla de no responsabilidad[364], es forzoso concluir que una regla de responsabilidad absoluta resulta conveniente desde el punto de vista de la reducción de los costos secundarios de los accidentes. Es por ello que Gary T. Schwartz expresa que "si la dilución del riesgo es considerada la finalidad fundamental de la ley, un derecho a ser compensado debería, de acuerdo con ello, ser otorgado a la víctima de todo accidente. . ."[365]. Sin embargo, como hemos visto, la reducción de los costos secundarios no es la única finalidad de la responsabilidad civil. Si se tratase únicamente de compensar al dañado y diluir socialmente los costos de la reparación sería mejor abandonar

364. *Supra*, Tomo II. p. 143.

365. Schwartz, Gary T., Foreword *cit.*

la responsabilidad civil y establecer algún sistema de compensación alternativo, como por ejemplo un seguro social general[366].

3.2.3. Reducción de los Costos Terciarios de los Accidentes (Eficiencia). Desde el punto de vista de la reducción de los costos terciarios de los accidentes, una regla de responsabilidad absoluta resulta menos conveniente que una de no responsabilidad. Ello se debe a que esta regla implicará en todos los casos de accidentes en los que estén involucrados productos, reclamos interpuestos contra los fabricantes de los mismos. Se generarán así, los costos administrativos derivados de la tramitación, resolución y ejecución de tales reclamos.

Por otro lado, a primera vista parecería que una regla de responsabilidad absoluta puede generar menores costos administrativos que una regla de responsabilidad por culpa o una de responsabilidad por riesgo, debido a que será más simple resolver los conflictos correspondientes. Sin embargo, este efecto puede resultar compensado por el hecho de que la regla de responsabilidad absoluta fomentaría la interposición de más reclamos que las reglas de responsabilidad por culpa o por riesgo.

3.3. Efectos Sobre las Justificaciones Eticas de la Responsabilidad Civil. Una regla de responsabilidad absoluta tendrá el efecto de atribuir a los fabricantes el costo de todos los accidentes en los cuales intervenga un producto, sean evitables o no. Dado que estos costos integrarán los precios de los productos y serán, en consecuencia, asumidos por los consumidores de los productos en cuestión, cabe observar los siguientes efectos distributivos de la regla. En primer lugar, se cargará a los consumidores de los productos, los costos de accidentes que no son propiamente atribuibles a un empleo normal de éstos. Por ejemplo, en el caso ya mencionado de los accidentes automovilísticos, el imponer la responsabilidad sobre el fabricante hará que todos los compradores de automóviles terminen pagando parte de tales costos. Este efecto distributivo de subsidiar una actividad a costa de otra no parece justificable moralmente en general.

Por otro lado, y siempre desde el punto de vista de la justicia distributiva, el imponer por igual responsabilidad al fabricante independientemente de que el daño se haya generado por un uso correcto o incorrecto del producto, favorece distributivamente a los consumidores poco cuidadosos. En efecto, es-

---

366. Ver, en este sentido, generalmente, por ejemplo, Sugarman, Steven D. *Doing Away With Tort Law*, en 73 Calif. L. Rev. 555 (1981).

tos contribuirán con más costos de accidentes que los consumidores cuidadosos. Sin embargo, pagarán lo mismo por concepto de contribución a las indemnizaciones, vía el mecanismo de precios. Así, pues, los consumidores cuidadosos terminan subsidiando a los consumidores descuidados. Este efecto distributivo tampoco parece ser éticamente justificable.

Desde la concepción de la responsabilidad como sanción individualizada a la conducta reprobable del autor, una regla de responsabilidad absoluta tampoco es correcta. En efecto, dicha regla impondrá al fabricante responsabilidad tanto si fue culpable cuanto si fue perfectamente diligente. Similarmente, otorgará derecho a ser indemnizadas tanto a las víctimas inocentes, cuanto a aquellas que con su conducta culpable dieron lugar total o parcialmente al accidente. La misma condena moral de la regla de responsabilidad absoluta puede formularse desde el punto de vista de las teorías del riesgo creado y del riesgo beneficio, pues el consumidor no creó el riesgo en virtud al cual se verificó el accidente ni, necesariamente, se habrá beneficiado de él. Algo similar puede decirse desde la óptica de la tesis de la reciprocidad: en los casos en que el fabricante no haya creado el riesgo que dio lugar al daño, no puede considerarse que haya sometido a la víctima a un riesgo no recíproco.

De acuerdo con la teoría de la garantía, parece que debe protegerse a ultranza los derechos de las personas. En tal sentido, aparentemente resultaría justificada la regla de responsabilidad absoluta. Sin embargo, ello no es cierto. La teoría de la garantía pretende que la responsabilidad se imponga a quien atentó contra los derechos lesionados. En el caso de la responsabilidad absoluta, habrán muchos casos en los que el fabricante no habrá sido quien atentó contra tales derechos, en la medida en que el daño no puede reconducirse causalmente a un hecho de éste. Similarmente, los principios de protección al consumidor y de solidaridad social demandan la reparación de los daños sufridos por el consumidor o usuario, pero tal reparación no tiene por qué presuponer la responsabilidad del fabricante, por daños con los cuales no tiene prácticamente ninguna relación.

Por otro lado, y desde un punto de vista general, parece poco equitativo establecer una diferenciación entre la indemnización de los daños reparables y los que no lo son por razón de la intervención de un producto en la cadena de circunstancias. Así, por ejemplo, parece absurdo concluir que la persona que, por ir distraída, tropieza con una piedra y se lesiona carece de derecho a ser indemnizada mientras que la persona que, igualmente distraída, tropieza ya no con una piedra sino con un ladrillo (es decir, un producto) sí tiene derecho a ser indemnizada por el fabricante del mismo. Si se pretende establecer una

división entre los daños compensables y los que no lo son, establecer el límite en el hecho de que un producto haya estado involucrado en el accidente no parece ser la mejor de las soluciones.

Por todo ello, concluimos que el criterio de la responsabilidad absoluta del fabricante no es moralmente justificable.

4. Responsabilidad por Culpa

4.1. Deficinión. De acuerdo con el sistema de la culpa el fabricante responderá de los daños causados por un producto defectuoso en los casos que hubiera adoptado una línea de conducta que dio lugar al defecto y, por ende, al daño, que un hombre razonable no hubiera adoptado en las circunstancias. Teniendo en cuenta la racionalidad económica del individuo implícita por el análisis económico, se ha intentado formular el patrón necesario para determinar la culpa en términos de costo-beneficio.

En efecto, como hemos visto al tratar sobre el Derecho norteamericano, en dos casos resueltos en 1940 y en 1947[367], el juez Learned Hand construyó una fórmula matemática para determinar la negligencia de una conducta. De acuerdo con la fórmula Hand, la negligencia se determina de acuerdo con tres variables: (1) la probabilidad del daño que pudiera resultar de la conducta del actor; (2) la gravedad del daño que pudiera esperarse; y (3) el peso o la carga de tomar las precauciones para evitar o minimizar el daño. Señaló el juez Hand en el caso *United States v Carroll Towing Co.* : "Si la problabilidad es llamada P; el daño [loss] L; y la carga [burden] B (i.e. la carga de las precauciones para evitar el riesgo del daño), la responsabilidad depende de que B sea menor que L multiplicado por P; i.e. de si $B < PL$".[368].

Posteriormente, en un artículo publicado en el primer número del *Journal of Legal Studies*, Richard A. Posner procedió a realizar una interpretación estrictamente económica dela fórmula Hand[369]. Señaló Posner que la fórmula Hand podía ser interpretada de la siguiente manera: " Descontando (multiplicando) el costo de un accidente si este ocurre por la probabilidad de ocurren-

367. *Conway v. O'Brien*, 111 F. 2d 611 (2d Cir. 1940) y *United States v. Carroll Towing Co.*, 159 F. 2d 169 (2d Cir. 1947).

368. *United States v. Carroll Towing Co. cit.*, p. 173.

369. Posner, Richard A. *A Theory of Negligence*, en 1 J. Legal Stud 29 (1972).

cia da una medida del beneficio económico a ser anticipado de incurrir en los costos necesarios para prevenir el accidente. El costo de prevención es lo que Hand llamó la carga de tomar precauciones contra el accidente. Puede ser el costo de instalar equipos de seguridad o de hacer a la actividad más segura de otras maneras, o el beneficio dejado de percibir por limitar o eliminar la actividad. Si el costo de las medidas de seguridad o evitamiento –el que sea menor– excede el beneficio en prevención de accidentes, entonces la sociedad estaría mejor en términos económicos si renunciase a la prevención del accidente"[370]. De esta manera, el patrón de la culpa estaría destinado a lograr una eficiente asignación de recursos, al imputar la responsabilidad al causante solo en los casos en que la prevención por él del accidente hubiera tenido un menor costo que la ocurrencia del accidente.

Es importante tener presente, sin embargo, que de acuerdo con el patrón de la negligencia no se trata de determinar si *de hecho* los costos del accidente son mayores que los costos de evitarlo, sino si *dado el conocimiento existente en el momento de la acción,* el causante hubiera *sabido o debido saber* que los costos de su evitación por él eran menores que los costos del accidente. Como señalan Calabresi y Klevoric, "de acuerdo con el Learned Hand *Test*, la pérdida permanece sobre la víctima [es decir, no hay responsabilidad del causante] a no ser que el causante hubiera sabido o debido saber, en el momento en que actuó, que la evitación del accidente por él era más barata que el costo del accidente"[371]. De esta manera, los costos y beneficios a tenerse en cuenta para efectos del análisis de la culpa, no son los que en realidad tuvo el accidente o su evitación, tal como son percibidos en el momento del juicio, sino aquellos que resultaban conocidos o conocibles para un hombre razonable, en las circunstancias, en el momento de la acción relevante del causante.

4.2. Efectos sobre las Finalidades Utilitarias de la Responsabilidad

4.2.1. Optimización de los Costos Primarios de los Accidentes: Disuación. De acuerdo con Richard A. Posner, el patrón de la culpa conduce al nivel eficiente de los costos primarios de los accidentes. En efecto, considera Posner, ésta regla impone la responsabilidad sobre el causante de un accidente sólo cuando su prevención hubiera resultado más económica que su ocurrencia. "Tal vez, pues", escribe Posner, "la función dominante del sistema de la culpa es generar reglas de responsabilidad que, si son seguidas conducirán, por lo

370. Posner, A Theory of Negligence *cit.* p. 32.

371. Calabresi y Klevorick, *op. cit.* p. 587.

menos aproximadamente, al nivel eficiente –justificado por sus costos– de accidentes y de seguridad"[372].

La eficiencia de la regla de la culpa es confirmada, según Posner, por el hecho de que una regla que haga a la empresa responsable por los accidentes que no valía la pena evitar, no mejorará la asignación de los recursos. "Una regla que haga a la empresa responsable por los accidentes que ocurran en tales casos no puede justificarse sobre la base de que inducirá a las empresas a incrementar la seguridad de sus operaciones. Cuando el costo de los accidentes es menor que el costo de prevención, una empresa racional y maximizadora de beneficios pagará la indemnización que corresponda a las víctimas de los accidentes en lugar de incurrir en los costos mayores de evitar la responsabilidad. Más aún, el valor económico general sería disminuído en lugar de aumentado al incurrirse en un costo de prevención de accidentes más alto con el objeto de evitar un costo de accidentes más bajo. Si, por otro lado, los beneficios de evitarse los accidentes exceden los costos de prevención, la sociedad estará mejor si se incurre en esos costos y el accidente es evitado y, por ello, en este caso, la empresa es responsabilizada, en la idea de que su propio interés la llevará a adoptar las precauciones necesarias para evitar un costo mayor en indemnizaciones"[373]. La lógica de este argumento, dicen Calabresi y Klevoric, es que "si la gente no lo puede hacer mejor, entonces asignarles los costos resultantes no conducirá a un mayor grado de seguridad"[374].

Sin embargo, el patrón de la culpa puede generar un resultado ineficiente si los costos de prevención y de la ocurrencia de los accidentes relevantes para el análisis (es decir, los que eran conocidos o conocibles en el momento de la conducta relevante) varían respecto a los costos reales de la ocurrencia del accidente o de su prevención. Así, si de acuerdo con el conocimiento vigente en el momento de la acción relevante, se considera que los beneficios de un producto son mayores de lo que en realidad son, o que los costos de evitar el accidente (hacer al producto más seguro o descubrir sustitutos) son menores de lo que en realidad son, una acción perfectamente diligente del causante, podrá de todas maneras conducir a una inversión en seguridad inferior a la que sería eficiente. Similarmente, si según el estado de la técnica en el momento de la acción relevante, se subestiman los beneficios

372. Posner, A Theory of Negligence *cit.*

373. *Id.*

374. Calabresi y Klevorick, *op. cit.* p. 617.

de un producto o se sobreestiman los costos de la seguridad, una conducta diligente conducirá a una inversión mayor en seguridad de la que es económicamente eficiente.

En muchos casos, el nivel ineficiente no provendrá de un mal cálculo realizado por los actores sociales, sino de una decisión consciente del causante, que tenga en cuenta las ineficiencias del sistema de decisión social. Así, si un fabricante considera que el órgano social que resolverá las controversias que se presenten respecto a la negligencia de su conducta tenderá a sobrevalorar los costos o a subvaluar los beneficios relevantes, encontrará que vale la pena correr riesgos que socialmente no son convenientes[375]. Una conducta similar puede provenir de la idea del fabricante de que el sistema de decisión social tiene problemas estructurales o coyunturales para descubrir la negligencia en su conducta. Así, por ejemplo, señala Henderson, "una acción basada en la culpa presenta grandes dificultades probatorias para el demandante, tales como establecer lo que un fabricante con experiencia en el ramo debería conocer. Los fabricantes también podrán destruir las pruebas de los consumidores y frustrar los intentos del demandante de demostrar que el demandado conocía los peligros. Sabiendo que el demandante promedio tiene dificultades para establecer la negligencia, los fabricantes apostarán al hecho de poder evadir la responsabilidad. . . y por tanto podrán limitar sus esfuerzos para reducir los riesgos de los productos"[376].

Finalmente, el patrón de la culpa puede otorgar incentivos para la adquisición de información que resulte relevante en el futuro para lograr la evitación de los accidentes a un menor costo, a la parte menos capacitada para ello. En efecto, si el fabricante sabe que su conducta se juzgará sobre la base de lo que era conocido en el momento de la verificación de la misma, no tendrá mayores incentivos para adquirir nueva información relativa a la manera de evitar los accidentes. Esta nueva información lo único que logrará es hacer que el *standard* para juzgar la conducta del fabricante sea más exigente.

Es bueno tener en cuenta que, como señalan Landes y Posner, la disminución en los incentivos otorgados al fabricante tiene como contrapartida el otorgamiento de mayores incentivos para investigar a las víctimas de los acci-

375. *Id.*

376. Henderson, Coping with the Time Dimension *cit.* p. 932.

dentes[377]. Sin embargo, parece claro que entre los consumidores y los fabricantes, resultará más eficaz otorgar los incentivos para desarrollar la tecnología a estos últimos que a aquellos.

Por otro lado, tratándose del descubrimiento de la información sobre los riesgos del producto y sus beneficios, con posterioridad a la ocurrencia del accidente, el patrón de responsabilidad por culpa no proporciona incentivos adecuados para el descubrimiento de dicha información. Así, por ejemplo, si un consumidor será indemnizado sólo si el fabricante sabía o hubiera debido saber que los riesgos de un producto eran mayores que sus beneficios, tendrá poco interés en invertir tiempo y dinero para descubrir hechos antes ignorados que permitirían determinar que desde el momento de su venta el producto era irrazonablemente peligroso. Asimismo, bajo el patrón de la responsabilidad por negligencia, el fabricante no tendrá incentivos para descubrir datos previamente ignorados que tiendan a demostrar que el producto tenía, en efecto, más beneficios de lo que se pensaba[378].

Por otro lado, parecería a primera vista que la regla de responsabilidad por culpa conducirá a un eficiente nivel de los costos de seguridad y de accidentes mediante el mecanismo de precios. Así, de acuerdo con el patrón de la culpa se impone al fabricante la responsabilidad por los daños cuya evitación por el fabricante resulta justificada sobre la base de un análisis de costo-beneficio. En consecuencia, sólo estos costos se ven reflejados en el nivel de oferta del fabricante. Se entiende que los demás accidentes no deben ser evitados en absoluto o deben serlo por el consumidor. En ambos casos, el consumidor percibirá este hecho y ajustará su demanda a la suma del precio más los costos de los accidentes (o de su evitación) no incorporados al precio.

Sin embargo, algunas características que pueden descubrirse en la realidad resultan impugnando esta impresión. En primer lugar, los argumentos reseñados presuponen que el consumidor puede percibir el nivel de riesgo de un producto. Así, supongamos que una podadora de césped tiene un precio de I/. 1000 y, además, causará accidentes por un costo de I/. 100. Si es eficiente que el fabricante evite los accidentes, un patrón de negligencia le impondrá la responsabilidad. El fabricante subirá, entonces, el precio del producto, digamos, a I/. 1080. Sin embargo, si no es eficiente que el fabricante

377. Landes y Posner, *op. cit.* p. 555.

378. Calabresi y Klevorick, *op. cit.* pp. 621-623.

evite los accidentes, el patrón de negligencia no le impondrá la responsabilidad y el precio del producto seguirá en I/. 1000; es decir, no reflejará el costo de los accidentes que ocasiona y que no vale la pena que sean evitado por el fabricante.

Dada esta situación, si el consumidor estuviera perfectamente informado, sabría que, a pesar de que el precio de la podadora es I/. 1000, ésta en realidad le impondrá un costo adicional de accidentes de I/. 100, por lo que su precio, en realidad, es de I/. 1100. De este modo, ajustaría su demanda a esta circunstancia y resultaría el nivel eficiente de accidentes. Sin embargo si los consumidores tienden generalmente a estar poco informados o a subestimar los riesgos de los productos, entonces la demanda de éstos no se ajustará a su verdadero costo. Como resultado, se generará un patrón ineficiente de asignación de los recursos.

4.2.2. Reducción de los Costos Secundarios de los Accidentes: Dilución. Si, como hemos visto, el fabricante es un más eficiente canal de distribución del riesgo que el consumidor o usuario, debe concluirse que una regla de responsabilidad por culpa es más conveniente que una de no responsabilidad, pero menos ventajosa que una de responsabilidad absoluta. En cuanto a la comparación de la responsabilidad por culpa con la responsabilidad por riesgo, dado que los resultados de ambas reglas pueden ser divergentes, una puede ser más conveniente que la otra desde el punto de vista de la dilución del riesgo. Sin embargo, por ahora no podemos afirmar que la responsabilidad por culpa imponga menores responsabilidades sobre el fabricante que la responsabilidad por riesgo. Sólo si así fuera, habría que concluir que la responsabilidad por culpa es menos eficiente, desde este punto de vista, que la responsabilidad por riesgo.

4.2.3. Reducción de los Costos Terciarios de los Accidentes: Eficiencia. Un problema que caracteriza al sistema de responsabilidad por culpa es el de los altos costos que su administración demanda. La determinación de la culpa, es decir, de lo que era conocido o conocible por el actor en el momento de la conducta que dio lugar al daño implica un análisis de gran dificultad para el órgano de decisión social[379].

Por otro lado, sin embargo, la propia dificultad de las acciones para los

379. Landes y Posner, *op. cit.* p. 550; Sachs, *op. cit.* p. 261, en nota 8; Henderson, Coping with the Time Dimension *cit.* p. 933.

demandantes originará que exista un menor número de acciones incoadas que bajo los patrones de responsabilidad absoluta o responsabilidad por riesgo[380]

4.3. Efectos sobre las Justificaciones Eticas de la Responsabilidad. A primera vista parece indudable que el patrón de la culpa cumple con adecuarse a la noción de la responsabilidad como sanción a una conducta reprobable. Sin embargo, hemos ya visto que la culpa tal como es aplicada a la realidad no implica un reproche moral a la conducta del actor, desde que este puede ser condenado a indemnizar a pesar de que, dadas sus características personales, no tuvo la posibilidad de actuar de otra manera. En consecuencia, no resulta el patrón de la culpa, apreciada *in abstracto,* adecuado como un instrumento de sanción al responsable.

Por otro lado, desde el punto de vista de la justicia distributiva, el patrón de la culpa conduce a que el peso de los accidentes que no resulten atribuibles a la negligencia del autor, permanezcan sobre las víctimas. En este sentido, las perjudica, favoreciendo en cambio a los fabricantes que no se ven obligados a contabilizar los costos correspondientes dentro de su producción; e indirectamente, a los demás consumidores, que no ven incluído en los precios de los productos que adquieren el costo de estos accidentes. En el mismo sentido, la responsabilidad por negligencia hace que el peso económico de los daños causados por estos accidentes permanezca sobre las víctimas, sin ser distribuído entre los consumidores a través del mecanismo de precios.

El sistema de la responsabilidad por culpa atenta también contra los criterios de riesgo creado y de riesgo-beneficio, en la medida en que si el accidente es causado por un defecto del producto, entonces es consecuencia de un riesgo creado por el productor y del cual éste se beneficia. En tal virtud, lo justo sería que la responsabilidad recaiga sobre él, sin que resulte relevante la ausencia de culpa. Similarmente, desde el punto de vista de la teoría de la reciprocidad, la responsabilidad por culpa es insuficiente, ya que existirán casos en los que el fabricante, al introducir en el mercado un producto defectuoso, ha creado un riesgo no recíproco para el consumidor, a pesar de no haber incurrido en una conducta negligente. Según la teoría de la garantía, la responsabilidad por culpa resulta también insuficiente, ya que de acuerdo con esta última, a pesar de haber atentado contra los derechos de la víctima al poner en circulación el producto defectuoso agente del daño, el fabricante no responderá a no ser que haya incurrido en una conducta irrazonable. En la medida en que deja sin protección a la víctima inocente en los casos en

380. Sachs, *op. cit.* p. 263.

que no existe una negligencia del fabricante, el sistema de la culpa tampoco es compatible con los criterios de solidaridad social y de protección al consumidor.

En consecuencia, a pesar de que sus defensores invocan como su fundamento la moralidad, la culpa no parece ser aceptable de acuerdo con un criterio ético en el campo de la responsabilidad por productos defectuosos.

5. La Responsabilidad por Riesgo

5.1. Definición. La responsabilidad por riesgo, a diferencia de la responsabilidad objetiva genuina o absoluta, no se basa en la mera ocurrencia de un daño. Según la responsabilidad por riesgo, el responsable no se convierte en un asegurador general de la víctima, sin que interesen las circunstancias del daño[381]. Por el contrario, como señala Santos Briz, "[l]a imputación derivada de la responsabilidad por riesgo no se basa en la mera causación. Carece de valor el mero concepto de responsabilidad por el resultado basada exclusivamente en la relación causal material, y es insuficiente para determinar quién haya de responder por los daños debidos a accidentes. . . La responsabilidad por riesgo presupone siempre un cierto riesgo [que]. . . ha de ser el específico de la empresa o circunstancias objetivas. . . El daño sobreviene en relación interna con la fuente del riesgo. El daño ha de tener lugar precisamente como relación del riesgo por el que responde el obligado. . . El empresario o poseedor del artefacto peligroso no responden por todos los daños que la explotación o el uso de aquel causen: se excluyen los debidos a riesgos extraños a la explotación o uso de la cosa cualificada de peligrosa debidos a la fuerza mayor o a suceso inevitable"[382].

Al establecer un patrón de responsabilidad por riesgo aplicable a una actividad o empresa, pues, ha de determinarse precisamente cuál es el riesgo por cuya materialización se generará la responsabilidad. El titular de la empresa o actividad responderá objetivamente de los daños que sean *consecuencia adecuada* del riesgo determinado. La responsabilidad por riesgo supone, pues, la casualidad legal.

En el caso de la responsabilidad por productos defectuosos, el riesgo que da lugar a la imposición de una responsabilidad sin culpa, es el de los

---

381. Calabresi y Hirschoff, *op. cit.*; Bisbal Méndez, *op. cit.* p. 102.

382. Santos Briz, La Responsabilidad Civil *cit.* pp. 485-486.

daños causados a través de los productos defectuosos introducidos en el mercado. En consecuencia, el daño será indemnizable, en tanto sea la consecuencia adecuada de un defecto del producto. La responsabilidad, pues, supone la existencia de un *producto defectuoso*, cuyo defecto sea atribuible al responsable y de un *vínculo causal adecuado* entre el defecto y el daño, que determine que este último sea una consecuencia adecuada de la específica peligrosidad introducida en el producto por el defecto. Así, no habrá responsabilidad del fabricante si el producto no es defectuoso ni tampoco si, siendo el producto defectuoso, el daño no es consecuencia adecuada del defecto.

¿Cuándo es un producto defectuoso? De acuerdo con el patrón de uso más generalizado y que consideramos el aceptable, un producto es defectuoso cuando sus riesgos son mayores que sus beneficios. En palabras de Guido Calabresi, este patrón implica que "la pérdida permanece sobre la víctima dañada a no ser que, en el momento en que un órgano de decisión social realiza un balance, la evitación del accidente por parte del actor se encuentra ser más barata que el costo del accidente"[383].

Este patrón es llamado por algunos autores el *ex post Learned Hand test*, debido a que mantiene algunas semejanzas con el *standard* aplicado para determinar la existencia de la culpa. En efecto, igual que según el patrón de la culpa, de acuerdo con el patrón de defectuosidad, un organismo social decide si el riesgo inherente en el producto resulta justificado teniendo en cuenta sus costos. Sin embargo, a diferencia del patrón de la culpa, al analizarse la defectuosidad de un producto, los hechos a considerarse para efectos del análisis no son los que estaban disponibles (o debían estarlo) en el momento en que el causante del daño decidió actuar como lo hizo, sino, en cambio, también todos los hechos que han sido conocidos a partir de ese momento. La responsabilidad se impone sobre el causante no porque se considere que él debió escoger la evitación del accidente a su ocurrencia en el momento en que actuó, sino porque ahora, en el momento en que el organismo de decisión social realiza el análisis, se considera que la acción efectuada por el causante es demasiado costosa, dados sus riesgos. Por tal razón, el patrón de responsabilidad por riesgo en el campo de los productos defectuosos no está basado en la culpa. Resulta irrelevante lo que el fabricante sabía o debía saber en el momento de actuar. Hablar de culpa, en estas circunstancias, resulta absurdo[384].

---

383. Calabresi y Klevorick, *op. cit.* p. 690.

384. Calabresi y Klevorick, *loc. cit.* p. 592.

Debe tenerse presente que la determinación de la defectuosidad del producto no se realiza desde un punto de vista individualizado, teniendo en cuenta únicamente los riesgos y beneficios de la acción concreta del productor que dio origen al daño, sino desde un punto de vista general. Esta característica del patrón de defectuosidad puede resultar ilustrada con un ejemplo plantado por Calabresi y Klevorick[385]. Supongamos que un fabricante de medicamentos vende a un consumidor una píldora para el dolor de cabeza. La píldora en cuestión, a diferencia de las demás, tiene una efectividad cercana al 100% y este hecho es de suma importancia para el consumidor, ya que él sufre enormemente con los dolores de cabeza. Sin embargo, la píldora causa una grave reacción alérgica en uno de cada 20 millones de usuarios. El productor proporciona advertencias adecuadas de este hecho al consumidor, el mismo que las comprende.

Supongamos ahora que el consumidor resulta ser precisamente el único individuo en 20 millones que es alérgico al medicamento. Si se analiza la cuestión con la información disponible luego del accidente (que el consumidor es alérgico) parecería forzoso concluir que el producto era irrazonablemente peligroso para el consumidor en particular. Sin embargo, éste no es el sentido del *ex post Learned Hand Test.* En efecto, los hechos que hemos conocido luego del accidente, no han modificado en forma alguna nuestro conocimiento o nuestro juicio respecto a los riesgos futuros. Nada aprendido a raíz del accidente nos lleva a concluir que el comportamiento del fabricante ha creado un riesgo irrazonable de accidentes futuros. Sabemos ahora que el consumidor es alérgico. Pero no hemos aprendido nada que pueda guiar nuestra conducta futura (excepto el hecho de que el consumidor en cuestión no debe usar esa píldora en particular). En general, lo que era un riesgo razonable en el producto lo sigue siendo ahora.

"Distinto sería el caso", indican Calabresi y Klevorick, "si hubiéramos averiguado –como resultado de los daños sufridos por el consumidor o independientemente de ellos– que ciertas categorías de personas tenían una alta probabilidad de ser alérgicas, por ejemplo una en cien. También sería diferente si hubiéramos descubierto después del accidente que una simple prueba realizada sobre la piel –de fácil implementación antes del consumo de la píldora– podría determinar quiénes eran alérgicos... En todos estos casos, en los que la información adquirida *ex post* nos brinda una guía útil para alterar nuestro comportamiento futuro, es posible decir que el producto es 'irrazo-

385. Calabresi y Klevorick, *op. cit.* pp. 594-596.

nablemente peligroso'. Es posible, en otras palabras", concluyen Calabresi y Klevorick, "decir que aunque lo que el productor/actor hizo fue razonable en el momento que él actuó, sería irrazonable para él comportarse de manera similar subsecuentemente. Esta es, sugerimos, la esencia del *ex post Learned Hand test.* ."[386].

De acuerdo con ello, se percibe que la defectuosidad de un producto debe determinarse en función de los riesgos y beneficios que sean consecuencia adecuada de su uso o consumo y no de todos los que materialmente puedan resultar de ellos.

5.2. Efectos sobre las Justificaciones Utilitarias de la Responsabilidad

5.2.1. Optimización de los Costos Primarios de los Accidentes: Disuación. La responsabilidad por riesgo otorga, a primera vista, los mismos incentivos para reducir el número de los accidentes al fabricante, mediante la adopción de medidas de seguridad, que una regla de responsabilidad por negligencia. Como señala Bisbal, "la base del cálculo en la que se funda esta decisión (de evitar el accidente) sigue siendo la misma: comparar los costos de evitar el accidente con el daño esperado. De este modo continúan evitándose aquellos accidentes cuyo costo en medidas de seguridad no supera el daño esperado"[387] El fabricante bajo una regla de responsabilidad por riesgo tomará las medidas necesarias para evitar la ocurrencia de los accidentes que, desde su punto de vista tienen un costo mayor que los beneficios provenientes de no evitarlos. Respecto de los demás accidentes, el fabricante preferirá dejar que ocurran y pagar la indemnización de los daños.

Sin embargo, como hemos visto, las dificultades prácticas inherentes en el sistema de responsabilidad por culpa pueden conducir a que el fabricante realice una inversión inferior a la socialmente óptima en seguridad. Así, veíamos que si el fabricante considera que la víctima tendrá dificultades para establecer ante el órgano de decisión social la culpa del actor, entonces podrá considerar beneficioso realizar una inversión en seguridad inferior a la que resultaría socialmente eficiente. Por ello puede sostenerse que bajo "un régimen de responsabilidad por riesgo, que no considera los conocimientos del fabricante, [éste] tendrá menos posibilidades de eludir la responsabilidad y

386. Calabresi y Klevorick, *op. cit.* p. 596.

387. Bisbal Méndez, *op. cit.* pp. 96-97.

tendrá un mayor incentivo para invertir en esfuerzos destinados a reducir los riesgos de los productos"[388].

Por otro lado, hemos anotado también que si los actores sociales sistemáticamente sobreestiman los costos de la evitación de los accidentes o subestiman los costos de los accidentes, un patrón de responsabilidad por riesgo será deseable. En tal caso, el análisis de costo-beneficio será realizado por un organismo de decisión social con la información disponible en el momento del juicio. De esta manera, las partes, ante la perspectiva de ser sometidas a este análisis *ex post*, corregirán su inclinación a subestimar los costos de los accidentes o a sobreestimar los costos de la seguridad. Además, el patrón objetivo indicará a las partes lo que la sociedad considera, en el momento, deseable en cuanto a la seguridad de los productos[389].

Debe mencionarse que, aun aceptando la posibilidad de errores respecto a la valuación de los costos y beneficios de la seguridad, no existe en teoría ninguna razón por la cual el patrón de responsabilidad por riesgo imponga mayores responsabilidades sobre el fabricante que el patrón de responsabilidad por culpa[390]. Ello sólo sucederá si los errores consisten en una subvaluación de los costos de los accidentes o en una sobrevaluación de los costos de la seguridad, lo que, en principio, no tiene por qué suceder más a menudo que lo exactamente inverso. Sin embargo, aparentemente éste sería el caso. En efecto, los avances tecnológicos proporcionan, en general, instrumentos que ha-

388. Henderson, Coping with the Time Dimension *cit.* p. 934.

389. Calabresi y Klevorick, *op. cit.* pp. 618-619. Debe mencionarse, sin embargo que, como lo señalan Calabresi y Klevorick, la incertidumbre proveniente del desconocimiento por las partes de los hechos futuros que se tendrán en cuenta para juzgar la defectuosidad del producto podrá conducir a un nivel ineficiente en la asignación de los recursos, debido a una inversión excesiva en seguridad. "El *ex post test*", expresan Calabresi y Klevorick, "genera incertidumbre... Si un actor es conciente de que su comportamiento será juzgado contra el patrón del conocimiento futuro, tendrá más dificultad en calibrar la exigencia del patrón que si sólo lo conocido o conocible fuera relevante... La presencia de la incertidumbre puede inducir a las partes afectadas a gastar demasiado o demasiado poco en seguridad. Así, aun si el patrón de cuidado basado en la *hindsight* en algún momento futuro fuera de hecho idéntico al patrón de cuidado requerido bajo un *test* que solo usase el conocimiento actual, la incertidumbre generada por un *ex post test* podría inducir un comportamiento indeseable de parte de los actores privados..." Calabresi y Klevorick, *op. cit.* pp. 619-620.

390. Calabresi y Klevorick, *op. cit.* p. 618.

cen posible o más económico adoptar medidas de seguridad que antes podían resultar imposibles o excesivamente costosas. Los mismos avances tecnológicos permiten también descubrir nuevos efectos nocivos de los productos. Daños cuyas causas antes permanecían ignoradas, son hoy en día vinculados con el uso o consumo de diversos productos[391]. Estas situaciones parecerían ser confirmadas por el gran temor y la radical oposición de los fabricantes a un régimen de responsabilidad por riesgo por los daños causados por productos defectuosos, dondequiera que se ha tratado de establecer.

Por otro lado, desde el punto de vista de los incentivos para el avance tecnológico, una regla de responsabilidad por riesgo parece preferible a una regla de responsabilidad por culpa. En efecto, como dicen Calabresi y Klevorick, "un actor que sabe que su conducta será sometida a un *test ex post* tendrá mayores incentivos para anticipar los desarrollos tecnológicos futuros. Así él percibirá que existe un mayor beneficio en adquirir el conocimiento ahora, frente a la posibilidad de adquirirlo sólo luego, tal vez con funestas consecuencias"[392]. Esta fue una de las consideraciones formuladas para sustentar la responsabilidad estricta por productos por el juez Traynor en su famoso voto singular en el caso *Escola c. Coca Coca Bottling Co. of Fresno.* Señaló en esa ocasión el juez Traynor que "aún si no existe negligencia, el orden público exige que la responsabilidad se establezca allí donde reducirá más efectivamente los peligros a la vida y la salud inherentes a los productos defectuosos que llegan al mercado"[393].

Debe mencionarse que la regla de responsabilidad por riesgo pone estos incentivos sobre el fabricante, pero los elimina para la víctima. En este sentido, se ha sostenido que una regla de responsabilidad objetiva puede crear incentivos para que los consumidores tengan un comportamiento descuidado aumentando así los daños causados por productos[394].

Sin embargo, la regla de responsabilidad por riesgo no otorga a la víctima la indemnización de todos los daños ocurridos con relación al uso o con-

---

391. Si bien es también cierto que se descubren también efectos positivos de los productos, ello no parecería suceder con tanta frecuencia como el descubrimiento de consecuencias nocivas.

392. Calabresi y Klevorick, *op. cit.* p. 622. En el mismo sentido, Landes y Posner, *op. cit.* p. 555.

393. Escola v. Coca Cola Bottling Co. *cit.* p. 443.

394. McKean, *op. cit.*

sumo de un producto, sino únicamente de aquellos que son consecuencia adecuada de un defecto del mismo[395]. En consecuencia, no son indemnizables los daños ocurridos con relación a un producto no defectuoso. Además, si la víctima hace un uso descuidado del producto, y por virtud de ello se genera el daño, este daño tampoco resultará atribuible al fabricante, por falta de una relación de causalidad adecuada. En consecuencia, el patrón de responsabilidad por riesgo contiene elementos adecuados para evitar cualquier incentivo indeseado a conductas poco cuidadosas por parte de las potenciales víctimas de accidentes relacionados con productos.

Por otro lado, no debe pensarse que el hecho de tener acceso a una compensación elimina los incentivos de cuidado que tiene un consumidor. El ser humano está dotado de un instinto de conservación y rehuye el sufrimiento. Es contrario a la naturaleza humana someterse a un considerable sufrimiento, sólo porque se tiene una relativa seguridad de que el mismo será, en alguna medida, compensado económicamente[396].

Finalmente, a este respecto, debe señalarse que el colocar los mayores incentivos de seguridad sobre el fabricante no es irrazonable, teniendo en cuenta que es probable que sea éste quien mejores posibilidades tenga de adoptar las medidas de seguridad más convenientes.

Un efecto similarmente favorable sobre el avance tecnológico produce una regla de responsabilidad por riesgos, desde el punto de vista de los incentivos dados a las partes para que descubran información sobre los riesgos y beneficios del producto, luego de ocurrido el accidente. En efecto, si el fabricante será sometido a un patrón de responsabilidad en el que el análisis costo-beneficio se realizará de acuerdo con la información que se encuentre disponible en el momento del juicio, la víctima tendrá todos los incentivos para realizar investigaciones que la lleven a descubrir los efectos nocivos del producto. De ello podrá depender que se lo considere defectuoso y se otorgue la indemnización[397]. Un incentivo similar se otorga al fabricante para que

395. *Infra*, Tomo II. pp. 837 ss.

396. Sugarman, *op. cit.* p. 561 y siguientes.

397. En este sentido, puede mencionarse la labor prácticamente detectivesca realizada por los abogados de los demandantes en los casos de daños ocasionados por la fibra de asbestos, que hemos visto al tratar sobre el Derecho norteamericano.

descubra nuevos beneficios y efectos positivos del producto, que tiendan a equilibrar sus riesgos[398].

Por otro lado, desde el punto de vista de la *market deterrence*, es decir de las presiones hacia la disminución del nivel de la actividad de uso o consumo de productos peligrosos a través del mecanismo de precios, el patrón de riesgo parece ser más efectivo que una regla de responsabilidad por culpa. En tal sentido, el voto singular del juez Traynor, en el ya mencionado caso de *Escola v. Coca Cola Bottling Co. of Fresno,* expresaba, en defensa del patrón de responsabilidad estricta: "Es favorable al interés público el desincentivar el mercadeo de productos que tengan defectos que constituyan una amenaza para el público. Si tales productos a pesar de ello se introducen en el mercado, es favorable al interés público que se coloque la responsabilidad por cualquier daño que pudieran causar sobre el fabricante, quien, aún sin ser negligente en la fabricación del producto, es responsable por el hecho de que éste haya alcanzado el mercado..."[399].

En efecto, aparentemente un patrón de culpa y un patrón de responsabilidad objetiva conducirían a un nivel similar en la venta de productos defectuosos. Señalan Landes y Posner, "la responsabilidad por riesgo da a los potenciales causantes, y no a las víctimas potenciales, un incentivo para reducir el número de accidentes, reduciendo el nivel de su actividad. La negligencia crea el incentivo opuesto –a las víctimas potenciales, pero no a los actores potenciales de reducir el nivel de su actividad. En el contexto de la responsabilidad civil por productos, sin embargo, la idea de que existe alguna diferencia entre el hecho de que el fabricante reduzca su actividad y de que el consumidor reduzca la suya puede parecer extraño. El fabricante reduce su actividad produciendo menos, el consumidor comprando menos... y lo que se produce... se compra".

"La clave", indican Landes y Posner, "son los costos de información. Si la obtención de la información sobre los productos es costosa, querremos imponer la responsabilidad... sobre la parte que tiene la información o puede obtenerla a un costo menor. Supongamos que dicha parte es el fabricante. Bajo la responsabilidad por riesgo sus costos, y por ello el precio, se incrementarán para compensar sus responsabilidades previstas. Esto llevará a los

398. Calabresi y Klevorick, *op. cit.* p. 623.

399. Escola v. Coca Cola Bottling Co. of Fresno, *cit.* p. 441.

consumidores a comprar menos. De esta manera, el fabricante señala adecuadamente a los consumidores la peligrosidad de su producto y resulta un patrón óptimo de producción... Bajo la responsabilidad por negligencia, cuando el consumidor no está adecuadamente informado, posiblemente no reducirá sus compras porque asume que el producto es seguro. Alternativamente, su falta de información le causará que exagere la peligrosidad del producto y comprará demasiado poco. Una regla de responsabilidad por riesgo lleva a una adquisición óptima en todos los casos"[400]. Por otro lado, como hemos visto, el patrón de responsabilidad por riesgo tiene la ventaja de corregir las distorsiones producto de los errores sobre los costos efectivos de los accidentes y de la seguridad que realicen las partes inherente a la regla de la culpa. Por ello, permite que se reflejen en los precios de los productos los efectivos costos de los accidentes derivados de los mismos, y no los que los actores sociales perciben, tal vez incorrectamente, como tales.

En virtud de lo expuesto, debe considerarse que, desde el punto de vista de la optimización de los costos primarios de los accidentes, un patrón de responsabilidad por riesgo es preferible a los patrones de no responsabilidad, de responsabilidad absoluta y de responsabilidad por culpa.

5.2.2. Reducción de los Costos Secundarios de los Accidentes: Dilución. Hemos establecido ya que el fabricante es un mejor canal de distribución del peso económico de los accidentes causados por productos defectuosos que la víctima[401]. Asimismo, se ha visto que un patrón de responsabilidad por riesgo impone en más casos la responsabilidad sobre el fabricante que un patrón de responsabilidad por negligencia. Es evidente, por otro lado, que el patrón de responsabilidad por riesgo impone mayores responsabilidades sobre el fabricante que el de no responsabilidad, pero menos que el de responsabilidad absoluta. Esto nos lleva a concluir que una regla de responsabilidad por riesgo es más conveniente que una de no responsabilidad y que una de responsabilidad por culpa, pero menos conveniente que una de responsabilidad absoluta, desde el punto de vista de la reducción de los costos secundarios de los accidentes.

5.2.3. Reducción de los Costos Terciarios de los Accidentes: Eficiencia. La administración de un sistema de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos basado en la existencia de un defecto en el produc-

400. Landes y Posner, *op. cit.* pp. 549-550.

401. *Supra*, Tomo II. p. 630.

, resultará, desde el punto de vista de las dificultades para la resolución de los casos individuales, más costoso que los sistemas de no responsabilidad y de responsabilidad absoluta, en la medida en que requiere de la determinación por el órgano de decisión social de la existencia de un defecto (mediante un análisis de costo-beneficio) y de la relación de causalidad adecuada entre el defecto y los daños. En cambio, será menos complejo de administrar que un sistema de responsabilidad por negligencia. En efecto, el análisis de costo-beneficio necesario para determinar la negligencia supone determinar el acto que dio origen al daño y reconstruir el nivel del conocimiento existente en el momento relevante, para determinar si de acuerdo con dicho conocimiento, el costo de la conducta era mayor que sus beneficios. En el campo de la responsabilidad por productos, puede decirse que esto implica descubrir la existencia de un defecto y determinar si dicho defecto fue conocido o debió ser conocido por el fabricante en el momento relevante. La responsabilidad por riesgo, por el contrario, no supone la reconstrucción del nivel pasado de conocimientos[402].

Desde el punto de vista del número de acciones interpuestas, un sistema de responsabilidad por riesgo será más costoso que uno de no responsabilidad, pero menos costoso que uno de responsabilidad absoluta. Por otro lado, parecería forzoso concluir que, dado que la responsabilidad estricta resulta más fácil de establecer que la responsabilidad por culpa, el sistema de responsabilidad por riesgo será, desde la óptica del número de acciones incoadas, más costoso que el de la responsabilidad subjetiva[403].

5.3. Efectos sobre las Justificaciones Eticas de la Responsabilidad. Desde el punto de vista de la justicia distributiva, un patrón de responsabilidad por riesgo resulta bastante equitativo. En efecto, esta regla atribuye al fabricante la responsabilidad por los daños causados por un producto defectuoso. Este peso económico es trasladado, a su vez, a la masa de consumidores del producto en cuestión, a través del mecanismo de precios. De esta manera, son los propios consumidores, quienes, de acuerdo con la intensidad de su consumo de los productos en cuestión, subvencionan la indemnización de los daños ocasionados. Sin embargo, a diferencia de lo que sucede con una regla de responsabilidad absoluta, la responsabilidad por productos defectuosos no tiene un efecto de subsidio de unas actividades respecto de otras, ni beneficia inde-

402. Landes y Posner, *op. cit.* p. 550; Sachs, *op. cit.* p. 263; Henderson, Coping with the Time Dimension *cit.* p. 935.

403. Sachs, *op. cit.* p. 261, nota 8.

bidamente a los consumidores o usuarios descuidados del producto. En efecto, mediante los "filtros" de la responsabilidad, consistentes en los requisitos de la defectuosidad del producto y de la relación causal adecuada entre el defecto y el daño, se obstruye la reparación de los daños que se deban a factores ajenos, tales como otras actividades o una conducta negligente del usuario o consumidor o de un tercero. De esta manera, se evitan también efectos de externalización.

Aparentemente debería concluirse que un patrón de responsabilidad por riesgo no resulta adecuado a la noción de la responsabilidad civil como sanción a una conducta incorrecta. En términos generales esto es así. En algunos casos la responsabilidad por defectos impone la carga de la reparación del daño sobre el fabricante a pesar de que su conducta es absolutamente diligente. Sin embargo, existen elementos en el supuesto de hecho de la responsabilidad por productos que conducen a afirmar que, desde el punto de vista indicado, puede justificarse la responsabilidad como una especie de sanción. En efecto, como indica Henderson, "al distribuir sus productos, algunos de los cuales contienen defectos de fábrica ocultos, puede decirse que el productor está afectando conscientemente el bienestar físico de aquellos que resulten dañados por el producto. El productor... no sabe quién resultará dañado... pero... sabe que alguien sufrirá daños... Habiendo fijado un porcentaje de defectos, el productor puede predecir el número de accidentes y, por lo tanto, el número de víctimas. Al elegir limitar los medios de control de calidad está aceptando un cierto número de accidentes; de tal manera, en algún sentido las víctimas eventuales de su elección son dañadas deliberadamente... Lo más que se puede decir en favor del fabricante es que se ha comportado de una manera económicamente racional; pero esto no altera el hecho de que su decisión deliberada ha condenado a usuarios y consumidores a sufrir daños"[404].

Por otro lado, es evidente que el patrón de responsabilidad por riesgo resulta justificado por las teorías del riesgo creado y del riesgo-beneficio. Señala Zannoni, "el consumidor soporta los riesgos inherentes al uso o consumo de productos elaborados... pero *no los ha creado*... El riesgo ha sido creado por la puesta en comercio del producto defectuoso y ello conduce inexorablemente a la conclusión de que si bien el consumidor soporta los riesgos en razón del uso o consumo de productos elaborados, *no debe soportar* los daños que por vicios o defectos... sufre en su persona u otros bienes"[405]. Asimis-

404. Henderson, Coping with the Time Dimension *cit.* p. 937.

405. Zannoni, *op. cit.* p. 558.

mo, el fabricante se beneficia económicamente de la producción y circulación de los productos en el mercado. Incluso fija el porcentaje de productos defectuosamente peligrosos teniendo en cuenta un criterio de rentabilidad. Por ello, es justo que soporte el peso económico de los daños resultantes.

Desde otro punto de vista, puede decirse que los consumidores de los productos contribuyen también a crear los riesgos de daños causados por productos defectuosos y se benefician del uso o consumo de los bienes que se distribuyen en el mercado[406]. A partir esta óptica también resulta justificable la responsabilidad por productos defectuosos. En efecto, a través del mecanismo de precios, el costo de los accidentes causados mediante productos defectuosos es soportado por aquellos que se benefician de su uso o consumo. En este sentido, explica Henderson que "la responsabilidad estricta por defectos puede justificarse éticamente porque causa que la carga financiera de los accidentes sea soportada por aquellos que usan, y por tanto se benefician directamente del producto"[407]. El mecanismo de precios permite, entonces que los que se benefician con el uso de los productos soporten el peso de los daños, inclusive de aquellos daños causados a terceros no usuarios o consumidores. "Desde esta perspectiva, el fabricante es un conducto a través del cual los costos de los accidentes son transferidos de las personas dañadas que no se benefician directamente del producto a aquellas que sí lo hacen"[408].

Desde el punto de vista de las teorías de la reciprocidad y de la garantía, la responsabilidad basada en la existencia de un defecto es totalmente adecuada. En efecto, al introducir un producto que tenga un defecto que lo hace peligroso en el mercado, el fabricante crea un riesgo no recíproco hacia el consumidor o la persona que resulte lesionada. Por otro lado, el requisito de la causalidad ínsito en la responsabilidad por riesgo, permite designar al fabri-

---

406. de Trazegnies, La Responsabilidad Extracontractual *cit.* núm. 15. Expresa este autor que "si bien esta teoría [del riesgo] podría tener mayor influencia en el caso de ciertas actividades (plantas de energía nuclear u otras anormalmente riesgosas), no parece justificar adecuadamente la responsabilidad objetiva en los accidentes rutinarios —aunque sean producidos con bienes o actividades riesgosos— donde tanto el causante como la víctima se han colocado en situación de riesgo en su propio provecho...".

407. Henderson, Coping with the Time Dimension *cit.* p. 937.

408. *Id.*

cante como la persona que dañó un derecho de la víctima y que, por tanto, independientemente de su ausencia de culpa, debe indemnizarla.

De otro lado, la responsabilidad objetiva por productos defectuosos resulta fundamentada por los principios de protección al consumidor. Precisamente la responsabilidad estricta por productos ha sido una de las banderas los movimientos de protección al consumidor. En este sentido, expresaba el juez Traynor justificando su voto singular a favor de la responsabilidad por defectos en el caso *Escola* que "el consumidor no tiene ya los medios o la habilidad para investigar por sí mismo la sanidad de un producto, aún cuando éste no esté contenido en un envase sellado, y a la vez, su vigilancia ha sido adormilada por los contínuos esfuerzos de los fabricantes destinados a aumentar la confianza del consumidor, mediante la publicidad y otros instrumentos de mercadeo, como las marcas"[409]. Así, pues, como dice Henderson, "la responsabilidad estricta puede justificarse éticamente porque el producto que contiene un defecto oculto que causa daños defrauda las espectativas razonables del usuario o consumidor con respecto a su seguridad. El productor puede no haber sido negligente, y el demandante puede haber entendido, como una proposición general, que los errores pueden ocurrir. Sin embargo, cuando el demandante ha pagado un valor por el producto, tiene derecho a esperar que éste no fallará peligrosamente en su uso adecuado..."[410].

Finalmente, la responsabilidad estricta es un instrumento adecuado para lograr la compensación de la víctima y cumplir con las exigencias de solidaridad social. En efecto, mediante este sistema de responsabilidad, se indemnizarán todos los daños que correspondan propiamente a la materialización del riesgo objeto del régimen, cual es el de los daños causados por productos defectuosos. Esta indemnización será soportada por los usuarios o consumidores del producto. De esta manera, se compensa a las víctimas y se distribuye socialmente el peso económico de la reparación. Esta meta se cumple evitado subsidiar actividades que desde el punto de vista social no son convenientes, como el uso incorrecto de los productos. Se evita también desplazar el costo de los accidentes ocasionados por otro tipo de actividades, sobre los consumidores o usuarios de los productos.

---

409. Escola v. Coca Cola Bottling Co. of Fresno, *cit.* p. 442.

410. Henderson, Coping with the Time Dimension *cit.* p. 937.

6. Conclusión

Debemos, ahora, expresar cuál es la regla de responsabilidad que consideramos preferible en el campo de la responsabilidad civil por productos defectuosos. La cuestión involucra dos preguntas distintas. En primer lugar, debemos inquirir si resulta preferible una regla que permita la resolución de los conflictos diseñada de manera generalizada, es decir, establecida en función de la categoría a la que pertenecen los actores sociales involucrados en el supuesto de hecho (fabricantes o consumidores) o, por el contrario, una regla que permita dar atención a las circunstancias concretas del accidente. En segundo lugar, y resuelta que sea la primera cuestión, debemos decidir entre las reglas de no responsabilidad o de responsabilidad absoluta, o entre las de responsabilidad por culpa o de responsabilidad por riesgo, según sea el caso.

Como hemos señalado en las primeras páginas de esta sección, una regla de carácter general parece preferible cuando la determinación del sujeto que deba considerarse responsable puede hacerse atendiendo solamente a la categoría a la que pertenecen los actores sociales involucrados, con una gran certidumbre. Esto sucederá, típicamente, cuando el estudio de las circunstancias concretas del accidente no tenga mayor importancia, debido a que las ocurrencias en cuestión serán bastante uniformes en las interacciones entre actores sociales pertenecientes a las categorías correspondientes. Una regla que permita un análisis individualizado, en cambio, es justificable cuando no se puede establecer con certidumbre la responsabilidad atendiendo sólo a la categoría a la que pertenecen los actores sociales, debido a que las circunstancias de los accidentes del tipo en cuestión presentan gran diversidad y pueden resultar determinantes de los criterios para establecer la responsabilidad.

Hemos visto que, en el caso de la responsabilidad por productos, resulta de suma importancia la atención a las ventajas comparativas del fabricante y de la víctima para evitar el accidente. Sin embargo, no puede establecerse, con carácter general, el que una de las categorías de actores sociales tenga ventajas frente a la otra en este campo. Más bien, las circunstancias del accidente permiten determinar si fue el fabricante quien debió evitar el accidente o si fue el consumidor quien debió hacerlo. Una deficiencia de las reglas establecidas únicamente en función a las categorías de actores sociales involucrados, en esta materia, es que no permiten atender a tales circunstancias concretas. Así, la regla de no responsabilidad lleva a un resultado eficiente en los casos en que el consumidor tenía una ventaja comparativa para evitar el accidente. Sin embargo, conduce a un resultado ineficiente en los casos en que era el fabricante el que podía evitar el accidente a un menor costo. Por su parte, la regla de res-

ponsabilidad absoluta conducirá a una eficiente asignación de recursos cuando sea el fabricante el *cheapest cost avoider,* pero no cuando lo sea la víctima.

Por otro lado, desde un punto de vista ético, la falta absoluta de atención a las circunstancias del accidente y a la influencia relativa de las conductas del fabricante y del consumidor en el mismo, parece contraria a la moral. Imponer la responsabilidad sobre una persona que puede, prácticamente, no haber realizado hecho alguno que conduzca adecuadamente al accidente, parece también contrario a la equidad.

En consecuencia, consideramos que en el campo de la responsabilidad por productos defectuosos, resulta preferible establecer un patrón de responsabilidad que permita examinar las circunstancias del accidente para, de acuerdo con ellas, determinar la atribución de responsabilidad[411]. En este sentido, la elección de la regla de responsabilidad aplicable en el campo de los daños causados mediante productos debe estar entre la de responsabilidad por culpa y la de responsabilidad por riesgo.

Al examinar los efectos de las reglas de responsabilidad sobre los fundamentos utilitarios y éticos de la responsabilidad civil hemos determinado la superioridad de la regla de responsabilidad por riesgo frente a la responsabilidad por culpa, en el campo de los daños causados mediante productos. En efecto, desde el punto de vista de la optimización de los costos primarios de los accidentes, la regla de responsabilidad por riesgo conduce al resultado eficiente, mediante la colocación de los incentivos adecuados sobre los actores sociales que tienen ventajas comparativas en la prevención de accidentes. La responsabilidad por riesgo es, en general, también más conveniente que la responsabilidad por culpa, desde el punto de vista de la dilución del costo de los accidentes y desde el punto de vista de la reducción de los costos de administrar el sistema.

Por otro lado, desde la óptica de las justificaciones éticas de la responsabilidad civil, la responsabilidad por riesgo es también, como hemos visto,

411. Ello no quiere decir que se pierda la visión social sistémica, grupal y estadística que postulamos. Es precisamente tal visión social la que da las pautas para concluir que, en el campo de la responsabilidad por productos, es preferible una regla que preste atención a las circunstancias individuales. Por otro lado, al decidirse los conflictos individuales se tendrá presente el marco social en el que se presenta la cuestión.

preferible a la responsabilidad por culpa, en este campo. En consecuencia, concluímos que, tratándose de los daños causados mediante productos, la responsabilidad debe basarse en la existencia objetiva de un defecto en el producto y de una relación de causalidad adecuada entre el defecto y el daño.

TERCERA PARTE

ELEMENTOS PARA UN REGIMEN DE RESPONSABILIDAD CIVIL POR LOS DAÑOS CAUSADOS MEDIANTE PRODUCTOS DEFECTUOSOS

Hemos determinado la conveniencia de ubicar la responsabilidad civil por los daños causados mediante productos defectuosos dentro del ámbito de la responsabilidad extracontractual y de independizarla de la culpa. En los siguientes capítulos intentaremos precisar los elementos principales, que deben estar presentes en la hipótesis de hecho para que se genere la responsabilidad, en este marco.

CAPITULO PRIMERO

EL INSTRUMENTO DEL DAÑO INDEMNIZABLE: EL PRODUCTO

SECCION PRIMERA

1. Introducción

El producto es el elemento central del tema que nos ocupa. Su presencia, como instrumento a través del cual se genera el daño indemnizable, es lo que tipifica la hipótesis particular de responsabilidad civil que estudiamos[412]. No en vano se ha denominado a este campo "Responsabilidad del Producto" o "Responsabilidad de los Productos"[413]. El concepto de producto, en este sentido, es diferente del que usualmente se da a dicho término en el ámbito del Derecho[414]. No nos interesa este elemento en tanto objeto de derechos sino en su calidad de entidad presente en el mercado y susceptible de generar daños[415]. Por ello, la determinación de lo que constituye un producto para estos efectos, no debe hacerse sobre la base de los conceptos tradicionalmente formulados por la doctrina jurídica sobre la noción de producto, sino, fundamentalmente, desde el punto de vista de su enti-

---

412. Noel y Philips, *op. cit.* p. 1.

413. Es la traducción literal de las expresiones "product liability" y "products liability" utilizadas de manera general por los autores que se ocupan del tema. Barrera Graf prefiere la expresión "Responsabilidad por el Producto". Barrera Graf, Jorge. La responsabilidad del Producto *cit.*, p. 185.

414. Por producto se entiende el provecho no renovable que se extrae de un bien. Código Civil, artículo 994.

415. Trigo Represas, La Responsabilidad Civil del Fabricante *cit.*, p. 664; Bustamante Alsina, Jorge. La Responsabilidad Civil por Productos Elaborados *cit.*, p. 870.

dad económica. Sólo luego podremos intentar realizar un esbozo de los contornos del concepto jurídico de este elemento[416].

Producto es, de acuerdo con el lenguaje ordinario, una cosa producida[417]. Es, pues, el resultado de la actividad de producción. Para entender lo que es un producto, por ello, debe determinarse primero lo que constituye la actividad de la cual éste es resultado. En un sentido amplio, producir es dar sus obras la naturaleza o el entendimiento[418]. En este sentido se consideran productos los frutos de la naturaleza que se dan independientemente de la actividad humana y sin que el hombre los utilice. No es necesario decir que esta ascepción excede nuestra materia. Un producto sólo puede integrar una hipótesis de responsabilidad por daños si es utilizado por el hombre.

En un sentido más restringido, y considerada en su ascepción económica, producción es la actividad destinada a conferir utilidad a las cosas; es decir a transformarlas, haciéndolas aptas para satisfacer necesidades humanas[419]. Para estos efectos, debe tenerse en cuenta también el fin de la producción en la empresa. El producto no interesa más que en su calidad de elemento susceptible de ser distribuído en el mercado, sea directamente o sujeto a ulteriores transformaciones[420]. Por ello, es preciso añadir este ingrediente teleológico: la producción debe ser hecha con miras a que el producto se transfiera a los clientes o consumidores proporcionando los ingresos correspondientes a la empresa[421]. En tanto hipótesis de nuestra mate-

---

416. Con razón dice por ello Rojo y Fernández-Río que la diversidad terminológica, usándose las expresiones cosa, bien, mercancía y producto, es indiferente. "Lo que sí interesa", continúa dicho autor, "son las condiciones que debe presentar el bien para que pueda hablarse de fabricación" (nosotros cambiaríamos esta última expresión por la más amplia de "producción"). Rojo y Fernández-Río, *op. cit.* p. 187, nota 8.

417. *Diccionario de la Lengua Española,* Vigésima Edición, 1984. Voz *"producto".*

418. *Diccionario de la Lengua Española,* Vigésima Edición, 1984. Voz *"producir".*

419. Tawfik, Louis y Chauvel, Alain M. *Administración de la Producción.* Nueva Editorial Interamericana S.A. de C.V., México, 1984, pp. 4-5. También Arjona Ciria, Antonio. *La Producción y su Estructura.* Editorial Deusto S.A., Bilbao, 1979, p. 18.

420. Arjona, *op. cit.* p. 19; Tawfik y Chauvel, *op. cit.* p. 46.

421. Arjona Ciria. *op. cit.* p. 19.

ria, el producto es, pues, el resultado de una producción calificada: realizada mediante un sistema[422] por una empresa. Es, en otras palabras, el resultado de un proceso de producción, considerado como procedimiento organizado para lograr la conversión de insumos en resultados[423].

Con los elementos que hemos analizado hasta ahora, podemos ensayar una definición preliminar de "producto" como toda entidad dotada de utilidad, resultado de un proceso de producción, destinada a ser distribuída en el mercado.

2. Acepción Jurídica: El Producto Como Instrumento del Daño

2.1. Introducción. Hemos efectuado ya una breve y superficial conceptualización de lo que constituye un producto, desde un punto de vista económico, para efectos de nuestro tema. Seguidamente intentaremos realizar algunas precisiones sobre dicho concepto, ahora desde el punto de vista jurídico. Debemos advertir, sin embargo, que no pretendemos realizar una exacta conceptualización jurídica de lo que constituye un producto para efectos de la responsabilidad civil. Tal exactitud la consideramos no sólo imposible sino también indeseable. La realidad de la producción desbordará cualquier molde conceptual que se le pretenda imponer *a priori*. Por ello, los conceptos que enunciamos a continuación sólo constituyen un intento de establecer algunas líneas muy generales que permitan de alguna manera tener una idea de lo que entendemos por producto para estos efectos.

2.2. Cosas Muebles Elaboradas. En un primer nivel, pueden considerarse como "productos" a las cosas[424] muebles[425] elaboradas. El factor de elabora-

---

422. Sistema es un "conjunto de elementos interdependientes orientados hacia la realización de un objetivo determinado". Tawfik y Chauvel, *op. cit.* p. 42.

423. Riggs, James L. *Sistemas de Producción. Planeación, Análisis y Control.* Editorial Limusa, 1976, p. 15.

424. Por cosas entendemos aquí, en primer lugar, los objetos materiales en sí. No las consideramos primeramente en cuanto objeto de derechos. (Sobre las cosas como objeto de derechos, ver, generalmente, Carrión Eguiguren, Eduardo. *Curso de Derecho Civil. De los Bienes y su Dominio, Posesión, Uso, Goce y Limitaciones*, citado por Jara, Humberto. *La Clasificación de los Bienes.* Tesis presentada a la Facultad de Derecho de la Universidad Católica para optar el Grado de Bachiller). Sin embargo, en la medida en que estas cosas están destinadas a circular en el mercado, deben s[illegible]tibles de apropiación. Por ello, podemos

ción implica que las cosas han sufrido un proceso de transformación mecánica o química que va más allá del mero envase o embalaje. Estos productos pueden identificarse, de manera general, con el resultado de las actividades comprendidas en la Gran División 3 de la Clasificación Internacional Industrial Uniforme de las Actividades Económicas de las Naciones Unidas, correspondiente a la Industria Manufacturera[426]. Quizá es a estos bienes a los que más propiamente pueda aplicarse el término "productos". Son el típico resultado de la actividad industrial, e inundan los mercados en todo el orbe. Por ello, la doctrina y la legislación sobre el tema coinciden en considerarlos como "productos" para efectos de la responsabilidad civil[427].

---

adoptar la definición de Enneccerus, según la cual cosas son "los objetos corporales... partes de la naturaleza no libre y dominable que rodea al hombre, que tienen substantividad propia y un valor en la vida del tráfico, siendo en consecuencia reconocidas como objetos de derecho independiente", con la salvedad de que no en todos los casos estas cosas serán aún objetos de derecho independiente.

425. Empleamos la expresión muebles en su sentido ordinario de movilidad. No nos referimos a la calidad que las cosas pueden tener para el Derecho en virtud a una clasificación consagrada normativamente. En este sentido, por ejemplo, las naves y aeronaves son muebles, aunque el artículo 885 del Código Civil las considere inmuebles.

426. *Clasificación Internacional Industrial Uniforme de las Actividades Económicas.* Editorial Desarrollo, Lima, 1976. Sin embargo, hay algunas actividades consideradas como "Producción Agropecuaria" (Agrupación 111) que se asimilan a las actividades manufactureras.

427. Ver, por ejemplo, Rojo y Fernández-Río, *loc. cit.;* Bustamante Alsina, Responsabilidad Civil por Productos Elaborados *cit.;* Compagnucci de Caso, Daños Causados *cit.* p. 250; Zannoni, *op. cit.* p. 274; Trigo Represas, La Responsabilidad del Fabricante *cit.* p. 664; Barrera Graf, Jorge. La Responsabilidad del Producto *cit.* p. 188; Albaladejo, Miguel Angel, *op. cit.* p. 19; Calais-Auloy, Jean, *op. cit.* p. 12; Convención de la Haya sobre la Ley Aplicable a la Responsabilidad por Productos, art. 2. Reese, Willis L.M. The Hague Convention *cit.* p. 613; Directiva de la CEE. Ver también, von Wassenaer von Catwijc, *op. cit.* p. 798 y Sheineman, *op. cit.* p. 504; Convención del Concejo de Europa, artículo 2. Hanotiau, Bernard. *op. cit.* p. 331 (1978); Proyecto Kasten, sección 2. Sin embargo, algunos autores opinan que los productos deben ser fabricados "en masa" para que resulte aplicable la responsabilidad por productos. Así, Trigo Represas, La Responsabilidad del Fabricante *cit.* p. 664. En este sentido, se ha propuesto la exclusión de los productos artesanales y artísticos del régimen de la responsabilidad por productos. Hanotiau, Bernard, *loc. cit.;* Reese, Willis, *loc. cit.;* Dahl, Borge, *op. cit.* p. 92. Nuestra opinión es que es poco menos que imposible determinar frente a un caso concreto, cuando un producto es o no producido en masa. Por otro lado, aún en el caso que no lo fuera, es posible que haya sido comercializado masivamente, por lo que podría encontrarse res-

2.3. Productos en Estado Natural. Algunos autores distinguen entre los productos por razón del distinto grado de transformación o elaboración que han experimentado. Así, diferencian los productos elaborados o fabricados, de los productos en estado natural, argumentando que sólo aquellos deben considerarse productos para efectos de la responsabilidad civil, pues son los únicos respecto a los cuales puede encontrarse un fabricante responsable[428]. También se argumenta, en abono de esta tesis, que sólo al ser elaborado o transformado un producto, puede introducirse en el mismo un defecto mediante el cual se cause daño y origine responsabilidad. Nosotros consideramos que no existe razón para diferenciar los productos naturales de los productos elaborados o manufacturados para efectos de la responsabilidad civil. Ambos son producidos y tienen como destino el mercado. Asimismo, vemos que es perfectamente posible encontrar un defecto en un producto en estado natural[429]. Y, en caso de defectos, no se puede decir, en general, que los productos elaborados tienen potencialidad dañosa mayor que los naturales. Finalmente, no es el fabricante el único posible responsable de los daños. Por ello, consideramos artificial la exclusión que se propone[430].

Con un sentido parecido, la Directiva de la CEE excluye de su ámbito de aplicación a las materias primas agrícolas[431] y productos de la caza, apoyándose en el argumento de que "el criterio de la responsabilidad objetiva resulta únicamente aplicable a los bienes...producidos industrialmente"[432]. Cabe repetir

---

ponsabilidad en el comercializador. Por ello, consideramos, en principio, que no debe consagrarse una exclusión en tal sentido. En todo caso, corresponderá al juez determinar quién es el responsable con arreglo a los criterios aplicables.

428. En este sentido, Rojo y Fernández-Río, *op. cit.* p. 187.

429. Así, por ejemplo, en un curioso caso resuelto en los Estados Unidos, se encontró responsable objetivamente a la tienda de mascotas que vendió un zorrillo rabioso. *Sease v. Taylor's Pets, Inc.* 74 Or. App. 110, 70 P. 2d 1054, review denied, 299 Or. 584, 704 P. 2d 514 (1985).

430. Wade, John W., *op. cit.* p. 843, señala respecto a la pretendida exclusión de los productos en estado natural del régimen de responsabilidad por productos que ésta no es una clasificación muy útil. En cambio, sugiere que los casos en los cuales no se deba imponer responsabilidad por las consideraciones aplicables, se resuelvan sobre la base de algún otro patrón fáctico.

431. Se entiende por este término a "los productos de la tierra, la ganadería y la pesca, exceptuando aquellos productos que hayan sufrido una transformación inicial". *Directiva de la CEE,* art 2.

432. *Directiva de la CEE,* Tercer Considerando.

aquí los conceptos expuestos respecto a la producción de productos naturales. Si, como puede presumirse, la intención de la Directiva es proteger de un régimen estricto de responsabilidad a los pequeños productores de productos agrícolas y de la caza, hubiera resultado más coherente, establecer expresamente la exclusión de tales sujetos del régimen, en lugar de excluir toda una categoría de productos[433].

Por las razones que hemos expuesto, la tendencia mayoritaria en la doctrina y la legislación comparadas es a considerar a estos productos dentro del régimen de responsabilidad civil por productos[434]. Esta última posición es, en nuestra opinión, la correcta.

2.4. Productos Sujetos a Transformación Mezca o Ensamblaje. La producción moderna es un proceso contínuo y encadenado[435]. Es corriente que los productos no estén destinados para su uso o consumo final, sino que deban ser materia de un ulterior proceso productivo[436]. Por ello, se distingue entre bienes de consumo y bienes industriales, según que estén destinados para el uso por el consumidor final de tal manera que puedan ser usados sin ningún ulterior procesamiento o que estén destinados para ser utilizados en la producción de otros bienes o en la prestación de servicios[437]. Dentro de los

---

433. Sin embargo, en el proyecto de directiva publicado en el Boletín Oficial de las Comunidades Europeas en 1976 (Supp 11/76), se incluyó a los productos naturales *"irrespective of whether they have undergone processing or are consumed in their natural state"*. El Memorandum Explicatorio de este proyecto señala que los consumidores requieren también estar protegidos contra los peligros que presentan estos productos. Orban, *op. cit.* p. 400. Quizás por esta razón el artículo 15 de la Directiva faculta a cualquier Estado miembro a "disponer en su legislación que... por producto se entienda también las materias primas agrícolas y los productos de la caza".

434. En este sentido, el comentario e al artículo 402A del *Restatement of Torts (Second)*; el artículo 11 de la sección 2 del Proyecto Kasten; el artículo 2 de la *Convención de la Haya* sobre la Ley Aplicable a la Responsabilidad Civil por Productos; el artículo 2 de la *Convención Europea sobre Responsabilidad por Productos*, preparada por el Consejo de Europa; y el artículo 23 del Decreto 3466 de Colombia sobre Protección al Consumidor. Noel y Philips, *op. cit.* p. 1; Prosser, The Fall of the Citadel *cit.* pp. 805-806.

435. Rojo y Fernández-Río, *op. cit.* p. 231.

436. Tawfik, *op. cit.*, p. 46.

437. Stanton, William J. *Fundamentals of Marketing*, McGraw-Hill, New York, 1981, p. 122.

bienes industriales, puede distinguirse, a su vez, tres categorías. Aquellos que consisten en materias primas en estado natural, tales como el trigo o el mineral; aquellos que han sufrido alguna transformación, pero que están destinados a integrarse en el producto definitivo, como por ejemplo el hierro en lingotes o la harina industrial; y, por último, aquellos que constituyen piezas y partes, destinadas a ser ensambladas en un producto más complejo[438]. El problema que esta situación plantea es si, para los efectos de la responsabilidad civil, debe considerarse como producto únicamente al resultado final de todo el proceso de producción, es decir, al producto final destinado al uso o consumo, o también a los objetos que se han integrado a ese producto final, tanto como piezas y partes cuanto como elementos incorporados.

El Derecho Civil ha regulado, de alguna manera, los supuestos de hecho que hemos mencionado, en el campo de los Derechos Reales, con el fin de determinar los derechos que existen sobre una cosa cuando esta sufre un proceso de transformación[439], o cuando dos o más cosas se unen formando una nueva[440], o cuando una o más cosas se ensamblan, conformando otra compuesta[441], o se convierte una en accesorio de otra[442]. Sin embargo, aunque

---

438. Stanton, *op. cit.*

439. Este es el supuesto de la llamada "especificación". Es decir, cuando con una cosa ajena alguien hace algo nuevo. El problema jurídico es determinar a quién corresponde la nueva cosa, si al dueño del material o a quien puso el trabajo.

440. Es el problema de la adjunción (cosas muebles que se unen sin confundirse); la confusión (sustancias sólidas que se unen confundiéndose) y de la mezcla (unión de líquidos). El problema es aquí determinar a quién corresponden los derechos sobre la cosa nueva, si sobre las cosas unidas recaían distintos derechos.

441. Cosa compuesta es, en la definición de Albaladejo, "aquella que tiene una unidad, pero en la que son distinguibles las distintas piezas que la integran que, antes y fuera del todo que forman, tenían su propia individualidad." Las partes de la cosa compuesta son las llamadas "partes integrantes". Albaladejo *op. cit.* p. 104. Las partes integrantes no pueden separarse sin destruir, deteriorar o alterar el bien. El supuesto de las partes integrantes se diferencia del de la mezcla, unión o confusión en que estas dan lugar a una cosa simple, en la cual "aunque quepa distinguir sectores... estos no constituyen, desde el punto de vista del tráfico, cosas (en sentido vulgar)". Albaladejo, *loc. cit.* En cambio, las partes integrantes son cosas en sentido vulgar. Sobre las partes integrantes no pueden existir derechos independientes, mientras tengan tal calidad.

442. El accesorio el bien que, sin perder su individualidad —es decir su cali-

las categorías planteadas son ilustrativas para nuestro problema, no proporcionan ninguna solución, pues el enfoque que se da a la cuestión es distinto del que no nos interesa. Como hemos ya señalado, nos interesan las cosas aquí en tanto entidades materiales, presentes en un mercado y susceptibles de ocasionar daños y no, directamente, en cuanto objetos de derechos. Por ello, no resulta determinante el hecho de que una cosa haya dejado de existir como objeto de derechos para la consideración de la existencia de un producto para efectos de la responsabilidad civil.

El tema es de fundamental interés. En efecto, dadas las características de la producción en cadena, en el caso de daños causados por un producto, es posible que la falla haya estado en un componente, parte integrante o accesorio[443]. En tal caso, si se considera que estos elementos no constituyen ya un producto, no podrá hacerse responsable a su fabricante, resultando el único responsable el fabricante del producto final.

En el Derecho norteamericano, como hemos visto, el *Restatement of Torts (Second)* redactado en 1965, no emitió opinión definitiva sobre este tema. Sin embargo, con posterioridad a la promulgación del Restatement y luego de algunas opiniones contrarias[444], se logró en los Estados Unidos un consenso sobre este tema y en la actualidad, las cortes coinciden en considerar como "productos" para efectos de la responsabilidad civil a las cosas que se

---

dad jurídica de bien— está permanentemente afectado a un fin económico u ornamental respecto de otro. Código Civil, artículo 888. Sobre el accesorio pueden recaer derechos independientes; sin embargo, sigue la condición del bien principal.

443. La hipótesis sólo se dará cuando el defecto está en la parte en sí, y no en la manera como ésta fue usada en el todo. Así, dice el eminente W. Page Keeton que *"if the failure was due to a flaw in the component part, then the component part itself is defective and the cause for the assembled product being defective. . . If, on the other hand, the assembled product was unreasonably dangerous because the component part was unfit for the particular use that the assembler was making of it, then arguably the defect is in the. . . assembled product. . ."* El problema es, pues, de causalidad. Prosser y Keeton, *op. cit.* pp. 705-706; Rheingold, *op. cit.* p. 329. Ver, en este sentido, el artículo 7 inciso f de la Directiva de la CEE.

444. La más conocida de ellas es la dictada en el caso de *Goldberg contra Kollsman Instrument Corporation,* 12 N.Y. 2d 81, 240 n.y. 2d 582 (1963), en el cual la corte rechazó imponer responsabilidad al fabricante de un altímetro defectuoso que causó un accidente aéreo, haciendo responsable, en cambio, al fabricante de la aeronave.

integran o forman partes integrantes o accesorios de un producto final[445]. Esta tendencia ha sido recogida por el Proyecto Kasten[446]. Una línea similar se observa en la legislación supranacional europea[447]. Nuestra opinión es coincidente con esta tendencia. Creemos que el centro de esta cuestión es una de causalidad. El producto, por integrarse a otro, no pierde su calidad de potencial instrumento dañoso, aunque deje de ser considerado una cosa en sentido jurídico.

2.5. Bienes Inmuebles. Existen discrepancias en la doctrina y la legislación comparadas respecto a la inclusión en el régimen de responsabilidad por productos de los bienes inmuebles[448].

En primer lugar, debe hacerse una primera distinción, entre los bienes que adquieren el carácter de inmuebles por accesión de aquellos que constitu-

---

445. El caso *Goldberg* habría perdido valor debido a que una Corte Federal, aplicando la ley del Estado de Nueva York (donde se resolvió el caso *Goldberg)* impuso responsabilidad al fabricante de una parte integrante defectuosa, en un caso en que el fabricante del producto terminado, el Gobierno Federal, no podía ser demandado. *Sevits v. Mc Kiernan-Terry Corp.*, 264 F. Supp. 810 (S.D.N.Y. 1966).

446. El Proyecto Kasten, en el artículo 11 de la Sección segunda establece que constituye un producto "cualquier objeto... que es susceptible de ser entregado en sí, o como un todo ensamblado en un estado mezclado o combinado o como una parte integrante o ingrediente...".

447. La Directiva del Consejo de la CEE y la Convención del Concejo de Europa usan el mismo texto, en sus respectivos artículos segundos "aún cuando está incorporado a otro bien mueble o a uno inmueble". Creemos que el término "incorporado" comprende todos los supuestos bajo estudio. La Convención de la Haya, por su parte, no hace referencia directamente a las piezas o partes, pero establece que se considera fabricante tanto al que lo es de un producto terminado cuanto al que lo es de una parte integrante.

448. La clasificación de los bienes en muebles e inmuebles es una de las más tradicionales en el Derecho. Inicialmente, tal clasificación obedecía a la naturaleza de las cosas: se consideraba muebles a aquellos bienes que eran susceptibles de ser transportados de un lugar a otro e inmuebles a los que no lo eran. Sin embargo, progresivamente, la clasificación fue perdiendo correlación con la naturaleza de las cosas, considerándose para efectos legales como inmuebles a algunos bienes que son naturalmente móviles. V.g. el artículo 886 del Código Civil peruano, que considera inmuebles a las naves y aeronaves y a los ferrocarriles. Nosotros, para los efectos de la exposición, consideramos como inmuebles a los bienes que constituyen el resultado de la actividad de construcción, definida según los criterios de la Clasificación Internacional Industrial Uniforme de las Actividades Económicas de las Naciones Unidas.

yen propiamente un todo inmobiliario[449]. Los bienes que adquieren la calidad de inmuebles por accesión, por las razones que hemos expuesto en el acápite anterior, no pierden su calidad de "productos" para los efectos de la responsabilidad civil. Es irrelevante que la accesión se produzca respecto de un bien mueble o de un inmueble. En este sentido, las opiniones son coincidentes[450].

En cambio, la situación es discutida para los inmuebles, considerados como un todo. Se sostiene que no resultan aplicables a los inmuebles los supuestos que sustentan la responsabilidad por productos, por cuanto estos son, en general, producidos de manera unitaria[451]. En este sentido, se argumenta también que los constructores de inmuebles se rigen, en lo que respecta a su responsabilidad civil, por las normas que regulan el contrato de locación de obra[452].

En nuestra opinión el primer argumento contrario a la consideración de los bienes inmuebles como productos para efectos de la responsabilidad no es determinante. En efecto, aun cuando son mayoritariamente bienes muebles los que constituyen el objeto de la producción, distribución y consumo masivos, no es menos cierto que los inmuebles también lo son en muchos casos[453].

---

449. Por la accesión a un inmueble, los bienes pasan a unirse o a formar partes integrantes o accesorios de éste; y las partes integrantes y los accesorios siguen la condición del bien principal.

450. Así, la Directiva de la CEE; la Convención del Consejo de Europa y el Proyecto Kasten. Debe tenerse presente, sin embargo, que de acuerdo con el artículo 1784 del Código Civil, la responsabilidad del contratista de obra frente al comitente o sus herederos por la destrucción o ruina de ésta se extiende también a los supuestos de mala calidad de los materiales, si es que los hubiere suministrado.

451. Así lo señala la Directiva de la CEE. Ver también, Albaladejo, Miguel Angel *op. cit.* p. 19.

452. Este es el caso de la Jurisprudencia Alemana. Reich, y Micklitz, *op. cit.* p. 193.

453. Albaladejo, Miguel Angel, *loc. cit.* A favor de la comprensión de los bienes inmuebles en el ámbito de la responsabilidad civil por productos se manifiesta Zannoni, que no ve obstáculo en aplicar las normas de este tipo de responsabilidad en el caso de un inmueble construido mediante la utilización de elementos prefabricados. (Zannoni, *op. cit.* p. 274). Asimismo, la jurisprudencia norteamericana ha extendido la responsabi-

Así, por ejemplo, en la producción masiva de casas habitación. En cambio, nos parece que resultará difícil aplicar al constructor un sistema de responsabilidad por productos por cuanto éste, en general, no es un proveedor de un bien, sino de un servicio y, además, está sujeto a un régimen especial de responsabilidad.

2.6. Electricidad y Otras Energías. Es discutido si puede considerarse a la electricidad y otras energías como "productos" para efectos de la responsabilidad civil. El tema se vincula mucho al de la naturaleza jurídica de las energías, respecto al que existen opiniones diversas. Algunos autores consideran que las energías no constituyen cosas, aunque sí bienes[454]. Para estos autores la electricidad sería un bien incorporal. Otros autores sostienen lo contrario, expresando que las energías sí son cosas, por ser perceptibles por los sentidos[455]. En nuestra opinión esta última posición es la correcta. Las energías tienen existencia en el mundo material, y por tanto deben considerarse cosas.

Siendo cosas las energías, de ser el resultado de una actividad de producción, constituyen productos. Así lo reconocen la tendencia mayoritaria en la jurisprudencia norteamericana[456] y la Directiva de la CEE[457]. Por ello, las

---

lidad por productos al comercializador de inmuebles nuevos. El caso inicial de esta tendencia fue el de *Schipper v. Levitt & Sons Inc.* 44 N.J. 70, 207 A 2d 314 (1965), donde se impuso responsabilidad al constructor de casas habitación "en masa". En el mismo sentido, la Convención de la Haya sobre la Ley Aplicable a la Responsabilidad por Productos incluye expresamente a los bienes inmuebles dentro del concepto de producto, tal como este es definido por su artículo 2 (v. Reese, *op. cit.* p. 613). Ver también, Bernitz, Ulf. *Consumer Legislation in Sweden*, p. 9; y Noel y Philips, *op. cit.* p. 1.

454. Entre ellos puede citarse a Enneccerus, quien dice que "no son cosas por faltarles la naturaleza de objeto corporal... las energías, las fuerzas motrices como, por ejemplo, la electricidad... el calor, la luz, en suma, las fuerzas de la naturaleza". Enneccerus, Kipp y Wolff, *op. cit.* Tomo I, Volumen 1, p. 534.

455. Por ejemplo, Santos Briz, quien sostiene que "lo que forma parte del mundo exterior y sensible, lo que ocupa espacio y perciben los sentidos (las cosas sólidas, líquidas y gaseosas y los fluídos y las energías como la electricidad) [son las]... cosas corporales". Santos Briz. *Derecho Civil. Teoría y Práctica* T. I. p. 533.

456. En el caso de *Pierce contra Pacific Gas and Electric Co.*, 166 Cal App. 3d 68 212 Cal Rptr 283 (1985) la corte impuso responsabilidad por productos a la empresa de electricidad cuando un transformador falló,

comprendemos dentro de lo que por este concepto se entiende para efectos de la responsabilidad civil[458].

Por otro lado, es preciso tener en cuenta que, sin perjuicio de la conclusión anterior, desde el punto de vista de las políticas que sustentan la responsabilidad por productos es perfectamente coherente considerar a las energías, especialmente la electricidad, dentro del campo de aplicación de este tipo de responsabilidad. Difícil es encontrar un producto que tenga un uso tan generalizado en la sociedad moderna y que tenga tal potencialidad dañosa en el caso de ser defectuoso. Por ello, numerosas legislaciones nacionales han impuesto responsabilidad objetiva por los daños causados por la electricidad[459].

2.7. Sangre y Tejidos Humanos. Este es otro de los campos en los que existe discusión respecto a lo que constituye un producto. La sangre y los tejidos humanos, en cuanto se encuentran unidos al cuerpo vivo no constituyen objetos de derecho[460]. Pero, con la muerte, el cuerpo se convierte en cosa[461].

---

enviando una sobrecarga de 2,000 voltios a la casa del demandante. Henderson y Twersky, *loc. cit.* Ver también el caso *Ransome v. Wisconsin Electrical Power Co.* en Noel y Philips, *op. cit.* pp. 2-3. En cambio, el Proyecto Kasten no incluiría la electricidad en el ámbito de la responsabilidad por productos, pues establece que los productos son "objetos, sustancias o materias primas en estado gaseoso, sólido o líquido", lo que no puede predicarse a las energías. *Proyecto Kasten*, sección 2, artículo 11.

457. El artículo 2 de la Directiva de la CEE establece expresamente que "por 'producto' se entiende también la electricidad".

458. Es pertinente señalar que, aunque la electricidad sea una cosa, algunos consideran el suministro de electricidad como un servicio. Así, Fontaine, *op. cit.* p. 119, pone al suministro de electricidad como un servicio respecto del cual existe responsabilidad objetiva. En el mismo sentido, en el caso de *Smith* contra *Home Light and Power Co.* 695 P 2d 788 (Colo App. 1984), en el que se discutió la procedencia de hacer responsable bajo la teoría de la responsabilidad por productos a la compañía eléctrica, por daños sufridos por una pieza de maquinaria agrícola que hizo contacto con cables de alto voltaje, la corte falló en favor del demandado afirmando que la electricidad es un producto, pero su distribución un servicio.

459. Así, por ejemplo, los casos de Bélgica (Fontaine, *op. cit.* p. 119) y la República Federal de Alemania (Enneccerus, Kipp y Wolff, *Tratado de Derecho Civil*, T. II, Vol. 2, p. 1197).

460. Enneccerus, Kipp y Wolff, *op. cit.*, Tomo I Vol. 1, p. 533.

Del mismo modo, son también cosas las partes del cuerpo vivo que se separan de él, las que corresponden en propiedad a aquel de cuyo cuerpo hayan sido separadas[462]. Por ello, se reconoce la validez de las convenciones sobre la cesión de la propia sangre o de órganos o tejidos, en la medida en que no afecten la integridad corporal del cedente[463]. Sin embargo, aunque sean objetos de derechos las partes del cuerpo humano, tales derechos se encuentran grandemente restringidos por razones de orden público. De alguna manera el Derecho se resiste a considerar como cosas en el comercio a las partes del cuerpo humano[464].

---

461. Enneccerus, Kipp y Wolff, *loc. cit.* También Messineo, *op. cit.* T. III, p. 19. Se reconoce que el cadáver no pertenece a los herederos, ni constituye objeto de derechos patrimoniales. De acuerdo con el artículo 2 de la ley 23415, sobre Transplantes de Organos, "al ocurrir la muerte, los restos mortales de la persona humana se convierten en objeto de derecho, se conservan y respetan de acuerdo a ley". Así mismo, el artículo 3 de la misma ley dispone que "Todo órgano o tejido de un cadáver puede ser utilizado para la prolongación o conservación de la vida humana o con fines de investigación científica". Estas normas son concordantes con los artículos 8 y 10 del Código Civil, según los cuales "Es válido el acto por el cual una persona dispone altruistamente de todo o parte de su cuerpo para que sea utilizado después de su muerte, con fines de interés social o para la prolongación de la vida humana..."; y que "El jefe del establecimiento de salud o del servicio de necropsias donde se encuentre un cadáver puede disponer de parte de éste para la conservación o prolongación de la vida humana, previo conocimiento de los parientes...". De conformidad con el artículo 12 de la ley 23415, modificado por la ley 24703, se creó el Banco de Organos y Tejidos para Transplantes, "con la finalidad de atender en forma oportuna y eficiente, los requerimientos de los pacientes".

462. Enneccerus, *loc. cit.;* Messineo, *op. cit.* T. III, p. 20, menciona el derecho de disponer del propio cuerpo como un derecho privado que compete al sujeto, aunque éste esté limitado por razones de orden público.

463. Messineo, *loc. cit.;* Santos Briz, *op. cit.* p. 343. Establece, en consecuencia, el artículo 6 del Código Civil que "Los actos de disposición del propio cuerpo están prohibidos cuando ocasionen una disminución permanente de la integridad física o cuando de alguna manera sean contrarios al orden público o a las buenas costumbres. Empero, son válidos si su exigencia corresponde a un estado de necesidad de orden médico o quirúrgico o si están inspirados por motivos humanitarios...". El artículo 7 del mismo Código establece que "La donación de partes del cuerpo que no se regeneran no debe perjudicar gravemente la salud o reducir sensiblemente el tiempo de vida del donante. Tal donación está sujeta al consentimiento expreso y escrito del donante".

464. Bell, Andrew P. *The Doctor and the Supply of Goods and Services Act 1982*, en 4 Legal Studies 175, 178 (1984), quien, sin embargo, reconoce que en el *common law* no existe ninguna razón de principio para no

Por otro lado, no puede dejar de reconocerse que en el estado actual de la ciencia se ha convertido en lugar común que partes del cuerpo humano sean tomadas legítimamente y usadas como instrumentos de la medicina[465]. Existen ahora grandes bancos de órganos y de sangre que, en algunos casos, obran con fines de lucro. Aún sin dejar de reconocer la importante labor que en interés del bienestar humano cumplen estas instituciones, no puede menos que tenerse en cuenta el riesgo que ellas mismas implican para la salud. Es frecuente hoy recibir información respecto a casos de personas que, por recibir sangre contaminada con algún virus, sufren daños considerables y aún mueren.

En favor de la consideración como productos de estos bienes puede sostenerse que constituyen cosas que están en el mercado y que pueden resultar dañosas para los usuarios o consumidores[466]. Asimismo, que respecto de ellas son perfectamente aplicables las razones de política que sustentan la responsabilidad por productos. En sentido contrario se argumenta que la sangre y órganos humanos no están en el comercio; o, en todo caso, lo están en una forma especial y restringida; y, asimismo, que resultan necesarios para el bienestar humano.

Supuestos como los que examinamos han sido materia de pronunciamientos judiciales en cortes norteamericanas. Estas han dudado en considerar

---

considerar a la sangre y los tejidos humanos como "bienes" para efectos de las garantías establecidas por el Acta. En cambio, Santos Briz, *loc. cit.*, aceptando la validez de las transacciones para la cesión de la propia sangre, se resiste a calificarlas de "ventas", aunque reconoce que no tienen el carácter de donaciones que frecuentemente se les asigna.

465. Bell, *loc. cit.*

466. Vid. Henderson y Twerski, *op. cit.* p. 153. Los autores se preguntan "¿Cuando un hospital o un banco de sangre comercial venden una unidad de sangre contaminada con el virus de la hepatitis, y el receptor-adquirente contrae la enfermedad, debería ser el vendedor estrictamente responsable extracontractualmente?" y se responden "Sí; el demandado vendió un producto con un defecto mecánico que causó daño al demandante". Así, también la Corte de Casación de Francia, por sentencia de 17 de Diciembre de 1954, impuso responsabilidad al banco de sangre que proporcionó sangre contaminada. Los hermanos Mazeaud se preguntan si resultarían aplicables al caso las normas sobre la garantía por los vicios ocultos. Mazeaud-Tunc, *op. cit.* T. I, Vol. 1. p. 210, nota 565.

a la sangre como un producto[467]. Sin embargo, en general, han evitado imponer responsabilidad por productos en los casos de transfusiones mediante el expediente de considerar que estas no constituyen ventas, sino servicios, respecto de los cuales la provisión de sangre es incidental[468]. En la actualidad más de 30 Legislaturas Estatales, han promulgado disposiciones excluyendo a la sangre de las reglas de la responsabilidad por productos[469]. Una disposición en este sentido está incluida también en el Proyecto Kasten[470].

En nuestra opinión, no debe considerarse en principio a estos bienes como productos, pues no son propiamente cosas que estén en el comercio. Sin perjuicio de ello, la determinación de si en un caso concreto resulta o no aplicable la responsabilidad por productos a los agentes involucrados se deberá hacer a la vista de las consideraciones que sustentan la responsabilidad civil por productos y teniendo en cuenta las características de las entidades involucradas en el caso.

2.8. **Bienes Incorporales.** Nos hemos limitado hasta aquí a considerar a

---

467. Así, en el caso de *Brody v. Overlook Hospital,* 121 N.J. Super. 299, 296 A 2d 668 (1972), la corte consideró que la sangre era un "bien" sujeto a las garantías que establece el Uniform Comercial Code y a la regla de responsabilidad objetiva establecida por el artículo 402A del *Restatement of Torts (Second).* Este fallo fue revocado en una instancia superior, pero no debido a la caracterización de la sangre como un producto, sino por considerarse la transacción como una prestación de servicios. Brook, Steve, *Sales Services Hybrid Transactions* cit. pp. 590-591 (1974). En cambio, en un fallo reciente dictado en el caso de *Hyland Therapeutics v. Superior Court of Santa Clara County,* 175 Cal App. 3d 509, 220 Cal. Rptr. 590 (1985), la corte declaró que la sangre no era un producto. En este caso, se discutía la responsabilidad de un proveedor comercial de sangre, cuando el receptor de una transfusión contrajo el Síndrome de Inmuno Deficiencia Adquirida, como resultado de ella. Henderson y Twerski, *op. cit.* p. 154.

468. Así por ejemplo, en el caso de *Perlmutter v. Beth David Hospital,* 308 N.Y. 100, 123 N.E. 2d 792 (1954), en que el demandante fue dañado al realizársele una transfusión con sangre contaminada con virus de hepatitis, la corte consideró que el contrato entre el paciente y el hospital era un contrato de servicios indivisible, que comprendía la transfusión. Por ello, no resultaban aplicable la responsabilidad por productos. Brook, Steve. *Sales Service Hybrid Transactions. cit.* p. 584. Ver también Rojo y Fernández-Río, *op. cit.* p. 189 nota 8.

469. Henderson y Twerski, *op. cit.* p. 154.

470. *Proyecto Kasten,* sección 2, artículo 11.

las cosas con existencia material y no a los llamados bienes incorporales. Respecto de estos, los derechos, créditos, participaciones sociales, etc., puede decirse que tienen reglas específicas que contraen a su circulación en el mercado y que, en todo caso, no resultan asimilables a las cosas materiales, en cuanto su propia inmaterialidad hará muy remota la posibilidad de que causen algún daño[471]. Sin embargo, existen situaciones especiales que merecen consideración. En efecto, debe tenerse presente la situación de las obras del espíritu, sobre las que recae el derecho de autor. En ellas se distingue la obra en sí, en cuanto creación, de su reproducción. Así, por ejemplo, en el caso de una obra literaria, una cosa es el ejemplar y el derecho que puede recaer sobre él, que puede corresponder a cualquier persona, y otra el derecho del autor sobre la obra considerada en sí[472].

Asimismo, se distingue también en la reproducción de una obra, entre el sustrato material en el que se incorpora tal reproducción y la reproducción misma. Así, por ejemplo, en el caso de una obra literaria, una cosa es el libro, entendido como cosa material compuesta por papel y tinta y otra la información que contiene. Esta distinción tiene importancia cuando se discute sobre la responsabilidad civil por productos. Una cosa es el daño que puede causar el libro, como entidad material, en caso de adolecer de un defecto –por ejemplo, producir la tinta utilizada irritaciones en la piel– y otra el que puede causar la información en sí en caso de contener un defecto –por ejemplo, por ser errónea. La cuestión de si un objeto incorporal es un producto ha sido discutida en juicios seguidos por víctimas de accidentes aéreos contra el autor y fabricante de cartas de navegación aérea, ante una Corte de los Estados Unidos[473]. En cambos casos, se encontró responsable al demandado, considerán-

471. Albaladejo, Miguel Angel, *op. cit.*

472. Messineo, Francesco, *op. cit.* p. 379; Santos Briz, Jaime. *Derecho Civil. Teoría y Práctica.* T. I. pp. 549-550.

473. Los casos son los de *Aetna Casualty v. Jeppensen*, 642 F. 2d 339 (9th Cir. 1981) de *Times Mirror Co. v. Sisk*, 122, Ariz. 174, 593 P. 2d 924 (Ct. App. 1978) y de *Salooney v. Jeppensen & Co.*, 707 F 2d. 671 (2d Cir. 1983), citado por Abney, David L. *Liability for Defective Aeronautical Charts*, en 52 Journal of Air Law and Commerce 323 (1986). Ver también generalmente, Note, *Liability of the Chartmaker*, en 44 J. of Air L. & Comm. 375 (1978). En el caso *Salooney v. Jeppensen & Co.* la corte específicamente se refirió la consideración de la calidad de "producto" de la carta de Jeppensen. El demandado argumentó que la carta de navegación aérea era "un servicio en lugar de un producto y que el papel en el que estaba impresa era meramente un medio por el cual la información era transmitida a los usuarios". El actor, por su parte sostenía que la carta era "un producto tangible vendido por una cor-

dose que una carta de navegación producida masivamente, era un producto. Nuestra opinión es coincidente. Existen objetos incorporales susceptibles de ser introducidos masivamente al mercado y no existe ninguna razón para diferenciarlos de los objetos corporales[474].

3. Conclusión

Se ha visto la dificultad que existe para establecer con rigidez lo que constituye un producto para efectos de la responsabilidad civil. Ello se debe a que la realidad se resiste a ser encajonada en conceptos abstractos. Por otro lado, el avance tecnológico hace que día a día se creen nuevos productos y nuevas categorías de elementos se introduzcan al mercado, aumentando los riesgos para los usuarios y consumidores. No es conveniente, pues, establecer una rígida enumeración de lo que contituye un producto para efectos de la responsabilidad civil. Creemos que el concepto de producto debe ser un concepto amplio y abierto, que permita la labor creativa de la jurisprudencia, y no excluya artificialmente a las creaciones del ingenio del hombre[475]. Como

---

poración cuyo negocio es la manufactura y distribución masivas de miles de tales productos". La corte descató las dificultades que presentaba la cuestión: *"This court will not make any automatic or sweeping clasification. Whether a transaction involving the sale of a map constitutes the rendition of a professional service or the sale of a tangible product poses a difficult question of semantics since there is a element of service in all "goods" whether maps or consumer durables. All require some skilled service in initial design as well as in the transformation of raw materials into the finished product."* Sin embargo, consideró finalmente procedente la imposición de responsabilidad, aunque sin resolver la cuestión teórica de si la carta de navegación era un producto: *"Given that Jeppensen mass produced and distributed its charts, its activity comes within the scope of the rationale of Section 402 A [of the Restatement of Torts (Second)] and should not be insulated from a strict standard of liability by virtue of a metaphysical and semantic quibbling... If suitable for mass marketing, the information is in some sense a fungible good for which the manufacturer placing it on the market must asume responsibility". Id.* pp. 326-327.

474. En sentido contrario, Carbonnier expresa que "por razón del respeto a la persona humana no se puede tratar como una cosa... su pensamiento, incluso materializado (por ejemplo, daño con la palabra)". Carbonnier, *op. cit.* p. 124.

475. Así, por ejemplo, el caso de los resultados de la manipulación genética de organismos. Ver *Note. Designer Genes that Don't Fit: A Tort Regime for Commercial Release of Genetic Engeneering Products,* en 100 Harvard Law Review 1086 (1987).

escribió William L. Prosser en 1966, "todos los tipos de productos están obviamente incluídos. . . Es suficiente que el producto, de ser defectuoso, sea reconocidamente peligroso para el usuario o su propiedad"[476].

476. Prosser, The Fall of the Citadel *cit.* p. 805.

SECCION SEGUNDA

MAS ALLA DE LOS PRODUCTOS: LOS SERVICIOS

1. Introducción

El concepto económico de producción que hemos enunciado, comprende tanto a la producción de bienes cuanto a la de servicios. Sin embargo, hasta ahora nos hemos referido únicamente a los bienes como supuestos de la responsabilidad por productos. En este capítulo, examinaremos el sector de los servicios, para determinar en qué medida puede asimilarse al de producción de bienes para efectos de la responsabilidad.

Por servicios se entienden las actividades esencialmente intangibles que proveen la satisfacción de necesidades humanas[477]. En sentido jurídico, el servicio corresponde a una obligación de hacer que, por lo general, constituye el objeto de un contrato de servicios[478].

Nadie puede dudar del creciente papel que desempeña el sector de servicios en la economía contemporánea. En el año 1984, casi el 50% de los gastos de los consumidores en los Estados Unidos fueron destinados a la adquisición de servicios[479]. En los países de la Comunidad Europea el sector servicios ocupa en promedio a la mitad de la población activa[480]. La ampli-

---

477. Tawfik y Chauvel, *op. cit.* p. 339; Stanton, *op. cit.* p. 441 y Calais-Auloy, *op. cit. p. 12.*

478. Ghidini, *op. cit.* p. 63; Fontaine, *op. cit.* p. 115.

479. Stanton, *op. cit.*, p. 442.

480. Resolución de Consejo de 19 de Mayo de 1981 relativa a un *Segundo Programa de La Comunidad Económica Europea, Para una Política de*

tud y variedad de los servicios que hoy en día se ofrecen en el mercado, hacen que, con razón, se pueda llamar a la economía actual una economía de servicios. Por otro lado, el crecimiento de la demanda de servicios ha ocasionado que sea necesario adoptar las técnicas de producción utilizadas en la manufactura de bienes a la producción de servicios y que grandes conglomerados industriales diversifiquen sus actividades, expandiéndose a este sector[481], de modo que hoy puede observarse una gran similitud entre los sistemas de producción de bienes y de servicios[482].

La situación descrita ha motivado que se tome conciencia de la necesidad de establecer instrumentos adecuados para la protección del consumidor de los daños que en sus intereses económicos[483] o en su seguridad[484] pueda sufrir como consecuencia de la prestación de servicios. Nos interesa aquí determinar si respecto al problema de la seguridad de los servicios, cabe asimilar estos a los bienes, para incluirlos en el régimen de responsabilidad por productos defectuosos.

Protección e Información a los Consumidores. Diario Oficial de las Comunidades Europeas, N. c 133/1 de 3 de Junio de 1981.

481. Stanton, *op. cit.* p. 444.

482. Tawfik y Chauvel, *op. cit.* pp. 4-5.

483. Ver, por ejemplo, las Directrices sobre Protección al Consumidor aprobadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas. También en numeral 34 del Segundo Programa de la Comunidad Europea citado; la Ley española 26/1984, de 19 de Julio, Ley para la Defensa de los Consumidores y Usuarios; el Decreto 3466 de 2 de Diciembre de 1982, de Colombia, sobre normas relativas a la idoneidad, calidad, garantías, marcas, leyendas, propagandas, y fijación pública de precios de bienes y servicios; la Ley Federal de Protección al Consumidor de México, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 22 de Diciembre de 1975; Reich, *op. cit.*, p. 109 y ss.; Calais Auloy, *op. cit.* p. 12; Bernitz, Ulf y Draper John, *op. cit.*. p. 9.

484. En este sentido, el Decreto 3466 de Colombia; la Ley Federal de Protección al Consumidor de México y la LPDCU Española; Ver también Dahl, *op. cit.*, Capítulo V; Reich, *op. cit.;* Calais Auloy, *loc. cit.;* Brook, Steve. Sales Service *Hybrid Transactions cit.* Bell, *op. cit.* 1982; James Michael. The Supply of Goods and Services Act 1982, en 1983 J. of Business L. 10 (1983); Prosser y Keeton, *op. cit.*, p. 719; Henderson and Twerski, *op. cit.* pp. 162-163; Franklin y Rabin, *op. cit.* p. 537. Reich opina que aún no se ha llegado a un nivel de "industrialización" en la prestación de servicios, con la excepción de algunos casos, como los de reparaciones o de construcción de casas hechas de elementos prefabricados. Reich, *op. cit.* p. 108.

2. Asimilación de los Bienes y los Servicios Para Efectos de un Régimen de Responsabilidad por los Daños Causados Mediante Productos Defectuosos

2.1. Argumentos a favor de la Asimilación. En sentido favorable a la asimilación de bienes y servicios para efectos de la responsabilidad civil, se argumenta que respecto de ambos son aplicables los fundamentos de la responsabilidad por productos. Esta posición fue planteada en el caso de *Hoven* v. *Keble*, decidido por la Corte Suprema del Estado de Wisconsin[485]. El esposo de la demandante sufrió un paro cardiaco mientras se le realizaba una operación quirúrgica. La esposa demandó al cirujano, al anestesista y al hospital, argumentando, entre otras cosas, que los servicios prestados por cada uno de los demandados habían sido defectuosamente brindados, por lo que debían responder objetivamente. La corte aceptó en principio el argumento de que resultan aplicables a los servicios los fundamentos que sustentan la responsabilidad civil por productos[486], pero manifestó que tales criterios no resultaban aplicables específicamente a los servicios profesionales, tales como los médicos, pues estos tienden a ser de naturaleza experimental, dependientes de factores que se encuentran fuera del control del profesional y carentes de certeza de resultados[487]. Por ello, falló a favor de los demandados.

El Decreto 3466 de Colombia, sobre protección al consumidor tiene una posición avanzadísima en este aspecto, asimilando bienes y servicios para efectos de la responsabilidad civil y estableciendo responsabilidad estricta en caso que estos no se adecúen a las características registradas o a las normas de calidad obligatorias y responsabilidad absoluta, en caso que no haya registro de calidad[488]. La LPDCU Española también asimila bienes y servicios para

---

485. 79 Wis. 2d 444, 256 N.W. 2d 379 (1977).

486. La Corte citó a Kalven, *Tort Law-Tort Watch*, en 34 American Trial Lawyers 1, 57 (1972), que manifiesta que no interesa que el daño haya sido causado por un bien o un servicio, lo importante "es que el demandado sea una empresa dedicada sistemáticamente a generar los riesgos, y que tenga acceso al mecanismo del mercado".

487. Aquí la corte está caracterizando los servicios profesionales como una "obligación de medios", objeto de un contrato de prestación de servicios, según los criterios desarrollados por la doctrina francesa. Sin embargo, es perfectamente posible que se contrate el resultado de los servicios profesionales, mediante la celebración de un contrato de obra.

488. *Decreto 3466 de Colombia.* Ver también Bernitz, *Consumer Legislation* in Sweden *cit.* p. 183.

efectos de la responsabilidad civil, pero no consagra una regla de responsabilidad objetiva[489].

2.2. **Argumentos en Contra de la Asimilación.** En este sentido, puede sostenerse que los servicios presentan ciertas características que los hacen disímiles de los bienes, impidiendo el tratamiento conjunto de ambos para efectos de la responsabilidad civil. En efecto, los servicios constituyen una actividad y no una cosa. Por ello, son inseparables de la persona que los presta y, asimismo, se crean y se prestan al mismo tiempo[490]. Ello quiere decir que, en general, el usuario del servicio y quien lo presta, se relacionan directamente[491]. En el ámbito jurídico, esto implica que el servicio será, en general, el objeto de las obligaciones pactadas en un contrato entre el usuario y el productor del servicio[492]. Distinto es el caso de los bienes. Precisamente, la falta de relación directa entre productor y consumidor fue una de las situaciones fácticas que dieron lugar al surgimiento de la responsabilidad por productos[493].

Por otro lado, los servicios son heterogéneos, en el sentido que cada unidad de servicio es irremediablemente distinta de otras unidades del mismo servicio[494]. Por ello, es difícil preveer la calidad que tendrá un servicio y, asimismo, determinar cuando ésta no ha sido la adecuada[495]. De este modo será

---

489. Ver, en este sentido, *supra.* T I, p. 402 ss.

490. Por ello se dice que los servicios son altamente perecibles y que no pueden ser almacenados. Stanton, *op. cit.* p. 446.

491. Stanton, *op. cit.* p. 445.

492. Fontaine, *op. cit.* p. 115; Dahl, *op. cit.* p. 92; Calais-Auloy, *op. cit.* p. 29; Ghidini, *op. cit.* p. 63; Reich, *op. cit.*, p. 108.

493. Kessler, Products Liability *cit.* p. 887.

494. Stanton, *loc. cit.* Por ejemplo, una aerolínea no brinda un servicio de la misma calidad en cada vuelo. Todas las reparaciones que realiza un mecánico no son de igual calidad, etc. Los ejemplos son de Stanton. Sin embargo, es posible que en caso de servicios brindados masivamente esto pierda relevancia. Así, en el caso de un espectáculo transmitido por un medio de comunicación masivo a millones de receptores.

495. Así lo reconoce el texto del Anexo a la Resolución del Consejo de 19 de Mayo de 1981, Relativa a un Segundo Programa de la Comunidad Económica Europea, para una Política de Protección e Información a los Consumidores, p. 14. En el mismo sentido, Reich, *op. cit.* p. 111, quien resalta la dificultad de apreciar la calidad no sólo del resultado del

difícil establecer un patrón de defectuosidad de los servicios, análogo al que existe para los bienes.

Respecto a la responsabilidad por servicios, se ha sostenido también que, en general, los servicios no se prestan en condiciones de "masividad" que permitan asimilarlos a los productos, y que los servicios no presentan tanto cuestiones de seguridad, cuanto de calidad, poniendo en peligro sobre todo los intereses económicos de los consumidores, más que su seguridad personal[496]. Sin embargo, este argumento, que va más bien a discutir la procedencia de establecer un régimen de responsabilidad por servicios, en nuestra opinión, no tiene alcance general[497].

2.3. **Conclusión.** Consideramos que las diferencias entre bienes y servicios son lo bastante importantes como para impedir que ambas categorías se asimilen desde el punto de vista de la responsabilidad civil. Sin embargo, esto no implica que no resulte justificado elaborar una teoría paralela que permita la indemnización justa de las personas dañadas por servicios prestados deficientemente. Por el contrario, tal teoría es necesaria y, en nuestra opinión, debería tener en cuenta la diferencia entre obligaciones de medios y obligaciones de resultado, para medir la deficiencia del servicio[498]. Asimismo, debería

---

trabajo humano, sino la calidad del mismo trabajo. También Fontaine, *op. cit.* p. 123, destacando la diferencia que existe entre la apreciación de un defecto en un producto y en un servicio.

496. Reich, *op. cit.*, p. 92.

497. Existen servicios que sí se prestan en condiciones de masividad y que indudablemente, de ser defectuosos, ponen en serio peligro la seguridad de los consumidores. Piénsese en el transporte colectivo o en la información.

498. Ver. *Greenfield. Consumer Protection in Service Transactions*, en 1974 Utah Law Review 661, citado por la Corte en Hoven v. Kelble. "La medida de la defectuosidad de un servicio debería ser las expectativas razonables del consumidor... La idea básica del *test* de *Greenfield* es la posibilidad: a no ser que alcanzar la solución o meta sea imposible, tener una expectativa de que se obtenga es razonable y el no alcanzarla resulta en responsabilidad". Franklin y Rabin, *op. cit.*, p. 537. Creemos que más acertado sería seguir a los Mazeaud, según quienes la diferencia entre obligaciones de medios y de resultados deberá estar en la intención de las partes y en lo que usualmente sucede. "Lo aleatorio del resultado constituye normalmente el criterio de la distinción... La distinción, sin embargo, se basa en el objeto de la obligación y no en su grado, como se imagina a veces. Mazeaud, *op. cit.* (T. I. Vol. 1. pp. 130-131).

considerar los argumentos de política para aplicarlos a la determinación del responsable.

3. Servicios Relacionados a Bienes

3.1. Introducción. A pesar de la diferenciación hecha, bienes y servicios se dan estrechamente interrelacionados en el mercado. En general, lo corriente es que toda transacción tenga algo de servicio y algo de bien[499]. En virtud a la relación que existe entre algunos servicios y los bienes, podemos considerarlos como integrantes de hipótesis de responsabilidad por productos. En este aspecto, cabe mencionar los siguientes tipos:

3.2. Transacciones Híbridas. La doctrina llama transacciones híbridas a aquellas en las que la prestación de un servicio involucra la entrega de un bien al consumidor, su uso o consumo por este, o el uso de un bien para la prestación del servicio[500]. Esta distinción es corriente en la doctrina norteamericana, que diferencia estas transacciones de las ventas de productos. La distinción se origina en la raíz contractual de la responsabilidad por productos, una de cuyas vertientes deriva de las garantías implícitas y expresas en el contrato de compraventa. Las cortes encontraron inicialmente dificultades en extender la responsabilidad por productos defectuosos a supuestos de daños causados por un producto defectuoso que no había sido vendido al usuario, sino empleado para la prestación de un servicio a éste.

Consideramos que el concepto de transacción híbrida no tiene trascendencia si se examina la cuestión, no desde el punto de vista del negocio jurídico en ejecución del cual el bien llegó a manifestar su potencialidad dañosa, sino exclusivamente atendiendo a la entidad del elemento causante del daño. Por ello, independientemente de la naturaleza de la transacción –es decir de si ésta es una venta o una transacción híbrida– lo que debe distinguirse es si el instrumento del daño, es decir la entidad defectuosa, es un bien o un servicio[501]. En caso de ser causado el daño por un producto defectuoso, indepen-

499. Stanton. *op. cit.* p. 441.

500. James, Michael, *op. cit.*; Henderson y Twerski, *op. cit.* p. 170; Brook, *Sales Service Hybrid Transactions. cit.* Los ejemplos de este tipo de transacciones son innumerables: El estilista que aplica una loción para el cabello a su cliente, el médico cirujano que utiliza un bisturí en una operación, el hotel que proporciona jabones y toallas a los huéspedes.

501. Así, por ejemplo, en una transacción híbrida constituida por el servicio de lavado de cabello que lleva a cabo un peluquero, puede suceder que

dientemente de que este producto haya sido vendido o utilizado en la prestación de un servicio, la hipótesis es una de responsabilidad por el producto defectuoso. Sólo podemos hablar de un servicio defectuoso cuando el daño es causado por un vicio en la prestación de éste[502]. Este criterio de diferenciación ha sido consagrado por la Supply of Goods and Services Act 1982 del Reino Unido[503].

3.3. Servicios a Productos. Otra excepción es el caso de los servicios que se realizan sobre un producto. En tal caso, el resultado de la actividad se materializa integrándose al producto. Así, este servicio deja de tener la característica de inseparabilidad, pasando a circular en el mercado incorporado al producto. Estos son los casos de servicios tales como la reparación[504], instalación[505], construcción[506], diseño, prueba[507], etc. de productos. Ellos, de ser defectuosamente brindados, ocasionarán que se introduzca un defecto en el producto, o que no se detecte uno preexistente. De esta manera, estos servi-

---

un defecto en el champú de marca utilizado cause daños al cliente. El supuesto es uno de responsabilidad por producto defectuoso. En cambio, si el daño fue causado por la manera como el peluquero masajeó el cuero cabelludo del cliente, el caso sería uno de un servicio defectuoso.

502. Reich, *op. cit.* p. 92, manifiesta que en muchos de estos casos, el elemento central del contrato no es un servicio, sino cosas que pueden ser peligrosas. Nosotros consideramos que aún en los casos en los que el elemento central del contrato sea el servicio, si el daño resulta causado por un producto defectuoso la hipótesis es de responsabilidad por productos; es decir, no interesa cuál sea el elemento central del contrato, sino cuál fue la entidad generadora del daño.

503. El Acta distingue entre la provisión de bienes y la provisión de servicios para efectos de la responsabilidad civil. En el caso de la provisión de bienes, el proveedor responde objetivamente por los defectos de la cosa. En cambio, tratándose de servicios, el proveedor responde únicamente por negligencia. Respecto a las transacciones híbridas, definidas como aquellas en las que el proveedor proporciona bienes y servicios, este es responsable objetivamente por los defectos en los bienes proporcionados; mientras que responde sólo por negligencia por el elemento de "servicio" del contrato. James, Michael, *op. cit.*

504. Henderson y Twerski, *op. cit.* p. 177; Prosser y Keeton, *op. cit.* p. 720; Bernitz, *op. cit.* p. 9; Franklin y Rabin *op. cit.* p. 490.

505. Henderson y Twerski, *op. cit.* p. 178; Prosser y Keeton, *loc. cit.;* Bernitz, *loc. cit.*

506. Prosser y Keeton, *op. cit.*, p. 722; Bernitz, *loc. cit.*

507. Henderson y Twerski, *op. cit.*, p. 162.

cios pueden integrar una hipótesis de responsabilidad por productos. En este sentido pueden mencionarse también los servicios de información referida a productos.

3.4. Servicios de Información. La información es probablemente uno de los productos que con mayor velocidad circula en el mercado. Sin embargo, el concepto de "información" no es un concepto unitario. En algunos casos la información constituye un bien. Así, por ejemplo, cuando está incorporada en una reproducción gráfica o magnética. En cambio, en otros casos, la información constituye un servicio, como cuando es emitida en un mensaje propalado a través de un medio de comunicación como la televisión o la radio. Ahora bien, sin perjuicio de la importancia que pueda tener el medio, el contenido de la información, en cuanto entidad que, de ser defectuosa (*i.e.* incorrecta), puede causar daños, merece un tratamiento unitario. En efecto, ¿qué diferencia existe en este sentido, entre un mensaje errado que causa daños (p. ej. una receta para curar la gripe que recomienda tomar una sustancia tóxica) cuando éste se recibe mediante un impreso (producto) que cuando se recibe mediante la televisión (servicio)?

Existe regulación y doctrina en el campo de la publicidad (publicidad engañosa), pero esto es considerando a la información con relación a un producto o servicio independiente, y no como un producto en sí. Por ello, sería interesante considerar la posibilidad de regular con carácter general la responsabilidad por daños causados por información defectuosa. Por supuesto, no es ésta la oportunidad para abordar tal estudio.

CAPITULO SEGUNDO

EL INSTRUMENTO DEL DAÑO INDEMNIZABLE: EL DEFECTO

SECCION PRIMERA

Introducción

Como hemos señalado anteriormente, la presencia de un defecto en el producto constituye un elemento esencial para la configuración de una hipótesis de responsabilidad civil por productos. En la responsabilidad por productos no se atribuye la responsabilidad al demandado sólo por el hecho de haber intervenido un producto en la cadena de circunstancias que dieron lugar al daño; sino porque a través del defecto, fue el demandado quien causó el daño. Por ello se sostiene que el concepto de defectuosidad está en el mismo centro de cualquier régimen de responsabilidad por productos[508].

En un régimen de responsabilidad por riesgo, el concepto de defectuosidad constituye el límite entre los daños que son indemnizables y los que no lo son. Es por tanto, un elemento empleado para limitar la responsabilidad del fabricante, mediante la determinación de la existencia original de responsabilidad[509]. Se reitera por ello que, en la responsabilidad por riesgo el fabricante no es un "asegurador" de su producto, en la medida que no responde por los daños que éste ocasione, si es que no existe un defecto[510].

---

506. Prosser y Keeton, *op. cit.* p. 722; Bernitz, *loc. cit.*

507. Henderson y Twerski, *op. cit.* p. 162.

508. Clark, The Conceptual Basis *cit.* p. 325.

509. Wade, *op. cit.* p. 828.

510. Afirman los hermanos Mazeaud: "El fabricante de una cosa peligrosa no es responsable de pleno derecho. Evidentemente, los fabricantes de ex-

Sin embargo, a pesar del papel principal que juega el concepto de defecto en la responsabilidad por productos, el análisis de tal concepto no ha permitido extraer una idea generalmente válida de qué tipos de condiciones específicas están incluidas y cuáles excluidas del campo de la defectuosidad[511]. En realidad, esta situación no es indeseable. Por la razón de que el concepto de defecto es el instrumento utilizado para limitar la responsabilidad en un régimen de responsabilidad estricta, es conveniente que el mismo no sea definido de manera rígida. Como escribía Friedrich Kessler en 1967, "la jurisprudencia debe seguir los pasos al progreso de la tecnología, las legítimas expectativas de la sociedad y sus nociones cambiantes de justicia. Defecto debe permanecer un término abierto, como un acordeón"[512].

En virtud a lo que hemos expuesto hasta ahora, resulta claro que no pretenderemos formular una definición detallada y rígida de lo que constituye un defecto. Sin embargo, sí consideramos necesario esbozar las líneas conceptuales que la doctrina y la jurisprudencia han elaborado respecto a este tema, de manera de poner en relieve los puntos fundamentales alrededor de los cuales se forma el concepto de defecto. A ello dedicamos las siguientes secciones.

---

plosivos, de botellas de aire comprimido, tinturas, etc., no pueden incurrir de pleno derecho en ninguna responsabilidad. Los jueces del fondo deben averiguar si han cometido una culpa (fabricación de una cosa defectuosa; falta de poner en guarda al comprador sobre los posibles peligros, etc.)". Mazeaud *op. cit.* Tomo I, p. 202 nota 2 bis.

511. Epstein, Gregory y Kalvin, *op. cit.* Por ejemplo, Wade, *op. cit.*, dice que existe un defecto cuando "*the product is harmful or unsafe because of something wrong with it*"; Brook, Patent Hazards *cit.* se limita a sostener que un defecto es meramente "*something more than a condition causing injury. . .*" y añade que para las cortes la palabra defecto es una clave para el límite vigente entre la previsibilidad (negligencia) y la pura responsabilidad por riesgo.

512. Kessler, Friedrich. Products Liability *cit.* pp. 929-930.

SECCION SEGUNDA

EL DEFECTO: CONCEPTO GENERAL

1. Necesidad de Definición

¿Es necesario o conveniente definir el término defecto? La determinación de la respuesta a esta cuestión ha dado lugar a una interesante evolución jurisprudencial en el estado norteamericano de California. En el caso *Greenman v. Yuba Power Products, Inc.*[513] la Corte Suprema de California expresó que bastaba la existencia de "un defecto en el diseño y la manufactura del cual el consumidor no era consciente, que volviera. . .[al producto] inseguro para el uso al cual estaba destinado" para hacer responsable al fabricante de cualquier daño derivado de tal defecto. La corte no consideró necesario profundizar en la definición de defecto. Poco tiempo después, sin embargo, el *Restatement of Torts (Second)* estableció en su sección 402A la responsabilidad estricta en caso de daños causados por un producto en una "condición defectuosa irrazonablemente peligrosa". Como se recordará, el comentario "g" a dicha sección del *Restatement* define condición defectuosa como "una condición. . . irrazonablemente peligrosa", con lo que, al parecer, ambas expresiones resultan con el mismo contenido. Por otro lado, el comentario i, al definir la expresión "irrazonablemente peligroso" señala que la sección 402A sólo resulta aplicable cuando "la condición defectuosa del producto lo vuelve irrazonablemente peligroso", con lo que parecería que la defectuosidad y la calidad de irrazonablemente peligroso constituyen dos requisitos independientes, que deben cumplirse conjuntivamente, para dar lugar a responsabilidad[514]. Por este motivo, la redacción de la sección 402A del *Restatement* ha

513. 59 Cal 2d 57, 377 P 2d 897, 27 Cal Rptr. 697 (1962).

514. Severson, *op. cit.* p. 230.

producido considerable confusión en este aspecto[515]. En todo caso, lo que es claro es que el *Restatement* define el concepto de defectuosidad.

Posteriormente, en 1972, la Corte Suprema de California, al decidir el caso de *Cronin v. J.B.E. Olson Corp.*[516] analizó la cuestión de si el demandante debía establecer no sólo que el producto contenía un defecto, sino también que tal defecto lo volvía irrazonablemente peligroso. La corte respondió la pregunta en sentido negativo, y, recusando la exigencia de que se demuestre que el producto era irrazonablemente peligroso, estableció que el demandante debía únicamente probar la condición defectuosa del producto[517]. Expresó la corte que el requisito de ser el producto irrazonablemente peligroso "suena a negligencia. . . pone sobre [el demandante] una carga significativamente aumentada y representa un paso atrás en un área desarrollada por la corte"[518]. Aún cuando el caso *Cronin* fue uno de defecto de fabricación la corte expresó que el criterio enunciado no se limitaba sólo a este tipo de defectos. "No vemos dificultad alguna en aplicar esta formulación a todo el rango de situaciones de responsabilidad por productos, incluyendo aquellas que involucran defectos de diseño"[519]. La corte, sin embargo, no precisó el concepto de defecto[520].

---

515. Keeton, por ejemplo, interpreta el artículo 402A como expresando que "el producto debe ser defectuoso en una manera tal que ponga a personas o bienes en un riesgo irrazonable de daño" Prosser y Keeton, *op. cit.* p. 695. Wade critica el uso tanto del término "defecto" cuanto de la expresión "irrazonablemente peligroso". Wade, *op. cit.* De acuerdo con William Prosser, ponente de las normas sobre responsabilidad por productos defectuosos contenidas en el *Restatement*, el requisito de ser el producto irrazonablemente peligroso fue incluido en el *Restatement* para cerrar cualquier posibilidad de que los fabricantes de productos con posibilidades inherentes de daño (tales como la mantequilla, las drogas, licores y automóviles) se convirtieran automáticamente en responsables por los daños que tales cosas ocasionan. Prosser, William. *Strict Liability to the Consumer, in California,* en 18 Hastings L.J. 9, 23 (1966).

516. 8 Cal 3d 121, 501 P2d 1153, 104 Cal. Rptr. 433 (1972).

517. Henderson y Twerski, *op. cit.* p. 148.

518. Henderson y Twerski, *op. cit.* p. 150.

519. Henderson y Twerski, *loc. cit.*

520. Un caso que ilustraría la certeza de las críticas de la Corte Suprema de California al *Restatement* sería aquel en que un defecto de fabricación causase algún daño, pero sin que se pueda decir que el producto era irrazonablemente peligroso visto antes del accidente. En el caso *Lucas*

Ahora bien, aun cuando el criterio esbozado en Cronin resulta adecuado para los casos de defectos de fabricación, los cuales son evidentes por sí mismos[521] no puede decirse lo mismo respecto a los casos de defectos de diseño. En estos es necesario contar con un "standard" que permita determinar la existencia de un defecto[522]. En efecto, en estos casos los defectos no son evidentes por sí mismos, sino que se necesita realizar algún tipo de análisis para determinar su existencia. Para ello, debe dotarse de algún contenido a la expresión "defecto". Este criterio fue establecido por la propia Corte Suprema de California en el caso *Barker v. Lull Eng. Co., Inc.*[523]. En esta decisión, la corte sostuvo que no debía considerarse que el término defecto "debía mantenerse sin definir en todo contexto. . .[El] término defecto tal como es utilizado en el contexto de la responsabilidad estricta no es definible por sí mismo ni susceptible de una definición aplicable en todo contexto"[524].

De lo anterior podemos concluir que no es conveniente elaborar una definición de defecto aplicable a todos los casos. La variedad de condiciones que presentan los productos es tal que difícilmente una definición podrá abarcarlas. Por ello, es preferible analizar independientemente las diferentes hipótesis de defectuosidad que se presentan en la realidad.

2. Defectuosidad y Peligrosidad

A pesar de lo expuesto en el acápite anterior, podemos sostener que existirá una base común en todos los casos de defectuosidad. En efecto, el producto defectuoso para efectos de la responsabilidad civil es siempre un

---

v. Texas Industries Inc. 696 S.W. 2d 372 (Tex. 1984), el demandado entregó al empleador del demandante, vigas de construcción que tenían hendiduras de 1 1/4 pulgadas, en lugar de 1 pulgada, como había sido solicitado. Al mover un trabajador las vigas mediante un aparato insertado en las hendiduras, estas cayeron, causando lesiones al demandante. Un perito declaró que el accidente no se habría producido de haber tenido las vigas las hendiduras solicitadas. La Corte Suprema de Tejas estableció que, aunque las vigas contenían un defecto de fabricación, no eran irrazonablemente peligrosas y por ello, falló en favor del demandado. Henderson y Twerski, *op. cit.* p. 152.

521. Keeton, Defect in Products Liability *cit.*, p. 586.

522. Henderson y Twerski, pp. 151-152.

523. 20 Cal. 3d 413, 573 P. 2d 443 143 Cal. Rptr. 225.

524. Franklin y Rabin, *op. cit.* pp. 499-500.

producto peligroso[525]. Esto es cierto para cualquier tipo de defecto. Sin embargo, subsiste la necesidad de contar con un standard adicional para el caso de defectos de diseño, ya que no toda condición del producto que cause un daño es un defecto[526]. En este sentido, no debe dejar de reconocerse la diferencia que existe entre los productos que son defectuosos por razón de un defecto, de aquellos que son peligrosos por naturaleza[527].

En el campo de la responsabilidad por productos, el defecto no se determina en función de la adecuación del producto a los términos de la transacción mediante la cual fue adquirido ni al interés contractual del adquirente. Tales criterios, como la idoneidad del producto para la finalidad para la que ha sido destinado, corresponden al concepto de defectuosidad que debe emplearse en la protección del interés contractual del adquirente.

Por otro lado, la relación entre defectuosidad y peligrosidad permite percibir que el concepto de defecto para efectos de la responsabilidad civil no coincide con el concepto ordinario de defectuosidad. En efecto, un producto defectuoso es, desde el punto de vista de la teoría de la producción, aquel que se aparta del diseño del propio fabricante; es decir el que presenta una anormalidad[528]. Ahora bien, en el sentido que nos interesa, un producto es defectuoso no sólo en esos casos, sino también cuando la propia norma del fabricante, por alguna razón, es considerada defectuosa. Por otro lado, no todos los productos que se apartan de la norma del fabricante son defectuosos para

---

525. Rojo y Fernández-Río, *op. cit.* p. 194; Millner, La Responsabilidad por Productos Elaborados *cit.* p. 865; Trigo Represas, La Responsabilidad del Fabricante *cit.* p. 666; Dahl, *op. cit.*; Reich, *op. cit.*, p. 93.

526. Como dice Brook, "*a floor may be laid by saying that a defect must be something more than a condition that causes injury*". Brook, Patent Hazards *cit.*

527. Rojo y Fernández-Río, *op. cit.* p. 194. Como señala Hanotiau, *op. cit.* p. 329 a propósito de una propuesta para utilizar el término "producto peligroso" en lugar de "producto defectuoso" para efectos de la responsabilidad civil, "*although the concept of dangerous product offers the advantage of indicating clearly the reason for imposing a system of strict liability,... it is difficult to determine if a product is dangerous. On the other hand, danger is not necesarily inherent in a product. Some products only become dangerous when they are defective or incorrectly used*".

528. Tawfik y Chauvel, *op. cit.*

efectos de la responsabilidad civil. Es necesario que su vicio o anormalidad les confiera una potencialidad dañosa[529].

3. Clases de Defectos

Hemos distinguido ya –aunque sin entrar en mayores detalles– entre los defectos de fabricación y los defectos de diseño. En efecto, los defectos se pueden originar en todas las etapas del desarrollo de un producto. Tanto en la etapa de diseño, cuanto en la de producción o de comercialización. Asimismo, pueden afectar a un producto o un grupo de productos individuales, o a todos los productos de una serie o clase.

En general, la doctrina reconoce que existen tres tipos de defectos: defectos de construcción o fabricación, es decir aquellos que se introducen en un producto individual, o en un grupo de productos individualmente considerados, debido a la falla de algún operario o maquinaria; defectos de diseño, que son los que afectan a toda una serie o clase de productos, que son diseñados de una manera considerada deficiente; y defectos de información, que se producen por falta de advertencias o instrucciones adecuadas respecto a los riesgos de un producto[530]. Por otro lado, se reconoce que el fabricante es responsable de los daños que cause la ausencia de alguna característica en el producto, cuando mediante expresiones publicitarias o de otro tipo, ha afirmado que el producto cuenta con tal característica. Finalmente, se reconoce, en algunos casos, una categoría de defectos que se originan en la forma de comercialización del producto, es decir, en el mercado al que se los destina.

En nuestra opinión, sin embargo, deben reconocerse solamente dos clases de defectos: Por un lado, aquellos que se refieren a productos individuales y que son causados por una falla involuntaria en el proceso de producción y distribución; y, de otro lado, aquellos que afectan a toda una clase de productos y que se originan en la forma como el producto, considerado en abstracto, es concebido y puesto en el mercado y que, en consecuencia, afectan a

---

529. Wade, *op. cit.* Sin embargo, es evidente que la potencialidad para causar un daño es prácticamente ilimitada. Toda condición de un producto puede ser concebida como potencial causa de un daño.

530. La doctrina alemana habla de una categoría adicional los defectos de desarrollo, que serían aquellos que no pueden ser evitados, dado el estado de la técnica. Reich y Mickiltz, *op. cit.* En nuestra opinión, sin embargo, estos no constituyen una clase de defectos independiente, sino que son una manera de apreciar los defectos de diseño o de información.

todas las unidades individuales del producto[531]. En el primer caso, el defecto es evidente por sí mismo y no requiere de hacerse ningún análisis teórico para determinar su existencia. En el segundo caso, la determinación de la defectuosidad del producto implica un análisis que parte de la determinación de un *standard* ideal, del cual ese producto se apartó[532]. Este análisis implica el balanceo de numerosos factores, con el fin de evaluar si el producto, considerado en su conjunto, puede ser considerado defectuoso[533].

En las siguientes páginas profundizaremos mayormente en lo que constituyen los defectos de estos tipos.

---

531. Gary Schwartz expresa, en el mismo sentido, que "la ausencia de una advertencia puede verse como un tipo de defecto de diseño. Dada esta percepción, sólo hay dos tipos básicos de defectos: de fabricación y de diseño". Schwartz, G. Foreword *cit.* p. 436, en nota 6.

532. Walkowiak, *op. cit.* pp. 712-713.

533. Wade, *op. cit.* p. 829, nota 26.

SECCION TERCERA

DEFECTOS DE FABRICACION

1. Concepto

Los defectos de fabricación, llamados también defectos de construcción[534], defectos de producción o manufactura, defectos de control de calidad[535], más sencillamente, fallas[536] son anormalidades o condiciones no previstas, que hacen al producto más peligroso de lo que normalmente hubiera debido ser[537]. Los defectos de fabricación generalmente afectan a uno o unos pocos productos individuales, dentro de una serie por lo demás perfectamente regular[538].

La determinación de la existencia de un defecto de fabricación no presenta mayores problemas. En efecto, según lo expresa con claridad el articulado del Proyecto Kasten, los productos con defectos de fabricación o manufac-

534. La doctrina alemana utiliza la expresión defectos de construcción para referirse a los defectos de diseño. Rojo y Fernández-Río, *op. cit.* pp. 192-193. Esto, sin embargo, no debe llevar a confusión, pues el problema es sólo terminológico. Nosotros utilizaremos las expresiones defectos de fabricación y defectos de construcción como sinónimas, para referirnos a estos defectos individuales, producto de una falla en el proceso de producción y distribución.

535. Bernitz, *op. cit.* p. 184.

536. Henderson y Twerski, *op. cit.* p. xxxiii.

537. Prosser y Keeton, *op. cit.* p. 695.

538. Rojo y Fernández-Río, *op. cit.* p. 191.

tura se caracterizan por constituir desviaciones respecto de las especificaciones de diseño, fórmulas o "standards de performance" del propio fabricante o respecto de las demás unidades manufacturadas de acuerdo con la misma especificación o diseño[539]. En tal sentido, bastará comparar el producto defectuoso con los demás productos del mismo fabricante, o con los patrones de diseño de éste. Como dicen Henderson y Twerski, existe un *"built-in design standard"* contra el cual medir la defectuosidad de la unidad en cuestión[540]. Por ello, Keeton sostiene con razón que todo defecto de fabricación convierte al producto que afecta en irrazonablemente peligroso, pues lo hace más peligroso de lo que fue diseñado para ser[541]. Por esta razón se sostiene que los defectos de fabricación son evidentes por sí mismos[542] y que es respecto de ellos que propiamente puede utilizarse la expresión defecto sin que se produzcan confusiones[543].

2. Origen

Los defectos de fabricación se originan generalmente en el proceso de producción. La falla de un operario o de una máquina causa una condición defectuosa en uno o unos pocos productos[544]. Pueden también ser ocasionados durante el proceso de comercialización, como cuando una botella se raja como resultado de una mala manipulación durante su transporte[545]. Son también defectos de fabricación los que provienen de un incorrecto etiquetado de

539. Proyecto Kasten, Sección 5(a).

540. Henderson y Twerski, *op. cit.* p. 152.

541. Prosser y Keeton, *op. cit.* p. 695. Por esta razón, la Corte Suprema de California, en el caso Cronin v. J.B.E. Olson Corp. consideró que el requisito de que el producto sea "irrazonablemente peligroso" carecía de razón de ser. Señala Walkowiak que "la Corte de California estaba adoptando un *test per se* de su propia cosecha. Esto es, que si el demandante establecía que el producto era defectuoso, es decir que caía debajo del propio *standard* de seguridad del fabricante, era *per se* irrazonablemente peligroso, desde que todo producto que cae por debajo del *standard* de su fabricante debe, necesariamente, caer debajo de *standard* de la sociedad también". Walkowiak, *op. cit.* p. 717.

542. Henderson y Twerski, *op. cit.* p. xxxiii.

543. Wade, *op. cit.* p. 841; Epstein, Gregory y Kalvin, *op. cit.* p. 662.

544. Rojo y Fernández- Río, *op. cit.* p. 191; Dahl, *op. cit.* p. 90.

545. Keeton, Page E. The Meaning of Defect *cit.* pp. 585-586.

los productos, cuando tal incorrección se origina en una falla individual y no en una decisión consciente que afecta a todos los productos de una clase. Finalmente, se consideran asimismo casos de defectos de manufactura aquellos en los cuales el defecto en el producto no se debe a una falla en la producción o comercialización, sino más bien a una impureza en algún ingrediente o materia prima que se utiliza en la elaboración del producto[546].

3. Previsibilidad e Inevitabilidad

Los defectos de construcción son a la vez previsibles e inevitables[547]. Son previsibles en el sentido que su presencia puede ser anticipada de manera aproximada mediante un cálculo estadístico previo. De esta manera el fabricante conoce anticipadamente, en abstracto, cuantas unidades defectuosas existirán en una serie de productos. Sin embargo, esta previsibilidad no implica como es evidente, que el fabricante pueda conocer qué producto, concretamente, adolece de un defecto.

Por otro lado, los defectos de manufactura son inevitables. El diseño de un sistema de control de producción puede reducir el número de productos

---

546. Schwartz, Gary T. Foreword *cit.* p. 461 (1979). Algunos autores, como Landes y Posner, distinguen esta clase de defectos como una categoría independiente. Landes y Posner, *op. cit.* Respecto a esta categoría de defectos, la doctrina y la jurisprudencia norteamericana hace una distinción entre lo que denomina elementos "naturales" y elementos "extraños". Sólo existirá defecto cuando la impureza constituye un elemento "extraño" al producto en cuestión, y no cuando es algo "natural" a éste. La coherencia lógica de esta regla puede ponerse en duda si se tiene en cuenta que en aplicación de ella, se descartó la responsabilidad cuando un consumidor se lesionó con una espina oculta en un plato de pescado. *Webster v. Blue Chip Tea Room, Inc.*, 347 Mass. 421, 198 N.E. 2d 309 (1964), pero se impuso responsabilidad cuando el consumidor sufrió daños en virtud a un trozo de caparazón de cangrejo oculto en un plato de "pompano en papillote". *Arnaud's Restaurant v. Cotter,* 212 F 2d 883 (5th Cir. 1954). Prosser, *The Fall of the Citadel cit.* p. 791. La regla de la "foreign-natural distinction" es una aplicación del criterio de las expectativas del consumidor. Noel y Phillips, *op. cit.* pp. 4-5. Se supone que lo que constituye una impureza "natural" de un producto no defrauda las expectativas del consumidor.

547. Rojo y Fernández-Río, *op. cit.* pp. 191-192. Sin embargo, Wade, *op. cit.* p. 836, nota 37, expresa que "*a manufacturer might set up an inspection procedure so specific and detailed as to catch all defects. Instead, he deliberately establishes a procedure of spot-checking which he considers as sufficiently detailed as to catch most defects*".

con defectos de esta clase, pero es a la larga imposible eliminar de manera absoluta la existencia de este tipo de defectos[548].

548. Así, por ejemplo, en el caso *Pulley v. Pacific Coca-Cola Bottling Co.* 68 *Wash* 2d 778, 415 P. 2d 636 (1966), uno de los tradicionales casos de impurezas en una botella de Coca Cola, la corte reconoció que "a pesar de la inversión de grandes sumas de dinero, recursos humanos e ingenio científico, los fabricantes de esta bebida gaseosa aparentemente no han podido, hasta la fecha, desarrollar un proceso de embotellamiento o manufactura que sea infalible en términos de la pureza y salubridad del producto manufacturado". Henderson y Twerski, *op. cit.* p. 143.

SECCION CUARTA

DEFECTOS DE DISEÑO

1. Introducción

Existen defectos que, a diferencia de los defectos de fabricación, afectan a todos los productos de una serie o clase. Estos defectos se pueden originar en una característica particular del diseño del producto o en una circunstancia en la manera como éste ha sido puesto en el mercado. En realidad, ambos aspectos están íntimamente relacionados pues, como se verá luego, la propia manera cómo se introduce un producto en el mercado determinará los requisitos que debe cumplir su diseño; y, viceversa, las características del diseño de un producto determinarán la obligación del fabricante de mercadearlo de una forma determinada.

En lo que se refiere a este tipo de defectos, puede distinguirse entre aquellas condiciones de un producto que se deben a "errores involuntarios de diseño" y aquellas que involucran elecciones "conscientes de diseño". En el primer caso, se trata de productos que, en razón a su diseño, terminan no siendo aptos para cumplir las funciones para los que fueron concebidos. Esta clase de defectos se asemejan a las fallas de fabricación y pueden ser tratados similarmente por los tribunales[549]. Claramente, un diseño alternativo que cumple con sus funciones a un costo casi semejante, es preferible al dise-

549. Señala Walkowiak: "El patrón para determinar si un error de diseño involuntario causa que el producto represente un riesgo irrazonable, puede ser similar al aplicable al caso de una falla de fabricación; esto es, si el fabricante razonable hubiera puesto el producto en el mercado habiendo tenido conocimiento previo de los efectos del error de diseño inadvertido". Walkowiak, *op. cit.* p. 720.

ño original que no cumple tal función[550]. En cambio, en los casos que involucran elecciones conscientes de diseño, el demandante considera que el producto es defectuoso debido a condiciones de su diseño que fueron conscientemente adoptadas por el fabricante. Es más, en muchos casos tales condiciones constituyen la esencia del diseño en cuestión. En estos casos, aunque el diseño cumple su función adecuadamente, el demandante sostiene que podría modificarse con el objeto de hacerlo menos peligroso[551]. En este sentido, la determinación de si existe un defecto será materia de un análisis complejo.

2. Necesidad de Definición

Como se ha señalado anteriormente, en los casos de defectos que afectan a toda una serie o clase de productos, es necesario establecer una definición de lo que constituye un defecto. En efecto, como sostuvo con claridad la Corte Suprema del Estado de California en el caso *Barker v. Lull Engineering Co.*, "aunque en muchas instancias –como cuando una máquina en una serie de un millón de unidades contiene una pieza rajada o rota– el significado del término 'defecto' requerirá poca o ninguna elaboración, en otras instancias, como cuando se alega que un producto es defectuoso debido a un diseño inseguro o a una advertencia inadecuada, los contornos del concepto de defecto pueden no ser evidentes por sí mismos. En tales casos. . . podría [ser] necesario explicar. . . más explícitamente el significado legal de 'defecto' o 'defectuoso' "

550. Señala Walkowiak que en estos casos "la elección de diseño realizada por el fabricante no cumple con la finalidad que el ingeniero de diseño hubiera previsto que el diseño cumpla, de haber tenido en cuenta el problema". Walkowiak, *op. cit.* p. 719. Similarmente, Henderson hace presente que en estos casos el producto presenta "riesgos que se originan en una falla inadvertida del ingeniero de diseño en apreciar adecuadamente las implicaciones de los diversos elementos de su diseño o emplear técnicas de ingeniería conocidas comúnmente y generalmente aceptadas, para cumplir con las finalidades deseadas con referencia al producto". Henderson, James A. Jr. *Judicial Review of Manufacturer's Conscious Design Choices. The Limits of Adjudication*, en 73 Colum. L. Rev. 1531 (1973), en adelante citado como *Judicial Review*.

551. Henderson y Twerski, *op. cit.* pp. 507-508. La distinción ha sido reconocida por la jurisprudencia norteamericana, por ejemplo, en el caso *Bowman v. General Motors Corp.*, 427 F. Supp. 234 (E.D. Pa. 1977), en el que se discutía la responsabilidad del fabricante de un automóvil que explosionó debido a la posición de su tanque de combustible, luego de una colisión trasera. Noel y Philips, *op. cit.* p. 159.

La determinación de cuál es el *standard* adecuado para determinar la defectuosidad de un producto en los casos de diseño o información es uno de los principales problemas que presenta el diseño de un sistema de responsabilidad por productos. En este sentido, la *Federal Interagency Task Force on Product Liability* señaló como las dos áreas que habían causado mayores dificultades en la formulación de *standards* adecuados para los productores, las correspondientes a la determinación de las condiciones de los productos que constituyen defectos de diseño y de información[552]. En las siguientes páginas intentaremos desarrollar las aproximaciones que se han realizado a este tema. Para ello recurriremos fundamentalmente a la doctrina y a la jurisprudencia norteamericanas, que son las que más han trabajado sobre el concepto de defectuosidad, aunque sin dejar de referirnos a los aportes de la doctrina y la jurisprudencia europeas.

3. Patrones para Apreciar la Defectuosidad

3.1. Defectuosidad y Peligrosidad. Como ya hemos anotado, la cuestión de la defectuosidad desde el punto de vista de la responsabilidad por productos está referida a la seguridad del producto. Un producto es defectuoso debido a una condición particular que lo convierte en riesgoso o peligroso. En consecuencia, los criterios que se utilicen para determinar la defectuosidad de un diseño deberán atender a la seguridad o el peligro que este puede presentar.

3.2. La Defectuosidad Según el Patrón de las Expectativas del Consumidor

3.2.1. Introducción. Una manera de determinar la defectuosidad de un producto estriba en comparar la realidad de éste con las expectativas que al respecto tenía el consumidor. Este análisis rescata las vertientes contractuales de la responsabilidad civil por productos[553]. En tal sentido, la Corte Su-

552. Gingerich, *op. cit.* p. 286.

553. Según Wade, la aproximación inicial al análisis de la defectuosidad de los productos fue realizada en el lenguaje de los casos de responsabilidad por garantía. *"It was said that there was an implied warranty that the goods were of merchantable quality, or were suitable for the purpose for which they were sold. In the case of foodstuffs it was said that they must be wholesome. The reasonable expectations of the buyer were used as guidelines in making the determination". Wade, John W. op. cit.* p. 829. En el mismo sentido, Prosser y Keeton, *op. cit.* p. 698; Franklin y Rabin, *op. cit.* p. 496; y Clark, *The Conceptual Basis cit.* p. 335.

prema de California, en el caso *Barker v. Lull Engineering Co.* pudo afirmar que el análisis de las expectativas del consumidor es de alguna manera análogo a la *warranty of fitness and merchantability* que establece el *Uniform Commercial Code* y refleja el ancestro "de garantía" sobre el que la doctrina de la responsabilidad por productos reposa en parte. Este patrón para medir la defectuosidad de un producto ha sido recogido por el *Restatement of Torts (Second)*[554], por la Corte Suprema de California en su decisión del caso *Barker v. Lull Engineering Co.* y por innumerables otras decisiones emitidas por tribunales norteamericanos; por la Convención del Concejo de Europa sobre Responsabilidad por Productos Defectuosos[555]; por la Directiva de la CEE; así como por la Consumer Protection Act 1987 del Reino Unido.

3.2.2. Contenido

3.2.2.1. Introducción. La formulación clásica del patrón de las expectatias del consumidor es la contenida en los comentarios a la sección 402 A del *Restatement of Torts (Second).* Según el comentario "i" a dicha sección, un producto es defectuoso si "es peligroso en una medida que no sería contemplada por el consumidor ordinario que lo adquiere, con el conocimiento ordinario existente en la comunidad respecto a sus características"[556]. A continuación exploraremos los principales elementos presentes en el patrón de las expectativas del consumidor.

3.2.2.2. Seguridad. Del texto del *Restatement* se desprende con claridad que las expectativas del consumidor que resultarían defraudadas por un producto defectuoso son aquellas que corresponden a la *seguridad* del producto. Un producto defectuoso es aquel que resulta más peligroso de lo que espera el consumidor. Como lo señala el Memorándum Explicatorio a la Propuesta de Directiva del Consejo de la Comunidad Europea, esta definición de defectuosidad "se basa en la seguridad del producto. Es por ello irrelevante el hecho de que el producto sea defectuoso en el sentido que no sea apto para el uso para el cual está destinado. Tal concepto de defectuosidad pertenece a la regulación del contrato de compraventa"[557].

---

554. Sección 402 A comentarios "g" e "i".

555. Hanotiau, *op. cit.* p. 331.

556. Sección 402 A, comentario "i".

557. *Explanatory Memorandum to the Proposal for a Directive, Bulletin of the European Communities 7* (Supp. 11/76), citado por Orban, *op. cit.*

El aspecto de seguridad de un producto comprende tanto los peligros inherentes al mismo cuanto la posibilidad y manera de evitarlos o disminuirlos[558].

3.2.2.3. **Consumidor Ordinario.** Por otro lado, se trata de analizar las expectativas del consumidor en general y no las del particular consumidor o usuario del producto en el caso concreto. Se trata pues, como lo señala adecuadamente el *Restatement,* de atender al grado de seguridad que esperaría del producto en cuestión el consumidor medio. Sin embargo, no es claro si el análisis que se requiere es uno de los que constituyen las expectativas actuales y concretas de los consumidores respecto a un producto, o si se trata de determinar lo que un consumidor hipotético esperaría de dicho producto[559]. Por este motivo, el patrón de las expectativas del consumidor ha dado lugar a críticas, que se examinarán más adelante.

3.2.2.4. **Factores que Determinan las Expectativas del Consumidor.** En la determinación de cuáles son las expectativas del consumidor respecto a la seguridad de un determinado producto, debe atenderse a diversos factores. Entre ellos, cabe mencionar el conocimiento general del público respecto a los peligros inherentes a un determinado producto o el carácter obvio o evidente de tales peligros[560] y la presentación del producto en el mercado[561]. Este último concepto incluye tanto las afirmaciones de carácter "positivo" –que aumentan las expectativas del consumidor– que puedan hacerse respecto a condiciones del producto, mediante la publicidad y otros medios[562]

---

p. 402. En el mismo sentido, Wade considera que se debe analizar "la conciencia anticipada del usuario de los peligros inherentes al producto". Wade, *op. cit.* p. 837. La decisión en el caso Barker expresa también que el producto es defectuoso cuando no es tan seguro como un consumidor esperaría.

558. Wade, *loc. cit.*

559. En una nota a su decisión en el caso *Campbell v. General Motors Corp.* 32 Cal. 3d 112, 126 n. 6, 649 P. 2d 224, 233 n. 6, 184 Cal. Rptr. 891, 900 n. 6 (1982), la Corte Suprema de California explicó que en el análisis de la defectuosidad de un producto según las expectativas del consumidor, debía considerarse *"the expectations of a hypothetical reasonable consumer rather than those of the particular plaintiff in the case".*

560. Wade, *loc. cit.*

561. Directiva de la CEE, artículo 6, inciso a).

562. Prosser, *The Fall of the Citadel cit.* pp. 835-836; Clark, *The Conceptual*

cuanto las afirmaciones de carácter "negativo" –que reducen las expectativas del consumidor– que pueden proporcionarse a través de advertencias o instrucciones[563].

3.2.3. Críticas. A pesar de haber sido empleado de manera generalizada, el patrón de las expectativas del consumidor ha recibido numerosas críticas. A continuación pasaremos revista a las principales.

3.2.3.1. Poco Coherente en su Aplicación a Terceros No Adquirentes. Se ha sostenido que es poco coherente desde un punto de vista lógico aplicarlo como un índice para determinar la defectuosidad de un producto –y por ende la reparabilidad de un daño– cuando la víctima es una persona que no ha adquirido el producto y por ello no se ha formado expectativas respecto a su seguridad. Estos terceros pueden no tener noticias de la existencia del producto. Menos aún tendrán expectativas respecto a su seguridad[564].

Si bien es cierto que de acuerdo con este patrón se trata de medir las expectativas de un consumidor medio y no del consumidor concreto del producto en particular[565], en realidad resulta forzado aplicar las expectativas de los consumidores de un producto como medida del grado de seguridad que éste debe tener con respecto a terceros no usuarios ni consumidores. Como dice Gary Schwartz, cuando el análisis de las expectativas del consumidor se extiende más allá de los adquirentes de productos para incluir a terceros, pierde su racionalidad básica. Asumamos –dice este autor– que un empleador adquiere una maquinaria fabril sabiendo que carece de un accesorio que aumenta su seguridad, pero que es muy costoso; o que una persona que compra un automóvil elige uno con un adorno

---

Basis cit. p. 536; Kessler, *Products Liability cit.* p. 920; Schwartz, G. *Foreword cit.* pp. 475-476; Shapo, Marshall. *A Representational Theory of Consumer Protection: Doctrine, Function and Legal Liability for Product Disappointment*, en 60 Va. L. Rev. 1109 (1974).

563. Wade, *loc. cit.:* Schwartz, G. *Foreword cit.* p. 476; *Consumer Protection Act* 1987, Sección 3 (2) (a); La Directiva de la CEE señala como criterios adicionales para determinar las expectativas del consumidor el uso previsible del producto y el tiempo en que éste se puso en circulación.

564. Clark, *The Conceptual Basis cit.*, p. 335.

565. Clark, *The Conceptual Basis cit.*, p. 336.

puntiagudo que es potencialmente peligroso para los transeúntes. Las personas lesionadas por estos productos, indudablemente deberían poder accionar contra el fabricante bajo la doctrina de la defectuosidad según el criterio de riesgo-beneficio. Pero permitirles demandar al fabricante argumentando que sus propias expectativas han sido defraudadas parece injustificable.

Este criterio fue aplicado por la jurisprudencia norteamericana en el caso *Ewen v. McLean Truckling Co.*[566] Un transeúnte fue atropellado por un camión mientras cruzaba la calzada. En una acción contra el fabricante del camión el transeúnte arguyó que un diseño defectuoso impedía al conductor del vehículo ver a los transeúntes que se encontraban delante y a la derecha de éste. La decisión dictada en primera instancia evaluó la defectuosidad del producto según las expectativas del consumidor. La corte revocó la sentencia apelada debido a que no era apropiado aplicar el criterio de las expectativas del consumidor "a todos aquellos que pudieran ser afectados por el producto"[567].

3.2.3.2. Falta de Expectativas por Parte del Consumidor. No reconoce el hecho de que el consumidor normalmente no tiene expectativas respecto a la seguridad de los productos. En efecto, en muchas situaciones el consumidor no sabría qué grado de seguridad esperar en un producto debido a que no tiene ni idea de qué tan seguro puede hacerse el producto[568]. La complejidad tecnológica de muchos productos fabricados en nuestra época impide que el consumidor pueda formarse una idea adecuada de la seguridad de estos[569]. Por otro lado, la inmensa gama de posibles usos de los productos y de circunstancias en las que estos pueden verse envueltos hacen que sea prácticamente imposible que los consumidores tengan expectativas defi-

566. 300 Or. 24, 706 P. 2d 929 (1985).

567. Nótese que se habla acá de expectativas *actuales* y no de expectativas *razonables.* Para Schwartz no es admisible formular el *test* de las espectativas de consumidor en términos de expectativas razonables, pues en tal situación pierde todo contenido. Schwartz, G. Foreword *cit.* p. 473.

568. Wade, *op. cit.* p. 829. En el mismo sentido, Keeton, Page The Meaning of Defect *cit.*, p. 591, quien expresa que "hay una asunción falaz subyaciendo al patrón de las expectativas del consumidor en el sentido que el consumidor sabe lo que está comprando". Ver también Severson, *op. cit.* p. 233.

569. Clark, The Conceptual Basis *cit.* pp. 335-336.

nidas respecto a todas ellas. Por ello, se ha sostenido que este patrón lleva la subjetividad a un grado extremo[570].

Considérese, por ejemplo, el caso de *Heaton v. Ford Motor Co.*[571] El demandante adquirió una camioneta rural fabricada por la demandada para utilizarla con fines de recreo. Al estar conduciendo sobre una carretera asfaltada a una velocidad normal, golpeó una roca de unas cinco o seis pulgadas de diámetro. La camioneta siguió su camino por aproximadamente 35 millas y luego se salió de la pista y volcó. Aparentemente el golpe con la piedra causó que el aro de la llanta se separara en dos partes. La corte estableció que "cuando la falla del producto ocurre bajo condiciones respecto a las que la persona promedio tiene experiencia, los hechos del accidente pueden constituir una base suficiente para. . . decidir si las expectativas del consumidor fueron defraudadas. Las colisiones a alta velocidad con piedras grandes no son tan comunes, sin embargo, como para que la persona promedio supiera qué esperar bajo las circunstancias".

Es claro que puede decirse que los consumidores no esperan productos defectuosos. Pero si uno parte de esta afirmación el análisis según las expectativas del consumidor se vuelve absolutamente indeterminado: el producto es defectuoso si defrauda las expectativas del consumidor y el producto defrauda las expectativas del consumidor si es defectuoso[572]. En este sentido, probablemente lo único que puede decirse es que los consumidores esperan que los productos hayan sido diseñados inteligentemente, a la luz de las contingencias previsibles, con la seguridad de los consumidores en mente[573].

Por otro lado, puede sostenerse que una manera adecuada de apreciar las expectativas del consumidor es tener en cuenta la manera cómo el producto ha sido presentado al público. Como dice Marshall Shapo, las decisiones que establezcan responsabilidad por decepciones relacionadas con productos

570. Los autores de la MUPLA, escriben que "*the consumer expectation test takes subjetivity to its most extreme end. Each trier of fact is likely to have a different undestanding of abstract consumer expectations*". Citado por Henderson y Twerski, *op. cit.* p. 529.

571. 248 Or. 467, 435 P. 2d 806 (1967).

572. Schwartz, G. Foreword *cit.*, pp. 478-479.

573. Schwartz, G. Foreword *cit.* p. 479. En el mismo sentido, Prosser y Keeton, *op. cit.* p. 699.

deberían centrarse inicial y principalmente en la imagen del producto que es hecha, causada o permitida por el vendedor[574]. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que en muchos casos la imagen del producto presentada no es tan concreta como para despertar expectativas respecto a la seguridad en el consumidor[575].

3.2.3.3. Las Expectativas del Consumidor No Son un Patrón Adecuado para Medir la Defectuosidad. Aún en el caso que existan expectativas del consumidor respecto a la seguridad de un producto y que estas puedan ser determinadas, probablemente tales expectativas no serán adecuadas como patrones para determinar la defectuosidad de un producto por las siguientes razones:

3.2.3.3.1. Pueden limitarse a lo que constituye la costumbre en una industria determinada. En efecto, el uso de la expresión "expectativas" podría ocasionar que se entienda que el límite de la seguridad del producto es lo que constituye la costumbre en el tráfico del producto en cuestión, bajo el argumento de que esto es lo que el consumidor se ha acostumbrado a esperar[576].

3.2.3.3.2. Pueden no tener relación con las medidas que resulta tecnológica y económicamente factible tomar para reducir los riesgos de los productos. El consumidor puede esperar de un producto un grado de seguridad mayor que el que resulta técnica o económicamente posible establecer[577]. En tal sentido, puede determinarse la defectuosidad de un diseño conscientemente adoptado por el fabricante sin tener en cuenta los factores evaluados por éste al hacer la opción de diseño correspondiente[578].

---

574. Shapo, Marshall, *op. cit.*

575. Schwartz, G. Foreword *cit.* p. 476, nota 241, critica la tesis de Shapo basándose en el argumento de que en los casos en que las manifestaciones del fabricante tengan un grado de especificidad como para influir las expectativas del consumidor, serán de aplicación las *causes of action* de *misrepresentation* y *express warranty*.

576. Wade, *op. cit.* p. 834 nota 30; En este sentido, afirma Severson que las "*consumer expectations reflect industrial practices and can be very low if consumers become accustomed to dangerously designed products*". Severson, *op. cit.* p. 233, nota 54. Como dijo la Corte Suprema de California en su decisión del caso *Cronin v. J.B.E. Olson Corp*, debe rechazarse un criterio que permita que la baja estima en que el público tenga a los productos de un determinado fabricante impida el resarcimiento de los daños causados por éstos. Henderson y Twerski, *op. cit.* p. 538.

577. Orban, *op. cit.* p. 387.

578. Keeton cita el caso de *General Motors Corp. v. Simmons*, 545 S.W. 2d.

3.2.3.3.3 Pueden no tener en consideración los beneficios que proporciona un producto. En este sentido, de acuerdo con las expectativas del consumidor, puede considerarse defectuoso a un producto que a la larga resulta beneficioso, por el sólo hecho de tener un peligro oculto. Señala W. Page Keeton que este criterio puede resultar "identificando como defectuosamente peligrosos a productos que claramente no lo son"[579] Este autor cita como ejemplo el caso de la penicilina, un producto que cuando se introdujo por primera vez en el mercado presentaba un peligro del cual no se tenía conocimiento. A pesar de sus inmensos beneficios, la penicilina hubiera sido considerada un producto defectuoso por defraudar las expectativas del consumidor[580].

3.2.3.3.4. No resultarán defraudadas por condiciones peligrosas de los productos que resultan obvias o evidentes. Bajo el patrón de las expectativas del consumidor, una víctima nunca podría obtener resarcimiento por los daños sufridos como resultado de un riesgo inherente al diseño de un producto que hubiera sido obvio o evidente o materia de una advertencia adecuada[581]. Tal condición no hubiera podido defraudar las expectativas del consumidor debido a que éste tenía o debía tener conocimiento de ella. En consecuencia, se promovería el uso de advertencias aun en los casos en que sería factible eli-

---

502 (Tex. Civ. App. 1976) rev'd, 558 S.W. 2d 855 (Tex 1977), en el que el demandante resultó con lesiones en los ojos luego de chocar mientras viajaba en un vehículo fabricado por la demandada. La lesión fue causada por partículas del vidrio usado en la ventana lateral del vehículo que se destrozó con el impacto. Esta luna estaba hecha de vidrio templado, que se rompe en partículas pequeñas, y no de vidrio laminado que se rompe en partículas más grandes, no susceptibles de causar lesiones. Se estableció la responsabilidad del fabricante debido a que el uso del vidrio templado era desconocido para el consumidor y, por ello, defraudaba sus espectativas. Sin embargo, no se tuvo en cuenta que el costo del vidrio laminado era mucho mayor que el del vidrio templado. Keeton, Page E. *The Meaning of Defect cit.* pp. 591-592. Ver también Saba, John. *Aircraft Crashworthiness: Some Legal and Technical Parameters*, en 48 Jour. of Air L. and Comm. 287, 322 (1983).

579. Keeton, *The Meaning of Defect cit.* pp. 590-591. Ver también Prosser y Keeton, *op. cit.* p. 698; y Keeton, W. Page *Annual Survey of Texas Law 1979*, en 33 S.W. L.J. 1, 9 (1979).

580. Keeton, Page E. *The Meaning of Defect cit.*, pp. 590-591.

581. Keeton, *The Meaning of Defect cit.* p. 589. En el mismo sentido, Prosser y Keeton, *op. cit.* p. 698; Clark, *The Conceptual Basis cit.*, p. 335; Severson, *op. cit.* p. 232.

minar o reducir los riesgos del producto a través de un cambio en el diseño, factible tecnológica y económicamente[582]. Así mismo, se promovería el diseño de productos cuyos riesgos son obvios, en lugar de productos con menos peligros.

3.2.3.4. Obligaría a la Víctima a Probar su Ausencia de Culpa. Otra crítica formulada al patrón de las expectativas del consumidor estriba en que el uso de este criterio pondría al demandante en la posición de tener que probar –para acreditar que el producto era defectuoso– que no estaba consciente de la condición peligrosa de éste. Tal requisito implica, en la práctica, forzar al demandante a descartar la existencia de negligencia contributoria, lo que constituye una inversión de la carga de la prueba en este extremo. En efecto, la culpa de la víctima es una defensa positiva que, de ser alegada por el demandado, debe ser probada por éste[583].

3.2.4. Derivaciones del Patrón de las Expectativas del Consumidor. El patrón de las expectativas del consumidor fue formulado inicialmente en términos de lo que un consumidor ordinario, con el conocimiento promedio de la comunidad respecto a las características de un producto esperaría de la seguridad de éste[584]. En este sentido, la corte en el caso *Barker* pudo afirmar que este análisis era análogo al establecido para las garantías contempladas en el *Uniform Commercial Code.* Sin embargo, en un intento de dotar de flexibilidad a este *test* y de evitar los inconvenientes que conciernen a la determinación de cuáles son, efectivamente, las expectativas de los consumidores respecto al grado de seguridad de un producto en unas determinadas circunstancias, muchas cortes lo han formulado, ya no en función de las expectativas *actuales* que puede tener el consumidor ordinario o el consumidor concreto del producto, sino en función de las expectativas que *un hipotético consumidor razonable* tendría sobre la seguridad del producto[585].

En nuestra opinión la formulación del *test* de las expectativas del con-

582. Clark, *Strict Liability for Products Defects cit.* p. 138.

583. Brook, Steve. *Patent Hazards cit.*

584. *Restatement,* Sección 402 A, comentario "i".

585. Henderson y Twerski, *op. cit.* pp. 545-550.

sumidor en tales términos ocasiona que éste pierda su individualidad y derive en el análisis de costo-beneficio. En efecto, desde el momento en que no se consideran las expectativas actuales que el público tenga respecto a un producto, sino las que razonablemente podría tener, el análisis se convierte en uno de razonabilidad, considerada desde el punto de vista del consumidor. En este sentido, no se diferencia del análisis de costo beneficio, que implica también un juicio de razonabilidad, desde el punto de vista del fabricante. Como señala Keeton, ambos patrones envuelven un balance de riesgo contra utilidad, uno desde el punto de vista del vendedor que tuviera conocimiento de los riesgos, y el otro desde el punto de vista del consumidor que también conociera los peligros[586]. "En realidad, concluye este autor, los patrones son uno y el mismo porque la 'persona razonable' llegaría siempre a la misma conclusión respecto a si los riesgos son o no irrazonables, ya sea puesta en el papel de vendedor o en el de comprador"[587].

La formulación del patrón de las expectativas del consumidor, tal como está contenido en el artículo 6 de la Directiva de la CEE lleva esta tendencia al extremo. En efecto, según dicho dispositivo, "un producto es defectuoso cuando no ofrece la seguridad a la que *una persona tiene legítimamente dere-*

---

586. Se imputa al consumidor conocimiento de los riesgos porque el consumidor razonable conocería los riesgos que serían razonablemente conocibles, lo mismo que el fabricante. En tal sentido, las espectativas del consumidor razonable serán siempre un producto que no sea irrazonablemente peligroso.

587. Keeton W. Page, Torts, en *Annual Survey of Texas Law*, en 33 S.w.L.J. 1, 10 (1979). La acotación de Keeton es formulada respecto a la decisión de la Corte Suprema de Tejas en el caso *Henderson v. Ford Motor Co.*, en el cual se adoptó un *test* bifurcado semejante al empleado en el caso *Barker*. Para Keeton ambas ramas del test, si se formulan las expectativas del consumidor en términos de racionalidad, tienen el mismo contenido. En el mismo sentido se expresa Gary Schwartz, Foreword *cit.* p. 479, quien señala que cuando se trata de un producto complejo, respecto al cual el consumidor ordinario no tiene espectativas actuales, se tratará de aplicar un criterio de razonabilidad. En tal caso, añade *"this test test collapses into the manufacturer-oriented risk/benefit standard"*. Ver también el fallo de la Corte Suprema del estado de Oregón en el caso *Phillips v. Komwood Machine Co.*, 269 Ore. 485, 525 P. 2d 1033 (1974), en el que, al considerar si resultaba más apropiado utilizar un patrón orientado en el usuario o en el fabricante para determinar la defectuosidad del diseño de un producto, estableció que los patrones tendrían el mismo resultado porque un vendedor razonable vendería el mismo producto que un consumidor razonable esperaría recibir. Keeton, *id.* p. 11.

cho. . ."[588]. En este caso, las expectativas del consumidor que interesan no son las actuales, ni tampoco las razonables, sino aquellas que tiene derecho a tener una persona. Desaparecen pues del patrón tanto el consumidor, que es reemplazado por una persona ideal, consumidora o no. Y también desaparecen las expectativas, puesto que estas ya no interesan, sino que debe atenderse al grado de seguridad al que legítimamente se tiene derecho.

Cabe preguntarse, entonces, cuándo es defectuoso un producto. La respuesta de acuerdo con el criterio de la Directiva de la CEE será "cuando no tenga el grado de seguridad que debe legítimamente tener". Pero esta respuesta no nos dice nada. Tendremos, entonces, que recurrir al patrón de riesgo-beneficio para inquirir respecto al grado de seguridad que un producto debe legítimamente tener. Podemos concluir, pues, que las formulaciones del patrón de las expectativas del consumidor que hemos analizado en este acápite, tienen de él sólo la forma, pues en el fondo constituyen novedosas maneras de sugerir un análisis de costo-beneficio.

3.2.5. Apreciación. A pesar de la certeza de las características que se le hacen, el *consumer expectation test* tiene la indudable ventaja de atender a un factor fundamental: la manera como los productos son comercializados en el mercado y la falta de información del consumidor respecto a sus peligros. En efecto, las técnicas de *marketing* y de promoción de productos a través de los medios de comunicación masiva pueden tener una gran influencia en la imagen de un producto[589]. Como resultado de ello es muy frecuente que los productos se desvíen de lo que el consumidor espera razonablemente que

588. Podría pensarse que al ser una Directiva que dispone la uniformización de las legislaciones internas de los Estados miembros, la Directiva de la Comunidad Europea tiene razones para ser flexible y establecer un patrón de defectuosidad un tanto ambiguo, de manera que los Estados miembros puedan contar con la debida libertad para precisar el concepto de defectuosidad de una manera armónica con el resto de su legislación nacional. Sin embargo, esta hipótesis resulta desmentida por el caso de la Consumer Protection Act 1987 de la Gran Bretaña, que en su sección 3 no hace más concreta en ninguna manera la determinación de la defectuosidad. Por el contrario, aclara que las espectativas que interesan son aquellas que *las personas, generalmente*, tienen el derecho a tener ("[*such*] *as persons generally are entitled to expect*"), con lo que evita la posibilidad que la expresión "una persona" contenida en la Directiva se interprete como referida a la víctima en particular.

589. Kessler, Products Liability *cit*. p. 926; Prosser, The Fall of the Citadel *cit*. pp. 835-836.

sean[590]. Por otro lado, la ausencia de instrucciones o advertencias apropiadas puede causar que los consumidores o usuarios carezcan de información respecto de los riesgos de los productos y la manera de evitarlos o reducirlos. En estos casos la imagen errónea o la falta de información que el consumidor tiene pude influir para que los riesgos inherentes al uso o consumo del producto aumenten. El criterio de las expectativas del consumidor resulta valioso en cuanto atiende a estos factores. Por ello, consideramos que tiene un papel que jugar en la determinación de la defectuosidad del diseño de los productos[591].

3.3. La Defectuosidad de Diseño según el Análisis de Riesgo - Beneficio

3.3.1. Introducción. Ante las dificultades que presentaba la apreciación de la defectuosidad de los diseños de productos según el patrón de las expectativas del consumidor, las cortes y la doctrina tuvieron que formular un análisis alternativo. Para ello, fue natural que recurrieran al patrón de riesgo-utilidad desarrollado por el juez Learned Hand en el caso *United States y Carroll Towing*. Como señalan Henderson y Twerski, si este *test* es capaz de determinar si un lanchero fue razonable al dejar su lanchón en lugar de incurrir en los costos ocasionados por su permanencia a bordo, debe también ser capaz de decidir si un producto tiene un diseño razonable al no contar con un determinado accesorio de seguridad[592]. Al realizar esta evolución las cortes meramente estaban reconociendo la deuda de la doctrina de la responsabilidad estricta por productos frente al principio extracontractual de responsabilidad por negligencia, el cual, históricamente ha sido entendido por la doctrina y las cortes anglosajonas como involucrando un análisis de costo-beneficio[593]. En este sentido, John W. Wade, uno de los pioneros del análisis de costo-beneficio aplicado a la responsabilidad por productos expresaba en un

590. Schwartz, Gary, Foreword *cit.* p. 454. Este autor repara en el hecho de que los propulsores de las teorías económicas sobre la responsabilidad por productos asumen que existe perfecta información por parte de los consumidores respecto a los peligros de los productos, cuando en realidad la situación parecería ser contraria. El *test* de las espectativas del consumidor reconoce este problema de falta de información. id. pp. 471, 475 y 476.

591. En este sentido, Clark, The Conceptual Basis *cit.* p. 336.

592. Henderson y Twerski, *op. cit.* p. 512. Los autores señalan que, incluso podría decirse que la decisión *Carroll Towing* analizó la cuestión de "cómo debería ser diseñada una operación de balsaje razonable".

593. Schwartz, G. Foreword. *cit.* p. 449.

artículo publicado en 1973: *"The time has now come to be forthright in using a tort way of thinking and tort terminology"*[594]

En el progresivo establecimiento del patrón de riesgo-beneficio como criterio para determinar la defectuosidad de un diseño, las cortes y los autores norteamericanos dieron una nueva interpretación a la sección 402A del *Restatement of Torts (Second)*. Como se recordará, tal sección establece la responsabilidad del vendedor por los daños causados por un producto puesto en el mercado en una condición defectuosa irrazonablemente peligrosa *(a product in a defective condition unreasonably dangerous)* y los comentarios "g" e "i" definen ambos conceptos (el de defectuoso y el de irrazonablemente peligroso) en términos de las expectativas del consumidor. Al reparar en la insuficiencia del criterio de las expectativas del consumidor, la doctrina y la jurisprudencia norteamericana pusieron acento en la expresión *unreasonably dangerous* del *Restatement* y en su connotación extracontractual. Así, dicen Mongomery y Owen que *"although the phrase unreasonably dangerous is defined in terms of the failure of a consumer's expectancy interest, the inquiry must proceed further because of the clear tort flavour with which the phrase is imbued"*[595]. En el mismo sentido, Wade señala que, aún a pesar de sus deficiencias[596], la expresión *unreasonably dangerous* tiene la ventaja de indicar que el patrón para medir la defectuosidad implica la consideración de diversos factores[597].

En la actualidad el análisis de costo-beneficio es el empleado mayoritariamente por las cortes norteamericanas para determinar la defectuosidad del diseño de un producto. Como ejemplos pueden citarse los casos del estado de Maryland, cuya Corte Suprema adoptó la sección 402 A del *Restatement* y el patrón de las expectativas del consumidor en el caso *Phipps v. General Motors Corp.*, pero insinuando que el análisis de la defectuosidad de un diseño invo-

---

594. Wade, John E. *op. cit.* p. 834.

595. Montgomery y Owen, *Reflections on the Theory and Administration of Tort Liability for Defective Products*, en 27 S.C.L. Rev. 803, 812-813. Citado por Clark, The Conceptual Basis of Product Liability *cit.* p. 330.

596. Wade critica el uso de la expresión *unreasonably dangerous* por el *Restatement* expresando que *"it may suggest and idea like ultrahazardous, or abnormally dangerous, and thus give rise to the impression that the plaintiff must prove that the product was unusually or extremely dangerous"* Wade, *op. cit.* p. 832.

597. Wade, *op. cit.* p. 833.

lucra un proceso de balanceo de diversos factores[598], criterio que fue confirmado y explicitado en el caso *Troja v. Black & Decker Manufacturing Co.*[599]: de Nueva Jersey que adoptó el análisis de costo-beneficio en el caso *Cepeda v. Cumberland Engineering Co.*[600], en el que la corte empleó el patrón de defectuosidad enunciado por Wade y cuya Corte Suprema, en su decisión del caso *O'Brien v. Muskin Corp.*,[601] expresamente reconoció que, aunque existen diversos patrones para evaluar la defectuosidad de un diseño, el que consiste "en una comparación entre la utilidad del producto y el peligro que implica para el público ha ganado prominencia"[602]; de Tejas, cuya Corte Suprema adoptó el análisis de costo-beneficio como único patrón para evaluar la defectuosidad del diseño de un producto en el caso *Turner v General Motors Corp.*[603], y de California, que adoptó este criterio como una de las maneras de apreciar la defectuosidad del diseño de un producto en el caso *Barker v Lull Engineering Co.*

3.3.2. Contenido

3.3.2.1. Introducción. El análisis de costo-beneficio parte de la constatación de que prácticamente todos los productos tienen riesgos y beneficios y que, en consecuencia, no hay manera de evaluar la defectuosidad del diseño de un producto sin tener en consideración dichos factores[604]. De esta manera se pretende lograr un equilibrio justo en la protección de los intereses del consumidor, sin someter al fabricante a una responsabilidad ilimitada[605]. Un

598. 278 Md. 337, 363 A. 2d 955 (1976).

599. 62 Md. App. 101, 488 A. 2d 516 (1985).

600. 76 N.J. 152 (1978).

601. 94 N.J. 169, 463 A. 2d 298 (1983).

602. Henderson y Twerski, *op. cit.* p. 553.

603. 584 S.W. 2d 844 (Tex. 1979).

604. Keeton, Page E. The Meaning of Defect *cit.* p. 594.

605. Severson, *op. cit.* p. 245. Según este autor, el análisis de costo-beneficio protege los intereses de los consumidores porque elimina el requisito de la culpa para la reparabilidad de los daños causados por productos. Asimismo, evita someter a los fabricantes a una responsabilidad ilimitada porque no estarán sujetos a responsabilidad por los daños que pudieran causar los productos cuyos beneficios sean mayores que sus peligros. Severson, *loc. cit.* nota 139.

producto tendrá un diseño defectuoso si la magnitud del riesgo creado por la condición peligrosa del producto es mayor que la utilidad social de ponerlo en el mercado con esa condición peligrosa[606].

La determinación de la defectuosidad de un diseño según este criterio implica un juicio de razonabilidad. El producto será defectuoso si un hombre razonable concluiría que sus aspectos negativos tienen mayor peso que sus aspectos positivos. En este sentido, el análisis de costo-beneficio es similar al que se realiza para establecer la existencia de negligencia[607]. Algunos autores han afirmado por ello que no existe mayor diferencia entre el análisis de costo-beneficio aplicado al diseño de un producto y la determinación de si la conducta del fabricante al optar por tal diseño fue negligente. Sin embargo, ambos juicios se diferencian en que uno se centra en la conducta de una persona, para determinar si ésta fue razonable y otro se centra en las condiciones objetivas de un diseño.

En efecto, como hemos visto ya al tratar sobre el fundamento de la responsabilidad por productos, mediante el análisis de costo-beneficio de un producto, lo que se trata de establecer es si la magnitud del peligro en los hechos, tal como se establece al momento del juicio, es superior a la utilidad del producto, evaluada también objetivamente[608]. No interesa, pues, el peligro o la utilidad que el fabricante conocía o estaba en condiciones de conocer al momento de hacer la elección de diseño o de poner el producto en el mercado –lo que sería fundamental para establecer la razonabilidad de su conducta– sino, exlusivamente, las circunstancias objetivas que influyen en la utilidad o riesgo del producto[609]. Por ello, en las formulaciones más conocidas del *test* de riesgo-beneficio se imputa al fabricante un conocimiento absoluto de los peligros y la utilidad del producto, objetivamente considerados, y se inquiere si, con ese conocimiento, hubiera sido negligente en ponerlo en el mercado. Si la respuesta es afirmativa, el producto será defectuoso[610]. Esta es, pues, la esencia del *ex post Learned Hand test.*

---

606. Keeton, Page E. *Product Liability and the Meaning of Defect*, en 5 St. Mary's L J. 30, 37 (1973), citado por Wade, *op. cit.* p. 835.

607. Keeton, W. Page. Torts, en Annual Survey of Texas Law 1979, *cit.* p. 8.

608. Keeton, W. Page. The Meaning of Defect *cit.* p. 592. Este autor utiliza la expresión *"danger-in-fact"*.

609. Clark, The Conceptual Basis *cit.* p. 331.

610. Wade, *op. cit.* p. 834 expresa: *"The simplest and easiest way, it would seem, is to asume that the defendant knew of the dangerous condition*

3.3.2.2. **Factores a Analizarse**. La utilidad y el riesgo de un producto resultan determinados por diversos factores. Se trata de analizar los riesgos y ventajas que presenta un diseño particular de un producto. En este sentido, deben tenerse en cuenta factores tales como la utilidad del producto para los consumidores particulares y la sociedad en general, la magnitud de los peligros del producto y la posibilidad de que estos lleguen a materializarse causando algún daño, etc. La determinación de la existencia de un defecto de diseño según el análisis de costo-beneficio implica, pues, la evaluación de numerosos factores que se interrelacionan. Ello se verá más claro al examinar, seguidamente, las principales formulaciones de éste patrón.

3.3.2.3. **Formulación por Diversos Autores**. El test de riesgo beneficio ha sido formulado por numerosos autores de maneras muy diversas y con acento en distintos factores. A continuación reseñamos algunas de las principales.

3.3.2.3.1. **W. Page Keeton**. Una de las formulaciones clásicas de test de riesgo-beneficio es la de W. Page Keeton. Según este autor, "un producto es defectuoso en diseño si un persona razonable concluiría que la magnitud del daño del hecho, tal como se prueba ser en el juicio, es mayor que la utilidad del producto"[611]. La utilidad del diseño –siempre según Keeton– se ve afectada por tres consideraciones. "La primera y más importante de ellas es una evaluación de las necesidades o deseos que son satisfechos por el producto... Segundo, la utilidad del diseño es afectada por la factibilidad económica y tecnológica, y la practicidad, de servir la necesidad con productos alternati-

---

of the product and ask whether he was the negligent in putting it on the market or suplying it to someone else. In other words, the scienter is supplied as a matter of law and there is no need for the plaintiff to prove its existence as a matter of fact". Este es el llamado *hindsight negligence test.* Keeton, W. Page. formula el test de riesgo/beneficio de la siguiente manera *"if a reasonable person would conclude that the danger-in-fact, whether forseeable or not, outweights the utility of the product"* Prosser y Keeton *op. cit.* p. 699. Sin embargo, esta opinión es muy discutida, en razón de considerar algunos autores que el *standard* de responsabilidad aplicable a los defectos de diseño es únicamente uno de negligencia, más no de responsabilidad estricta. Debe tenerse presente que Keeton distingue entre su formulación del patrón de riesgo-beneficio y el *hindsight negligence test.* Este último, dice Keeton, puede llevarse al extremo de imponer responsabilidad a un fabricante por no advertir de un peligro desconocido si, en caso de haberlo conocido, hubiera sido negligente en vender el producto sin advertencias. Keeton W. Page y otros, *op. cit.* p. 702.

611. Keeton, W. Page, The Meaning of Defect *cit.* p. 592.

vos... que causen menos daño... Tercero, la utilidad del diseño es afectada por la factibilidad tecnológica y económica de servir las necesidades sociales con un producto más seguro"[612].

Por su parte, la magnitud del peligro es afectada por cuestiones tales como "la probabilidad de que ocurran hechos que ocasionen daño debido al mal uso o uso no previsto así como debido al uso correcto y previsto [del producto], la seriedad del daño que es probable que resulte cuando tales hechos ocurran, y la naturaleza obvia del peligro y, por tanto, la medida en que el daño pueda ser evitado por un uso adecuado"[613].

3.3.2.3.2. John W. Wade. Quizás la versión más influyente –y más citada por las cortes– del patrón de riesgo beneficio es la propugnada por John W. Wade. Para Wade la determinación de la defectuosidad del diseño de un producto requiere, la evaluación conjunta de los siguientes factores:[614]

a) La utilidad y deseabilidad del producto – su utilidad para el usuario el público en general.
b) Los aspectos de seguridad del producto – la probabilidad de que cause daño y la magnitud del daño.
c) La disponibilidad de un producto sustituto que satisfaga la misma necesidad sin ser tan peligroso.
d) La capacidad del fabricante para eliminar el carácter inseguro del producto sin menguar su utilidad o hacer demasiado costoso mantener su utilidad.
e) La habilidad del usuario para evitar el peligro mediante el ejercicio de cuidado en el uso del producto.
f) La conciencia anticipada del usuario respecto a los peligros inherentes al producto y su evitabilidad, debido al conocimiento del público en general, a la condición obvia del producto o a la existencia de advertencias o instrucciones adecuadas.
g) La factibilidad, de parte del fabricante, de diluir la pérdida mediante la fijación del precio de sus productos o la contratación de seguros de responsabilidad civil.

---

612. Keeton, W. Page, *The Meaning of Defect.* pp. 592-593.

613. Keeton, W. Page. *Torts*, en Annual Survey of Texas Law 1980, 34 S.W. L.J. 1, 9 (1980).

614. Wade, John W. *op. cit.* pp. 837-838.

3.3.2.3.3. Otras Versiones. Existen numerosas otras versiones del *test* de riesgo-beneficio. La variedad de los factores que se proponen para determinar la defectuosidad de un producto son un reflejo de la flexibilidad de este tipo de análisis, así como de la complejidad de la labor de determinar si una condición determinada de un producto debe dar lugar a la imposición de responsabilidad al fabricante. Dos autores cuyas formulaciones presentan puntos de vista bastante interesantes son los siguientes[615]:

3.3.2.3.3.1. Marshall Shapo. Una interesante versión del test de riesgo-beneficio, que pone su más fuerte énfasis en la imagen del producto –y por ello en las expectativas del consumidor– es la formulada por Marshall Shapo. Para este autor la determinación de la defectuosidad de un producto debe centrarse en la disconformidad entre la realidad de éste y "la imagen del producto hecha, causada o permitida por el vendedor"[616]. "Esta imagen", continúa Shapo, "debe verse en el contexto de la impresión razonablemente recibida por el consumidor de representaciones y otras comunicaciones que le hayan sido hechas sobre el producto por diversos medios: a través de la publicidad, por la apariencia del producto y por otros medios a través de los cuales el producto proyecta una imagen en la mente del consumidor, incluyendo las impresiones creadas por el acuerdo social generalizado respecto a la función del producto"[617]. En este sentido, el autor propone una relación de trece factores a ser considerados para determinar la defectuosidad de un producto[618].

3.3.2.3.3.2. David Fisher. Para este autor, la determinación de la defectuosidad de un producto debe hacerse poniendo atención en las políticas que sustentan la responsabilidad del fabricante. En tal sentido, propone una relación de factores para analizar las respectivas habilidades del fabricante y del consumidor para difundir el riesgo y para aumentar la seguridad de los productos[619].

---

615. Otras versiones son las de Rheingold, Paul D. Proof of Defect *cit.*, quien propone un *test* de 6 factores; y de Vetri, el que establece un patrón dividiendo los factores entre aquellos que afectan el riego y aquellos que determinan la utilidad del diseño. Vetri, *Products Liability: The Developing Framework for Analysis*, en 54 Ore. L. Rev 293, 310 (1975), citado por Orban *op. cit.* pp. 385-386.

616. Shapo, *op. cit.* p. 1369.

617. *id.*

618. Shapo, Marshall, *op. cit.* pp. 1370-1371.

619. Fisher, David. *Products Liability-Functionally Imposed Strict Liability*,

3.3.3. Críticas

3.3.3.1. Introducción. El análisis de riesgo-beneficio ha recibido numerosas críticas. Estas pueden dividirse entre aquellas que se refieren al análisis de costo-beneficio en general y aquellas que impugnan específicamente su aplicación a la determinación de la existencia de un defecto de diseño para efectos de la responsabilidad por productos. Las críticas del primer grupo han sido ya materia de estudio, por lo que nos referiremos ahora únicamente a las segundas. Estas se centran en dos aspectos: en primer lugar, la factibilidad de decidir racionalmente casos de defectos de diseño en aplicación del análisis de costo-beneficio; y, en segundo lugar, la potencial injusticia de los resultados que se obtengan mediante su aplicación.

3.3.3.2. Factibilidad de Aplicación Racional a Casos de Defectos de Diseño. Según el profesor James A. Henderson Jr.[620] el análisis de costo-beneficio no constituye un método que permita la adjudicación de los casos de responsabilidad por defectos de diseño, debido al grado de complejidad que éstos presentan. En este sentido, argumenta que el determinar si un diseño de un producto es o no defectuoso, de acuerdo con un criterio de costo-beneficio, constituye un problema *policéntrico*, no susceptible de ser resuelto mediante un proceso de adjudicación[621].

De acuerdo con Henderson, el sistema de adjudicación es aquel que permite la resolución de los problemas sociales mediante un proceso en el cual se asegura a las partes involucradas una participación, consistente en la presentación de pruebas y argumentos en su favor. En este sentido, el sistema adjudicativo presupone la existencia de un tribunal imparcial que determine las reglas aplicables y su influencia en el caso, así como de reglas suficientemente específicas en su contenido como para permitir a las partes argumentar que la aplicación correcta de las reglas determina un cierto resultado, que el tribunal está obligado a alcanzar.

---

32 Okla. L. Rev 93, 114 (1979), citado por Henderson y Twerski, *op. cit.* pp. 599-600. Ver también Orban, Comparative Legal Restatement *cit.* p. 386.

620. Henderson, James A. Judicial Review *cit.*

621. El concepto de policentricidad y la inadecuación de los problemas de este tipo para ser resueltos mediante un proceso de adjudicación son temas desarrollados por el Profesor Lon Fuller, a quien cita Henderson. Ver Fuller, *Adjudication and The Role of Law*, en 1960 Pro. Am Soc'y. Intl. L. 1, citado por Clark, The Conceptual Basis *cit.* p. 333 nota 15.

La característica fundamental de los problemas suceptibles de ser resueltos mediante este sistema es la manera cómo los diversos aspectos de cada uno están relacionados entre sí. "Al presentar las pruebas y argumenos en un problema legal", –explica Henderson– "las partes pueden tomar y considerar cada aspecto separadamente, en una secuencia ordenada. El argumento de una parte en el segundo aspecto [del problema] puede estar relacionado y depender de su argumento en el primero, y así sucesivamente; y, similarmente, su argumento en el tercer aspecto puede estar relacionado con su argumento en el segundo. Pero al dirigirse en su momento a cada punto sucesivo, un litigante puede excluir momentaneamente a todos los otros y asumir, para efectos de su argumentación, que la corte alcanzará una decisión favorable en todos los puntos anteriores, [decisión] en la cual [el litigante] se apoya"[622].

En un problema policéntrico, en cambio, todos los aspectos que lo componen se encuentran relacionados de tal manera que un litigante no puede referirse a un aspecto particular sin considerar también a todos los demás. En tales circunstancias, el argumento inicial de un litigante referido a cualquier aspecto del problema cambiaría sustancialmente dependiendo de cómo la corte pudiera reaccionar en relación a cualquiera de los demás aspectos. Por ello, un caso que contenga un número de aspectos interdependientes presentaría innumerables variaciones en cuanto a su análisis y las partes se verían lógicamente obligadas a referirse a todas ellas. La participación significativa de las partes en la solución del problema habría quedado impedida por la naturaleza misma de éste[623].

Para Henderson, la determinación de la defectuosidad de un diseño por las cortes, mediante la aplicación de un análisis de costo-beneficio es imposible de ser efectuada racionalmente por razones de policentricidad. En efecto, dice Henderson, "no existe duda de que los problemas que confronta el ingeniero de producción con respecto al establecimiento de patrones específicos para el diseño y la manufactura de su producto están entre los problemás más policéntricos que se puedan imaginar. Debido a que la absoluta segu-

---

622. Henderson y Twerski, *op. cit.* pp. 581-582.

623. Henderson grafica la naturaleza de un problema policéntrico de la siguiente manera: "*polycentric problems are many-centered problems, in which each point of decision is related to all others as are the strands of a spider web. If one strand is pulled, a complex pattern of readjustments will occur throughout the entire web. If another strand is pulled, the relationships among all the strands will again be readjusted*". Henderson y Twerski, *op. cit.* pp. 582-583.

ridad no es alcanzable y –en cualquier caso– no es el único objetivo deseable del diseño del producto, el ingeniero debe asignar valores relativos a una multitud de factores... interrelacionados... Respuestas inteligentes a la cuestión de cuánta seguridad en el producto es suficiente sólo podrán obtenerse mediante un proceso que considere factores tales como el precio de mercado, la utilidad funcional y la estética, así como la seguridad, y obtenga el balance apropiado entre todos ellos. Finalmente, la pregunta se reduce a qué porción de los limitados recursos de la sociedad se destinará a la seguridad, dejando por lo tanto menos para ser dedicados a otros objetivos sociales". Una corte que pretendiese evaluar la defectuosidad de un diseño de acuerdo con un criterio de costo beneficio –y por tanto su grado de seguridad razonable– tendría que evaluar también todos estos factores interrelacionados, lo que presenta serios problemas de policentricidad.

Henderson concluye sosteniendo que el sistema judicial no es institucionalmente adecuado para establecer cuál es el grado de seguridad razonable en un producto. Por ello, propone que, al juzgar la defectuosidad de un diseño, las cortes adopten y apliquen los patrones ya establecidos por otras instituciones, que cuenten con procesos de decisión más adecuados para la solución de problemas policéntricos[624].

La posición de Henderson ha merecido resistencias, sosteniéndose que los problemas inherentes a la determinación de la defectuosidad del diseño de un producto no son realmente policéntricos. Así, expresa el Profesor Aaron D. Twerski[625] que en los casos mencionados por el Profesor Fuller[626], las cortes enfrentan problemas en los cuales no existe un punto central que se convierta en el eje sobre el cual se mueven todas las consideraciones. En cambio, en los litigios sobre el diseño de un producto, lo opuesto es cierto. "Ad-

---

624. Henderson y Twerski, *op. cit.* p. 584.

625. Twerski, Aaron D. y otros. *The Use and Abuse of Warnings in Products Liability: Design Defect Litigation Comes of Age*, en 61 Cornell L. Rev. 495, 526 (1976). Es interesante notar que Henderson y Twerski, coautores de la obra que hemos citado tantas veces, mantienen un cordial desacuerdo respecto a este punto, que fue materia de un interesante debate a través de artículos publicados en revistas de derecho.

626. Fuller menciona como ejemplos de problemas policéntricos los constituídos por la división de una gran colección artística entre dos museos de arte, el establecimiento de controles de precios y de remuneraciones generales, y la formación de un equipo de fútbol. Fuller, Lon. *The Form and Limits of Adjudication*, en 92 Harv. L. Rev. 353, 397-398 (1978), citado por Schwartz, Gary, Foreword *cit.* p. 450 nota 102.

mitamos" –dice Twerski– "que la seguridad absoluta no es obtenible ni es la única consideración relevante en un caso de diseño defectuoso. Sin embargo, el punto central del caso está claramente definido. Este gira alrededor de la cuestión de si el producto ha alcanzado un mínimo nivel aceptable de seguridad, esto es, si el producto no es irrazonablemente peligroso. En la medida en que factores tales como el costo, la estética y la utilidad funcional son examinados, lo son no aisladamente sino con relación a la seguridad". En el mismo sentido, Gary Schwartz indica que la afirmación de Henderson en el sentido que los casos de defectos de diseño presentan problemas policéntricos parece exagerada[627].

Por otro lado, como manifiesta W. Page Keeton, el análisis de riesgo-beneficio y la consiguiente evaluación de los factores relevantes para estos aspectos es algo que se realiza, conscientemente o no, al juzgarse si existe negligencia en la conducta de alguna persona. Señala Keeton que "cuando se dice que la negligencia es la falta del cuidado que tendría la persona ordinaria [lo que se decide]... es si el sentido de justicia y moralidad de la comunidad justifica el riesgo creado por el demandado mediante su conducta, a la luz de (a) los beneficios que emanan de tal conducta y (b) las maneras alternativas de obtener los mismos beneficios con menos peligro, aunque quizás con alguna carga adicional"[628]

Finalmente, Gary Schwartz ha expresado que la posición de Henderson es reprochable en cuanto implica confiar a la Administración Pública la tarea de determinar cuándo un diseño es adecuado en cuanto a su seguridad[629]. En este sentido tal posición corre el riesgo de idealizar el desempeño de las reparticiones administrativas, que se caracterizan por su ineficacia, y de desdeñar el hecho de que tales reparticiones sólo tendrán capacidad para ocuparse de un número limitado de casos de diseño. El extraer la determinación de la adecuación del diseño de los productos que causan daños de la competencia de los jueces, dice Schwartz, "minaría la meta de prevención de accidentes de la ley precisamente en esa clase de casos en los que más realistamente podría esperarse que sea efectiva. Precisamente debido a que las de-

627. Schwartz, Gary Foreword. *cit.* p. 450.

628. Keeton, *Annual Survey 1980* p. 8. Ver también la decisión del caso *Wilson v. Piper Aircraft Corp.* citada por Henderson y Twerski, *op. cit.* p. 587: *"actions for negligence would pose the same difficulty because the evidence is similiar"*.

629. Schwartz, Gary, Foreword *cit.* p. 450.

cisiones de diseño son tomadas concientemente por funcionarios empresariales de alto nivel, existe una buena razón para esperar que la percepción por parte de dichos oficiales de la responsabilidad potencial de la empresa habrá de influir en las decisiones tomadas por ésta"[630].

3.3.3.3. **Injusticia de Resultados.** En este aspecto se ha sostenido que la flexibilidad del *test* de riesgo-beneficio, ocasiona que los veredictos que se dicten sean en su mayoría orientados en favor de los demandantes. Así, por ejemplo, la corte en el caso *Owens v. Allis-Chambers Corp.*[631] consideró que la aplicación del patrón de riesgo-beneficio podría ser hecha "en una atmósfera susceptible de ser influenciada por sentimientos de simpatía en favor del demandante lesionado".

Cabe señalar, sin embargo, que estas críticas obedecen a la naturaleza del proceso judicial norteamericano, en el que las cuestiones de hecho son decididas por un jurado compuesto por ciudadanos comunes y corrientes de la localidad. Es difícil pensar que un juez técnico, encargado de decidir tanto las cuestiones de hecho cuanto las de derecho en nuestro sistema judicial, resistema norteamericano, parecería que tales críticas carecen de sustanciación factica. En efecto, un reciente estudio realizado en diversas jurisdicciones esfactica. En efecto, un reciente estudio realizado de diversas jurisdicciones estatales en los Estados Unidos ha determinado que más de la mitad de los veredictos emitidos por los jurados en casos de responsabilidad por productos son favorables a los demandados[632]. Así mismo, abogados especializados en litigar este tipo de casos expresan que muchos jurados se muestran intrigados, si no perturbados, por la noción misma de responsabilidad estricta[633]. Quizás por esta razón, otros autores –criticando también la justicia de los resultados obtenidos según el análisis de costo-beneficio– han sostenido que éste resulta injusto para los demandantes. En tal sentido, Noel y Philips manifiestan que

630. Schwartz, Gary, Foreword *cit.* Sin embargo, Henderson manifiesta que los funcionarios no toman decisiones en favor de la seguridad a largo plazo porque cambian de puesto con mayor velocidad, y esperan que las potenciales demandas lleguen cuando ellos ya han avanzado a otro puesto. En este sentido, sus decisiones buscan rentabilidad a corto plazo, lo que les resulta beneficioso en el avance en su carrera. Henderson y Twerski, *op. cit.* pp. 633-635.

631. 268 N.W. 2d 291 (Mich. App. 1978).

632. Schwartz, Gary, Foreword *cit.* p. 450.

633. id.

este análisis puede contrariar una de las políticas básicas que justifican la imposición de responsabilidad al fabricante: la de la difusión de los riesgos[634].

3.3.3.4. Problemas Probatorios. Finalmente, se reprocha al patrón de riesgo-beneficio establecer sobre el actor una carga probatoria excesiva. En este sentido, señala Abramson, "Bajo el *test* de defectuosidad basado en el análisis de riesgo-beneficio, la carga [probatoria del demandante] será tan grande como lo era con las acciones por negligencia. Tendrá que probar hechos que, en su mayoría no se encuentran a su alcance. Por ejemplo, los fabricantes de productos tecnológicamente avanzados... usualmente están en una mejor posición para identificar los riesgos inherentes en el diseño de sus productos. Más aun, ellos probablemente tengan mayor conocimiento sobre las alternativas factibles y claramente están en mejor posición para evaluar los costos de las alternativas"[635]. A ello añade Henderson que, en el aspecto más concreto, referido a los peritos que pueden presentarse en el juicio para ilustrar al juzgador sobre la defectuosidad del producto, los fabricantes tienen ventajas. Expresa Henderson que "La dependencia en el financiamiento por la industria y en expertos técnicos que son pagados por la industria de manera regular como consultores, empleados o contratistas, tiende a subordinar los intereses nacionales a los fines privados"[636].

3.4. Los Análisis de las Expectativas de Consumidor y de Costo-Beneficio como Patrones Alternativos para Determinar la Defectuosidad de Diseño

3.4.1. Introducción. La Corte Suprema de California, en el caso *Barker v. Lull Engineering Co.* consideró que el análisis de las expectativas del consumidor podía constituir un patrón alternativo al de riesgo-beneficio para evaluar la defectuosidad del diseño de un producto. En este sentido, formuló un *test* para evaluar la defectuosidad considerando que *un producto es defectuoso en cuanto a su diseño si es más peligroso para su uso razonablemente previsible de lo que un consumidor ordinario esperaría o si los riesgos inherentes*

---

634. Estos autores señalan que "*The analysis may place all the risks on the injured plaintiff with the benefits going to the other users and the manufacturer*" Noel y Phillips *op. cit.* p. 160. La crítica parece más que todo retórica.

635. Abramson, Albert R. *Defining Design Defect in Aircraft Product Liability Cases*, en 45 Jour. of Air L. & Comm. 167, 181 (1979).

636. Henderson, Judicial Review *cit.* pp. 1556-1557.

al diseño son, en un balance, más significativos que los beneficios de dicho diseño[637]. En aplicación de este análisis, un producto es defectuoso tanto si defrauda las expectativas del consumidor, cuanto si sus riesgos sobrepasan sus beneficios. Bastará al demandante que según uno cualquiera o ambos de estos criterios, el producto se considere defectuoso para que se haga responsable al fabricante. En este sentido, el producto es defectuoso si defraudó las expectativas del consumidor, aunque resulte siendo beneficioso en aplicación de un análisis de costo beneficio; y, así mismo, se considerará también defectuoso un producto cuyos riesgos sobrepasan sus beneficios, aunque no haya defraudado las expectativas del consumidor[638]. El *test* bifurcado establecido por la corte en Barker ha sido adoptado también en otras jurisdicciones[639].

3.4.2. **Opiniones Favorables**. El patrón bifurcado establecido por la decisión del caso *Barker* ha sido apoyado señalándose que el uso conjunto o alternativo, a elección del demandante, de los criterios de las expectativas del

---

637. *"A product is defective in design if (1) the plaintiff proves that the product failed to perform as safely as an ordinary consumer would expect when used in a reasonably forseeable manner, or (2) the plaintiff proves that the product's design proximately caused injury and the defendant fails to prove, in light of the relevant factors, that on balance the benefits of the challenged design outweight the risk of danger inherent in such design"*. Barker v. Lull Engineering Co.

638. El patrón establecido por el caso *Barker* establece también una inversión de la carga de la prueba en cuanto a la determinación de la defectuosidad según el patrón de costo beneficio. Bastará al demandante probar la relación de causalidad entre una condición del producto y el daño, para que se desplaze sobre el demandado la carga de probar que tal condición del producto no constituye un defecto, porque sus beneficios son mayores que sus riesgos.

639. Así, en el caso *Cipollone v. Ligget Group*, Inc., 644 F. Supp. 283 (D.N.J.), citado por Henderson y Twerski, *op. cit.* pp. 517-527, se señala que en Nueva Jersey la defectuosidad de un producto en casos de diseño o de información puede apreciarse mediante "una comparación de la utilidad del producto con el riesgo de daños que crea para el público. . . o. . . el *test* de las expectativas del consumidor, el cual reconoce que el hecho de que el producto no sea lo suficientemente seguro puede verse como una violación de las expectativas razonables del consumidor". El *test* bifurcado ha sido citado con aprobación también por la Corte Suprema de Maryland, en el caso *Kelley v. R.G. Industries*, Inc., 497 A. 2d 1143, 1149 (Md. 1985). En el estado de Tejas, este análisis fue adoptado por la Corte Suprema en el caso *Henderson v. Ford Motors Co.*, 519 S.W. 2d 87 (Tex. 1974), pero luego dejado de lado en el caso *Turner v. General Motors Corp.*, 584 S.W. 2d 844 (Tex 1979).

consumidor y de riesgo-beneficio permite subsanar las deficiencias que cada uno de estos tienen considerados individualmente.

En este sentido, se ha sostenido que así se elimina la inclinación desfavotable a los demandantes del patrón de las expectativas del consumidor, que no permitía la indemnización de los daños causados por defectos obvios o generalmente conocidos. En una nota a la decisión *Baker*, la corte afirma que el error del análisis del *Restatement of Torts (Second)* estaba en que consideraba a las expectativas del consumidor como "el techo" de la responsabilidad del fabricante. En cambio, dicha decisión postula que se considere a las expectativas del consumidor como "el piso". En tal virtud, afirma que de acuerdo a la regla vigente en California, *"como mínimo* un producto debe alcanzar las razonables expectativas del consumidor con respecto a su seguridad para evitar ser hallado defectuoso"[640].

Por otro lado, se expresa que el *standard* bifurcado permite la decisión de los casos en los cuales la complejidad y grado de interrelación de los factores a ser analizados en un exámen de costo-beneficio harían imposible o muy difícil la adjudicación de acuerdo con ese patrón. En tales situaciones, un *test* bifurcado permitiría al juez o a la corte fundarse en la frustración de las expectativas del consumidor para resolver el caso[641].

3.4.3. Críticas. El uso de un patrón bifurcado como el establecido por la Corte en *Barker* ha sido criticado bajo el argumento de que tal formulación no obvia todos los inconvenientes del patrón de las expectativas del consumidor considerado individualmente. En este sentido, autores de la talla de W. Page Keeton han señalado su posición contraria a la aplicación del patrón de las expectativas del consumidor tanto como *test* alternativo cuanto como única base de determinación de defectuosidad[642].

---

640. Barker v. Lull Engineering Co. *cit.* en nota, 7. En el mismo sentido, Gary Schwartz expresa que las decisiones de los casos *Cronin v. J.B.E. Olson Corp.* y *Barker* no son contradictorias. *"Since Cronin"* —dice este autor— *"merely held that the failure to satisfy consumer expectations is not a necessary condition for liability, the Cronin holding is not logically inconsistent with Barker's indication that the failure to satisfy these expectations is a sufficient liability criterion"*. Schwartz, G. Foreword. *cit.* p. 471.

641. Clark, The Conceptual Basis *cit.* p. 338.

642. Este autor sostiene: *"I have not approved of the use of the test, either as an alternative basis or as the sole basis for determining whether or not a design makes a product 'unreasonably dangerous'. If the task of*

dad adecuado se un proceso complejo. Tal proceso debe atender a los diversos elementos que pueden influir sobre la seguridad de un producto y no centrarse en las expectativas del consumidor al respecto. En este sentido, el análisis de riesgo-beneficio es el adecuado para considerar la cuestión en toda su magnitud.

Ahora bien, es indudable que la imagen que un consumidor tiene de un producto puede influir directamente en su seguridad. Considérese en este sentido el papel de las advertencias o instrucciones como medio de reducción de riesgo; o el de la publicidad, como medio de inducir o sugerir el uso imprudente de productos, etc. Por ello, creemos que las expectativas del consumidor constituyen un factor que debe ser evaluado en un análisis de riesgo-beneficio de la defectuosidad del diseño de un producto. Por tal razón, los autores que formulan relaciones de los factores a considerarse en un análisis de costo-beneficio, incluyen entre ellos a las expectativas del consumidor. Consideramos nosotros, que la defectuosidad de un producto debe juzgarse según un análisis de costo-beneficio, que analize entre los factores relevantes, las expectativas de seguridad del consumidor respecto al producto. Proponemos, así, la integración del patrón de las expectativas del consumidor al patrón de riesgo-beneficio.

En las siguientes secciones analizaremos individualmente los diversos factores que deben tomarse en consideración al evaluar la defectuosidad de un producto. En la parte final expondremos las hipótesis en las cuales podrá concluirse que un producto es defectuoso.

En efecto, el *test* contenido en la decisión del caso *Barker* establece a las expectativas del consumidor como una base independiente para determinar la responsabilidad del fabricante. En este sentido, el análisis de las expectativas del consumidor necesario para la aplicación de una de las ramas del *test* bifurcado debe hacerse independientemente de la consideración de un exámen de riesgo-beneficio. Por ello, tal análisis independiente de las expectativas del consumidor presenta muchas de las dificultades de dicho patrón que ya hemos analizado, como las consistentes en las dificultades lógicas para aplicarlo a terceros no consumidores o usuarios y los problemas para determinar si existen expectativas de los consumidores respecto a la seguridad de un producto en determinadas circunstancias y, en su caso, cuáles son efectivamente éstas.

Por otro lado, y por la misma razón de que el análisis de las expectativas del consumidor en el *test* Barker constituye un patrón independiente de determinación de la defectuosidad de un diseño, se presenta la dificultad de que de acuerdo con este patrón puede considerarse defectuoso a un producto que en un análisis de costo-beneficio resulte a la beneficioso, por la única razón de que sus peligros sean desconocidos. En este sentido se ha sostenido que la única manera de hacer viable el uso del patrón de las expectativas del consumidor sería vincularlo con el análisis de riesgo beneficio, de manera que, aun cuando el producto haya defraudado las expectativas del consumidor, no se considere responsable al fabricante si el producto no es defectuoso de acuerdo con un análisis de costo beneficio[643].

3.5. Integración de las Expectativas de Consumidor al Patrón de Riesgo-Beneficio. Hasta ahora hemos considerado a los análisis de costo-beneficio y de las expectativas del consumidor como maneras independientes, y en algunos casos contradictorias, de evaluar la defectuosidad de un diseño. Sin embargo, creemos que la cuestión puede enfocarse de otra manera. En nuestra opinión, las expectativas del consumidor deben ser integradas al *test* de riesgo-beneficio como uno de los factores determinación de la defectuosidad de un diseño. En efecto, la complejidad de los factores que intervienen en el diseño de un producto hace que el análisis de si un producto tiene el grado de seguri-

---

evaluating designs is to be undertaken, it has been my position for quite some time that there should be a balancing of risk against utility " Keeton, W. Page, Annual Survey 1980 *cit.* p. 7.

643. Keeton W. Page, *Products Liability-Design Hazards and the Meaning of Defect*, 10 Cumb. L. Rev. 293, 310 (1979), citado por Henderson y Twerski, *op. cit.* pp. 529-530.

SECCION QUINTA

ELEMENTOS A TOMARSE EN CUENTA PARA DETERMINAR LA DEFECTUOSIDAD DE UN PRODUCTO

1. Introducción

Como hemos visto, el análisis de la defectuosidad de un producto implica la consideración de diversos factores interrelacionados, que deben evaluarse según un patrón de riesgo-beneficio. Estos factores influyen sobre la utilidad, los riesgos, o ambos aspectos de un producto. En estas secciones intentaremos exponer algunos de los principales factores que deben tenerse en cuenta en este tipo de análisis. En la parte final expondremos las distintas hipótesis de defectuosidad a las que las distintas combinaciones de estos factores pueden dar lugar.

2. Factores que Determinan la Utilidad del Producto

2.1. Necesidades y Deseos Satisfechos. El primer elemento a que debe atenderse en un análisis de costo-beneficio es las necesidades y deseos que el producto, tal como está diseñado, satisface[644]. En este sentido, la Corte Suprema de Nueva Jersey afirmó en su decisión del caso *O'Brien v. Muskin* que "la evaluación de la utilidad de un producto involucra la necesidad relativa de tal producto; algunos productos son esenciales, mientras que otros son lujos"[645]. Sin embargo, aún un producto lujoso sirve para satisfacer una necesidad o un deseo.

---

644. Keeton, Page. The Meaning of Defect *cit.* pp. 592-593.

645. *O'Brien v. Muskin Corp., cit.*

Al evaluarse la utilidad de un producto debe tenerse en consideración que tal concepto implica la capacidad de satisfacer tanto necesidades cuanto deseos. Así, por ejemplo, un producto como el cigarrillo que puede considerarse como sumamente dañino, tiene una utilidad, en cuanto numerosas personas obtienen considerable placer de fumar[646]. En este sentido, Montgomery y Owen al exponer su relación de factores determinantes de la defectuosidad de un producto, distinguen entre la utilidad funcional y la utilidad psicológica de un producto[647].

La utilidad de un producto debe determinarse desde el punto de vista del público en general. La declaración de que un producto es defectuoso en cuanto a su diseño podría causar la remoción de toda una línea de productos del mercado, por lo que la pérdida de utilidad será para el público en general[648]. Sin embargo, debe también analizarse la utilidad desde la óptica del consumidor o usuario en particular debido a que éste es quien resulta directamente afectado por el producto[649].

Una interesante cuestión que debe analizarse a este respecto es la que consiste en determinar si cabe considerar como parte de la utilidad de un producto los beneficios que su producción otorga a la sociedad. Este problema fue discutido en el caso *Cipollone v Ligget Group, Inc*[650]. El demandante, Antonio Cipollone, exigía a Ligget Group, Inc. que le indemnize los daños causados por la muerte de su esposa, quien falleció debido a un cáncer de pulmón, presuntamente ocasionado por el consumo de cigarrillos fabricados por la demandada, sosteniendo que tales productos eran defectuosos según un análisis de costo-beneficio. La demandada pretendió introducir evidencia relacionada a los beneficios colaterales que la industria del tábaco confiere a la economía como parte de los factores a tenerse en cuenta en el análisis de costo-beneficio. El actor consideró que esta evidencia era irrelevante para el análisis de costo-beneficio. La corte falló favorablemente al demandante expresando que el análisis de costo-beneficio debe realizarse teniendo en cuenta

646. Keeton, W. Page, *loc. cit.*

647. Montgomery y Owen, *op. cit.*

648. *Thibault v. Sears Roebuck and Co.*, 118 N.H. 802, 395 A. 2d 843 (1978). En el mismo sentido la Sección 5 (2) (A) del Proyecto Kasten hace referencia a *"benefits and usefulness to the public"*.

649. Wade, *op. cit.* p. 837.

650. 644 F. Supp. 283 (D.N.J. 1986).

únicamente los riesgos y beneficios inherentes al producto, y no los que corresponden a su producción. "En esencia" –afirmó la corte– "los demandados argumentan que en la determinación de la responsabilidad, un jurado involucrado en un análisis de riesgo-beneficio puede tomar en consideración las ganancias generadas, utilidades obtenidas, trabajadores empleados, beneficios a proveedores de bienes y servicios, impuestos generados y hasta actividades y contribuciones caritativas realizadas por el fabricante demandado. El análisis [de riesgo-beneficio] nunca fue destinado a balancear el riesgo al consumidor contra el beneficio general a la sociedad. Por el contrario, la única cuestión es si el riesgo para los consumidores excede la utilidad para los mismos consumidores. El fabricante de un producto altamente riesgoso o defectuoso con poca o ninguna utilidad para el consumidor no debería eludir la responsabilidad demostrando que el fabricante del producto obtiene utilidades para sus accionistas, trabajadores, contratistas, proveedores, municipalidades, el IRS, etc. Es el beneficio y la utilidad para el fumador de cigarrillos lo que está en debate, y no los beneficios para la industria de cigarrillos o aquellos que, a su vez, se benefician de su existencia"[651].

2.2. Factibilidad de Diseños Alternativos

2.2.1. Generalidades. Otro factor que debe tenerse en cuenta para determinar la utilidad del diseño de un producto es la factibilidad de modificar tal diseño, de manera que se reduzcan los riesgos inherentes a él[652]. En efecto, tal como lo sostuvo la Corte Suprema del estado de Nueva Jersey en el caso *O'Brien v Muskin Corp.*, "la evaluación de la utilidad de un diseño involucra la consideración de alternativas disponibles. Si no hay alternativas disponibles, el recurso a un diseño único es más defendible. La existencia de un diseño más seguro e igualmente eficaz, sin embargo, disminuye la justificación para utilizar el diseño impugnado"[653].

La discusión sobre la existencia de un diseño alternativo es central a la mayoría de los casos de defectos de diseño. Dicen Henderson y Twerski que en estos casos, si el producto es defectuoso es debido a que el patrón de diseño utilizado por el fabricante es considerado deficiente. En la mayoría de ca-

---

651. *Id.* pp. 519-520. En este juicio, se otorgó una indemnización de U.S. 400,000 al actor, bajo el amparo de las causas de acción de *misrepresentation* y *express warranty*.

652. Keeton, W. Page The Meaning of Defect *cit.* p. 593; Rheingold, *loc. cit.*

653. *O'Brien v. Muskin, cit.*

sos esto querrá decir que el fabricante ha omitido dotar al producto de características que lo hubieran hecho más seguro. En esencia, continúan estos autores, el argumento del demandante es que el diseño no alcanza un *standard* hipotéticamente adoptable. El producto será defectuoso si la corte considera que tal *standard* es preferible al diseño corriente del producto[654].

La factibilidad de un diseño alternativo debe establecerse considerando al producto como un todo. No es procedente sostener que existe un diseño alternativo factible meramente porque la condición del producto que causó el daño pueda ser eliminada. Por el contrario, debe atenderse al diseño del producto en general y apreciarse la alternativa propuesta en este contexto. En este sentido, en el caso *Daly v. General Motors*[655] los apelantes argumentaban que debía considerarse, para efectos de determinar la defectuosidad del producto, "sólo el componente que funcionó mal". La corte expresó: "Estamos en desacuerdo y concluímos que el problema de la defectuosidad de un diseño debe determinarse con respecto al producto como un todo... Los componentes de un producto no son desarrollados aisladamente sino como parte de un todo integrado e interrelacionado... El peligro de la consideración independiente de los componentes aislados ha sido expresamente reconocido... Específicamente, se ha observado que un diseño hecho seguro en una situación puede convertirse en más peligroso en otras."[656]

Es interesante como una muestra de cómo la modificación del diseño de un producto puede resultar contraproducente desde el punto de vista de la reducción de sus riesgos, el caso *Reid v. Spadone Machine Co.* El fabricante modificó el diseño de su producto, una máquina cortadora para uso industrial, con el fin de eliminar un peligro inherente al uso indebido del diseño original. El productor rediseñó la maquinaria poniendo el botón que operaba el cuchillo a una distancia tal que la misma persona no podría, a la vez, apretar el botón y tener una mano bajo el cuchillo. Sin embargo, esto llevó a los operarios a utilizar la máquina trabajando en parejas: uno en el botón –el cual no estaba a la vista de la sección del cuchillo– y el segundo poniendo el material bajo el cuchillo. El demandante resultó lesionado cuando, mientras tenía la mano bajo el cuchillo, su compañero presionó el botón. El nuevo diseño fue

654. Henderson y Twerski, *op. cit.* pp. 508-509.

655. 20 Cal. 3d 725 (1978).

656. 20 Cal. 3d 725, 746-747, 575 P. 2d 1162, 1174-1175, 144 Cal. Rptr. 380, 392-393 (1978).

considerado defectuoso debido a que no sólo permitía, sino que alentaba la operación de la máquina por dos personas.

2.2.2. Factores a Analizarse

2.2.2.1. Introducción. Ya se ha mencionado que la evaluación de si una alternativa de diseño es factible, involucra la apreciación de la modificación propuesta en el contexto del producto considerado como un todo. Ahora bien, los diversos aspectos que tienen que ver con el diseño de un producto están interrelacionados en tal grado que la modificación de una característica del producto, con frecuencia resultará teniendo influencia sobre todo un conjunto de aspectos del mismo. Por este motivo es importante, antes de concluir que una alternativa de diseño es preferible al diseño original, evaluar los efectos que la modificación del diseño puede tener sobre aspectos del producto tales como su costo, utilidad, riesgos, etc. A continuación enumeramos los principales factores que deben tenerse en cuenta en este aspecto.

2.2.2.2. Factibilidad Técnica. El primer elemento que debe tenerse en cuenta para determinar si una alternativa de diseño es preferible a un diseño original es si ésta es, efectivamente, realizable desde el punto de vista tecnológico y mecánico[657]. En este sentido, la Sección 5 (a) A del Proyecto Kasten establece que un producto no es irrazonablemente peligroso si un medio para eliminar el peligro que causó en daño no estaba al alcance del "conocimiento técnico, médico y científico relacionado a la seguridad de un producto...". Un ejemplo de la aplicación de este requisito está en el caso *Troja v. Black & Decker Manufacturing Co.* El demandante pretendía se le indemnize los daños que sufrió (amputación de un dedo) al operar una sierra mecánica sin la base metálica y la reja para guiar el material aserrado proporcionados por el fabricante. El actor sostuvo que debido a la facilidad con que podía desmontarse la reja para guiar el material aserrado, la sierra debía contar con accesorios que impidiesen su funcionamiento cuando se hubiese desmontado la reja. La corte consideró infundada la demanda al no haberse demostrado de factibilidad mecánica de un accesorio como el que proponía el actor.

2.2.2.3. Factibilidad Económica. Otro factor a considerarse es la influencia que tiene el diseño alternativo propuesto sobre el costo del produc-

---

657. Prosser y Keeton, *op. cit.* p. 700. En caso *Barker v. Lull Engineering Co.* la corte sostuvo que un elemento a considerarse para evaluar la defectuosidad de un diseño según un análisis de costo-beneficio era "*the mechanical feasibility of an alternative design*".

to[658]. En efecto, una modificación del diseño de un producto puede resultar posible a la luz de los conocimientos tecnológicos, pero ser sumamente costosa con relación a las ventajas que provee. En tal caso es posible que, a pesar de su factibilidad en términos técnicos, la alterantiva no resulte realizable desde el punto de vista económico.

2.2.2.4. Disminución de Utilidad. Es posible que una alternativa de diseño aumente la seguridad del producto sin aumentar desproporcionadamente sus costos, pero disminuya su utilidad o deseabilidad para el público[659]. En tal caso es posible que la alterantiva propuesta no resulte beneficiosa a la larga. Considérese, por ejemplo, la posibilidad de diseñar los automóviles de manera que no puedan alcanzar velocidades mayores a los 40 kilómetros por hora. Es claro que los vehículos con tal diseño alternativo resultarían mucho más seguros para los usuarios y los peatones. Sin embargo, el nuevo diseño reduciría considerablemente la utilidad del producto.

En este sentido se afirma que tratándose de maquinaria de propósitos múltiples, si el añadido de un accesorio de seguridad atentaría contra la multiplicidad de sus usos, el producto no es defectuoso por no contar con tales accesorios. Así, en el caso *Wagner v. International Harvester Co.*[660], la corte afirmó que "el comprador de equipos multiusos es el que más conoce los peligros asociados con el particular uso [que le dará al producto]". En cambio, en el caso *Bexiga v. Havir Mfg. Corp.*[661], el fabricante de prensas colocaba en los modelos más grandes accesorios de seguridad, con los que no contaban los modelos de prensas más chicos. En este caso el añadido de los accesorios de seguridad no hubiera afectado la utilidad del producto. La corte determinó que las prensas que no contaban con los accesorios de seguridad eran, por tal razón, defectuosas.

---

658. Henderson y Twerski, *op. cit.* p. 512; Wade, *op. cit.* pp. 837-838; Montgomery y Owen, *loc. cit.*; Keeton, W. Page *loc. cit.* Ver también la decisión del caso *Barker v. Lull Engineering Co. cit.* y la sección 5 del Proyecto de Ley Uniforme sobre Responsabilidad por Productos Presentado a la Cámara de Representantes de los Estados Unidos en 1979. H.R. 5626, 96th Congress., 1st. Sess., 125 Cong Rec. 28, 678 (1979).

659. Henderson y Twerski, *op. cit.* p. 512; Wade, *loc. cit.*; Keeton, Page W. *loc. cit.*

660. 611 F. 2d 224, 231 (8th Cir. 1979).

661. 60 N.J. 402, 290 A. 2d 281 (1972).

2.2.2.5. Aumento de Riesgos. Una alternativa de diseño puede disminuir un riesgo particular del producto, pero aumentar otros riesgos y aun el nivel general de peligrosidad del producto[662]. Por este motivo debe evaluarse los riesgos creados por una alternativa de diseño y compararlos con los riesgos generados por el diseño original para determinar cuál de ellos a la larga es preferible[663].

Considérese por ejemplo el caso *Dawson v. Chrysler Corp.*[664]. El demandante, oficial de la policía en servicio, se dirigía en su automóvil a atender una llamada de emergencia en una noche lluviosa. En la carretera perdió el control de su vehículo y éste se deslizó sobre la pista húmeda hasta hacer colisión contra un poste de acero de unas 15 pulgadas de diámetro. El automóvil hizo contacto con el poste yendo en una dirección trasera y en un ángulo de 45 grados. Como resultado de la colisión, el vehículo literalmente envolvió el poste. Este último atravesó el cuerpo del carro y aplastó a la víctima entre el asiento y la parte delantera del techo del auto, causándole lesiones que lo dejaron inválido. El actor sostuvo que el automóvil era un producto defectuoso debido a que no tenía una estructura de acero contínua que se extendiese a través de los paneles de las puertas. Según Dawson, si el producto hubiera sido diseñado de esa manera, hubiera "rebotado" luego de su contacto con el poste con sólo una ligera penetración de éste en el compartimiento de pasajeros. Chrysler, por su parte argumentó que el vehículo con la modificación propuesta por Dawson sería más peligroso, debido a que en la mayoría de los choques de automóviles las deformaciones de la carrocería son deseables, pues absorben parte de la fuerza del impacto[665]. La corte falló en sentido favorable a Dawson, pero sin dejar de expresar su preocupación por la complejidad de los factores involucrados[666].

---

662. Henderson y Twerski, *op. cit.* p. 512; Keeton, *loc. cit.*

663. En este sentido el Proyecto H.R. 5626, *cit.* establece que para que una alternativa de diseño sea considerada factible, debe brindar mayor seguridad con respecto al riesgo al cual se refiere, sin disminuir la seguridad global del producto considerado como un todo.

664. 630 F. 2d 950 (3d Cir. 1980), cert. denied, 450 U.S. 959 (1981).

665. Chrysler sostuvo también que la alternativa propuesta tenía un costo sustancial de 300 dólares por automóvil, y que hubiera añadido 250 libras de peso al vehículo, haciéndolo menos eficiente desde el punto de vista del consumo de combustible.

666. La corte expresó: "El resultado de este sistema [de responsabilidad por productos], es que mientras que el jurado encontró a Chrysler responsa-

2.2.3. Imposibilidad de Diseños Alternativos. ¿Es posible considerar que un producto es defectuoso cuando no es factible, según los criterios que hemos analizado, la utilización de un diseño alternativo? La respuesta a esta cuestión no es fácil y la doctrina y la jurisprudencia presentan opiniones divergentes.

2.2.3.1. Opiniones Contrarias. Una posición considera que no es posible establecer que un producto presenta un diseño defectuoso si dicho diseño es el único posible. En este sentido, por ejemplo, el Proyecto Kasten establece que para que un diseño sea defectuoso debe existir un diseño alternativo[667].

En favor de esta tesis, expresa Gary Schwartz que uno no puede hablar de un defecto según un análisis de costo-beneficio si no ha identificado algún diseño alternativo que pueda servir como la base de tal análisis de riesgo beneficio[668]. Como dijo la corte en el caso *Kelley v. R.G. Industries, Inc.*[669], para que exista un defecto debe haber algo malo o incorrecto con el diseño del producto. Esto implica una condición que pueda ser arreglada o tenga remedio[670].

Sin embargo, la posición de Schwartz considera el análisis de riesgo-beneficio como aplicable únicamente a la comparación entre dos diseños alternativos de un producto para decidir cuál de ellas es preferible. Esta es sólo una de las aplicaciones de tal análisis. Puede también aplicarse el análisis de riesgo-beneficio a un producto cuyo diseño no puede ser factiblemente modificado. En caso que los riesgos inherentes al mismo sean mayores a sus beneficios el producto será defectuoso.

Por otro lado, Henderson y Twerski opinan que el considerar a un pro-

---

ble por no producir una carrocería suficientemente rígida, un jurado en otro caso podría bien considerar al fabricante responsable por producir una carrocería demasiado rígida".

667. H.R. 5626, Sección 5. Citada por Henderson y Twerski, *op. cit.* p. 586.

668. Schwartz, Gary, Foreword *cit.* p. 468. Schwartz habla acá de diseño alternativo como aquel que meramente tiene posibilidad de realizarse, sin que se juzgue su conveniencia desde un punto de vista general.

669. 304 Md. 2d 124, 497 A. 2d 1143 (1985).

670. Note. Plaintiff's Conduct *cit.* p. 916.

ducto cuyo diseño no es factible de ser modificado como defectuoso implicaría desconocer los derechos de los consumidores a optar libremente en el mercado por el producto que juzguen más conveniente para ellos[671]. En este sentido –se argumenta– bastará informar a los consumidores de los riesgos inherentes al producto para garantizar su elección informada[672]. En esta misma línea argumentativa, Dahl sostiene que "cuando el peligro conectado con un producto es conocido por el público, el consumidor individual debe generalmente decidir si encuentra que los beneficios del producto son mayores que sus riesgos"[673].

Ahora bien, es reconocido que los consumidores no tienen perfecta información respecto a los riesgos de los productos. Aun cuando las advertencias que se puedan proporcionar juegan un importante papel para despertar la conciencia del consumidor respecto a los peligros de los productos, éste no adquiere en todos los casos una adecuada percepción de los mismos. Finalmente, aun cuando el consumidor tenga efectivamente plena conciencia de los peligros de un producto, es posible que no tenga la libertad de evitar su uso, como cuando el producto es empleado en el centro de trabajo. Por estos motivos se ha sostenido que "el sistema judicial y no el mercado es el foro apropiado para determinar si un producto es defectuoso, con la consiguiente imposición de responsabilidad a los intervinientes en la cadena comercial"[674].

El juez Schreiber, en su voto singular emitido en el caso *O'Brien v. Muskin Corp.*[675] manifestó que el considerar a un producto para el que no existe diseño alternativo como defectuoso da lugar a la desnaturalización del sistema de responsabilidad estricta y a la aplicación de un criterio de responsabilidad objetiva pura. "La diferencia entre la responsabilidad estricta y la responsabilidad absoluta", manifiesta el juez, "no es semántica. . . La responsabilidad estricta se impone cuando hay un defecto en un producto debido a una falla individual, un diseño impropio o una advertencia inadecuada. Sin perjuicio de la responsabilidad estricta, un fabricante u otro vendedor puede ser responsable en un caso apropiado bajo la responsabilidad *absoluta.* Esta se

671. Henderson y Twerski, *op. cit.* p. 508.

672. Noel y Philips, *op. cit.* p. 147.

673. Dahl, *op. cit.* p. 96.

674. O'Brien v. Muskin Corp. *cit.*

675. 94 N.J. 169, 463 A. 2d 298 (1983).

impone cuando, sobre la base de las consideraciones de políticas –incluyendo la difusión del riesgo– se determina que un fabricante u otro vendedor debe soportar el costo de los daños que cause a usuarios previsibles, sin tener en consideración la ausencia de defecto alguno"[676].

Este argumento proviene de una manera especial de ver la responsabilidad estricta o responsabilidad por riesgo. La responsabilidad estricta no es una especie de responsabilidad por culpa, sino que responde a circunstancias fácticas especiales. Aplicada al caso de los productos implica que el fabricante responderá cuando ha actuado negligentemente en la fabricación diseño o comercialización de un producto, de modo tal que éste es defectuoso, pero también cuando ha puesto en el mercado un producto que, en razón a sus peligros resulta más peligroso que beneficioso, aunque no haya incurrido por ello en una conducta negligente. Este último es un sector en el que se aplica el factor riesgo. Sin embatgo, no se trata de responsabilidad absoluta porque es necesario que el producto sea más riesgoso que beneficioso y no basta que el daño haya sido causado por una condición del producto; es decir, se requiere que exista un defecto.

Se ha argumentado, por otro lado, que la existencia de un diseño alternativo a aquel que causó el daño es un requisito de la responsabilidad, pues de lo contrario no podría establecerse una relación de causalidad entre el defecto del producto y el daño. Así, se expresa que "en orden a demostrar que el diseño del producto fue la causa adecuada del daño, el demandante debe probar la existencia de un diseño alternativo que, de haberse usado, hubiera prevenido los daños al demandante"[677].

Este argumento no es convincente. Si lo que se pretende es enlazar causalmente una característica del producto con el daño, es irrelevante que tal característica sea factible de eliminación. Por otro lado, si lo que se intenta vincular es una acción u omisión del fabricante con el daño, tal acción u omi-

---

676. La crítica del juez Schreiber se dirige fundamentalmente contra la consideración por el jurado de los criterios de política que pueden dar lugar a la aplicación de responsabilidad absoluta. Para él tal análisis debe ser realizado por la corte. En tal sentido, se opone a que tales consideraciones de política se integren a los factores a analizarse en la determinación de un defecto, pues el análisis fáctico de si un producto es o no defectuoso corresponde al jurado.

677. Schwartz, Gary, Foreword. *cit.* p. 471, nota 214, citando argumentos formulados por abogados defensores de fabricantes ante cortes norteamericanas.

sión no será necesariamente la omisión en adoptar un diseño más seguro, sino el fabricar y poner en el mercado un producto que a la larga resulta dañino para los consumidores.

2.2.3.2 Argumentos a favor. Como se desprende de la crítica que hemos hecho a los argumentos que pretenden restringir el campo de la defectuosidad a los casos en que es posible modificar el diseño del producto, nuestra opinión es que bajo un análisis de riesgo-beneficio puede considerarse a un producto defectuoso en cuanto a su diseño aunque no exista una alternativa factible. En este sentido, la factibilidad de un diseño alternativo es sólo un elemento a considerarse en la determinación de si un diseño es defectuoso, el mismo que debe evaluarse conjuntamente con los demás elementos pertinentes bajo un análisis de riesgo-beneficio[678]. La existencia de una alternativa de diseño es un factor relevante, pero no determinante en la consideración de la defectuosidad[679] ya que puede existir productos que, a pesar de no ser susceptibles de modificación, son en un balance de riesgo-beneficio más riesgosos que beneficiosos[680].

Este criterio se ha puesto de manifiesto, por ejemplo, en el caso *O'Brien v. Muskin Corp.*[681]. En éste se discutía la responsabilidad de un fabricante de piscinas desmontables por los daños sufridos por el actor, quien se lesionó al zambullirse en una de las piscinas fabricadas por el demandado. Estas piscinas consistían en una armazón de aluminio, sobre la cual se colocaba un forro de vinilo. La lesión se produjo cuando al zambullirse el demandante en la piscina, sus brazos estirados se deslizaron sobre el fondo vinílico de la misma y su cabeza golpeó el fondo. El actor sostuvo que la piscina era un producto defec-

---

678. La corte en el caso Barker v. Lull Engineering Co. expresó que bajo un análisis de riesgo/beneficio un jurado debía considerar "*among other relevant factors, . . . the mechanical feasibility of an alternative safer design, the financial cost of an improved design, and the adverse consecuencies to the product and the consumer that would result from an alternative design*".

679. Keeton, W. Page. The Meaning of Defect *cit.* p. 595.

680. Como sostiene Wade, *op. cit.* p. 844, "*the problem here is not whether the product is unsafe but whether it is unduly unsafe. The issue is clearly a policy one and the various factors* [*of the risk/benefit test*] *must be weighted carefully. Is the general social usefulness of the product so great that it should not be required to pay for the injuries of this type, if they cannot be avoided?*".

681. 94 N.J. 169, 463 A. 2d 298 (1983).

tuosamente diseñado debido a la cualidad resbalosa del vinilo, que causó sus lesiones. El demandado, por su parte, argumentó que el vinilo era el mejor material existente para ser utilizado en piscinas desmontables. La opinión mayoritaria de la corte consideró que podía existir un defecto, aunque no existiese un diseño alternativo al utilizado por el fabricante. "La evaluación de la utilidad de un producto también involucra la consideración de la necesidad relativa de tal producto: algunos productos son esenciales, mientras que otros constituyen lujos. Un producto que llena una necesidad crítica y que puede ser diseñado de sólo una manera debe verse distinto que un artículo de lujo. Aun, otros productos, incluyendo algunos para los que no existe alternativa son tan peligrosos y de tan poco uso que bajo un análisis de riesgo-beneficio el fabricante soportaría el peso de la responsabilidad por los daños causados a otros".

En el caso *Wilson v. Piper Aircraft Corp.*[682] la corte eximió de responsabilidad al fabricante de una avioneta que se estrelló aparentemente debido al congelamiento de su combustible permitido por el diseño de su carburador, basándose en la falta de una alternativa de diseño factible. Sin embargo, en una nota expresó que su decisión "no debía ser interpretada como requiriendo que este factor [la alternativa factible] en todos los casos pese en favor del demandante... Podrían existir casos en los cuales el jurado encuentre responsable al demandante debido a una característica peligrosa del diseño [del producto] aunque ningún diseño más seguro fuera factible... Si, por ejemplo, el peligro era considerable y el producto tenía sólo una utilidad limitada... un jurado podría concluir que un fabricante razonable no hubiera introducido dicho producto al circuito comercial".

2.2.3.3. **El Producto Irremediablemente Peligroso.** El comentario "k" a la sección 402 A del *Restatement of Torts (Second)* establece que el fabricante o vendedor de productos considerados como irremediablemente peligrosos *(unavoidably dangerous products)* no está sujeto a responsabilidad. La interpretación de lo que efectivamente constituye un producto irrazonablemente peligroso en el sentido del *Restatement* ha dado lugar a considerable confusión en la doctrina y la jurisprudencia norteamericanas.

Para el *Restatement,* son productos irrazonablemente peligrosos aquellos que, "en el estado actual del conocimiento humano no pueden ser hechos seguros para su uso esperado y ordinario... La venta y uso de tales productos

682. 282 Or. 61, 577 P. 2d 1322, reh'g denied, 282 Or. 411, 579 P. 2d 1287 (1978).

está plenamente justificada, a pesar del inevitablemente alto grado de riesgo que involucran. Tales productos, adecuadamente preparados y acompañados de instrucciones y advertencias adecuadas no son defectuosos, ni *irrazonablemente* peligrosos". Como ejemplo de estos productos, el *Restatement* pone a la vacuna para el tratamiento Pasteur contra la rabia. En este sentido, el producto irremediablemente peligroso sería aquél que presenta un peligro inevitable, pero que, a pesar de éste, resulta a la larga más beneficioso que dañino. Tal concepto coincide con el resultado de un análisis de costo-beneficio, por lo que el concepto de irremediablemente peligroso no tendría mayor relevancia una vez que se emplea este criterio para medir la defectuosidad[683].

Sin embargo, por otro lado, el mismo comentario "k" expresa que también son irremediablemente peligrosos y no dan lugar a responsabilidad aquellos "productos aparentemente útiles y deseables... respecto de los cuales, debido a falta de tiempo y oportunidad para suficiente experimentación, no puede haber ninguna garantía de seguridad... aunque la experiencia existente justifica la comercialización y uso de tales productos, sin perjuicio de un riesgo reconocible". Al parecer este texto consagraría la exclusión de la responsabilidad del fabricante por daños causados por productos que a la larga resultan más peligrosos que beneficiosos, pero cuyos peligros no eran conocidos a cabalidad al momento de su comercialización.

Aun cuando el texto del *Restatement* resulta confuso, puede concluirse que para que un producto se considere irremediablemente peligroso en el sentido que utilizamos, deben cumplirse los siguientes requisitos. En primer lugar, el producto debe ser útil y beneficioso para el público. Este requisito está presente en el texto mismo del *Restatement* y no necesita de mayor comentario. En segundo lugar, el producto tendrá un peligro que no puede ser eliminado mediante el recurso a un diseño alternativo. Respecto a este requisito cabe afirmar lo mismo que en relación al inmediatamente anterior[684]. Finalmente,

---

683. En cambio, al momento de promulgarse el *Restatement*, el *test* para medir la defectuosidad era el de las expectativas del consumidor, en virtud al cual un producto irremediablemente peligroso podría considerarse defectuoso. Ver Dahl. *op. cit.* p. 90: *"Product damage which is attributable to a known but unavoidable danger connected with a product is called system damage. The danger is known but could not and ought not have been avoided, e.g. by changes in design nor is the marketing of the product in itself a fault"*.

684. Existe discusión respecto a si el peligro debe ser conocido. El texto del comentario "k" es confuso a este respecto. El Proyecto Kasten establece que el peligro debe ser conocido; y lo mismo Dahl, *op. cit.* pág. 90.

en un análisis de costo-beneficio el producto resulta más beneficioso que riesgoso. Esta posición se desprende del mismo texto del comentario "k" así como de la opinión de diversos autores. En este sentido, Prosser expresa que "no hay lugar a responsabilidad estricta cuando un producto es adecuado para ser vendido y razonablemente seguro para su uso, pero tiene peligros inherentes que ningún conocimiento o habilidad humanas han podido eliminar"[685]. En el mismo sentido, Noel y Philips sostienen que los productos irrazonablemente peligrosos son aquellos "productos de calidad uniforme los cuales, debido a su alta utilidad, a pesar de un peligro conocido, son sin embargo, considerados libres de defectos"[686].

Los peligros y riesgos inherentes a los productos irremediablemente peligrosos pueden dar lugar al deber de advertir. En caso que se incumpla con este deber, el producto deberá considerarse defectuoso.

2.3. Existencia de Productos Sustitutorios. La utilidad de un producto resulta también afectada por la existencia de productos alternativos, que puedan satisfacer las mismas necesidades o deseos, con un mayor grado de seguridad[687] [688]. Como dice Keeton, "la utilidad de un diseño es afectada por la factibilidad tecnológica y económica, y la practicalidad, de servir la necesidad con un producto alternativo"[689]. Debe subrayarse que para considerar que

---

Sin embargo esto puede ser porque ambos establecen un *standard* de negligencia para juzgar la responsabilidad. En nuestra opinión no es necesario que el riesgo sea conocido.

685. Prosser, The Fall of the Citadel *cit.* p. 812.

686. Noel y Phillips, *op. cit.* p. 14.

687. Wade, *loc. cit.*; Vetri, *loc. cit.*

688. Vista desde otro punto de vista, la existencia de productos alternativos implica que el consumidor tiene la facultad de escoger libremente en el mercado el producto que prefiere. Por este motivo, Twerski menciona la existencia de productos alternativos como un factor que puede dar lugar a un veredicto dirigido en favor del demandado. *"If a court's initial assesment is that it faces serious institutional limitations in litigating the appropriateness of the particular design, then the court should further examine whether alternative decisionmaking mechanisms may have adequately accounted for safety concerns. A court may discover that the market in which the questioned product competed was vigorous—one that offers consumers a broad choice of options". Henderson y Twerski, op. cit.* p. 598.

689. Keeton, W. Page. The Meaning of Defect *cit.* p. 593.

existe un producto sustitutorio, el empleo de tal producto debe ser tecnológica y económicamente factible. A este respecto cabe sostener, *mutatis mutandis*, lo que se ha afirmado en relación a la existencia de diseños alternativos.

3. Factores que Determinan el Peligro del Producto

3.1. Generalidades. Contrapesando los beneficios provenientes del diseño de un producto debe evaluarse los riesgos inherentes a tal diseño. Estos riesgos representan los costos de los accidentes causados por el producto[690]. Sólo si se considera que tales costos resultan mayores que la utilidad, podrá concluirse que el producto es defectuoso en cuanto a su diseño.

3.2. Magnitud y Probabilidad. El peligro que presenta el diseño de un producto debe evaluarse en su magnitud y probabilidad[691]. En cuanto al primer aspecto, debe tenerse en cuenta la probable seriedad o gravedad de los daños que el producto pudiera causar. En lo que se refiere al segundo aspecto, debe atenderse a la posibilidad de que tal peligro se materialice. Tal posibilidad debe analizarse teniendo en cuenta los usos que es previsible que se le de al producto.

3.3. El Uso Previsible del Producto

3.3.1. Generalidades. El grado de peligrosidad del producto depende de la situación en que se le coloque. Como dice Dahl, "cualquier producto es capaz de entrar en una cadena de eventos que conduzcan a lesiones al consumidor o daños a su propiedad en el curso del consumo"[692]. Así, si el consumidor compra y utiliza zapatos de una talla muy pequeña o utiliza un producto sin seguir las instrucciones y resulta lesionado, el producto no es irrazonablemente peligroso[693]. Como expresó la corte en *General Motors v. Hopkins*[694], "no podemos considerar a un fabricante de un cuchillo responsable cuando es usado como un mondadientes y el usuario se queja porque el filo corta". En este sentido, un factor fundamental en la determinación de la

690. Mongomery y Owen, *loc. cit.*

691. Wade, *loc. cit.*; Vetri, *loc. cit.*; Rheingold, *loc. cit.*

692. Dahl, *op. cit.* p. 88.

693. Wade, *op. cit.* p. 847.

694. 548 S.W. 2d 344 (Tex. 1977).

defectuosidad es el uso que se dará al producto. No es coherente exigir que un producto sea seguro en toda contingencia; sin embargo, debe establecerse el límite de las situaciones en las que un producto debe ser seguro.

3.3.2. La Previsibilidad el Uso como Límite. Se reconoce que un producto debe ser razonablemente seguro para su *uso previsible.* En efecto, aunque un productor normalmente puede esperar que se haga un uso acorde con la finalidad del producto, en ocasiones debe anticipar otras circunstancias que el producto enfrentarâ en el ambiente en el que será usado[695]. Sin embargo, un producto no puede ser seguro para todos los posibles usos que puedan dársele[696]. En este sentido, se afirma que la previsibilidad es el límite de la defectuosidad[697]. El producto no es defectuoso si es razonablemente seguro en el uso que previsiblamente se le puede dar[698]. Este criterio es el aceptado por la

---

695. *Spruill v. Boyle-Midway*, Inc., 308 F 2d 79 (4th Cir. 1962).

696. Prosser y Keeton *op. cit.* p. 687.

697. Nótese que analizamos la previsibilidad del uso como un factor relevante para la determinación de la *defectuosidad* y no desde el punto de vista de la causalidad. En este sentido, debe tenerse presente que lo que interesa es el tipo de uso en cuestión y no si en el caso concreto el usuario fue contributoriamente negligente. Como expresa Wade, *op. cit.* p. 846, *"the initial question is whether the product is duly safe. It should be duly safe for at least the normal uses to which it would be put. If it is found to be not duly safe, there may be a further question of proximate cause — whether the injury which was incurred came within the scope of the risk of the dangerous condition of the product".* En el mismo sentido, Henderson y Twerski, *op. cit.* pp. 666-671. Sobre la causalidad, *infra.* T. II pp. 837 ss.

698. Noel y Phillips, *op. cit.* p. 233. Añaden estos autores que *"a manufacturer is not required to produce a product that will stand up under all contingencies".* En el mismo sentido, Prosser y Keeton, *op. cit.* p. 699 y Rojo, *op. cit.* p. 215.

doctrina y la jurisprudencia norteamericanas[699] y ha sido asimismo consagrado por la Directiva de la CEE[700].

Debe tenerse presente que la previsibilidad no coincidirá en muchos casos con lo que constituye el uso debido del producto, ni aún el uso normal de

---

699. La Interangency Task Force concluyó en su Final Report, que la previsibilidad ha sido formalmente aceptada como el criterio del límite de la seguridad de un producto. Citado por el Dictamen en Minoría sobre el Proyecto Kasten, p. 95. Sin embargo, inicialmente la posición era que el producto debía únicamente ser seguro para el uso para el que estaba destinado. Asi, dice Wade, *op. cit.* p. 847, "*some courts have spoken of the intended use of the product. And the intent is sometimes restricted to that of the manufacturer, thus affording him the opportunity to limit the scope of his liability...*". El comentario "h" a la sección 402 A del *Restatement* utiliza la expresión uso normal: "*A product is not in a defective condition when it is safe for normal handling and consumption. If the injury results from abnormal handling... the seller is not liable*". Ver también Prosser, The Fall of the Citadel *cit.* p. 824. El Proyecto Kasten en su sección 9 (c) establece que el fabricante no responde de los daños cuando el producto es usado incorrectamente, entendiéndose por uso incorrecto aquel que ocurre cuando un producto es usado en una manera que no es consistente con la conducta razonablemente anticipada de los usuarios; esto es conducta no esperada, ordinaria y familiar en la clase de personas que probablemente usen o tengan contacto con el producto. Esta disposición ha sido duramente criticada, expresándose que descartará la responsabilidad en los casos en que la conducta de los usuarios sea razonable, pero no esperada o familiar. Dictámen en Minoría *cit.*, p. 94.

700. Artículo 6.1 b). Para determinar la defectuosidad del producto debe tenerse en cuenta "el uso que razonablemente pudiera esperarse del producto". Reich, *op. cit.* p. 180, afirma que en la República Federal de Alemania, se acepta también que el producto debe ser seguro para su uso previsible: "*The Federal High Court recognized that in the case of obvious misuse the obligation to warn the consumer is placed upon the manufacturer... Like the Federal High Court, some jurists advocate compensation of the consumer if the type of use which resulted in damage was within the scope forseeable for legal purposes*". La jurisprudencia italiana ha aceptado también esta extensión del deber del fabricante. En un caso en que un niño se accidentó mientras jugaba con un revólver de juguete, el Tribunal de Apelaciones de Génova declaró: "El fabricante de una pistola de juguete destinada a los niños responde de los daños que puedan producirse a los mismos como consecuencia de la explosión de cápsulas metálicas en el caso de un uso anormal... Por el contrario, en el caso en el que, por la existencia de los pertinentes dispositivos de seguridad, sea imposible el uso anormal del revólver de juguete, y los niños ... resulten lesionados por la inobservancia de las instrucciones expresas ... ninguna responsabilidad incumbe al fabricante" Rojo y Fernández-Río, *op. cit.* p. 216, en nota 66 y Santos Briz, La Responsabilidad Civil *cit.* pp. 653-654. En el mismo sentido, Dahl, *op. cit.* pp. 88-90. expresa que "*a product is safe if it safe for its normal*

éste[701]. Sin embargo, si el uso indebido o anormal es previsible, el producto debe ser seguro en caso de ser sometido a tal uso indebido[702]. En este sentido, por ejemplo, se ha responsabilizado al fabricante por los daños causados cuando un niño de 14 meses bebió un líquido limpiador de muebles de alta toxicidad, que había sido dejado por su madre cerca de la cuna. El envase estaba diseñado de tal manera que pudo ser abierto fácilmente por el niño[703]. Igualmente, se reconoce que un automóvil debe ser razonablemente seguro para los casos de colisiones, ya que el uso previsible de un vehículo de esa clase comprende la ocurrencia de choques[704].

---

handling or consumption . . . The manufacturer must consider the consumption situation in which the product is likely to be placed, having regard to its nature, designation, etc. . . . [In cases] the manufacturer ought to have forseen that the product could be used in such a[n unintended] manner and therefore ought to have prevented the unfortunate consequences by change in design or otherwise". En cambio, Fontaine, *op. cit.* afirma que para las cortes belgas, bajo la doctrina de los vicios ocultos, cuando el comprador usa incorrectamente los bienes, no se cumple con el requisito legal de que exista un defecto en el momento de la venta. Sin embargo, reconoce que las cortes evalúan la conducta del comprador de acuerdo a la información que tenga disponible y específicamente otorgan gran importancia al hecho de que se proporcionen instrucciones completas y precisas. De este modo se estaría estableciendo el deber de advertir respecto a los peligros inherentes al mal uso previsible.

701. Uso debido es aquel para el que estaba destinado el producto. Así, por ejemplo, una silla está destinada a ser usada para sentarse. Un uso puede no ser el debido, pero aún así ser previsible, como cuando se usa una silla para pararse sobre ella.

702. Reconoce Prosser, The Fall of the Citadel *cit.* pp. 825-826 que *"there are some relatively unusual uses of a product . . . which the seller is required to anticipate and take action against. . ."*.

703. *Spruill v. Boyle-Midway, Inc. cit.*

704. Es este sentido, se dice que el automóvil debe ser *crashworthy*. Durante mucho tiempo la tendencia mayoritaria en la jurisprudencia norteamericana fue considerar que un fabricante de automóviles no tenía el deber de diseñar sus productos de manera que se reduzcan los daños sufridos con ocasión de choques. El caso principal en esta línea es el de *Evans v. General Motors Corporation*, 359 F 2d 822 (7th Cir. 1966). En dicho caso, la corte expresó que *"the intended purpose of an automobile does not include its participation in collisions with other objects, despite the manufacturers' ability to forsee the possibility that such collisions may occur. As defendant argues, the defendant also knows that automobiles may be driven into bodies of water, but it is not suggested that the defendant has a duty to equip them with pontoons"* y añadió, *"A manufacturer is not under a duty to make his automobile accident-proof or fool proof; nor must he render the vehicle 'more" safe where the danger*

Es importante tener presente que lo que interesa para efectos del análisis de la defectuosidad es la previsibilidad *del uso* al que será sometido el producto y no la previsibilidad del *daño* que pudiera provenir de tal uso. En tal sentido, la corte declaró, en el caso *Galvan v. Prossner Packers, Inc.*[705] que "en la responsabilidad estricta, la previsibilidad es únicamente la previsibilidad del uso. Una vez que el uso y su previsibilidad son determinados, y se demuestra que un defecto es una causa de los daños, la previsibilidad del daño proveniente del defecto es irrelevante".

La determinación de lo que constituye el uso previsible de un producto debe hacerse considerando, con un criterio de razonabilidad, los elementos presentes en el ambiente en el que el producto será usado. Es evidente que, en abstracto, puede preveerse un sin número de usos indebidos de un producto. El fabricante no deberá hacer un producto que no cause daños aún en el más remoto e improbable de los usos que se pueda imaginar. Sin embargo, cuando la probabilidad del uso sea relativamente importante, deberá procurarse que el producto sea seguro para tales usos. La determinación deberá hacerse sin embargo, en cada caso. En este sentido, puede resultar ilustrativo recoger algunos casos resueltos por cortes norteamericanas.

En el caso de *Morán y Faberge,* la corte consideró responsable a un fabricante por no advertir que un determinado perfume era altamente inflamable, cuando una adolescente sufrió graves quemaduras luego de verter un frasco del mismo sobre una vela encendida, con la finalidad de volverla perfumada. Sin embargo, en el caso *Lawson y Benjamín Ansehl Co.,*[706] correspondiente a la muerte por quemaduras de un niño de 5 años que se roció con esmalte para uñas de gran flamabilidad, se consideró que no había deber de ad-

---

to be avoided is obvious to all. . .". En la tendencia contraria, que hoy es casi unánime, destaca el caso de *Larsen v. General Motor Corporation,* 391 F. 2d 495 (8th Cir. 1968), en el que la corte expresó: "*automobiles are made for use in the roads and highways in transporting persons and cargo to and from various points. This intended use cannot be carried without encountering in varying degrees the statistically proved hazard of injury-producing impacts of various types. The manufacturer should not be heard to say that it does not intend its product to be involved in any accident when it can easily forsee and when it knows the probability over the life of its product is high that it will be involved in some type of injury-producing accident*". Ver sobre este tema, generalmente, Galerstein, George, *A Review of Crashworthiness,* en 45 Jour. of Air L. and Comm. 187 (1979).

705. 521 P. 2d 929 (Wash. 1974).

706. Mo. App. 1944, 180 S.W. 2d 751.

vertir de este tipo de mal uso. Tampoco se ha considerado que el uso indebido sea previsible cuando un niño arrojó una botella de cerveza contra un poste de teléfono, con el resultado de que la botella se rompió y los vidrios lesionaron al niño[707].

En el caso *Green y Volkswagen of America, Inc.*[708] una niña de once años perdió el dedo anular cuando, mientras corría al costado de una camioneta panel fabricada por los demandados, que se encontraba estacionada, el dedo se atracó en una hendidura en la carrocería que contenía piezas de metal filudas. La corte consideró que tal uso, incluyendo la posibilidad de que el vehículo fuera estacionado en un lugar donde se encontrasen jugando niños, era previsible. Sin embargo, en el caso *Tibbets v. Ford Motor Co.*[709] se estableció que el producto –un automóvil– no era defectuoso, a pesar de haberse lesionado el actor cuando, con el fin de cambiar un neumático, introdujo un dedo al vaso de la rueda, con el objeto de desmontarlo, sufriendo cortes en virtud a una sección filuda de dicha pieza. La corte consideró que tal uso no era previsible pues los conductores de vehículos "tienen conocimiento que la manera adecuada de remover el vaso de la rueda es palanquear en el borde con una llave de ruedas u otra herramienta similar"[710].

En el caso *Ellsworth y Sherne Lingerie, Inc.*[711], la actora se puso al revés el traje de dormir fabricado por el demandado, de modo que los bolsillos del traje quedaron hacia afuera. Mientras colocaba una tetera en su cocina eléctrica, su traje de noche se encendió, provocándole graves quemaduras. La corte expresó que tal modalidad de uso era previsible: "Concluimos que su manera de usar el traje de dormir, aunque posiblemente descuidada, era razonablemente previsible... Ciertamente puede preveerse que piezas de ropa, tales como trajes de dormir y batas, ocasionalmente será usados al revés...".

---

707. *Venezia v. Miller Bresing Co.*, 626 F. 2d 188 (1st Cir. 1980).

708. 485 F. 2d 430 (6th Cir. 1973).

709. 358 N.E. 460 (Mass. App. 1976).

710. Quizás la razón de esta decisión sea que en el estado de Massachusetts, donde fue resuelto el caso, no se acepta la responsabilidad basada en la *strict liability in tort*, sino únicamente aquella que se fundamenta en las garantías implícitas o expresas.

711. 303 Md. 581 (1985).

La cuestión de cuando un producto resulta razonablemente seguro para su uso previsible puede ilustrarse por los casos de *Winnett v. Winnett*[712] y de *Richelman v. Kewanee Macghinery & Conveyor Co.*[713]. Ambos casos involucran daños ocurridos a menores en virtud al uso indebido de maquinaria agrícola. En el primero, el menor introdujo su mano en el mecanismo de una faja transportadora de forraje, a través de unos agujeros de un tamaño sólo suficiente para permitir el ingreso de los dedos de un niño. La corte consideró que el producto no era defectuoso, porque era razonablemente seguro para su uso previsible. En cambio, en el segundo caso, un menor de dos años cayó dentro de una máquina consechadora, sufriendo la pérdida de una pierna. La corte consideró que el producto no era razonablemente seguro para su uso previsible, distinguiendo la situación del caso *sub litis* de aquella del caso *Winnett,* en el que los agujeros eran apenas de un tamaño como para permitir el ingreso de los dedos de un bebé. En el caso *Richelman* la apertura entre las barras de la guarda de seguridad era de una amplitud suficiente como para admitir el paso del pie de un adulto. Más aún, el ingeniero que diseñó el producto declaró que había usado su propio pie como un *standard* para determinar el espacio entre las barras y que había escogido deliberadamente la menos segura de tres alternativas de diseño posibles, con el fin de incrementar la capacidad de la máquina.

Nótese que, aunque el uso del producto sea imprevisible desde un punto de vista general, una vez que el fabricante debe tener noticia de un particular tipo de uso, tal uso se considera previsible. En tal sentido, el fabricante tiene el deber de *vigilar* su producto para estar al tanto de los usos que se le dan. Resulta ilustrativo, para estos efectos, un caso mencionado por Henderson y Twerski, respecto al uso de cierres relámpago por cirujanos, para cerrar incisiones quirúrgicas. El fabricante, alarmado por tal uso de su producto, dirigió una carta a una revista especializada manifestando: "Nuestros productos no son diseñados ni fabricados para propósitos médicos y nunca fueron destinados para tal uso. Adicionalmente, nuestros productos no están esterilizados. . . Durante el proceso de manufactura nuestros cierres tiene contacto con aceites, lubricantes, detergentes. . . y otras sustancias químicas comunes. El producto terminado no es dañino se se usa de la manera en que se supone que debe ser usado. Por tanto, enfermedades y heridas pueden resultar del uso de este producto para propósitos quirúrgicos". El editor derivó la carta a un eminente médico, el cual contestó: "El uso de los cierres relámpago ha facilitado

712. 310 N.E. 2d 1 (I11 1974).

713. 375 N.E. 2d 885 (I11. App. 1978).

grandemente la reexploración del abdomen cuando ésta se requiere con una frecuencia casi diaria. . ."[714]. Este caso límite demuestra la dificultad de la apreciación de lo que constituye el uso previsible de un producto.

3.3.3. Modificación o Alteración. Las modificaciones y alteraciones que el usuario o consumidor, o los terceros, puedan hacer al producto deben tratarse como formas de uso. En este sentido, si tales alteraciones o modificaciones son previsibles, el fabricante debe tomar las medidas para que el producto sea seguro aun bajo esas circunstancias[715]. Para estos efectos, se reconoce que se consideran como alteraciones o modificaciones los supuestos de cambios en el diseño construcción o fórmula, de remoción de instrucciones o advertencias que se encontraban sobre el producto o acompañándolo o de falta del mantenimiento ordinario[716].

La determinación de cuando una alteración o modificación es previsible o no presenta los mismos problemas que ya hemos examinado al ocuparnos del mal uso en general. Así, en el caso *Germann v. F.L. Smithe Machine*

---

714. Henderson y Twerski, *op. cit.* pp. 565-566.

715. Henderson y Twerski, *op. cit.* p. 675. En este sentido, la corte expresó en el caso *Soler v. Castmaster Division of H.P.M. Corporation*, 98 N.J. 137 (1984) que "*forseeable misuse or abnormal use can be extended by analogy to forseen substantial change of the product from its original design*". Sin embargo, en el caso *Robinson v. Reed-Prentice Div. of Package Machinery Co., 49 N.Y. 2d 471* (1980) la corte declaró que "*the duty of a manufacturer . . . is not an open ended one. It extends to the design and manufacture of a finished product which is safe at the time of sale. Material alterations at the hands of a third party which work a substantial change in the condition in which the product was sold by destroying the functional utility of a key safety feature, however forseeable that modification may have been, are not within the ambit of a manufacturer's responsability*". En este caso los daños se habían producido en virtud a una modificación en el sistema de seguridad de una máquina moldeadora de plástico realizada por el empleador del demandante con el objeto de adecuarla a sus necesidades, con el conocimiento del demandado fabricante. Sin embargo, debe tenerse presente que un producto que no cuenta con los atributos necesarios para ser razonablemente seguro en el caso de ser modificado o alterado previsiblemente, no es un producto debidamente seguro en el tiempo de la venta. Al parecer la corte, en este caso, a pesar del lenguaje utilizado, enfocó el problema desde el punto de vista de la causalidad. De allí el uso de la expresión *substantial change*, que es empleada por la sección 402 A del *Restatement*.

716. Modified Uniform Product Liability Act, Sección 112 (d) (1), citada por Henderson y Twerski, *op. cit.* p. 677.

Co.[717], la corte encontró al fabricante de una prensa hidráulica responsable de los daños que sufrió un trabajador, debido al uso de la máquinaria con todos sus mecanismos de seguridad removidos. La corte expresó que podría considerarse la utilización de la maquinaria en estas condiciones como un mal uso previsible. En cambio, en el caso *Trotter v. Hamill Manufacturing Co.*[718] se consideró que la instalción en un vehículo "arenero" de un cinturón de seguridad extraído de un automóvil particular no constituía un uso que debiera preveer el fabricante.

En el caso de materias primas o productos a granel, que pueden ser alterados o modificados de innumerables maneras, se reconoce las limitaciones del fabricante para determinar el uso particular que se dará al producto. En el caso *Walker v. Stauffer Chem. Corp.*[719], la corte estableció que el fabricante de ácido sulfúrico no era responsable por los daños que habían sido ocasionados por la explosión de un líquido para limpiar cañerías elaborado, con dicho ácido, por un tercero. El líquido estaba compuesto, en partes iguales de base alcalina y ácido sulfúrico, combinación altamente volátil. Sin embargo, su fabricante no había advertido de esta circunstancia. La corte declaró que "no creemos que sea realistamente factible o necesario requerir que el fabricante y vendedor de un ingrediente químico estandarizado, tal como ácido sulfúrico a granel, que no tiene control sobre la composición, envase y venta subsecuentes de un artículo que ulteriormente causa daños al consumidor final, sea responsable por tales daños".

El mismo criterio se emplea en los casos de fabricantes de piezas y partes. En el caso *Frazier v. Materials Transportation Company*[720] la corte estableció que no debería exigirse a los "proveedores de componentes, no importa que tan pequeños o insignificantes. . . [que] averiguen el uso final y prevean todas las posibles aplicaciones [de los componentes] en órden a satisfacer un deber de advertir de los potenciales daños asociados al uso del producto terminado". Sin embargo, cuando existe algún peligro relacionado al uso del componente en sí, se ha establecido que existe un deber de advertir a cargo

717. 381 N.W. 2d 503 (Minn App 1986).

718. 143 Mich. App. 593, 372 N.W. 2d 622 (1985).

719. 96 Cal. Rptr. 803 (Cal. App. 1971).

720. 609 F. Sup. 933 W.D.Pa. (1985).

del fabricante de tal componente[721]. Se ha afirmado un criterio análogo tratándose de productos multifuncionales. Así, en el caso *Gorden v. Niagara Machine & Tool Works*[722] la Corte expresó: "Declinamos de establecer que una máquina multifuncional, para propósitos generales, como la prensa Niagara estaba en una condición defectuosa cuando fue mercadeada sin accesorios de seguridad. Habiendo sido la máquina diseñada para muchos tipos de operación, corresponde al comprador seleccionar los accesorios de seguridad apropiados para el uso particular que le dará".

3.4. Factores que Influyen en el Grado de Peligro de un Producto. Existen factores que deben tenerse presentes como elementos que pueden aumentar o reducir el grado de peligro de un producto mediante la incidencia que pueden tener en lo que constituye su uso previsible. Estos factores son los siguientes.

3.4.1. Mercadeo del Producto. Un factor de importancia primordial en lo que constituye el uso previsible de un producto es la manera como éste es introducido en el mercado[723]. Como señalan Henderson y Twerski, ocasionalmente un producto cuyos riesgos son obvios y están más que compensados por los beneficios provenientes de un uso normal, llega a las manos de un usuario que es incapaz de usar el producto de manera segura, con el consiguiente aumento de la posibilidad de que el producto sea usado de una manera dañina. En tales casos, puede reputarse que las técnicas de comercialización del producto del fabricante son inadecuadas para prevenir que esta combinación indebida de producto y usuario ocurran[724]. Este criterio para medir la defectuosidad no se encuentra aún firmemente establecido en la doctrina y la jurisprudencia norteamericanas[725]. Sin embargo, nosotros consideramos que es un elemento valioso que debe integrarse a un análisis de la defectuosidad según un patrón de riesgo-beneficio.

---

721. Maake v. Ross Operating Valve Co., 149 Ariz. 244, 717 P. 2d 923 (Ariz. Ct. App. 1985.

722. 574 F. 2d 1182 (5th Cir. 1978).

723. Rojo y Fernández-Río, *op. cit.*

724. Henderson y Twerski, *op. cit.* p. 386.

725. *"A defect – in – distribution theory . . . could not be justified as a mere aplication of existing products liability law . . . there is no currently accepted legal doctrine of defect in distribution"*. Note. Handguns and Products Liability *cit.* p. 1921.

Uno de los pocos casos que han aplicado este criterio es el de *Moning v. Alfano,* decidido por la Corte Suprema del estado de Michigan[726]. El demandante, fabricante de hondas, fue demandado por los padres de un menor de once años, que resultó lesionado cuando el proyectil disparado con una honda por un compañero de juegos lo hirió gravemente. La corte expresó que el fabricante era responsable por haber mercadeado el producto directamente a los niños, debido a que el uso indebido por parte de éstos era previsible. El mercadear un producto peligroso, sabiendo que éste sería utilizado mayormente por una clase de usuarios que probablemente lo usarían indebidamente, puede considerarse irrazonable[727].

Un caso que ha llamado mucho la atención, por constituir el primer precedente de aplicación de responsabilidad al fabricante de un arma de fuego por los daños causados por ésta, cuando el producto no tenía ningún defecto en el sentido tradicional es el de *Kelley v. R.G. Industries, Inc.* En este caso la Corte Suprema del estado de Maryland encontró al fabricante de un tipo especial de revólveres conocidos como *"Saturday Night Specials"*[728] responsable de los daños sufridos por el actor, quien fue baleado por un delincuente armado con un revólver fabricado por el demandado durante el asalto a una tienda. La corte expresamente señaló que no estaba declarando que el producto fuera defectuoso según los criterios aplicables a este término bajo el ámbito de la *strict liability in tort*[729] ni que la fabricación y venta de revólveres fuera

---

726. 400 Mich. 425, 254 N.W. 2d 759 (1977).

727. Puesto de otra manera, la corte consideró que "si un jurado considera que el riesgo de vender hondas a los niños es mayor que la utilidad de permitir que los niños tengan hondas, el fabricante puede ser encontrado responsable" Note, Handguns and Products Liability *cit.* p. 1920.

728. Bajo la denominación de *Saturday Night Specials* se agrupan revólveres de cañón corto, de bajo costo y poca calidad, utilizados frecuentemente en la comisión de actos delictuosos durante las noches de los fines de semana en las grandes ciudades norteamericanas. De acuerdo con la decisión del caso Kelley, para determinar si un revólver es un *Saturday Night Special* se deben tener en cuenta elementos tales como el largo del cañón, la ocultabilidad, la calidad de los materiales y de la fabricación, la exactitud y confiabilidad, el hecho de que su importancia haya sido prohibida por la autoridad administrativa competente y otras características relacionadas. (p. 1160).

729. La corte señaló que el producto no era defectuoso bajo un análisis de las espectativas del consumidor porque *"a consumer would expect a handgun to be dangerous, by its very nature, and to have the capacity to fire a bullet with deadly force. Kelley confuses a product's normal*

una actividad *ultrariesgosa*, sino que estaba creando una nueva causa de responsabilidad, aplicable a las circunstancias del caso concreto y a otros casos similares que involucren *"Saturday Night Specials"* usados para propósitos criminales[730].

3.4.2. Conocimiento de los riesgos por el consumidor o usuario y capacidad para reducir o evitar los peligros. El grado de conocimiento del consumidor o usuario respecto a los peligros del producto resulta un factor importante para medir el grado de peligro de éste. Un producto cuyos riesgos no son conocidos por el consumidor o usuario puede sorprenderlo y, en tal sentido, tiene un grado de peligro mayor que otro producto semejante cuyos riesgos fueran percibidos por el usuario o consumidor[731]. El conocimiento de los riesgos puede originarse en el hecho de ser los riesgos o peligros inherentes al producto generalmente conocidos u obvios[732] o haber sido tales riesgos mate-

---

function which may very well be dangerous, with a defect in a product's design or construction". Asimismo, descartó la aplicación del patrón de riesgo/beneficio considerando que ese *standard* es de aplicación sólo cuando *"something goes wrong with a product"*, mientras que en el caso en litigio, el revólver funcionó precisamente como debía funcionar. Sin embargo, en sus considerandos, la sentencia emplea un análisis de costo/beneficio, aunque no explícitamente. Así, se sostiene que *"Saturday Night Special are largely unfit for any of the recognized legitimate uses sanctioned by the Mayrland gun control legislation. They are to inaccurate, unreliable and pooly made for use by law enforcement personnel, sportsmen, homeowners or businessmen. . . The chief "value a Saturday Night Special handgun has is in criminal activity, because of its easy concealability and low price"* y que *"the manufacturer or marketer of a Saturday Night Special knows or ought to know that he is making or selling a product principally to be used in criminal activity. . .* (p. 1158). Asimismo, la corte citó con aprobación la decisión del caso *Moning v. Alfano*, expresando que entre ambos casos podía trazarse una analogía (p. 1159).

730. *"Once a trier of fact determines that a handgun is a "Saturday Night Special", then liability for all resulting damages suffered by gunshot victims consistent with established law concerning tort damages may be imposed against the manufacturer or anyone else in marketing chain, including retailer if plaintiff or plaintiff's decedent suffers injury or death because he is shot with the weapon, the shooting is a criminal act, and the plaintiff is not a participant in the criminal activity"* (p. 1144).

731. Montgomery y Owen, *loc, cit.*

732. Wade, *loc. cit.;* Vetri, *loc. cit.;* Rheingold, *loc. cit.;* Twerski. Aaron *From Risk-Utility to Consumer Expectation: Enhancing the Role of Judicial Screening in Product Liability Litigation*, en 11 Hofstra L. Rev. 861 (1983).

ria de instrucciones o advertencias adecuadas[733]. Asimismo, las afirmaciones del fabricante respecto a características del producto pueden originar que los usuarios o consumidores tengan una imagen errónea de los peligros del producto.

Intimamente relacionada con la cuestión del conocimiento de los riesgos por parte del consumidor o usuario, se encuentra la de la habilidad o capacidad de éste para evitar o reducir tales riesgos[734]. En efecto, puede suceder que el consumidor o usuario conozca los riesgos inherentes al producto, pero no se encuentre en posición de evitarlos o reducirlos. Este último factor resulta, pues, relevante en la determinación del grado de peligro de un producto.

La capacidad del consumidor o usuario de evitar o reducir el riesgo de un producto debe medirse según la factibilidad de un uso cuidadoso de éste, que siga adecuadamente las instrucciones, en caso de haberse proporcionado éstas. En caso de que el producto sea de aquellos en los cuales el cuidado empleado en su uso es irrelevante para la magnitud y probabilidad de sus peligros, deberá prestarse atención a la capacidad del consumidor de abstenerse de utilizar el producto[735].

Dada la amplitud de los conceptos a exponerse sobre estos últimos factores, los trataremos a continuación en una sección independiente.

---

733. Wade, *loc. cit.*; Vetri, *loc. cit.*

734. Wade, *loc. cit.*; Fisher, *loc. cit.*; Vetri, *loc. cit.*; Montgomery y Owen, *loc. cit.*

735. Fisher, *loc. cit.*

SECCION SEXTA

EL CONOCIMIENTO DE LOS RIESGOS DEL PRODUCTO POR PARTE DEL CONSUMIDOR Y LA DEFECTUOSIDAD DEL DISEÑO

1. Introducción

Hemos sostenido que uno de los factores que determinan el grado de peligro de un producto es el nivel de conocimiento que respecto a sus riesgos tiene los consumidores o usuarios. Este elemento nos pone nuevamente en consideración del concepto de las expectativas del consumidor. En efecto, habíamos manifestado que las expectativas del consumidor deben descartarse como criterio independiente para determinar la defectuosidad del diseño de un producto, pero que tal elemento resulta de suma utilidad integrado a un análisis global del diseño bajo un criterio de riesgo-beneficio. En este sentido, la definición de defecto utilizada por la Directiva de la CEE señala como uno de los elementos que deben evaluarse en la determinación de la defectuosidad a "la presentación del producto"[736].

Cabe mencionar que este análisis de las expectativas del consumidor parte de un punto de vista independiente de toda consideración que atienda al interés contractual del consumidor. En efecto, tal interés resulta ajeno al problema de los accidentes causados por productos defectuosos y a la formulación del concepto de defectuosidad para estos efectos. En este sentido, aten-

736. Directiva de la CEE, artículo 6. La Consumer Protection Act de la Gran Bretaña establece, a su vez, en su artículo 3, que la defectuosidad de un producto debe establecerse considerando *"the manner in which. . . the product has been marketed, its get-up, the use of any mark in relation to the product and any instruction for, or warning with respect to, doing or refraining from doing anything with or in relation to the product"*.

deremos únicamente a las expectativas de los consumidores respecto a factores que puedan influir en la seguridad del producto. Estudiaremos pues las expectativas del consumidor como un factor objetivo que puede influir sobre el grado de peligro que tiene un producto.

La atención al conocimiento que el consumidor pueda tener sobre los riesgos o peligros del producto rescata para el análisis un elemento de primordial importancia: el del escaso conocimiento de los riesgos de los productos que tienen los consumidores[737]. En efecto, la realidad del mercado característico de la sociedad de consumo muestra una considerable falta de información adecuada y suficiente que afecta a todos los participantes en él, pero especialmente a los consumidores. Esta falta de transparencia es motivida, entre otros factores, por la abundancia de bienes y servicios que satisfacen las mismas necesidades, la complejidad técnica de muchos productos, la contratación en masa, la entrada al mercado de nuevas capas de la población y la acción de la publicidad y las modernas técnicas de mercadeo de que disponen los empresarios. En virtud a estas deficiencias informativas muchos consumidores se ven "inducidos a adquirir productos o servicios o bien a aceptar condiciones que rechazarían si tuvieran una más amplia y eficaz información; en ocasiones, ni siquiera existen reparos para pasar por alto circunstancias que ponen en peligro la vida, salud o seguridad del consumidor"[738] y asimismo a hacer de los productos un uso que puede resultar perjudicial a su salud o a su propiedad. En este sentido, se afirma, como un derecho de los consumidores el derecho de información[739], que versa, entre otros aspectos, sobre las instrucciones y advertencias de los productos y las características y el uso de los mismos[740].

---

737. Schwartz, Gary, Foreword *op. cit.* p. 477.

738. Gómez Segade, José Antonio, *Notas sobre el Derecho de Información del Consumidor*, en Revista Jurídica de Cataluña. Año LXXIX, Núm. 3, Julio-Sept. 1980. p. 140.

739. Respecto a este derecho, Gómez Segade, *op. cit.* p. 704, afirma: "El reconocimiento y regulación de los derechos fundamentales del consumidor [a la salud, seguridad y legítimos intereses económicos] implica que, para la protección eficaz y el ejercicio efectivo de los mismos, se necesitan unos derechos instrumentales, sin los cuales resultaría ilusoria la protección y garantía de tales derechos fundamentales. Uno de estos derechos instrumentales, posiblemente el más importante, es el derecho a la información".

740. Polo, *op. cit.* p. 72, nota 72.

2. Formas de Influencia del Conocimiento del Consumidor sobre el Riesgo de un Producto

Hemos ya reiterado que las expectativas del consumidor son un factor que influye sobre los riesgos de un producto. Tal influencia se materializa de dos maneras. En primer lugar, el conocimiento que un consumidor tenga sobre los riesgos inherentes a un producto puede resultar determinante para que adquiera dicho producto. Es posible que un consumidor adquiera un producto desconociendo sus peligros cuando, de tener conocimiento de estos, no hubiera realizado la adquisición. En este sentido, si el consumidor tiene una imagen correcta del grado de seguridad del producto, su demanda estará de acuerdo con este factor. Así, un producto con un alto grado de peligrosidad –factor que es adecuadamente percibido por el consumidor– tendrá menos demanda que otro producto similar con un grado de riesgo menor. De esta manera disminuirán los accidentes provenientes del producto de que se trata, reduciéndose su peligrosidad global.

Por otro lado, el grado de información que el consumidor pueda tener respecto a los riesgos del producto determinará en gran parte el uso que haga de él. En efecto, si el consumidor está adecuadamente informado de la manera en que debe utilizarse un producto, de manera que se eviten los riesgos inherentes a éste, es más probable que se conduzca de manera de evitar tales riesgos que si no tuviera, en primer lugar, conocimiento de los mismos.

3. Factores que Determinan las Expectativas del Consumidor

3.1. Generalidades. El conocimiento de los riesgos de un producto por parte del público resulta determinado por diversos factores. Estos pueden influir incrementando el riesgo de un producto o, viceversa, reduciéndolo. Entre los primeros factores, mencionaremos las manifestaciones falsas o engañosas realizadas por el fabricante o los vendedores respecto a las características del producto; y entre los segundos a las características obvias o generalmente conocidas de los peligros del producto y a las instrucciones o advertencias adecuadas que respecto a tales riesgos se pueda proporcionar. Como señala Stiglitz, "la salud y la seguridad de los individuos... suele quedar expuesta a serios peligros cuando, aún no conteniendo vicios los productos, su manejo se torna peligroso en cuanto acontece la violación de normas de prudencia impuestas al empresario para la promoción de su producción... Los mensajes carentes total o parcialmente de comunicaciones esenciales, como asimismo aquellos que por imprudencia transgreden elementales reglas de prevención, llevan normalmente a un consumo diferente del que hubiera resultado de me-

diar las indicaciones precautorias debidas, cristalizando, en suma, la potencialidad dañosa de los bienes ofrecidos"[741].

3.2. Manifestaciones Falsas o Engañosas Respecto a las Características del Producto

3.2.1. Generalidades. Las manifestaciones falsas o engañosas sobre el producto que el fabricante dirija al público consumidor pueden influir aumentando el grado de peligrosidad del mismo. En efecto, tales comunicaciones pueden ocasionar que el público se forme una imagen falsa del producto, la que, a su vez, puede dar lugar a un uso peligroso de éste[742].

---

741. Stiglitz, Gabriel. *Protección Jurídica del Consumidor.* Depalma, Buenos Aires, 1986, pp. 15-16, en adelante citado como Protección Jurídica.

742. Nótese que este tema tiene relación con la llamada publicidad engañosa, es decir aquella que es contraria al principio de veracidad publicitaria, según el cual en toda actividad publicitaria debe respetarse la verdad, evitando que se deformen los hechos o se induzca a error. Polo, *op. cit.* p. 67, nota 61. En efecto, en muchos casos los mensajes que den origen a un incremento en el nivel de peligro de un producto configurarán supuestos de publicidad engañosa. En este sentido, por ejemplo, se ha señalado que en sus acciones por daños causados por productos basadas en el *tort of misrepresentation* o en una *express warranty*, iniciadas por consumidores debe invocarse también la legislación específica que sanciona las prácticas comerciales engañosas. Kramer, John. *Commercial Transactions*, en Annual Survey of Texas Law 1980, 34 Sw. L.J. 199, 203 (1980). Asimismo, algunas legislaciones protectoras del consumidor establecen supuestos de responsabilidad civil en caso de daños originados al consumidor por prácticas comerciales engañosas *(Ley de Protección al Consumidor de Israel*, del año 5741-1981, artículo 31; *Ley Federal de Protección al Consumidor de Méjico*, promulgada el 18 de Diciembre de 1975, artículo 8). Sin embargo, el acento en la regulación de la publicidad engañosa está en la protección de los consumidores como clase (y de los empresarios competidores, en el caso de la publicidad desleal) en la generalidad de sus derechos y no interesa primeramente la ocurrencia de algún tipo de daño. Por el contrario, tal legislación tiene una finalidad preventiva y, en caso de ocurrencia de un mensaje engañoso, tiende a buscar los medios para hacerlo cesar y remediar sus efectos dañinos *sobre la información en el mercado.* Ver. Fernández-Novoa Rodríguez, Carlos. *Propiedad Industrial y Derecho de la Competencia Desleal*, en Jornadas sobre la Reforma de la Legislación Mercantil, Editorial Civitas S.A., Madrid, 1979, pp. 153-164 y la Directiva del Consejo de las Comunidades Europeas de 10 de Setiembre de 1984, Relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados Miembros en materia de publicidad engañosa (84/450/CEE), Diario Oficial de las Comunidades Europeas No. L 250/17 del 10 de setiembre de 1984. En el mismo sentido, a propósito de la Ley contra las prácticas Comerciales Engañosas de Suecia, dice Bernitz que no es necesario, para que proceda la acción contra una publicidad

Las comunicaciones que nos interesan pueden transmitirse por diversos medios. Así, pueden resultar integrando la publicidad comercial del producto[743], ser proporcionadas mediante leyendas o gráficos que figuren sobre la mercadería o sobre sus envases, embalajes o presentación[744], ser dirigidas mediante un diálogo personal, o de cualquier otra manera que resulte adecuada[745].

Al ser factores que influirán sobre la defectuosidad del producto, debemos considerar a estos mensajes desde un punto de vista objetivo. En este sentido, debe atenderse a la influencia que los mismos tiene sobre el nivel de

---

engañosa, que alguien haya sido efectivamente dañado. Bernitz, *op. cit.* p. 135. Por otro lado, nuestra hipótesis de estudio no está referida a los daños que pueda causar la publicidad en sí, sino aquellos que pueda causar un producto defectuoso, sobre los que la publicidad puede tener alguna relevancia. Stiglitz, Publicidad Comercial *cit.* p. 774. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que aún cuando la teoría de la publicidad engañosa no constituye un sistema para proveer a la reparación de los daños causados por productos defectuosos, los conceptos desarrollados en dicha teoría —específicamente los que se refieren al análisis de lo que constituye un mensaje engañoso— resultan de alguna utilidad para nuestro estudio. En tal sentido, y sin que esto signifique dejar de reconocer el ámbito propio de la regulación de la publicidad engañosa, que no es nuestro campo de estudio, tomaremos en ocasiones elementos desarrollados en tal ámbito para aclarar aspectos de nuestra exposición.

743. La publicidad se define como las "manifestaciones y comunicaciones que a través de los medios técnicos de difusión se hacen al público de los consumidores con el fin de encaminar su atención hacia los servicios y productos de la empresa [para]. . . de este modo promover y fomentar la contratación de tales servicios y productos". Fernández Novoa, Carlos. *La Interpretación Jurídica de las Expresiones Publicitarias,* en 107 Rev. Der. Mercantil, 14 (1968), en adelante citado como Interpretación Jurídica. Considerada en un sentido amplio, la publicidad comprende aspectos como las leyendas y figuras que se colocan en los envases de los productos y aún los contactos personales de carácter promocional. Fernández-Novoa, *id.* p. 17; Bernitz, *op. cit.* p. 141.

744. Gómez Segade, José Antonio, *op. cit.* p. 717. Sobre la cuestión de si el diseño mismo del envase —es decir su forma y tamaño, a diferencia de las leyendas o gráficos que figuran sobre el mismo— constituye una forma de comunicación, Bernitz, *op. cit.* p. 141 opina en sentido negativo. Sin embargo, consideramos que no debe enfocarse esta cuestión desde un punto de vista general, sino estudiarse cada caso concreto, para determinar si el diseño de un envase puede resultar un medio adecuado para transmitir un mensaje del tipo que nos ocupa.

745. *Restatement of Torts (Second),* Sección 402 B.

conocimiento de los riesgos del producto del consumidor ordinario. Como señala Fernández-Novoa a propósito de la publicidad, "para interpretar el anuncio hay que averiguar el significado que a la correspondiente expresión publicitaria atribuyen sus destinatarios: los consumidores... Las impresiones y la opinión del público destinatario constituyen el único principio válido para la interpretación del anuncio"[746]. Sin embargo, el consumidor ordinario que debe considerarse en la apreciación de la influencia del mensaje sobre los riesgos del producto no es el medio del público en general, ni aún el medio de los consumidores del producto en cuestión. En efecto, volviendo a recurrir a Fernández-Novoa, podemos afirmar que "el concepto del público de los consumidores debe entenderse en sentido relativo: el público no está compuesto por la totalidad de la población sino por aquel sector de la población al que se dirige el anuncio o la correspondiente expresión publicitaria"[747]. En este sentido, puede señalarse, en general, que la influencia sobre el nivel de peligro de un producto de las comunicaciones emitidas por el productor debe evaluarse según la influencia que tales comunicaciones tienen sobre el conocimiento de los riesgos del producto por parte de las personas que tienen contacto con tales mensajes[748].

---

746. Fernández Novoa, Interpretación Jurídica *cit.* p. 40.

747. Fernández Novoa, Interpretación Jurídica *cit.* p. 41.

748. Fernández-Novoa, Interpretación Jurídica *cit.*, expone de manera esquemática los criterios desarrollados por la doctrina y la jurisprudencia alemanas para la interpretación de las expresiones publicitarias. Aún cuando el énfasis de tal interpretación se centra en la posibilidad de considerar a tal publicidad engañosa o desleal, los criterios a utilizarse tienen, en nuestra opinión, también validez para el análisis de los mensajes del productor en el contexto de la determinación de la defectuosidad del producto. Dice Fernández Novoa que debe descartarse, en primer lugar, la interpretación gramatical y filológica del mensaje, en cuanto alegaciones gramaticalmente exactas deben considerarse inexactas cuando la mayoría de los consumidores entienden la alegación en sentido distinto al gramatical (p. 34-35). Asimismo, debe también descartarse la significación que la expresión publicitaria tiene para el empresario anunciante y la que el juez de la causa le atribuye personalmente (dejando a salvo el caso en que, por ser el juez uno de los destinatarios del mensaje, su percepción del mismo resulte ilustrativa en la determinación del sentido que debe darse a éste) (pp. 40-41). Lo que interesa es el significado de la expresión para el consumidor medio dentro del grupo de destinatarios del mensaje (p. 45). Por otro lado, al analizarse el significado del mensaje para tal consumidor medio debe tenerse en cuenta que normalmente el consumidor presta al anuncio una atención fugaz, por lo que debe tenerse en consideración el significado más inmediato del mismo y descartarse las interpretaciones sutiles (p. 45). Debe atenderse al efecto de conjunto que el anuncio produce, por lo que no

3.2.2. Tipos de Manifestaciones Falsas o Engañosas

3.2.2.1. Introducción. Según el distinto nivel de concreción que asumen, cabe distinguir entre las manifestaciones o comunicaciones del productor que causan una disminución en el conocimiento de los riesgos del producto por parte del consumidor. En este sentido, puede diferenciarse entre aquellas expresiones directas de carácter positivo que no coinciden con la realidad y las manifestaciones que siendo literalmente correctas, causan sin embargo una impresión errónea en el consumidor por la manera cómo son formuladas o por la ausencia de determinado tipo de información.

3.2.2.2. Expresiones Falsas

3.2.2.2.1. Generalidades. Un primer tipo de manifestaciones falsas o engañosas está constituido por aquellas expresiones referidas a características o cualidades del producto que no tienen correspondencia en la realidad. La responsabilidad por este tipo de falsas representaciones ha tenido reconocimiento por la jurisprudencia, la doctrina y la legislación norteamericanas, tanto a través de la vertiente contractual de la responsabilidad por productos, cuanto en la rama extracontractual de la misma. En este sentido, tal responsabilidad ha sido consagrada por la sección 2-313 del *Uniform Commercial Code* de los Estados Unidos referida a las garantías expresas y por la Sección 402 B del *Restatement of Torts* que establece el *tort* de *product misrepresentation*[749].

---

puede descomponerse éste en elementos aislados para efectos del análisis (p. 47). Sin embargo, puede analizarse independientemente la "parte llamativa" del anuncio, que es aquella en la que mas frecuentemente se detiene la atención del receptor, por estar dotada de una especial estructura, diseñada precisamente para tal efecto (pp. 48-51). Finalmente, debe tenerse en cuenta que frecuentemente la publicidad se realiza en un sistema coordinado de anuncios encadenados entre sí, debiendo en tal caso prestarse atención al efecto conjunto de la cadena (p. 52). Por otro lado, en la determinación de los destinatarios del mensaje debe prestarse especial atención al medio empleado (pp. 54-55). En este sentido un producto puede ser defectuoso para un grupo de consumidores y no serlo para otro, según que unos hayan estado sometidos a un mensaje particular y los otros no. En el caso de diálogos personales, la consideración de la influencia del mensaje en la defectuosidad del producto implica un análisis del caso particular.

749. Debe tenerse en cuenta que la *express warranty* y el *tort* de *Misrepresentation* constituyen *causes of action* distintas e independientes de la *strict liability in tort* por daños causados por productos defectuosos. Ambas atienden exclusivamente a las manifestaciones del demandado y a la falta de concurrencia entre éstas y la realidad del producto. En

3.2.2.2.2. **Contenido.** Este tipo de expresiones, deben estar referidas a "hechos materiales concernientes al carácter o cualidades" del producto[750]. No interesa cuál sea el aspecto del producto materia de la comunicación falsa[751]. Lo que importa es que tal representación no corresponda a la realidad y que la ausencia de la característica atribuida al producto resulte la causa del daño. Resultan excluidas las expresiones del vendedor que constituyen meras opiniones[752] así como aquellas que reflejan alabanzas de carácter general al producto, habituales en la propaganda y que no resultan tomadas en serio por el consumidor[753]. Sin embargo, las afirmaciones genéricas respecto a la cali-

---

tal sentido, no coinciden totalmente con nuestro análisis, que rescata las afirmaciones del productor como un elemento que debe considerarse en un análisis global de riesgo/beneficio. Ambas teorías, en lo que respecta a la reparación de los daños causados por el producto (a diferencia de los daños al producto y los daños económicos, que son resarcibles a través de la *express warranty* pero no mediante el *tort de misrepresentation)* son similares (salvo en cuanto a las personas protegidas, que en el caso de la *express warranty* no son todas). En este sentido el Proyecto Kasten las ha unificado en una sola acción para obtener resarcimiento por los daños causados por un producto que ha sido objeto de una *misrepresentation.* (Sección 7). Tampoco coincidimos con la posición de Stiglitz, Publicidad Comercial *cit.*, p. 774, quien afirma que las expresiones publicitarias que versan sobre características del producto comprometen al fabricante.

750. *Restatement of Torts (Second)*, sección 402 B.

751. Como ejemplos de elementos respecto a los cuales pueden versar las comunicaciones falsas del productor, pueden citarse algunos de los que, con carácter enunciativo, están incluídos en la Sección 2 (a) de la Ley de Protección al Consumidor de Israel: la calidad, naturaleza, cantidad y tipo del producto (inciso 1); las medidas, peso forma y componentes del producto (inciso 2); el uso que puede darse al producto y el beneficio a derivarse de él (inciso 4); la manera de utilizar el producto (inciso 5); la fecha de producción y la fecha de expiración del producto (inciso 9); la autorización dada a la producción o venta del producto (inciso 10); la conformidad del producto con un patrón, especificación o modelo (inciso 11); una opinión profesional o los resultados de un examen respecto a la calidad o naturaleza del producto (inciso 14); un uso anterior de que haya sido objeto el producto o el hecho de ser este nuevo o renovado (inciso 15); el servicio de mantenimiento y las condiciones de este (inciso 16).

752. Bernitz, *op. cit.* p. 137.

753. *Restatement of Torts (Second)*, Sección 402 B, comentario "g"; *Uniform Commercial Code*, Sección 2-313; Rojo y Fernández-Río, *op. cit.* p. 164; Prosser, The Fall of the Citadel. *cit.* p. 836.

dad del producto, y particularmente aquellas referidas a su seguridad, pueden constituir representaciones de que éste es absolutamente seguro[754].

Un caso ilustrativo de la aplicación de este criterio de responsabilidad es el de *Baxter v. Ford Motor Co.*[755] que hemos mencionado al tratar sobre el derecho norteamericano. Un caso más reciente es el de *Hauter v. Zogarts*[756]. Los demandados fabricaban un artefacto para el entrenamiento de golfistas aprendices, consistente en dos estacas de metal, dos cordones –uno elástico y otro de algodón– y una pelota de golf reglamentaria. De acuerdo con las instrucciones del producto, cuando correctamente golpeada, la pelota regresaría hasta un lugar cercano al punto de impacto. Una etiqueta en la caja del producto y la cubierta del manual de instrucciones indicaban a los usuarios "golpee la pelota con toda fuerza" y expresaban además "completamente seguro. La pelota no golpeará al jugador". El actor adquirió el producto como un regalo para su hijo, quien resultó lesionado cuando golpeó deficientemente la pelota, la que, a su vez, lo golpeó en la sien. La corte falló en favor del demandante expresando que las afirmaciones de que el producto era completamente seguro y que la pelota no golpearía al jugador no constituían opiniones subjetivas, sino que describían una característica del producto y que el hecho de que la lesión "ocurriera mientras el [demandante] usaba el [producto] . . . demuestra la inexactitud de la afirmación contenida en la caja"[757].

---

754. Prosser, The Fall of the Citadel. *cit.* p. 837. En este sentido, Henderson y Twerski, *op. cit.* p. 91, a propósito de la responsabilidad por la vía de la *express warranty* afirman que en ella "*the seller is asked to put his money where his mouth is. If he promises goods free from defects, then he will be liable for defective products regardless of whether reasonable care —even superhuman care— could have avoided them*".

755. 12 P. 2d 409 (Wash. 1932).

756. 14 Cal. 3d. 104 (Cal 1975).

757. *id.* Ver también el caso de *Stevens v. Parke, Davis & Co.*, 9 Cal. 3d 51, 507 (1973), en la que la corte encontró al fabricante responsable por daños causados por el medicamento cloromicetina. La corte expresó que un jurado podría concluir que "la prescripción negligente de Cloromicetina [por parte del médico tratante]. . . fue una consecuencia previsible de las intensas publicidad y campañas promocionales planeadas y llevadas a cabo por el fabricante. El expediente revela en abundante detalle que Parke, Davis realizó todos los esfuerzos, empleando tanto publicidad directa cuanto publicidad subliminal, para aliviar los temores de la profesión médica, motivados por el conocimiento de los peligros de la droga. . .".

3.2.2.3. Manifestaciones Engañosas. Es posible que las comunicaciones emitidas por el productor no contengan información positiva que sea falsa, pero que, a pesar de ello, produzcan en el consumidor una imagen errónea del producto. Como dice Bernitz, "una publicidad... puede ser completamente correcta, y aún así engañosa debido a que información importante ha sido dejada de lado o porque su presentación es tal que causa que el consumidor entienda mal lo que en realidad se está diciendo"[258].

Estos supuestos, reconocidos por la legislación sobre la publicidad engañosa[759], tienen también aplicación en la responsabilidad por productos defectuosos. En efecto, no se necesita que un mensaje sea falso o incorrecto para que influya sobre el conocimiento de un producto que puede tener el consumidor. Igualmente importante son aquellos mensajes que subrepticiamente introducen en la mente del consumidor una imagen del producto que no es la correcta. En este sentido, la Ley de Protección al Consumidor de Israel y la Ley Federal de Protección al Consumidor de México consagran como hipótesis de responsabilidad civil aquellas en las que se cause daños a los consumidores en razón de publicidad subjetiva.

Un ejemplo de este tipo de mensajes puede estar constituído por la publicidad de cigarrillos, que presenta al producto siendo usado por gente de aspecto juvenil, deportivo y sano. De este modo, se introduce en el consumidor una imagen de que el producto es seguro y no resulta dañino para la salud[760].

---

758. Bernitz, *op. cit.* p. 134. En el mismo sentido, Stiglitz, Protección Jurídica cit. señala que "la falta de aserciones positivas y. . . la ausencia de indicaciones sobre los elementos esenciales genera efectos sugestivos, falsas convicciones, impresiones erróneas. . .".

759. Ver, por ejemplo, el artículo 2 de la Directiva del Consejo de las Comunidades Europeas sobre publicidad engañosa, que define publicidad engañosa como "toda publicidad que, de una manera cualquiera, *incluída su presentación, induce a error o puede inducir a error* a las personas a las que se dirige y afecta" (el subrayado es nuestro). Asimismo, el artículo 2 de la Ley de Protección al Consumidor de Israel que establece que "un vendedor no hará nada —por acción u omisión, por escrito, oralmente o de cualquier otra manera— que pueda engañar a un consumidor".

760. *"Cigarette advertisements that associate smoking with health, wealth, luxury and achievement are widespread"*. Note, Plaintiffs Conduct as a Defence to Claims Against Cigarette Manufacturers *cit.* p. 818 *"The advertisements in question clearly promote the use of a particular cigarette as atractive and enjoyable. Indeed, they understandably have no other purpose"*. Note. Fairness and Unfairness of Television Product

Por tal motivo, algunas legislaciones han prohibido el uso de imágenes que puedan prestarse a sugestiones de este tipo en la publicidad de cigarrillos[761]. Un caso que puede ilustrar con claridad la manera cómo las comunicaciones publicitarias de un producto pueden inducir al consumidor a realizar un uso imprudente de éste, con el consiguiente aumento de los riesgos inherentes a tal uso, es el de *Leichtamer v. American Motors Company*[762]. Los demandantes en los autos sufrieron heridas de gravedad cuando saltaron de un acantilado, mientras viajaban en un vehículo Jeep, modelo CJ-7, fabricado por la demanda. Esta había realizado una insistente campaña promocional del automóvil, mediante avisos televisivos en los que se mostraba al Jeep siendo conducido a gran velocidad y en terrenos con abundantes curvas, subidas y bajadas y saltos, a la vez que el audio expresaba "Mi Jeep CJ es el vehículo mas duro que existe... Esas son agallas Jeep. Agallas que te llevarán donde sólo los mas valientes se atreven a ir... Las agallas Jeep te llevarán a lugares donde nunca antes has estado..." La corte decidió que los comerciales eran un factor relevante para determinar el uso previsible –para el que debía ser seguro– del producto.

En ocasiones los mensajes puede llevar a engaño no tanto por lo que se dice en ellos, cuanto por su presentación, cuanto por la ausencia de determinados tipos de informaciones. En este sentido, se considera que son engañosos los mensajes que no contienen información fundamental respecto a los

---

Advertising. 70 Mich L. Rev 448, 509 (1988), en nota 57. En el caso *Cipollone v. Ligget Group. Inc.*, una corte norteamericana consideró responsable al fabricante de cigarrillos por la muerte de una fumadora empedernida que contrajo cáncer. El fundamento de la responsabilidad fue el hecho de haber incurrido el fabricante en una *misrepresentation* y haber otorgado una *express warranty* de seguridad, en su publicidad. En el juicio se presentaron como pruebas avisos publicitarios publicados por el fabricante durante los años 50, en los cuales se afirmaba, entre otras cosas: "Juegue seguro... Fume Chesterfield... Chesterfield contiene sólo ingredientes que le dan la mejor fumada posible, probada y aprobada por científicos de prestigiosas universidades"; o "más doctores fuman Camels que cualquier otro cigarrillo"; o "Rosalind Russell dice: 'L&M son justo lo que el doctor ordenó...". Ver, generalmente, Shattering *The Smoke Freedom*, en Time, June 27, 1988, p. 27.

761. Bernitz, *op. cit.* 155, citando una decisión de la Corte del Mercado de Suecia, dictada aplicando las normas de la Ley Contra las Prácticas Comerciales Engañosas.

762. 67 Ohio St. 2d 456, 424 N.E. 2d 568 (1981). Sobre los hechos de este caso ver, generalmente, Neweek, *The Products Liability Debate cit.*

riesgos que el producto puede presentar para el consumidor o usuario en su uso previsible[763]. Se reconoce que el productor tiene el deber de informar al consumidor sobre aquellas condiciones o características del producto que le puedan causar daños, así como de proveerlo de instrucciones adecuadas que le permitan realizar un uso seguro del producto.

Este deber de advertir o brindar instrucciones no depende de que el fabricante realize labor promocional alguna, sino de que el producto resulte riesgoso. En tal sentido, tanto existe un deber de advertir o brindar advertencias cuando la publicidad puede ocasionar algún riesgo en el uso del producto, como cuando el producto, independientemente de cualquier comunicación del fabricante, es peligroso. El deber de advertir o brindar instrucciones, pues, reviste independencia. Por ello lo trataremos de manera separada, como uno de los factores cuyo cumplimiento puede dar lugar a la disminución de los riesgos del producto.

3.3. Peligros Obvios o Generalmente Conocidos

3.3.1. Introducción. Hemos mencionado que el conocimiento de los peligros de un producto por parte del consumidor o usuario resulta un factor relevante para efectos de la determinación de la defectuosidad de su diseño[764]. En este sentido, el ser un peligro obvio o generalmente conocido puede oca-

763. En el campo del Derecho de la Publicidad se discute sobre la amplitud de este deber de informar positivamente. Para algunos se trata de proveer al consumidor de toda la información necesaria para que pueda elegir racionalmente la oferta más adecuada en el mercado. Gómez Segade, *op. cit.* p. 720. Sin embargo, otros sostienen que, "fuera de los casos en que el anunciante tiene el deber de realizar en su publicidad revelaciones afirmativas con el fin de eliminar las verdades a medias y las alegaciones contradictorias no cabe imponer al anunciante el deber de ofrecer una información completa". Fernández-Novoa, Propiedad Industrial y Competencia Desleal *cit.*, p. 156. En el campo de la Responsabilidad por Productos Defectuosos es indudable que el fabricante tiene el deber de advertir de los riesgos del producto.

764. Nótese que el carácter obvio o generalmente conocido de una condición peligrosa resulta relevante para juzgar la defectuosidad de un *diseño*. En cambio, tratándose de defectos de fabricación, el hecho de que sean obvios o evidentes no excluirá la defectuosidad, resultando únicamente relevante para efectos del análisis de la posible negligencia contributoria del usuario o consumidor. En este sentido se percibe una diferencia con la garantía por los vicios ocultos que se aplica a los defectos de fábrica, pero no cuando estos pueden ser percibidos.

sionar que un producto, a pesar de presentar una condición riesgosa, no sea considerado defectuoso en cuanto a su diseño.

Los peligros obvios o generalmente conocidos son aquellos que cualquier persona razonable reconocería y evitaría[765]. En este sentido, deben apreciarse en abstracto. La cuestión es si el peligro es obvio o generalmente conocido para el consumidor ordinario del producto, y no si el peligro es apreciado por el consumidor concreto en un caso determinado[766]. En otras palabras, por peligro obvio se entiende "una condición que normalmente sería vista y cuyo peligro sería apreciado por aquellos que se espera usen el producto"[767]. Debe tenerse en consideración, sin embargo, que el carácter obvio o generalmente conocido del peligro, en caso de productos destinados para un tipo especial de usuarios, se determinará según el nivel de conocimientos y la conciencia de ese particular grupo.

Algunos autores distinguen entre los peligros obvios y aquellos que son de conocimiento generalizado. Los riesgos obvios serían aquellos que el usuario de un producto notaría con facilidad, por ser perceptibles a simple vista[768]. Así, por ejemplo, el peligro inherente al filo de la hoja de un cuchillo[769]. Los peligros generalmente conocidos, en cambio, no resultarían en todos los casos perceptibles obviamente; sin embargo, serían materia de conocimiento generalizado[770]. Así, por ejemplo, la potencialidad del licor de embriagar, o las consecuencias de embriagarse[771]. Sin embargo, en la generalidad de los casos ambos conceptos se superponen. En efecto, aún cuando una con-

---

765. Noel y Phillips, *op. cit.* p. 166.

766. Dictamen en Mayoría *cit.* p. 37.

767. Keeton, The Meaning of Defect *cit.* pp. 686-687.

768. Proyecto Kasten, Sección 6 (e).

769. Wade, *op. cit.* p. 843.

770. Wade, *loc. cit.*

771. En el caso *Russell v. Bishop.* Prod. Liab. Rep. (CCH) 10,849 (Tenn. Ct. App. 1986), los padres de una menor muerta en un accidente automovilístico demandaron al fabricante de la botella de whisky que el conductor ebrio del otro automóvil había consumido previamente al accidente. El demandante argumentó que el fabricante debió haber adherido a la botella una advertencia contra el manejar en estado de ebriedad. La corte decidió que no existía tal deber de advertir, por ser el peligro generalmente conocido. Henderson y Twerski, *op. cit.* pp. 379-380.

dición de un producto resulte evidente, deberá existir un conocimiento generalizado del peligro que tal condición involucra para que el riesgo sea obvio.

Por otro lado, se ha sostenido que los peligros evidentes son aquellos que normalmente se encuentran en el diseño de un producto[772]. En este sentido, el Proyecto Kasten incluye en su sección 5 (b) (2) (C) una disposición que establece que el producto no es defectuoso cuando el daño fue causado por "un aspecto peligroso de un producto que era una característica inherente del producto y que sería reconocido por la persona ordinaria que consume el producto, con el conocimiento ordinario común a la comunidad"[773].

La determinación en un caso concreto de lo que constituye una condición obvia o generalmente conocida puede resultar problemática. Así, por ejemplo en el caso *Bolm v. Triumph Corporation*[774] el demandante sufrió daños en la pelvis cuando, en una colisión, fue arrojado sobre una rejilla para paquetes que estaba colocada sobre el tanque de combustible de su motocicleta, directamente delante del conductor. La existencia de la rejilla era obvia, pero ¿lo era el peligro? Igualmente, en el caso de *Jamieson y Woodward & Lothrop*[775], la demandante solicitaba se le indemnize por los daños (desprendimiento de retina) sufridos cuando un ejercitador de caucho se le escapó mientras era usado y, recobrando su tamaño original violentamente, la golpeó fuertemente en el rostro. La corte expresó que "cuando un artículo manufacturado es una cosa sencilla, de características universalmente conocidas y no un aparato con partes o mecanismos, siendo el único peligro evidente y no oculto para cualquier usuario, si el artículo no falla ni se rompe, sino que ocurren daños debido al comportamiento normal y previsible del producto, el fabricante no es responsable". Sin embargo, ¿era obvio que el producto podía escaparse de la sujeción del usuario y golpearlo de esa manera?

---

772. Brook, Steve. Patent Hazards *cit.*

773. Proyecto Kasten. El dictamen en mayoría de la comisión respecto al proyecto, expresa que esta disposición tiene su origen en el comentario "i" a la sección 402A del *Restatement*, que consagra la definición de la condición irrazonablemente peligrosa de un producto como aquella que defrauda las expectativas del consumidor ordinario. A la larga el criterio de las expectativas del consumidor resulta el fundamento de la exclusión de la defectuosidad en el caso de peligros obvios o generalmente conocidos.

774. 33 N.Y. 2d 151, 305 N.E. 2d 769, 350 N.Y.S. 2d 644 (1973).

775. 247 F. 2d 23 (D.C. Cir.), cert. denied, 355 U.S. 855 (1957).

3.3.2. Influencia Relativa del Carácter Obvio o Generalmente Conocido de los Riesgos de un Producto en la Determinación de la Defectuosidad. La influencia que el carácter obvio o generalmente conocido de la condición peligrosa de un producto tiene sobre la determinación de la defectuosidad ha sido objeto de un interesante tratamiento por parte de la jurisprudencia y la doctrina norteamericanas. Al respecto, pueden distinguirse las siguientes dos posiciones:

3.3.2.1. El Carácter Obvio o Generalmente Conocido del Peligro Excluye la Defectuosidad

3.3.2.1.1. Planteamiento de la Posición. Se ha sostenido que el hecho de que la condición peligrosa del producto sea obvia o generalmente conocida excluye la defectuosidad del diseño. En este sentido, se afirma que "cuando el diseño es riesgoso o peligroso, pero el peligro es obvio para el usuario ordinario, el diseño, al menos con respecto a aquel peligro, simplemente no es defectuoso... Un vendedor no tiene la obligación de hacer seguro o más seguro un producto riesgoso cuando éste es en cualquier otro respecto adecuado para su uso corriente y el aspecto peligroso es aparente, de manera que puede asumirse que el consumidor lo apreciará"[776]. Esta regla, conocida en el derecho de los Estados Unidos como la *patent danger rule,* es una de las principales armas con las que han contado los fabricantes en su defensa de las pretensiones indemnizatorias de las personas dañadas por productos.

El caso líder de esta tendencia es el de *Campo v. Scofield*[777], en el que el demandante solicitaba se le indemnize los daños sufridos al ser su mano aplastada por una maquinaria agrícola. La corte expresó que, siendo el peligro obvio, no había lugar a responsabilidad. De acuerdo con la corte, "el fabricante de una máquina u otro artículo peligroso de manera evidente por la manera como funciona, debe a aquellos que lo utilizan meramente un deber de hacerlo libre de defectos latentes y peligros ocultos. En tal sentido, si el usuario demanda al fabricante de un artículo por daños sufridos, debe alegar y probar la existencia de un defecto latente o de un peligro no conocido por el actor o por otros usuarios". Una manifestación más reciente de este criterio es la que está contenida en la sección 5 (b) (2) (C) del Proyecto Kasten.

---

776. Brook, Patent Hazards *cit.* p. 5.

777. 301 N.Y. 468, 95 N.E. 2d 802 (1951).

La exclusión de la defectuosidad en los casos de peligros obvios o generalmente conocidos es perfectamente coherente con el *test* de las expectativas del consumidor para medir la defectuosidad de un diseño. Asimismo, se fundamenta principalmente en el argumento de que, siendo la condición del producto perceptible por el consumidor, éste ha adquirido el producto libremente en el mercado con conciencia de ella[778]. En este sentido, por ejemplo, la corte expresó en el caso *Myers v. Montgomery Ward & Co.*[779] que no había lugar a responsabilidad por los daños que había sufrido el usuario de una cortadora de césped diseñada sin ninguna guarda de protección porque "la ausencia de tales accesorios de seguridad era aparente en el tiempo de la adquisición, y, en un mercado libre, [el demandante] pudo optar entre adquirir una cortadora de césped equipada con tales accesorios, adquirir la cortadora que compró efectivamente, o no comprar una cortadora en absoluto".

3.3.2.1.2. Críticas a Esta Posición. La exclusión de las defectuosidad de los diseños en los casos de peligros obvios o generalmente conocidos ha recibido numerosas críticas. En tal sentido, se sostiene que carece de justificación aplicar la regla a los terceros lesionados por el producto, que no tuvieron oportunidad de percibir el carácter obvio o generalmente conocido del peligro[780]. Así, por ejemplo, en el caso *Pike v. Frank G. Hough Co.*[781] la corte encontró al fabricante de un tractor cuyo espejo retrovisor tenía un punto ciego muy amplio, responsable por los daños causados por el atropello de un trabajador cuando el tractor retrocedía, a pesar de que la condición del producto era evidente.

Por otro lado, la regla de los peligros obvios tiene su base en el supuesto de que basta que la condición peligrosa del producto sea obvia o generalmente conocida para que el consumidor tenga perfecta información sobre los

---

778. Como dice Keeton, "*some economists would argue that the best mechanism for resolving the issue of how safely products should be designed, particularly with reference to obvious dangers is the marketplace*". Keeton, W. Page. Torts. En *Annual Survey of Texas Las* 1976 30 S.W.L.J. 1, 8 (1976). El fundamento es similar al que se da para excluir de la responsabilidad por vicios ocultos a aquellos que pueden ser percibidos por el adquirente. Se asume que éste aceptó los bienes en la condición en que están.

779. 253 Md. 282, 252 A. 2d 885, 864 (1969).

780. Henderson y Twerski, *op. cit.* p. 543.

781. 467 P. 2d 229 (Cal. 1970).

riesgos del producto, lo que le permite hacer una elección consciente en el mercado. Sin embargo, la mayoría de los consumidores no aprecian debidamente este tipo de peligros.

Se ha expresado también que en lugar de impulsar a los fabricantes a buscar una mayor seguridad en el diseño de sus productos, esta regla promueve el diseño de productos inseguros de manera obvia. Así, en el caso *Auburn Machine Works Co. v. Jones*[782] la corte declaró: "La *patent danger doctrine* anima a los fabricantes a ser desaforados en sus diseños, a eliminar accesorios de seguridad, y a hacer los riesgos obvios. Por ejemplo, si la jaula que se coloca sobre un ventilador como un accesorio de seguridad fuese desmontada y alguien pusiera la mano en el ventilador, bajo esta doctrina no existiría un deber del fabricante. Mientras los peligros sean obvios, un producto podría ser fabricado sin consideración a la seguridad".

Otra crítica que se formula a la *patent danger rule* estriba en la injusticia de sus resultados, en tanto –como señaló la corte en el caso *Luque y Mc Lean*– el resultado de dicha regla sería "inmunizar de responsabilidad estricta a los fabricantes que insensiblemente ignoran defectos obvios en sus productos y a la vez someter a dicha responsabilidad a aquellos que inocentemente ponen en el mercado productos con defectos latentes".

La *patent danger rule* es también injusta en la medida en que no promueve un adecuado balance de intereses entre el consumidor y el fabricante. De un lado está el demandante, consciente, pero por todo lo demás inocente y de otro el fabricante, que deja de hacer su producto seguro dentro de los límites razonables de costo y sin perjudicar su utilidad[783]. Como dijo la corte en el caso *Micallef v. Miehle Co.*, "la óptica rígida de la regla del *patent danger* produce resultados duros en vista de las dificultades que existen en nuestro modo de vida mecanizado para percibir plenamente un peligro que últimamente puede ser considerado evidente por una corte".

De manera similar al patrón de las expectativas del consumidor, la *patent danger rule* puede resultar en la práctica forzando al demandante a probar que no fue contributoriamente imprudente, lo que constituiría una inversión de la carga de la prueba de este extremo. En efecto, la imprudencia contributoria

782. 366 So. 2d 1167, 1170-71 (Fla. 1979).

783. Brook, Patent Hazards *cit.* p. 7.

del dañado es una defensa afirmativa del demandado, que debe ser probada por quien la alega[784].

Finalmente, la *patent danger rule* impone, para efectos prácticos, el patrón de las expectativas del consumidor como único criterio para apreciar la defectuosidad del diseño de un producto, con los inconvenientes que ello supone[785]. Si un producto cuyos peligros son obvios o generalmente conocidos no es defectuoso, independientemente del grado de peligro que presenta y de la factibilidad de eliminar o reducir tales peligros, sólo será defectuoso el producto que defraude las expectativas del consumidor. Bastará pues al fabricante llamar la atención del consumidor sobre tales peligros para librarse de responsabilidad.

3.3.2.2. El Carácter Obvio o Generalmente Conocido del Peligro es un Factor en el Análisis de la Defectuosidad. Las críticas formuladas a la tesis de la exclusión de la defectuosidad en razón del carácter obvio o generalmente conocido de los peligros de un producto dieron origen a una nueva posición, más flexible. De acuerdo con esta, el hecho de que los peligros del producto sean obvios o generalmente conocidos no constituye un factor excluyente de la defectuosidad de un producto, sino meramente un elemento más a analizarse bajo un patrón de riesgo-beneficio. Esta posición adquirió vigor cuando fue consagrada por la Corte Suprema de Nueva York en su decisión del caso *Micallef v. Miehle Co.*[786], que derogó el precedente establecido por la decisión de la misma corte en el caso *Campo v. Scofield* y ha devenido en la tesis mayoritariamente aceptada[787]. Como dice Page Keeton, "la naturaleza obvia del peligro es relevante para el problema de si la condición peligrosa del producto

784. Brook, Patent Hazards *cit.* p. 6.

785. Henderson y Twerski, *op. cit.* p. 542.

786. 39 N.Y. 2d 376, 348 N.E. 2d 571, 384 N.Y.S. 2d 115 (1976).

787. La posición mayoritaria de las cortes de los Estados Unidos es ahora contraria a la regla del *patent danger*. Como concluyó la *Interagency Task Force on Product Liability*, "la posición mayoritaria ahora es que la naturaleza obvia y abierta del peligro es sólo un factor a ser considerado en el examen de la defectuosidad". Task Force Final Report, citado por el Dictamen en Minoría sobre el Proyecto Kasten, cit. Ejemplos de otras jurisdicciones que han abandonado la regla del *patent danger* son las de California, en los casos *Pike v. Frank G. Hough* y *Luque v. McLean;* Tejas, en el caso *Rourke v. Garza*, 530 S.W. 2d 794 (Tex. 1975); Washington, en el caso *Palmer v. Massey-Ferguson*, 3 Wash. App. 508, 476 P. 2d 713: y Florida, en el caso *Auburn Machine* Works Co. v. *Jones.*

lo es irrazonablemente –si somete al usuario y a otros en cercanía a la zona de uso a un riesgo irrazonable"[788].

3.4. Advertencias e Instrucciones

3.4.1. Generalidades. Un producto puede ser considerado defectuoso debido a la ausencia de información adecuada respecto a la existencia de un riesgo creado por el propio producto[789]. Por el contrario, un producto que aisladamente podría ser considerado defectuoso por los riesgos que involucra para los usuarios o consumidores puede reputarse debidamente seguro si es que se presenta a los consumidores con la información pertinente a sus peligros. En este sentido, las advertencias e instrucciones proporcionadas al consumidor respecto a los riesgos de un producto son elementos importantes que deben tomarse en cuenta en la determinación de su defectuosidad[790].

3.4.2. Finalidad y Ambito de las Instrucciones y Advertencias

3.4.2.1. Introducción. La información respecto a riesgos inherentes a un producto puede tener dos objetivos distintos, según la naturaleza del producto y del riesgo en particular: la reducción de los riesgos involucrados en el uso del producto y la garantía del derecho del consumidor o usuario de optar por el uso o consumo con pleno conocimiento de los riesgos que este implica[791].

3.4.2.2. Reducción de Riesgos en el Uso o Consumo.

3.4.2.2.1. Generalidades. En ese caso, la información tiene como objetivo dar al destinatario la posibilidad de alterar su modo de comportamiento o uso del producto, de manera de eliminar o reducir las posibilidades de un da-

---

788. Keeton, W. Page. *Products Liability-Inadequacy of Information,* 48 Texas L. Rev. 398, 400 (1970).

789. Keeton, *The Meaning of Defect cit.* p. 586.

790. Franklin y Rabin, *op. cit.* p. 507. Como dice Gary Schwartz, Foreword *cit.* p. 477, nota 24, *"a warning is often an effective means for reducing a product's risk. The manufacturer's obligation to warn can be derived from Barker's risk-benefit prong as well as tied in with its consumer expectations prong".*

791. Henderson y Twerski, *op. cit.;* Prosser y Keeton, *op. cit.;* Franklin y Rabin, *op. cit.*

ño[792]. Estos casos presuponen que la naturaleza particular del producto y del riesgo en cuestión permiten al consumidor o usuario utilizar el producto de manera de eludir o disminuir los peligros que su uso puede irrogar[793]. Se trata de situaciones en las cuales los consumidores pueden disfrutar de los beneficios del uso o consumo del producto y a la vez reducir o evitar los riesgos inherentes a los mismos[794]. Así, por ejemplo, la advertencia dirigida al usuario de una motocicleta para que emplee un casco.

En los casos de reducción de riesgo, la información que debe proporcionarse al usuario o consumidor puede consistir en instrucciones o advertencias. Las advertencias comunican a los destinatarios la existencia de un riesgo o peligro[795]. Las instrucciones, por su parte, indican a los usuarios o consumidores la manera de realizar un uso eficaz del producto y, en su caso, de reducir los riesgos que pueden ser inherentes al producto[796]. De acuerdo con las características particulares del producto y los riesgos a que este somete a los usuarios, deberá proporcionarse a estos advertencias, instrucciones o ambas[797].

3.4.2.2.2. Ambito Específico. ¿Cuándo debe emplearse instrucciones o advertencias como medio de reducir o eliminar los riesgos de un producto, en lugar de otras opciones, como una modificación del diseño? En primer lugar, debe destacarse algo que es evidente: Una advertencia sólo debe ser usada en

---

792. Henderson y Twerski, *op. cit.* p. 365; Prosser y Keeton, *op. cit.* p. 685: Clark, Strict Liability *cit.* p. 140.

793. Henderson y Twerski, *op. cit.* p. 365.

794. Henderson y Twerski, *op. cit.* p. 459.

795. Henderson y Twerski, *op. cit.* p. 365.

796. Noel y Philips, *op. cit.* p. 182.

797. Henderson y Twerski, *loc. cit.* En algunos casos el peligro será obvio, más no la manera de evitarlo. En tal supuesto deberá proveerse instrucciones. En otros casos el peligro será oculto, pero una vez advertido, la manera de evitarlo será evidente. Cuando el apartamiento de las instrucciones para el uso del proeucto puede crear un riesgo, debe advertirse de éste. Noel y Philips, *loc. cit.* Así, por ejemplo, en el caso *Burch v. Amsterdam Corp.*, 366 A. 2d 1079 (D.C. App. 1976), las instrucciones para la utilización de un adhesivo de uso interno decían: "No utilizar cerca de fuego o de llamas". El demandante se olvidó de la luz piloto de su horno y aplicó el pegamento en este, ocurriendo una explosión. La corte consideró la advertencia no alertaba adecuadamente a los usuarios de los peligros del producto. Franklin y Rabin, *op. cit.* p. 508.

los casos en que será útil para reducir los riesgos inherentes al producto[798]. En efecto, existen riesgos contra los cuales una advertencia nada o muy poco puede hacer[799]. Así, en el caso *Uloth v. City Tank Corp.*[800], la corte declaró que "una advertencia no es efectiva para eliminar daños debidos a reacciones instintivas, inadvertencias momentáneas u olvidos por parte de un [usuario]". En estos casos, la existencia de una advertencia es irrelevante para la determinación de la defectuosidad del producto. Por otro lado, para ser efectivas, las advertencias deben estar dotadas de selectividad. No se puede advertir de todos los riesgos imaginables relacionados a un producto. En tal caso, lo más probable es que la advertencia no sea atendida[801].

Como consecuencia de lo que acabamos de sostener, se puede expresar que las advertencias e instrucciones sólo deben utilizarse como instrumentos para reducir los riesgos inherentes a un producto, en los casos en que no sea factible modificar el diseño del producto eliminando o reduciendo de esa manera el peligro corresondiente[802]. Una advertencia clara puede justificar un cierto peligro en el diseño de un producto si el peligro no es susceptible de ser eliminado sin afectar gravemente la utilidad del producto. En cambio, cuando es factible modificar el diseño del producto para hacerlo más seguro, una advertencia del peligro inherente en el diseño tendrá poco peso en la determinación de la defectuosidad del producto[803]. En el caso ya citado de *Uloth v. City Tank Corp.* la corte señaló en este sentido que "declinaba de adoptar una

---

798. Owen, David G. *Punitive Damages cit.* p. 1351.

799. Imaginemos, por ejemplo, una advertencia para un automóvil que exprese "Maneje con cuidado este vehículo. De lo contrario corre Ud. un riesgo equivalente a 1/20000 de sufrir lesiones serias en un accidente de tránsito".

800. 376 Mass. 874, 384 N.E. 2d 1188 (1978). En este caso, el demandante sufrió la amputación del pie, cuando este quedó atrapado entre la hoja y la cámara compactadora de un camión recolector de basura en el que trabajaba. El demandante argumentó que el accidente se produjo cuando saltó al escalón trasero del camión mientras este avanzaba entre dos paradas. En tales circunstancias, perdió el equilibrio y su pie izquierdo se acercó al umbral de carga de la cámara compactadora y fue atrapado entre el umbral y la hoja, que actuaron como una especie de tijera. Henderson y Twerski, *op. cit.* pp. 563-564.

801. Prosser y Keeton, *op. cit.* p. 686.

802. Clark, Alstair. *Strict Liability cit.* p. 137.

803. Noel y Philips, *op. cit.* p. 181.

regla que permitiera a un fabricante o diseñador descargar totalmente su responsabilidad frente a los... [usuarios] simplemente advirtiendo de los peligros de un producto. El hecho de que se hayan o no proporcionado advertencias adecuadas es un factor a considerarse [para determinar la defectuosidad], pero las advertencias no puede absolver al fabricante o diseñador de toda responsabilidad por la seguridad del producto... Balanceada contra la relativamente limitada eficacia de las advertencias está la habilidad del diseñador para preveer y proteger contra posibles daños. Si un ligero cambio en el diseño evitaría daños serios... el diseñador no puede eludir la responsabilidad símplemente advirtiendo de los posibles daños"[804].

3.4.2.3. **Opción Informada.** Por otro lado, existen productos que presentan riesgos que no pueden ser evitados o reducidos por más precavidamente que actúe un consumidor. La única forma de evitar el riesgo es abstenerse de usar o consumir el producto[805]. Así puede mencionarse, por ejemplo, el caso de la vacuna Sabin contra la poliomielitis, que en uno de cada cuatro millones de casos, ocasiona parálisis permanente o la muerte[806]. En estos casos, la finalidad de las advertencias será lograr que el consumidor pueda tomar la decisión de someterse al riesgo inherente al producto de una manera consciente. En este sentido, las advertencias pueden influir sobre el hecho de que el consumidor use o consuma el producto. De esta manera, se reduce el riesgo global de accidentes provenientes de estos productos[807].

Cuando el producto es sumamente dañino y de poco valor, el hecho de que se advierta de los riesgos inhetentes a él puede no resultar definitivo para la determinación de un defecto, aún cuando no sea factible eliminar el riesgo mediante una modificación del diseño. Así, por ejemplo, en el caso *Strom-*

---

804. Henderson y Twerski, *loc. cit.*

805. Henderson y Twerski, *loc. cit.;* Keeton, *loc. cit.* Clark, *loc. cit.* Dahl, *op. cit.* p. 95.

806. Por ejemplo, ver el caso de *Johnson v. American Cynamid Co*, 239 Kan. 279, 718 P 2d 1318 (1986), decidido por la Corte Suprema de Kansas en 1986.

807. En los casos de opción informada, se trata típicamente de productos que tienen peligros considerables que no es posible eliminar. Sin embargo, en un análisis de costo-beneficio, el producto resulta a la larga beneficioso. En estos casos, se reputará que el producto no es defectuoso, siempre que se advierta adecuadamente de los riesgos del uso o consumo del producto. Esto es a lo que el comentario "k" a la sección 402A del *Restatement* denomina "productos irremediablemente peligrosos".

sodt y Parke-Davis & Co.[808], una niña sufrió daños al serle aplicada una vacuna cuádruple, producto de añadir la vacuna contra la poliomielitis a una vacuna triple previamente desarrollada. Debido a que la vacuna tenía poco valor con respecto a las dos vacunas administradas separadamente, la corte consideró que el producto era defectuoso, a pesar de la advertencia formulada por el fabricante. En este sentido, se observa que el hecho de haberse advertido respecto a un riesgo inevitable no descarta la defectuosidad, sino que las advertencias deben integrarse en un análisis de riesgo-beneficio.

3.4.3. Costo de las Advertencias. Tratándose de elementos que deben integrarse al análisis de costo-beneficio necesario para determinar la defectuosidad de un producto, es importante tener presentes los costos de las advertencias e instrucciones. En muchos casos se considera que el costo de advertir o dar instrucciones respecto a los riesgos de un producto es prácticamente nulo. Si bien esto es cierto en algunas circunstancias, como por ejemplo cuando se trata de insertar un pequeño texto en la etiqueta de un producto[809], en otras situaciones el costo de las advertencias puede ser considerable. Así, en primer lugar, los medios para hacer llegar una advertencia a sus destinatarios pueden ser bastante costosos. Tal el caso en que debe editarse un catálogo de instrucciones o cuando debe hacerse llegar la información a un gran número de adquirentes.

Sin embargo, existen otros costos, no tan directamente perceptibles de advertir respecto a los riesgos de un producto, pero no por ello menos reales. El hecho de formular una advertencia puede ocasionar una avalancha de demandas basadas en la inadecuación de tal advertencia. En tal caso el fabricante ya admitió la existencia de un deber de advertir y deberá defender la adecuación de su advertencia. Es posible que, desde un punto de vista de maximización de beneficios, más le hubiera valido no advertir y sostener que no se debía advertencia alguna[810].

---

808. 257 F. Supp. 991 (D.N.D. 1966).

809. Henderson y Twerski, *op. cit.* p. 366. En el caso *Moran v. Fabergé*, la corte declaró que "el costo de dar una advertencia adecuada es usualmente mínimo, ascendiendo sólo al gasto de añadir unas letras a una etiqueta". Franklin y Rabin, *op. cit.* p. 507.

810. En este sentido, Henderson y Twerski adelantan la hipótesis de que en algunos casos proveer una advertencia resultará aumentando en lugar de reduciendo, la posibilidad de que el fabricante sea hallado responsable por daños causados por el producto. Considérese, por ejemplo el caso *May v. Dafoe*, 25 Wash. App. 575, 611 P. 2d 1275, *review denied*,

Por otro lado, una advertencia demasiado específica y gráfica puede "asustar" a los consumidores y dejar sin mercado al producto. Considérese, por ejemplo, la advertencia que hubiera resultado adecuada en el caso *Dudley Sports Co. v. Schimitt*[811], cuando una máquina de arrojar pelotas de baseball para prácticas de bateo hecha de metal, que no tenía guarda de seguridad, golpeó a un operarió que la limpiaba ligeramente, causándole serias lesiones. En tal caso, para cumplir con su deber de advertir, lo que hubiera tenido que hacer el fabricante es colocar sobre el aparato una leyenda, con grandes letras, que dijese algo como: "El brazo metálico de este lanzador automático puede ser activado por una ligera vibración o un cambio en las condiciones atmosféricas. La fuerza de su movimiento puede causar serias lesiones o la muerte"[812]. Es fácil percibir que con esta advertencia sólo los muy audaces adquirirían el producto. La importancia que este tipo de costos puede tener para un fabricante puede ser ilustrada por el caso de *aqua Slide 'N' Dive Corp. v Consumer Product Safety Commission*[813]. La *Consumer Product Safety Commission* aprobó una norma administrativa estableciéndo las advertencia e instrucciones que debían ser exhibidas en todos los toboganes para piscinas[814]. Las advertencias eran tan gráficas y alarmantes que la firma *Aqua Slide'n Dive Corp.*, el mayor fabricante de estos productos, inició un procedimiento para oponerse a la re-

---

93 Wash. 2d 1030 (1980). El fabricante de incubadoras para recién nacidos, aún considerando que no tenía el deber de advertir a personal médico sobre los últimos adelantos de la medicina, optó por advertir a los usuarios del producto —los médicos— contra el peligro de administrar oxígeno en concentraciones demasiado altas (lo que puede causar ceguera). El demandante argumentó que el productor era responsable por los daños causados por un médico, que entendió mal las instrucciones asumiendo que si se usaban bajas concentraciones de oxígeno poco importaba la duración del suministro. En realidad, la duración tenía tanta importancia como la concentración. En este caso la corte relevó al fabricante de responsabilidad con base en el criterio de que el fabricante tiene sólo el deber de advertir respecto a los peligros relativos al diseño y funcionamiento de sus productos, mas no de informar respecto al estado actual de los conocimientos médicos. Sin embargo, podría sostenerse también que, ya que asumió de hecho tal deber, debía cumplirlo cabalmente. Henderson y Twerski, *op. cit.* pp. 426-427.

811. 279 N.E. 2d 488 (1967).

812. Twerski, Wienstein, Donaher y Piehler. *The Use and Abuse of Warnings in Products Liability-Design Defect Liatigation Comes of Age*, en 61 Cornell L. Rev. 495 (1976), citado por Clark, Strict Liability *cit.* p. 139.

813. 569 F. 2d 831 (5th Cir. 1978).

814. *Safety Standard for Swiming Pool Slides*" 41 Fed. Reg. 2742 (1976).

gulación administrativa pues consideraba a las advertencias ordenadas por ésta "tan explícitas y chocantes en su presentación del riesgo de parálisis como para constituír una traba indebida al comercio de toboganes y, por ello, a su disponibilidad para los usuarios"[815].

3.4.4. El Deber de Informar

3.4.4.1. Introducción. ¿Cuándo deben proporcionarse una advertencia o intrucciones? En general, existe un deber de proporcionar información si el artículo producido tiene un peligro que podría ser un factor sustancial en causar daños a un individuo o su propiedad, cuando el producto hace contacto con los elementos normalmente presentes en el ambiente en el que el puede esperarse razonablemente que el producto sea usado[816]

3.4.4.2. Productos que Implican Riesgos Sólo Para un Grupo de Usuarios.

3.4.4.2.1. Generalidades. Existen productos que, aunque no resultan riesgosos para la generalidad de las personas, implican peligros particulares pa-

---

815. Henderson y Twerski, *op. cit.* pp. 453-454. La corte falló en favor de Aqua Slide 'n' Drive considerando que debían realizarse mayores estudios para determinar la conveniencia según un criterio de costo/beneficio de imponer las advertencias con el diseño cuestionado.

816. *Moran v. Faberge*, 273 Md. 538, 552-553, 332 A 2d 11, 20 (1975). Para la Ley Federal de Protección al Consumidor de México, el deber de advertir surge cuando la peligrosidad sea notoria, derive de la propia naturaleza del producto o haya sido definida por la autoridad competente" (artículo 13). El Decreto Colombiano 3466 sobre Protección al Consumidor expresa más ampliamente en su artículo 17 que tratándose de bienes o servicios, que por su naturaleza o componentes sean nocivos para la salud, deberá indicarse claramente y en caracteres perfectamente legibles. . . su nocividad y las condiciones o indicaciones necesarias para su correcta utilización, así como las contraindicaciones servicios, se advertirá claramente al público acerca de su nocividad y de la necesidad de consultar las condiciones o indicaciones para su uso correcto así como las contraindicaciones del caso. Tratándose de productos perecederos, se indicará claramente y sin alteración de ninguna índole la fecha de su expiración. . .". Según la sección 4 de la Ley de Protección al Consumidor de Israel, el vendedor debe informar al consumidor de "cualquier defecto o inferioridad cualitativa, u otra característica que le sea conocida que disminuya materialmente la utilidad del bien" (inciso 1); y de "cualquier aspecto del bien que requiera una especial forma de mantenimiento o uso, de manera de evitar daños al usuario o a terceros, o a la propiedad, durante un uso o consumo normal" (inciso 2).

ra los usuarios o consumidores que tienen una especial sensibilidad a alguno de los elementos del producto. Tal, por ejemplo, el caso de las personas que sufren de algún tipo de alergia[817]. Se reconoce que ordinariamente no existe el deber de alterar la fórmula de un producto seguro para los consumidores normales, de manera que este resulte también inocuo para los usuarios o consumidores alérgicos[818]. En estos casos, sin embargo, ¿existe un deber de informar respecto a estos peligros específicos?.

3.4.4.2.2. Enfoques Extremos. En los casos iniciales en este campo, las cortes consideraban que el producto era debidamente seguro si resultaba seguro para la perona normal[819]. El problema se enfocaba desde el punto de vista de la causalidad, expresándose que la sola sensitividad del demandante –y no el producto– era la causa adecuada del daño. Sin embargo, este enfoque resultaba excesivamente simplista, pues dejaba de reconocer que el producto era también causa adecuada del daño[820]. Por otro lado resulta también criticable el enfoque que pretende atribuir responsabilidad al fabricante en todos los casos sin que interese que tan raro es el mal del que adolece el demandante[821]. Debe buscarse, pues, una óptica intermedia.

3.4.4.2.3. Opciones Intermedias. En este aspecto, las cortes norteamericanas han enunciado dos tipos de análisis distintos, el primero meramente cuantitativo, y el segundo, más amplio, de carácter cualitativo. Según el análisis cuantitativo, habrá lugar a la imposición de responsabilidad si el producto contenía un ingrediente frente al cual un *número apreciable de personas* experimentarían un efecto adverso y los daños sufridos por el demandante se deben a que él pertenece a ese número apreciable de personas[822]. Por ejemplo,

---

817. Noel y Philips, *op. cit.* p. 209; Prosser, William W. The Fall of the Citadel *cit.* p. 810.

818. Noel y Philips, *op. cit.* p. 211. Sin embargo, si es factible eliminar el elemento que causa la reacción alérgica, podría considerarse defectuoso el diseño del producto.

819. Wade, *op. cit.* p. 845; Noel y Philips, *op. cit.* p. 210.

820. Noel y Philips, *loc. cit.*

821. Wade, *loc. cit.*

822. Prosser y Keeton, *op. cit.* p. 867. Rojo y Fernández-Río, *op. cit.* p. 202.

en el caso *Kaempfe v Lehn & Finf Products*[823], en el que la demandante solicitaba indemnización debido al hecho de haber contraído dermatitis como resultado de una alergia al sulfato de aluminio, elemento contenido en el desodorante elaborado por la demandada, la corte declaró infundada la demanda pues "la demandante era una miembro de un grupo desconocido e insignificante que, debido a un estado de hipersensibilidad al sulfato, desconocido hasta para ella misma, adquirió dermatitis luego de aplicarse el producto". En este sentido, el comentario "j" a la sección 402 A del *Restatement of Torts (Second),* expresa que sólo "cuando. . .el producto contiene un ingrediente al que un número sustancial de la población es alérgica, . . .el vendedor debe advertir respecto a él".

El enfoque estrictamente cuantitativo postulado por el *Restatement* y los casos como el de *Kaempfe* merece críticas debido a que no toma en consideración la magnitud del daño que en cada caso puede irrogarse al consumidor o usuario[824]. En tal sentido, algunos autores, como el Decano Wade postulan un análisis que evalúe, además del factor cuantitativo, también otros elementos, como la magnitud del daño[825]. Las cortes han recogido en muchos casos esta posición, abandonando el análisis estrictamente cuantitativo[826]. Así, en el caso de *Wright v. Carter Products, Inc.*[827], la corte halló al fabricante de una crema desodorante responsable por los daños (dermatitis) sufridos por la actora. La corte expresó que revocaba a la corte inferior debido a que esta última aparentemente creyó que, debido a que la evidencia indicaba que sólo un porcentaje minúsculo de consumidores serían puestos en peligro por el uso. . . [del producto], el demandado no tenía el deber de advertir respecto a las potencialidades dañosas de éste." En realidad, con-

823. 21 A.D. 2d 197, 249 N.Y.S. 2d 840 (1964), aff'd, 20 N.Y. 2d 818, 231 N.E. 2d 294, 284 N.Y.S. 2d 708 (1967).

824. Rojo y Fernández-Río, *op. cit.* p. 203.

825. Wade, John W. *op. cit.* p. 845.

826. Así, en una nota a la decisión en el caso *Davis v. Wyeth Laboratories, Inc.* 399 F 2d 121, (9th Cir. 1968), la corte señaló que "el análisis puramente estadístico ha sido abandonado en muchos casos recientes en el campo de las alergias, y se ha hallado un deber de advertir a un pequeño grupo hipersensitivo cuando el efecto secundario potencial de un cosmético o droga es serio". Sin embargo, muchas decisiones recientes mantienen el análisis estadístico Ver Henderson y Twerski, *op. cit.* pp. 474-475.

827. 244 F. 2d 53 (2d Cir. 1957).

cluye la decisión, "los deberes de advertir no se determinan, en todos los casos, por *standards* meramente cuantitativos". En esta línea, la decisión dictada en el caso de *Braun v. Roux Distributing Co.*[828] impuso responsabilidad al demandado por no advertir respecto al peligro de que un tinte para el cabello podía causar en algunas personas *periateritis nodosa,* a pesar de que se demostró en el juicio que la reacción alérgica de la demandante era tan rara que no había constancia de haber existido ninguna otra reacción similar en usuario alguno del producto, del que se habían vendido más de 50 millones de unidades[829].

3.4.4.2.4. Alergias Obvias o Generalmente Conocidas. En caso que las reacciones al producto determinado sean obvias o generalmente conocidas, no existirá deber de advertir[830]. Así, por ejemplo, el fabricante de azúcar no tendrá que advertir que su producto puede causar reacciones peligrosas a los diabéticos[831]. Lo mismo cabe sostener respecto a las alergias o reacciones a otros productos naturales como la leche o algunas frutas[832]. En todo caso, resulta aplicable a este tema lo que se ha dicho respecto a los riesgos obvios o generalmente conocidos, en términos generales.

3.4.4.3. Uso Previsible. El deber de advertir existe únicamente respecto a los peligros que pueda presentar el producto en el uso que razonablemente puede preveerse que se le dará[833]. A este respecto, pueden considerarse los conceptos enunciados ya con carácter general.

3.4.4.4. Peligros Obvios o Generalmente Conocidos. Es reconocido que no existe deber de advertir respecto de riesgos que son obvios o generalmente

---

828. 312 S.W. 2d 758 (Mo. 1958).

829. Noel y Philips, *op. cit.* pp. 211-212.

830. *Restatement of Torts (Second)*, comentario "j" al artículo 402A.

831. Prosser, The Fall of the Citadel *cit.* p. 808.

832. Wade, *op. cit.*

833. Dahl, *loc. cit.*; Clark, Strict Liability *cit.* p. 132. El Proyecto Kasten restringe el deber de advertir a los riesgos que pudieran derivarse del uso "esperado, ordinario y familiar" del producto. La MUPLA (Model Uniform Product Liability Act), por su parte, (Henderson y Twerski, *op. cit.* p. 384), restringe el deber de advertir a los riesgos derivados del uso "propio" del producto. El Profesor Aaron Twerski, refiriéndose al articulado del Proyecto Kasten, manifiesta que en este aspecto es "tremendamente restrictivo". Dictamen en Minoría *cit.* p. 94.

conocidos[834]. En estos casos la información que podría proporcionar una advertencia o instrucción resulta irrelevante para la determinación de la defectuosidad del producto, debido a que sus peligros son ya materia de conocimiento general o evidentes[835]. En cuanto a los conceptos básicos de lo que se entiende por defectos obvios o generalmente conocidos, remitimos a lo que señaláramos al hablar en forma genérica de estos conceptos.

Con respecto al deber de advertir, es especialmente importante tener en cuenta que para determinar si los riesgos de un producto son obvios o generalmente conocidos debe atenderse a la clase de consumidores a los que éste está destinado[836]. Así, si el producto está destinado a ser utilizado por personas con especiales conocimientos o preparación, no será necesario informar de los riesgos que serían evidentes para tales usuarios[837]. En este sentido, en el caso *Antcliff y State Employees Credit Union*[838] en el que dos pintores resultaron lesionados al derribarse un andamio que ellos mismos habían levantado, la corte declaró que debido al conocimiento y la experiencia de los actores, "se veía constreñida a imputarles un complejo conocimiento de los peligros de soportar inadecuadamente el andamio". Lo contrario, continuó la corte, sería manifiestamente injusto. "Existen innumerables operaciones técnicas, tales como el levantamiento de andamios, que involucran en situaciones potencialmente peligrosas a productos que, de otra manera, no serían riesgosos. Un fabricante de tales productos debería poder presumir el conocimiento de la operación básica [por parte de los usuarios]"[839].

---

834. Noel y Philips, *op. cit.* p. 190; Clark, Strict Liability *cit.* p. 132.

835. Keeton, The Meaning of Defect *cit.* pp. 687-687. La cuestión no es si la persona en particular que sufrió los daños tenía conocimiento de los riesgos, lo que resulta relevante desde el punto de vista de la causalidad, sino si el producto resulta ser debidamente seguro, lo que interesa para determinar la defectuosidad. Como declaró la corte en el caso *Jackson v. Coast Paint & Lacquer Co.*, "el conocimiento subjetivo del demandante es relevante para efectos de la determinación de si existió negligencia contributoria. . . Respecto al problema del deber de advertir, sin embargo, la cuestión. . . es si el peligro, o potencial peligro, es conocido y reconocido generalmente".

836. Keeton, Page, *loc. cit.*

837. Dictamen en Mayoría *cit.* p. 37.

838. 414 Mich. 624, 327 N.W. 2d 814 (1982).

839. Henderson y Twerski, *loc. cit.*

Debe tenerse en cuenta, sin embargo, que aún si el producto está destinado a usuarios con especiales conocimientos, existirá un deber de advertir contra su uso por parte de personas que no cuenten con los conocimientos debidos o de evitar que tales productos lleguen a manos de quienes no están preparados para utilizarlos. Así, en el caso *Eyster y Borg-Warner Corp.*[840], el manual técnico del producto (una unidad de aire acondicionado) advertía que su instalación debía ser efectuada únicamente por profesionales. La corte declaró no ser responsable el fabricante por los daños ocasionados por un incendio causado por la instalación defectuosa del producto, por parte de personal sin preparación. Por otro lado, en el caso *Antcliff*, la corte destacó que el fabricante había limitado exitosamente el mercadeo de su producto a profesionales.

3.4.5. La Adecuación de las Advertencias o Instrucciones

3.4.5.1. Generalidades. Hemos examinado ya los casos en los que debe proporcionarse advertencias o instrucciones sobre los riesgos del producto. Es posible, sin embargo, que en muchos casos la existencia del deber de advertir no sea materia de controversia, por haberse, efectivamente, proporcionado algún tipo de advertencia. En estos casos, lo que probablemente se discuta es si las advertencias o instrucciones proporcionadas fueron adecuadas[841]. A este tema dedicaremos las siguientes páginas.

Las advertencias o instrucciones pueden ser inadecuadas debido a cuestiones de fondo o de forma, o por haberse dirigido a la persona equivocada[842]. En el primer caso, el defecto se encuentra en la sustancia misma o contenido de la advertencia. En el segundo, es el medio empleado el que adolece de alguna falla[843]. Sin embargo, en la realidad es muy frecuente que existan grandes dificultades para establecer el límite entre lo que puede considerarse el contenido y lo que constituye la forma de una advertencia o instrucción[844]. Asi-

840. 206 S.E. 2d 668 (Ga. App. 1974).

841. Henderson y Twerski, *op. cit.* p. 416.

842. Para Gary Schwartz, las advertencias e instrucciones pueden ser también inadecuadas en razón del momento en que se transmiten al usuario o consumidor. Así, por ejemplo, manifiesta que en los casos de opción informada, las advertencias deben transmitirse antes que el consumidor haya adquirido el producto. G. Schwartz, Foreword *cit.* p. 478.

843. Prosser y Keeton, *op. cit.* p. 685.

844. Henderson y Twerski, *op. cit.* p. 427.

mismo, forma y contenido de las advertencias e instrucciones deben estar determinadas por el destinatario de éstas.[845].

3.4.5.2. El Contenido de las Instrucciones o Advertencias

3.4.5.2.1. Introducción. En general, puede afirmarse respecto al contenido de una advertencia o instrucción lo que ya hemos señalado con relación a la existencia del deber de advertir. El contenido de una advertencia o instrucción debe referirse a los peligros inherentes al uso razonablemente previsible de un producto y señalar cuál es la forma correcta de utilizarlo, para evitar o reducir tales peligros, en su caso.

3.4.5.2.2. Riesgos Previsibles. Las advertencias e instrucciones deberán versar sobre los riesgos que pueda ocasionar el producto en el contexto en que será utilizado. Si las advertencias proporcionadas no dan noticia de un riesgo previsible, se consideran insuficientes. Así, en el caso *Barnes v. Litton Industries Products, Inc.*[846] los demandantes, internos en una penitenciaría y asistentes en la clínica dental de la prisión, ingirieron alcohol metílico destinado a ser utilizado como combustible en un mechero *Bunsen,* parte del equipo de la clínica dental. El envase del alcohol contenía una advertencia que señalaba que el producto era "alcohol de quemar" y "para uso dental profesional exclusivamente". La corte consideró que los demandados debían conocer que su producto sería utilizado en una clínica dental, inclusive una clínica dental de una penitenciaría. En consecuencia, podía concluirse que "los demandados debieron haber previsto que un prisionero, asistente en el laboratorio de

---

845. Desde otro punto de vista, puede decirse, citando a Gómez Segade, quien recoge la doctrina norteamericana en materia de Derecho de la Publicidad, que la información proporcionada al consumidor debe "reunir tres características esenciales. . . En primer lugar, ha de ser útil, en el sentido de que ofrezca la posibilidad de resolver mejor un problema de consumo y contribuya a un mejor funcionamiento del mercado. Por eso, para que una información sea útil, necesariamente debe ser completa, veraz y no inducir a error. En segundo lugar. . . debe ser utilizable, lo que significa que debe presentarse de forma que sea accesible a la capacidad y posibilidades del consumidor medio. . . Por último, la información al consumidor debe ser usada. Es cierto que no puede garantizarse la utilización efectiva por parte del consumidor y no por ello la información perderá su carácter de tal. Pero lo que quiero subrayar con la palabra *usada*" —expresa Gómez Segade— "es que la información se ofrezca en el lugar y en el momento oportunos, así como en la forma adecuada para que produzca efectos beneficiosos para el consumidor". Gómez Segade, *op. cit.* pp. 709-710.

846. 555 F. 2d 1184 (4th Cir. 1977).

una penitenciaría, podría intentar beber una sustancia tan claramente etiquetada como alcohol". Existía, pues, un deber de "advertir que el consumo de la sustancia podría causar ceguera o la muerte" y por ello la advertencia proporcionada por los demandados era inadecuada.

3.4.5.2.3. Intensidad y Magnitud del Peligro. Las advertencias deben guardar relación con la intensidad del riesgo del producto, de manera que el consumidor o usuario lo pueda apreciar debidamente. En el caso *Mac Donald v. Ortho Pharmaceutical Corp.*[847], el fabricante de píldoras anticonceptivas advirtió que la ingestión de las píldoras podría causar "coágulos anormales que pueden ser fatales". La corte decidió que tal advertencia podría considerarse inadecuada. "Una advertencia razonable no sólo proporciona una indicación adecuada de la naturaleza de los riesgos involucrados, sino que también alerta con la intensidad demandada por la naturaleza del riesgo... El jurado podría haber concluido... que la ausencia de una referencia a la palabra 'ataque' *(stroke)* en la advertencia, redujo indebidamente el impacto de la advertencia... en el consumidor promedio". Similarmente, en el caso *Michael v. Warner/Chilcott*[848], el fabricante de un medicamento advirtió que el producto "podía dañar los riñones". La corte estableció que la advertencia no era adecuada porque se debió haber expresado que el medicamento, de hecho dañaba los riñones. Este mismo criterio, creemos, podría utilizarse para hallar que las advertencias proporcionadas por los fabricantes de cigarrillos no corresponden a la magnitud del riesgo de fumar[849].

Una advertencia que no dé una idea de la intensidad del riesgo puede proporcionar una falsa sensación de seguridad al consumidor, teniendo así un efecto contraproducente. En el caso británico de *Vacwell Engineering Co. Ltd v. B.D.H. Chemicals Ltd.*[850] una sustancia química que reaccionaba violenta-

847. 394 Mass. 131, 475 N.E. 2d 65, certiorari denied 106 S. Ct. 250 (1985).

848. 579 P. 2d 183 (N.M. App. 1978).

849. En el Perú tales advertencias tienen una redacción condicional: "fumar puede ser dañino para la salud". De hecho, fumar es dañino. Aún en países como los Estados Unidos, en los que las advertencias respecto a los riesgos del cigarrillo no tienen carácter condicional, podría hallárselas inadecuadas, en la medida en que no indica la magnitud del riesgo mediante una expresión del porcentaje de casos de cáncer al pulmón que son causados por tales productos (la proporción es del 85%). Note. Plaintiff's Conduct *cit.*

850. [1971] Q.B. 88.

mente al hacer contacto con el agua fue vendida a los demandantes envasada en ampollas de vidrio que contenían la inscripción "vapor dañino". Al romperse una ampolla dentro de un lavatorio que contenía agua, la sustancia hizo explosión, causando serios daños. La corte notó que la advertencia utilizada por los demandados podría haber incluso evitado que los demandantes tomen las precauciones del caso. Un efecto similar de la advertencia podría percibirse en el caso *Watson v. Unided Corpo. Of America*[851]. La demandante sufrió daños permanentes en el oído cuando un teléfono inalámbrico timbró mientras ella tenía el auricular puesto sobre su oído, con el interruptor del teléfono colocado en la posición "stand by". El manual de instrucciones proporcionado por la demandada advertía: "Cuidado – Timbre fuerte. Colocar el interruptor en la posición "hablar" antes de colocar el auricular sobre el oído". La corte estableció que podría considerarse que la citada advertencia no era adecuada. La advertencia debió destacar el peligro efectivo de lesiones al oído como consecuencia del timbrado del teléfono.

3.4.5.2.4 Consecuencia de Apartamiento de Instrucciones. Cuando se proporciona instrucciones para el uso del producto, debe advertirse las consecuencias que puede tener el apartamiento de éstas[852]. En el caso de *Johnson v. Husky Industries, Inc.*[853], la advertencia contenida en una bolsa de briquetas de carbón decía: "Cuidado – Para Uso en Interiores – Cocinar Sólo en Areas Adecuadamente Ventiladas". La advertencia era insuficiente, pues no daba cuenta del hecho que el humo emitido por las briquetas era altamente tóxico, lo que a la postre causó la muerte de una familia de cuatro personas. En este mismo sentido, en el caso *Mc Cully y Fuller Brush Co.*[854], el demandado había proporcionado instrucciones para el uso de un líquido para lavar platos, detallando la concentración de la mezcla del detergente con agua que debía utilizarse. La demandante contrajo dermatitis, luego de utilizar el limpiador en una concentración mayor a la indicada. La corte estableció que el fabricante era responsable por los daños debido a que las instrucciones no revelaban el peligro que irrogaría su violación.

3.4.5.2.5. Claridad de Instrucciones. Las instrucciones que se proporcionen con el fin de garantizar un uso seguro del producto deben ser redactadas

---

851. 775 F. 2d 1514 (11th Cir. 1985).

852. Rojo y Fernández-Río, *op. cit.* p. 201.

853. F. 2d. (6th Cir. 1976), citado por Owen, *op. cit.* p. 1346.

854. 415 P 2d. 7 (Wash. 1966).

de manera clara, inteligible y suficientemente detallada. En el caso *Midgley v. S.S. Kresge Co.*[855], la advertencia en un telescopio para observar el sol indicaba que este debía ser enfocado sólo a través de un filtro especial. Sin embargo, el folleto de instrucciones no contenía un diagrama que ilustrase la forma correcta de instalar el filtro. El demandante no entendió las instrucciones e instaló incorrectamente el filtro, sufriendo en consecuencia serias lesiones a la vista. La corte encontró al demandado responsable por "componer y proporcionar un juego de instrucciones para el ensamblaje y el uso que no evitan adecuadamente el riesgo de lesiones".

Igualmente, en el caso *Tesmer v Rich Ladder Co.*[856] el fabricante de una escalera extensible de aluminio incluyó junto al producto, una etiqueta que advertía: "instale las escaleras sencillas o extensibles a 75 grados y medio colocando el cuarto inferior de la extensión siendo utilizada desde el punto de soporte vertical". El demandante sufrió un accidente mientras pintaba el exterior de su casa cuando la escalera, colocada en un ángulo demasiado agudo con respecto al suelo, resbaló, ocasionando la caída del actor. El demandante declaró que no había entendido lo que "75 grados y medio" quería decir. Asimismo, el perito de parte presentado por la parte demandante sostuvo que la advertencia era inadecuada porque no identificaba el "punto de soporte vertical" ni la "extensión siendo utilizada". Por estas razones, la corte consideró que la advertencia era inadecuada[857].

La claridad de las instrucciones y advertencias está en función de los usuarios previsibles del producto. El mensaje debe ser diseñado de manera que resulte inteligible a quienes posiblemente tengan contacto con el bien. En el caso *Hubbard Hall Chem. Co. v. Silverman*[858] el fabricante de un insecticida de alta toxicidad para uso agrícola incluyó en los envases del producto leyendas que advertían que el insecticida podía ser fatal y que los usuarios debían protegerse debidamente utilizando máscaras, respiradores, guartes de caucho, ropa protectora y anteojos. La corte halló que, a pesar de la amplitud de la advertencia, el fabricante era responsable por la muerte de dos trabajadores

855. Cal. Rptr. 217 (Cal. App. 1976).

856. 380 N.W. 2d 203 (Minn. Ct. App. 1986).

857. La corte también expresó que la advertencia debía llamar la atención respecto al riesgo de que la escalera resbalase. Henderson y Twerski, *op. cit.* p. 423.

858. 340 F 2d 402 (1st Cir. 1965).

puertorriqueños, que no conocían el idioma (inglés) en el que estaban redactadas las advertencias, que sufrieron envenenamiento al utilizar el producto. El fabricante debió incluir símbolos que hubieran conferido el mensaje a las personas iletradas que probablemente serían empleadas como trabajadores rurales. El mismo criterio fue empleado por la corte para decidir el caso de *Campos v. Firestone Tire & Rubber Co.*[859]. El demandante, inmigrante nacido en Portugal, no podía leer en inglés. Resultó lesionado mientras instalaba un neumático para camión en un aro de tres piezas fabricado por la demandada. La corte expresó que, a pesar de que en el lugar de trabajo se habían colocado prominentes advertencias redactadas en inglés, podía considerarse que existía un deber de incluir algún tipo de advertencia simbólica o gráfica.

3.4.5.2.6. **Suficiencia de Instrucciones.** Las instrucciones deben ser completas, conteniendo toda la información requerida para que el consumidor o usuario pueda realizar un uso seguro del producto. Un caso ilustrativo a este respecto es el de *Wallinger v. Martin Stamping and Stove Co.*[860]. El fabricante de un calentador a gas incluyó con el producto un panfleto con instrucciones detalladas para la instalación. Asimismo, en el panfleto, advirtió que la instalación del calentador debía adecuarse a los "códigos locales" aplicables. Tales códigos normalmente establecen con gran detalle las normas para la construcción e instalación. El propietario de una cabaña realizó por su cuenta la instalación, omitiendo levantar el tubo de escape de los gases a una altura superior al pico del techo. Como resultado parte de los gases quedaron en el interior de la cabina, causando la muerte por envenenamiento del propietario. La corte encontró que las instrucciones eran insuficientes, debido a que no incluían ninguna referencia a la altura adecuada de la tubería de escape de gases; y no existían en la jurisdicción códigos locales aplicables a la instalación de calentadores de gas.

Asimismo, las indicaciones proporcionadas para evitar mayores daños cuando se produce un accidente con el producto, deben también contener toda la información necesaria. En el caso *Stone y Sterling Drug, Inc.*[861] el productor de un desmanchador para uso industrial, con alta capacidad corrosiva, advirtió mediante una leyenda en la etiqueta del producto que en caso de contacto con éste debía procederse a "limpiar el ácido suavemente, inundar la su-

859. 98 N.J. 198, 485 A. 2d 385 (1984).

860. 236 N.E. 2d 755 (I11. App. 1968).

861. 111 A.D. 2d 1017, 490 N.Y.S. 2d 468 (1985).

perficie con agua, usando abundante jabón, y luego cubrir con magnesio o soda de hornear". El demandante sufrió graves lesiones luego de ser rociado sobre su mano derecha el líquido desmanchador, a pesar de haber mantenido la zona afectada bajo un chorro de agua durante cinco minutos. La corte consideró que las instrucciones eran inadecuadas pues no detallaban que el mínimo tiempo de exposición de la zona afectada al agua debía ser de 15 minutos.

3.4.5.2.7. **Posibilidad de Seguimiento.** Las instrucciones deben ser tales que su seguimiento sea posible sin excesivas dificultades por los consumidores o usuarios del producto. En el caso de *Kritser v. Beech Aircraft Corp.*[862], un modelo de aeronave fabricado por el demandado adolecía de una condición en el sistema de alimentación de combustible que tendía a causar que la provisión de combustible se interrumpiera cuando la nave realizaba determinadas maniobras, en circunstancias en que el nivel de combustible era bajo. Una advertencia en el manual de vuelo expresaba: "Cuidado. Para prevenir la interrupción del aprovisionamiento de combustible, evite operación prolongada en actitudes de caída lateral, cuando el nivel de combustible es bajo". La corte halló al fabricante responsable por los daños ocasionados por un accidente, cuando el piloto trató infructuosamente de seguir las instrucciones.

3.4.5.2.8. **Alternativas.** En los casos de opción informada se debe expresar también las alternativas que tiene el consumidor. Así, se debe señalar si existen productos alternativos y cuáles son los riesgos que estos involucran. En el caso *Kaerle y Lederle Laboratories*[863] la corte halló que la advertencia proporcionada por el demandado respecto a la vacuna Sabin (OPV) contra la poliomielitis era adecuada pues "describía la vacuna alternativa, IPV, y expresaba que esa vacuna no implicaba ningún riesgo de causar polio, que se encontraba disponible, y que la mayoría de los expertos en polio consideraban que no era tan efectiva como la vacuna OPV para el control de la enfermedad a nivel nacional..." El voto singular del Juez Prager en la decisión del caso *Johnson v American Cynamid Co.*[864], otro caso involucrando la vacuna contra la poliomielitis, insinua que, en las circunstancias apropiadas, puede exigirse al fabricante que advierta incluso de "los resultados razonablemente previsibles de mantenerse sin recibir el tratamiento".

---

862. 479 F. 2d 1089 (5th Cor. 1973).

863. 172 Cal. App. 3d 812, 218 Cal. Rptr. 453 (1985).

864. Supreme Court of Kansas, 1986 239 Kan. 279, 718 P. 2d 1318.

3.4.5.3. Destinatarios de las Advertencias o Instrucciones

3.4.5.3.1. Introducción. Es posible que una advertencia correctamente diseñada en cuanto a fondo y forma, se considere inadecuada por haber sido dirigida a la persona incorrecta. En estos casos, típicamente, el demandante argumenta que el demandado debió tomar las medidas necesarias para que el mensaje llegara a otra persona, que es la que estaba en mejores condiciones de reducir o evaluar los riesgos inherentes al producto[865]. La pregunta es, pues, a quiénes debe proporcionarse advertencias e instrucciones. La regla general a este respecto es que las advertencias deben dirigirse al propio consumidor o usuario final, que es quien será el que está en mejor posición para evitar o reducir los riesgos inherentes al producto o evaluarlos, con miras a tomar la decisión de someterse a estos de manera informada. En este sentido, la sección 104 (C) (5) de la M.U.P.L.A.[866] establece que "un fabricante está en la obligación de proporcionar instrucciones y advertencias adecuadas al efectivo usuario del producto"[867].

3.4.5.3.2. Intermediarios. Las instrucciones y advertencias pueden proporcionarse al usuario o consumidor final directa o indirectamente[868]. La transmisión directa se realiza generalmente haciendo que el producto lleve su propia advertencia o a través de la publicidad. En cambio, la transmisión indirecta se realiza confiando el mensaje a un intermediario, tal como un vendedor, en el entendimiento de que éste lo transmitirá al consumidor final. Normalmente las instrucciones o advertencias deben ser dirigidas directamente al usuario o consumidor. Sin embargo, cuando no sea factible técnica o económicamente proporcionar la advertencia directamente al usuario final, podrá utilizarse un intermediario.

Los criterios para determinar cuándo una advertencia o instrucción debe ser dirigida directamente al consumidor son multiples. El comentario "n" a la sección 388 del *Restatement (Second) of Torts* enumera los siguientes: (1) el riesgo de daños; (2) la magnitud del daño que pudiera ocasionarse; (3)

---

865. Henderson y Twerski y, *op. cit.* p. 406.

866. 44 Fed. Reg. 62,721 (1979).

867. La sección 6 (d) del Proyecto Kasten de 1985 contempla también una regla similar, estableciendo que cuando se requieren advertencias o instrucciones, éstas "se darán al usuario del producto".

868. Owen, *op. cit.* p. 1349.

la factibilida y el costo de colocar una advertencia en el producto; y (4) la confiabilidad del intermediario como conductor de la advertencia[869]. Los factores que enuncia el Proyecto Kasten son similares[870].

Cuando de acuerdo con los criterios enunciados resulte aconsejable transmitir directamente la información se tratará, en lo posible, de que el producto lleve su propia advertencia y, en su caso, que la advertencia sea transmitida mediante la publicidad comercial del producto. Así, en el caso de *Griggs y Firestone Tire and Rubber Co.*[871] la corte encontró que el fabricante de aros para automóviles debió grabar en el metal de los aros una advertencia contra el riesgo de ensamblarlos indebidamente. La corte expresó que "es reconocido que el peligro creado por una cosa puede ser tan grande como para hacer irrazonable que un proveedor confíe la transmisión de una advertencia a un intermediario en la cadena de distribución. En tales circunstancias, el proveedor debe, cuando esto es factible y no excesivamente costoso, hacer que la cosa lleve su propia advertencia".

3.4.5.3.3. Productos Utilizados en el Centro de Trabajo. Cuando se trata de productos utilizados en un centro de trabajo, se admite en algunos casos que las instrucciones y advertencias para el uso de estos se proporcionen a los empleadores. Sin embargo, al igual que en los casos de otros intermediarios, el criterio es la razonabilidad de transmitir directamente la información al usuario o trabajador[872]. Así, en el caso *Reed v. Pennwalt Corp.*[873] la demandante, trabajadora en una planta procesadora de alimentos, contrajo dermatitis al utilizar soda caústica para remover cáscaras de patatas. El demanda-

869. Dictamen en Minoría *cit.*

870. La sección 6 (d) (1) de este proyecto establece que los factores a analizar son "las dificultades prácticas y económicas de dar las advertencias o instrucciones directamente al usuario del producto, la probabilidad de que el producto cause el tipo de daño alegado por el accionante y la probable seriedad del daño ".

871. 531 f. 2d 851 (8th Cir.), cert. denied, 423 U.S. 865 (1975).

872. En este sentido, la M.U.P.L.A. establece es su sección 104 (C) (5) que "tratándose de bienes tangibles vendidos sólo a granel o de otros productos para uso en el centro de trabajo, las advertencias o instrucciones pueden ser proporcionadas al empleador del trabajador demandante si no existe una manera factible y práctica de transmitirlas al trabajador-demandante". Henderson y Twerski, *op. cit.* p. 416.

873. 591 P. 2d 478 (Wash. App. 1979).

do, fabricante de la soda caústica, había organizado seminarios sobre seguridad los mismos que habían sido atendidos por personal supervisor seleccionado por la empresa propietaria de la planta procesadora de alimentos. La corte declaró que "el fabricante había satisfecho su deber al advertir al empleador... especialmente... cuando no existían métodos efectivos de comunicar la advertencia a los usuarios finales". En este caso, cuando el producto llegaba a poder de los trabajadores, no estaba ya en su envase original[874]. Sin embargo, cuando el producto es muy peligroso y la advertencia que reduzca tal peligro sería transmisible al usuario final, existe una obligación de advertir al trabajador.

En el caso *West y Broderick & Bascom Rope Co.*[875] el demandante resultó lesionado al someter un cable metálico a una tensión que no estaba diseñado para soportar. El fabricante había advertido del límite de la resistencia del cable al empleador del demandante, pero aparentemente el mensaje no había alcanzado a este último. La corte consideró que el fabricante era responsable por no haber advertido al usuario final. "Sin mucho costo, una cinta de metal [conteniendo una advertencia] podría haber sido colocada en las depresiones existentes en los extremos del cable".

3.4.5.3.4. **Intermediarios Técnicos.** Existen productos que son empleados por los usuarios o consumidores contando con la asesoría y supervisión de un intermediario dotado de especiales conocimientos técnicos. Frecuentemente es éste intermediario quien está en la mejor posición para evaluar los riesgos del producto y determinar la manera de reducirlos. En estos casos, las advertencias e instrucciones deberán ser proporcionadas al intermediario técnico. Así, en el caso *Hopkins v E.I. Dupont de Neumours & Co.*[876] el causante de la demandante murió cuando colocó un cartucho de dinamita fabricado por la demandada, en un agujero recién perforado en la roca viva. La alta temperatura de la roca, calentada por la fricción del taladro, causó la explosión del cartucho. La corte señaló que el fabricante no tenía un deber de advertir al trabajador. "Cuando un proveedor entrega bienes, el uso de los cuales debe

---

874. Cuando el producto llega a poder del trabajador en su envase de fábrica, es factible proporcionar la advertencia y existe por ello el deber de advertir directamente. *Jackson v. Coast Paint & Lacquer Co.* 499 F. 2d 809 (9th Cir. 1974).

875. 197 N.W. 2d 202 (Iowa 1972).

876. 212 F 2d 623 (3d Cir.), cert. denied, 348 U.S. 872, 75 S. Ct. 108, 99 L. Ed. 686 (1954).

ser dirigido por técnicos o ingenieros, es suficiente advertir adecuadamente a tales técnicos o ingenieros para aislar al proveedor de responsabilidad... No existe un deber de advertir a aquellos que solamente siguen las direcciones de los técnicos o ingenieros"[877].

El Proyecto Kasten, en su sección 6 (d) (2) expresa que "cuando el producto es uno que legalmente puede ser utilizado sólo bajo la supervisión de un supervisor", el fabricante únicamente tiene la obligación de "advertir o instruir al experto". Esta disposición ha sido criticada señalándose que la expresión "legalmente usado" adolece de gran ambigüedad, por lo que es preferible mantenerse sólo con la regla general de que el fabricante debe advertir a un intermediario cuando es razonable hacerlo[878]. Nosotros consideramos que aún si se define claramente lo que constituye uso legal de un producto, el *standard* enunciado por el Proyecto Kasten podría resultar innecesariamente restrictivo. En efecto, es posible que, aunque de acuerdo con una norma imperativa un producto deba ser usado bajo supervisión de un experto, sea factible y razonable hacer que la advertencia llegue directamente al consumidor final. En tales casos no se ve la razón de liberar al fabricante de una obligación, permitiéndole poner innecesariamente en peligro a los consumidores o usuarios.

3.4.5.3.5. Medicinas de Venta Bajo Receta Médica

3.4.5.3.5.1. Principio General. El caso más claro de lo que constituye una aplicación de la regla del intermediario técnico es el que corresponde a los medicamentos cuya venta al público está restringida a los casos en que son recetados por un médico. En estos casos se percibe claramente la distinción entre la persona que selecciona y ordena el producto y la persona que lo utiliza[879]. Cuando un paciente concurre a consultar a un médico, normalmente confía en que este hará el análisis de la conveniencia de utilizar una determinada droga, evaluando los riesgos y los beneficios que involucra su uso. Se su-

877. Sin embargo, es dudoso que el caso citado constituya en realidad uno de intermediario técnico. Se trata más bien de advertencia al empleador. Y basándose en un criterio que ponga sobre la balanza la magnitud del riesgo (muerte), con la posibilidad de transmitir el mensaje al trabajador (imprimirlo en la envoltura del cartucho) parecería forzoso concluír que el fabricante es responsable.

878. Dictamen en Minoría *cit.* p. 93.

879. Keeton, The Meaning of Defect *op. cit.* p. 688.

pone que cuando un paciente adquiere una droga vendida bajo receta médica, un profesional adecuadamente preparado ha realizado ya este análisis. Por tal motivo se reconoce generalmente que el deber del fabricante es advertir al médico que formula la prescripción y no al paciente, de los efectos secundarios y contraindicaciones de un medicamento[880].

La regla del intermediario técnico es susceptible de aplicación a otros casos de equipo médico, distinto de los medicamentos. En el caso de *Brooks v Meditronics, Inc.*[881] la corte aplicó la regla al caso de un fabricante de marcapasos, Según el fallo, el fabricante sólo tenía el deber de advertir al médico. "La decisión de prescribir un marcapasos cardíaco involucra precisamente el tipo de análisis médico individualizado contemplado" por la excepción correspondiente al caso de drogas de venta bajo prescripción.

En algunos casos el deber de advertir se ha extendido más alla del médico prescriptor. En el caso *Hoffman y Sterling Drug, Inc.*[882] se estableció que el fabricante del medicamento Aaralen tenía el deber de advertir también al médico tratante. Así mismo, en el caso de *Holley v Bourroughs Wellcome Co.*[883] la corte estableció que el fabricante de la anestesia y el relajante muscular, cuyo uso combinado causó la lesión del demandante, tenía el deber de advertir no sólo al médico anestesiólogo, sino también a la asistente de éste, una enfermera anestesista.

3.4.5.3.5.2. Excepciones. La regla del intermediario técnico en los casos de drogas de venta bajo prescripción médica admite dos excepciones.

3.4.5.3.5.2.1. Anticonceptivos de Uso Oral. En algunos casos se ha reconocido que los fabricantes de anticonceptivos de uso oral tienen el deber de advertir directamente a los usuarios[884]. El fundamento de este criterio es que "mientras que el papel de un paciente en la decisión concerniente al uso de una droga de venta bajo receta médica necesaria para tratar alguna enfermedad es típicamente mínimo o inexistente, el consumidor joven y saludable de

---

880. Noel y Philips, *op. cit.* p. 197.

881. 750 F. 2d 1227 (4th Cir. 1984).

882. 485 F 2d 132 (ed Cir. 1973).

883. 74 N.C. App. 736, 330 S.E. 2d 228 (1985).

884. Franklin y Rabin, *op. cit.* p. 523.

anticonceptivos orales juega normalmente un papel activo en la decisión de usar 'la píldora' en lugar de otros métodos anticonceptivos disponibles y el médico prescriptor queda relegado a un papel secundario[885].

3.4.5.3.5.2.2. **Programas de Inmunización Masiva.** Las cortes norteamericanas han brindado reconocimiento al hecho de que en los programas de vacunación masiva, aunque el medicamento a administrarse es técnicamente suministrado bajo prescripción médica, lo cierto es que no se da el análisis individualizado que justifica relevar al fabricante de su obligación de advertir directamente al público. En el caso *Reyes v Wyeth Laboratories*[886], la corte estableció que el fabricante de la vacuna contra la poliomielitis tenía el deber de advertir directamente a la madre de una menor que recibió la vacuna en un centro comunal. Otro caso similar es el de *Davis v Wyeth Laboratories*[887] en el que la corte reconoció un similar deber de advertir al receptor de una vacuna administrada por un técnico farmaceútico en un programa de inmunización masiva[888].

3.4.5.4. Medio de las Advertencias e Instrucciones.

3.4.5.4.1. **Introducción.** Las advertencias e instrucciones deben ser plasmadas de manera que el mensaje que pretenden transmitir llegue a su destina-

885. *MacDonald v. Ortho Pharmaceutical Corp.*, 394 Mass. 131, 475 N.E. 2d 65, *certiorat: denied* 106 S. Ct. 250 (1985).

886. 498 F. 2d 1264 (5th Cir. 1974).

887. 399 F 2d 121, (9th Cir. 1968).

888. Es interesante mencionar que la proliferación de casos como los que hemos mencionado, basados en el deber de advertir al receptor de vacunas en programas de inmunización ha causado graves problemas en los Estados Unidos. En 1976, ante la necesidad de iniciar un programa de inmunización contra la gripe porcina, las compañías farmaceúticas se negaron a producir y distribuir la vacuna, a no ser que contasen con adecuada cobertura contra riesgos de responsabilidad civil por parte de las compañías de seguro. Estas últimas, sin embargo, no consideraron estar en condiciones de proporcionar la cobertura, debido a la magnitud del riesgo. Fue necesaria la intervención del Estado, que convino asumir la responsabilidad que pudiera corresponder a los laboratorios farmaceúticos en virtud a acciones judiciales por concepto de daños personales o muerte causados por la inoculación con la vacuna. Epstein, *op. cit.* p. 701. Por otro lado, en 1986 se estableció un mecanismo compensatorio alternativo para los daños que se sufran como consecuencia de la inoculación con una vacuna infantil. Henderson y Twerski, *op. cit.* p. 487.

tario y sea debidamente apreciado por éste[889]. En este sentido, la determinación del medio por el que debe transmitirse una advertencia o instrucción estará en función de la naturaleza y magnitud del riesgo, los destinatarios de la información y lo que resulte factible según las circunstancias. Dada la estrecha relación que existe entre el contenido y forma de las advertencias e instucciones, mucho de lo que puede expresarse respecto a este último aspecto ha sido ya manifestado al referirnos al contenido de éstas o a sus destinatarios. Sin embargo, consideramos pertinente formular las siguientes observaciones.

3.4.5.4.2. Publicidad. La publicidad comercial del producto es un medio muy efectivo para comunicar a los consumidores las advertencias e instrucciones que sean necesarias para reducir los riesgos de un producto. Es especialmente importante este medio en cuanto esprecisamente la publicidad la que puede inducir al consumidor a utilizar o consumir el producto y, en su caso, a darle un uso imprudente.

3.4.5.4.3. Advertencias o Instrucciones en el Producto. Cuando se trata de advertir directamente al consumidor o usuario, se deberá en lo posible procurar que el producto lleve sobre sí su propia advetencia[890]. Asimismo, se deberá procurar que la advertencia no sea fácilmente eliminada o borrada, cuando el producto es uno cuya duración es prolongada[891]. En estos casos sera aconsejable grabar la advertencia en el mismo producto, en lugar de ponerla en el envase. En este sentido, puede recordarse el caso *Griggs v Firestone Tire & Rubber Co.*

Cuando se coloquen las advertencias sobre el producto o su envase, estas deben ser lo suficientemente conspicuas como para llamar la atención del consumidor o usuario. En el caso ya citado de *Michael v. Warner/Chilcott,* uno de los factores que tuvo en consideración la corte para determinar que la advertencia era inadecuada fue el tamaño de la impresión utilizada. "Las letras son tan pequeñas" –expresó la corte– "que un consumidor podría necesitar un lente de aumento para leer las palabras". Asimismo, las advertencias colocadas sobre un producto o su envase deben evaluarse teniendo en cuenta la apariencia general de éste. Así, en el caso *Maize v. Atlantic Refining Co.*[892] el fabri-

---

889. Keeton, The Meaning of Defect. *cit.* pp. 685-686.

890. Ley Federal de Protección al Consumidor de México, artículo 13; Decreto 3466 de Colombia, artículo 17.

891. Rojo y Fernández-Río, *op. cit.* p. 201.

892. 41 A. 2d 850 (pa. 1945).

cante de tetracloruro de carbono –producto de alta toxicidad– colocó en los cuatro costados de los envases de este producto, grandes inscripciones que decían "limpiador seguro", mientras que la leyenda que advertía de los riesgos del producto era mucho más pequeña. La corte encontró que las advertencias eran inadecuadas. En cambio, en el caso *Harris v. Solna Corp.*[893], correspondiente a la misma sustancia, se encontró que la advertencia –que incluía una calavera y dos tibias cruzadas, así como una advertencia de que la inhalación de los gases del producto podía resultar fatal– era adecuada.

3.4.5.4.4. Manuales o Folletos. Cuando no sea factible colocar las advertencias sobre el mismo producto o su envase, deberá incluírselas en un folleto o manual. En tales casos se podrá requerir, sin embargo, colocar sobre el producto una advertencia en el sentido que debe consultarse tal manual o folleto de instrucciones. Así, por ejemplo, en el caso *Broussard v Continental Oil Co.*[894] el demandante resultó lesionado por una chispa que emitió un taladro eléctrico que estaba utilizando. El actor argumentó que el fabricante del taladro debía haber advertido, mediante una leyenda puesta sobre el mismo instrumento, respecto al peligro de explosiones debido al uso de éste en ambiente con concentración de gases. La corte decidió que la advertencia contenida en el manual de instrucciones del producto sumada a la advertencia grabada en el taladro de consultar el manual antes de utilizar la herramienta, era suficiente. Existían por lo menos 10 peligros, tan o más importantes que el de explosiones de gases, respecto de los cuales advertencias hubieran tenido que ser incluídas en la superficie del taladro. Esto no era físicamente posible.

Sin embargo, cuando se coloquen las advertencias en el manual de instrucciones, éstas deberán ser lo suficientemente conspicuas, con el fin de que llamen la atención del destinatario. En el caso *Stapleton v Kawasaki Heavy Indus., Ltd.*[895] la corte estableció que podría encontrarse al fabricante responsable por los daños ocasionados por una explosión de gasolina proveniente de una moticicleta. La demandante tropezó mientras limpiaba la motocicleta en el sótano de su casa y ésta cayó, vertiendo gasolina. El combustible hizó explosión al tomar contacto con la llama piloto de un calentador. El fabricante había incluído una advertencia contra este tipo de riesgos en la página 13 del

893. 307 N.E. 2d 434 (I11. App. 1974).

894. 433 So. 2d 354 (La. App.) cert. denied, 440 So. 2d 726 (La. 1983).

895. 608 F. 2d 571 (5th Cir. 1979).

manual de instrucciones. Sin embargo, la demandante no había leído íntegramente el manual.

3.4.5.4.5. **Medios Directos.** En algunos casos de medicamentos, se considera que no son suficientes las advertencias contenidas en los folletos u hojas informativas referidas al producto. Si el riesgo es lo suficientemente importante, el fabricante debe advertir personalmente a los médicos presciptores, mediante los visitadores médicos[896].

3.4.6. **Sobrepromoción del Producto.** Es posible que la publicidad, los envases y otros tipos de mensajes del fabricante relacionados con un producto resulten reduciendo o incluso eliminando cualquier efecto positivo de las advertencias o instrucciones proporcionadas[897]. En estos casos, los riesgos de un producto han sido adecuadamente cubiertos por advertencias o instrucciones. Sin embargo, el fabricante promociona el producto de tal manera que incita a hacer un uso peligroso del mismo[898]. Así, en el caso *Incolligo v Ewing*[899] la corte estableció que, a pesar de la advertencia proporcionada por el fabricante respecto a los peligros de la droga Cloromicetina, podía hallarse a éste responsable debido a la actividad promocional realizada por sus visitadores médicos. Otro caso de Cloromicetina es el de *Stevens v Parke, Davis & Co.*,[900] en el que la Corte expresó que el jurado podía concluir que la prescripción de Cloromicetina realizada negligentemente por el médico de la recurrenta "era una consecuencia previsible de las intensas campañas publicitarias y promocionales llevadas a cabo por el fabricante. El expediente revela con abundante detalle que Parke, Davis hizo todos los esfuerzos, empleando publicidad directa y subliminal, para eliminar los temores de la profesión médica causados por el conocimiento de los peligros de la droga. . ."

Otro campo en el que se puede percibir el fenómeno de la sobre promoción es el de los productos de tabaco. En este sentido, en recientes casos presentados ante jurisdicciones norteamericanas con el objeto de hacer responsables a los fabricantes de cigarrillos por los daños causados por éstos,

---

896. *Sterling Drug Inc. v. Yarrow*, 408 F. 2d 978 (8th Cir. 1979).

897. Clark, Strict Liability *cit.* p. 132.

898. Henderson y Twerski, *op. cit.* p. 386.

899. 44 Pa. 263, 282 A. 2d 206, 212 (1971).

900. 9 Cal. 3d 51, 507 P. 2d 653, 107 Cal Rptr. 45 (1973).

los demandantes han alegado que las actividades promocionales de los fabricantes han minado la efectividad de las advertencias proporcionadas[901]. Casos de sobre promoción son también aquellos en los que, aunque el peligro del producto es obvio, por lo que no se requiere advertir respecto al mismo , los mensajes propalados por el fabricante incitan a hacer caso omiso de tales peligros.

901. Note. *Plaintiff's Conduct cit.* En el caso *Cipollone v. Ligget Group Inc.* los avisos publicitarios de los productores demandados fueron determinantes para la atribución de responsabilidad. (Nótese que en Estados Unidos la publicidad televisiva de cigarrilos no está permitida. En este sentido, el argumento tiene mucho más fuerza en países como el Perú, en los que no existen ese tipo de restricciones al avisaje de productos de tabaco).

SECCION SEPTIMA

Hipótesis de Defectuosidad

En las secciones anteriores nos hemos referido a los distintos elementos que una corte debe tener en mente para evaluar la defectuosidad del diseño de un producto según un análisis de costo-beneficio. La determinación concreta de cuándo un producto es defectuoso o no por su diseño es el punto más difícil en un régimen de responsabilidad por productos defectuosos. Por ello consideramos que tal determinación es, a la larga, algo que debe ser competencia de la corte que juzga el caso. Para la decisión concreta sobre la defectuosidad debe dejarse amplio campo a la apreciación judicial del problema.

Sin perjuicio de lo expresado, consideramos que pueden definirse dos grupos de hipótesis de defectuosidad en los casos de diseño, que pueden conducir a facilitar la apreciación de los casos concretos. Como hemos visto, de acuerdo con un patrón de riesgo-beneficio, deberá considerarse que el diseño de un producto es defectuoso sólo cuando sus riesgos sean mayores que sus beneficios. Esta regla, sin embargo, no tiene un contenido unívoco. En nuestra opinión, pueden descubrirse en los hechos, dos maneras como un producto puede ser defectuoso en cuanto a su diseño, según la indicada regla.

Una primera hipótesis de defectuosidad es bastante clara y no presenta mayores problemas. Según ella, un producto será defectuoso en cuanto a su diseño cuando los riesgos del producto son, en absoluto, mayores que sus beneficios. Como expresó la Corte Suprema de Lousiana en el caso *Halphen v. Johns Manville Sales Corp.*[902], refiriéndose a los defectos de este tipo, "un

902. 484 SO. 2d 110 (La. 1986).

producto es irrazonablemente peligroso *per se* si una persona razonable concluiría que los peligros de hecho del producto, son mayores que la utilidad del producto". Se trata, pues, de productos que podríamos llamar "absolutamente defectuosos". Este será el caso, por ejemplo, de la piscina en el caso *O'Brien v. Muskin* al que nos referimos en páginas anteriores. Los beneficios del producto eran, en absoluto, menores que sus riesgos.

A primera vista parecería que el supuesto de defectuosidad absoluta es el único de defectuosidad de diseño. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que, cuando juzgamos el diseño de un producto, estamos decidiendo sobre los riesgos y los beneficios *de ser el producto de determinada manera*. En otras palabras, estamos decidiendo si es irrazonable, según un análisis de costo-beneficio, que el producto sea de la manera que es. Ello implica juzgar la razonabilidad del diseño particular y de la manera cómo el producto fue puesto en el mercado. De acuerdo con estos conceptos, es posible que un producto tenga mayores beneficios que riesgos, por lo que no sea "absolutamente defectuoso", pero, sin embargo, sea más peligroso de lo razonable, por determinadas características que sea razonable modificar. Así, por ejemplo, tratándose del automóvil del caso *Leichtamer v American Motors Corp.* que mencionabamos, debe concluirse que, si bien en términos absolutos el producto no era defectuoso, pues sus beneficios eran mayores que sus riesgos, estos riesgos eran de todas maneras irrazonables, pues de no haberse mercadeado el producto como lo fue, hubieran sido mucho menores.

En consecuencia, no sólo será un producto defectuoso cuando consideremos que sus riesgos en general son mayores que sus beneficios, sino también cuando, a pesar de ser sus beneficios mayores que sus riesgos, en términos absolutos, el producto sea más peligroso que lo necesario, por razón del particular diseño adoptado o por la forma cómo fue puesto en el mercado. En este sentido y dados los elementos que influyen sobre los riesgos y los beneficios de los productos, pueden plantearse las siguientes hipótesis de defectuosidad.

1. Defectuosidad Absoluta

En este caso los riesgos inherentes al producto en sí son mayores que sus beneficios. El producto es absolutamente defectuoso sin que interese que no sea posible eliminar o reducir sus riesgos o aún que estos no hayan sido conocidos al momento de ponerse este en la cadena comercial. Se trata acá de una pura responsabilidad de carácter objetivo.

2. Defectuosidad Relativa

Se trata de situaciones en las que, en absoluto, los beneficios del producto son mayores que sus riesgos, pero en las que el producto es irrazonablemente peligroso porque sus riesgos fueron incrementos por su particular diseño o por la manera en que fue puesto en el mercado. La defectuosidad relativa puede obedecer a los siguientes factores[903].

2.1. Factibilidad de una Alternativa de Diseño. Era factible una alternativa de diseño que hubiera reducido o disminuído los riesgos del producto.

2.2. Factibilidad de Haber Proporcionado Advertencias o Instrucciones. Era posible conocer los riesgos del producto y brindar advertencias o instrucciones respecto a ellos.

2.3. Factibilidad de Omitir Manifestaciones Falsas o Engañosas. Los peligros del producto fueron aumentados por expresiones falsas o engañosas empleadas por el fabricante.

2.4. Factibilidad de Mercadeo Adecuado. Los riesgos del producto fueron aumentados por un mercadeo indebido del producto.

Tanto en las hipótesis de defectuosidad absoluta como en las de defectuosidad relativa, se cumple con el requisito de que el producto sea defectuoso en cuanto a su diseño. Por tal motivo, deberá imponerse la responsabilidad sin que resulte determinante la ausencia de culpa del demandado.

Sin perjuicio de los casos de defecto de diseño, un producto también será defectuoso, como hemos expresado, cuando tenga una falla originada en el proceso de fabricación o distribución; es decir, un defecto de manufactura o fabricación.

---

903. Keeton menciona también los casos en los que existen productos alternativos que servían las mismas necesidades con un menor riesgo. Prosser y Keeton, *op. cit.* p. 699;

CAPITULO TERCERO

ALGUNOS APUNTES SOBRE LA RELACION DE CAUSALIDAD Y LA DETERMINACION DEL SUJETO RESPONSABLE

SECCION PRIMERA

ALGUNOS APUNTES SOBRE LA RELACION DE CAUSALIDAD EN LA RESPONSABILIDAD POR LOS DAÑOS CAUSADOS MEDIANTE PRODUCTOS DEFECTUOSOS

1. Introducción

Hemos ya analizado en profundidad los elementos centrales de la responsabilidad por productos defectuosos: el producto y el requisito de defectuosidad. Nos corresponde ahora vincular dichos elementos con una hipótesis de responsabilidad civil, es decir, por un lado con el daño resarcible, y por el otro lado con el sujeto responsable. La vinculación correspondiente se establecerá a través de la relación de causalidad. En efecto, la relación de causalidad entre el hecho del responsable y el daño es un elemento esencial de la responsabilidad civil[904]. Señala, en tal sentido, Bustamante Alsina que "es necesaria la existencia de ese nexo de causalidad pues de otro modo se estaría atribuyendo a una persona el daño causado por otro o por la cosa de otro. Por ello", continúa Bustamante Alsina, "la relación causal es un elemento del acto ilícito y del incumplimiento contractual que vincula el daño directamente con el hecho e, indirectamente, con el elemento de imputación subjetivo y de atribu-

904. Directiva de la CEE. artículo 4. Expresa de Trazegnies que el poder jurídico de exigir indemnización, esencia de la responsabilidad civil, "no se dirige arbitrariamente contra cualquier persona: no es posible cobrar una indemnización por un accidente de tránsito al primer transeúnte que asome por la esquina después de ocurrido el hecho. Tiene que haber una razón para que una determinada persona y no otra sea obligada a pagar; una razón que individualice un presunto responsable dentro del universo de personas. El primer hecho que utiliza el Derecho para estos efectos es la relación de causa a efecto; independientemente de que, una vez establecida, el Derecho exija todavía otros elementos más para convertir al causante en efectivamente responsable". de Trazegnies, La Responsabilidad Extracontractual *cit.* núm. 153.

ción objetivo. Es el factor aglutinante que hace que el daño y la culpa, o en su caso el riesgo, se integren en la unidad del acto que es fuente de la obligación de indemnizar".[905]

En las siguientes líneas enunciaremos, brevemente, los fundamentos de la noción jurídica de causalidad y luego expondremos los principales problemas que este tema plantea en la responsabilidad por productos defectuosos.

2. El Concepto de Causalidad Jurídica

2.1. Introducción. En el mundo real, la interacción causal entre los fenómenos es prácticamente ilimitada. Señala Hartmann: "La forma más simple del nexo causal es la causalidad. Adopta la forma de dependencia correlativa en el fluir del tiempo de lo anterior a lo posterior, en la cual cada fase del proceso es al mismo tiempo efecto de las causas anteriores y causa de los efectos posteriores. Fundamentalmente la serie causal es indefinida, pues a cada causa preceden otras causas, hasta lo infinito, y más allá de cada efecto, se suceden siempre otros efectos ulteriores"[906]. En estrecha relación con esta percepción de la causalidad, se formuló la llamada teoría de la equivalencia de las condiciones, para intentar identificar cuál de los hechos antecedentes de otro era su causa. De acuerdo con esta teoría, "es causa toda condición que ha contribuído al resultado, de forma que éste no se hubiera producido si la condición no se hubiera dado *(condictio sine qua non)*. La causa, por tanto, radica en todas y cada una de las condiciones, ya que sin el concurso de todas el resultado no se hubiera producido"[907].

Sin embargo, la teoría de la equivalencia de las condiciones no brindaba una solución que pudiera ser adoptada por el Derecho[908]. El intento de

---

905. Bustamante Alsina, Teoría General *cit.* p. 217.

906. Nic.—Hartmann: *Der Aufbau der realen Welt*, p. 314, citado por Larenz, *op. cit.* Tomo I, p. 199, nota 6.

907. Santos Briz, La Responsabilidad Civil *cit.* p. 227. En el mismo sentido, Bustamante Alsina, Teoría General *cit.* p. 218; Bisbal Méndez, *op. cit.* p. 89; Messineo, *op. cit.* Tomo VI, p. 499; Kionka, *op. cit.* pp. 29-30; de Trazegnies, La Responsabilidad Extracontractual *cit.* núm. 157.

908. Señala Bustamante Alsina: "Esta teoría conducía a soluciones inaceptables toda vez que cada individuo que puso una sola de las condiciones debía responder de todo el resultado ya que cada condición era en sí

rescatar los elementos causales relevantes para el Derecho, condujo, entonces a la formulación de diversas teorías[909]. Sin embargo, no se llegó a centrar correctamente el problema[910]. Los intentos iniciales se dirigieron a buscar la causa más eficaz o una causalidad jurídica auténtica, y por ello, no llegaron a un resultado adecuado[911]. Como escribe Larenz, "el concepto general de la causalidad no basta... para deslindar las consecuencias jurídicamente relevantes y, por tanto, imputables, de aquellas otras que no han de ser tenidas en cuenta para la determinación de los daños, por ser demasiado remotas y accidentales o fortuitas"[912]. Fue sólo cuando se concibió que para el Derecho la causalidad era una cuestión de imputación, que se pudo formular un concepto jurídico de causalidad.

En efecto, como lo perciben con claridad Fraser y Howard, "los abogados, a diferencia de otros observadores menos involucrados, no se preocupan de la totalidad del conjunto mínimo de condiciones suficientes [es decir, las causas, según la teoría de la equivalencia de las condiciones], sino solamente

---

misma causa de éste. Por mínima que hubiera sido la participación en el complejo fáctico determinante del efecto, su eficacia resultaba total: sin esa participación aquel no se hubiera producido. El rigor de la lógica no se compadecía con la bondad de la justicia". Bustamante, *loc. cit.*

909. Entre ellas las teorías de la causa próxima; de la condición preponderante; de la acción humana; y de la causa eficiente. Ver, generalmente, Bustamante Alsina, Teoría General *cit.* pp. 218-219; Compagnucci de Caso, La Relación de Causalidad *cit.* pp. 35-45 y de Trazegnies, La Responsabilidad Extracontractual *cit.* núm. 159 a 161.

910. Expresa Santos Briz: "El intento de determinar la relevancia jurídica de una causa ofrece diversidad de direcciones. Así, puede considerarse la causa natural según su especial eficacia o según que haya sido decisiva para el resultado. Pero el intento queda inútil, y lo mismo si se pretende fijar desde el punto de vista del tiempo y el espacio la significación jurídica de una condición en cuanto a su inmediatividad o proximidad al resultado. Asimismo es equivocado el intento de encontrar criterios de valoración que basen la imputación objetiva en el concepto de la personalidad a través de declaraciones empíricas de concatenación 'natural' en tiempo y espacio o de la intensidad de una condición. La idea de que el hombre es dueño de su obrar y, por tanto, que ha de responder por sus actos presupone la libre determinación de su voluntad y corresponde a la imputación culposa y no a la problemática de la relación causal. . .". Santos Briz, La responsabilidad civil *cit.* p. 227. En el mismo sentido, Fraser J.D. y Howard D.R., More Concern for Cause, en 4 Legal Studies 131, 131-132 (1984).

911. Santos Briz, La Responsabilidad Civil *cit.* p. 228.

912. Larenz, *op. cit.* Tomo I, p. 197.

de eventos o condiciones particulares (por ejemplo, actos negligentes) que son *acusados* de ser causas. Los abogados examinarán cada *acaecimiento acusado*, preguntándose si puede demostrarse si es o no miembro del conjunto mínimo de condiciones suficientes, sin que interese cuál es el contenido restante del conjunto"[913]. Así pues, lo que interesa es determinar, de las causas, cuál es jurídicamente relevante, para efectos de la imputación del resultado al agente. Ello no puede prescindir de la posición jurídica de las personas involucradas. "Estamos ante una valoración jurídica, la cual nos impone indagar acerca de la clase de responsabilidad (contractual, extracontractual, por riesgo), de su alcance, a qué personas y a qué bienes jurídicos afecta. Interesa, por tanto, menos la índole de la causalidad que la clase de acto injusto efectuado o de riesgo sobrevenido... En supuesto de acto ilícito... no interesa reconocer una conducta como relevante sino en tanto de algún modo sea antijurídica. Y lo mismo, en los casos de responsabilidad por riesgo, en los que las consecuencias dañosas se refieren a un especial riesgo de empresa que presupone un acontecimiento peligroso derivado de una actividad normal"[914]. Por ello, Kionka, comentando sobre la *proximate cause* del derecho anglosajón escribe que "el término 'causa próxima' es descriptivo sólo en el sentido que refiere a las reglas que requieren que exista una proximidad *legal*, una proximidad en el sentido de justicia o equidad, entre la causa del daño... y sus consecuencias"[915].

2.2. La Causalidad Adecuada. Ahora bien, centrado el problema jurídico de la causalidad como uno de limitación de las consecuencias que resulten imputables al agente responsable, queda por determinar el criterio que servirá para realizar tal limitación. Para el efecto, se ha formulado la llamada teoría de la causalidad adecuada. De acuerdo con esta teoría, deben imputarse al individuo los efectos de su conducta que son resultados adecuados de la misma. Como lo expresa inmejorablemente Larenz, "Dicha teoría afirma que únicamente pueden ser tenidas en cuenta aquellas consecuencias, no completamente extrañas, que según la experiencia puedan ser consideradas como posibles de semejante hecho... El efecto más lejano de cierta acción es únicamente

913. Fraser y Howard, *op. cit.* p. 134. En el mismo sentido, señala Compagnicci, "Este concepto [natural] de causa, no se puede aplicar al derecho. . . Al derecho le interesa el acto humano, y sólo le importa lo físico o natural en cuanto pueda desviar total o parcialmente al acto humano del resultado acontecido". Compagnucci de Caso, Rubén. La Relación de Causalidad *cit.* p. 22.

914. Santos Briz, La Responsabilidad Civil *cit.* p. 228.

915. Kionka, *op. cit.* p. 88.

'adecuado' " –continúa Larenz– "cuando esta acción, como el R.G. ha dicho 'ha sido apropiada para la producción del resultado obtenido en circunstancias normales y no sólo en circunstancias especialmente peculiares completamente inverosímiles que han de quedar fuera de toda consideración según el curso normal de las cosas'. Una consecuencia no adecuada al acaecimiento base de la responsabilidad no puede ser imputada al obligado a indemnizar, y, por lo tanto, no ha de ser tenida en cuenta al indagar la extensión del daño indemnizable. Y esto quizá no porque el hecho generador de la responsabilidad no fuese causal según el resultado, sino porque *aunque* lo sea, en *esta* relación causal, puesto que es inadecuada, no puede fundarse ninguna responsabilidad"[916].

En el concepto de Calabresi, el requisito de adecuación entre el hecho del agente y el resultado dañoso atribuído supone que el hecho en cuestión aumente las posibilidades de que el resultado atribuído se produzca. "Un objetivo importante del imponer responsabilidad por acciones pasadas" –escriben Calabresi y Klevoric– "es afectar el comportamiento futuro, inducir a los actores para que en el futuro realizen una evaluación adecuada al elegir entre el riesgo o la seguridad. No se estimulan las evaluaciones adecuadas al imponerse responsabilidad sobre una parte cuyo comportamiento –aún visto *ex post*– no aumenta las posibilidades de que el daño en cuestión ocurra, esto es sobre una parte cuyas acciones no se encuentran causalmente enlazadas con el daño en cuestión, a pesar de que, en el caso particular, su comportamiento haya sido una condición *sine qua non* del accidente. Por el contrario, en los casos en que la información reunida desde el accidente lleva a concluir que el comportamiento involucrado tiene una tendencia a causar tales accidentes o es peligroso, al menos en parte, porque resultará en la ocurrencia de más accidentes similares, la imposición de responsabilidad puede estimular una correcta evaluación de riesgos y beneficios en el futuro"[917].

---

916. Larenz, *op. cit.* Tomo I, p. 200. En el mismo sentido, Santos Briz, La Responsabilidad Civil *cit.* pp. 228-229; Bustamante Alsina, La Responsabilidad Civil *cit.* pp. 219-220; Messineo, *op. cit.* Tomo VI, p. 499; Kionka, *op. cit.* p. 91; Henderson y Twerski, *op. cit.* p. 242.

917. Calabresi y Klevoric, *op. cit.* p. 599. El mismo sentido tiene la posición de Enneccerus y Lehman, quienes expresan "prácticamente importa excluir la responsabilidad por circunstancias que, según su naturaleza y las reglas de la vida corriente, son totalmente indiferentes para que surja un daño de esa índole y que, sólo como consecuencia de un encadenamiento totalmente extraordinario de las circunstancias, se convierten en condición del daño. Así, pues, se labora con un cálculo de probabilidades y sólo se reconoce como causa aquella condición que se halla en conexión

Así, por ejemplo, menciona Calabresi[918] el caso de Berry v. Sugar Notch[919] en el cual se discutía la responsabilidad por los daños ocurridos cuando un árbol se desplomó sobre un tranvía, mientras éste, negligentemente, viajaba a velocidad excesiva. Los demandados –aquellos responsables del árbol– arguían que los daños se debían a la culpa de la empresa del tranvía. Si éste no hubiese estado viajando a una velocidad excesiva no habría llegado al punto exacto de la vía en el que se encontraba cuando el árbol se desplomó. Desde el punto de vista de la equivalencia de las condiciones debía concluirse que, efectivamente, la culpa de la empresa propietaria del tranvía había sido una causa del accidente. Sin embargo, la corte denegó la aplicación de la defensa. Señala Calabresi que la proporción de accidentes semejantes en los que la velocidad del vehículo sea relevante son muy pocos. Por ello, el efecto disuasorio de imponer el peso económico del daño sobre los responsables de la velocidad de los tranvías es muy bajo, con respecto a la reducción de los costos de accidentes en los que árboles se desploman espontáneamente sobre vehículos. En contraste, los propietarios de los árboles sí están en una posición que les permite prevenir estos accidentes, tomando las medidas necesarias para evitar que lleguen a la situación de desplomarse[920].

La determinación de la causalidad adecuada no se confunde con la de la culpa, aún juzgada *in abstracto*. A fin de examinar la adecuación entre la causa y el resultado, "no interesa el conocimiento y previsión personal del responsable del daño, sino la apreciación hecha según la experiencia media de

---

adecuada con un resultado semejante" Enneccerus-Lehman, *op. cit.* Tomo II, vol. 1, p. 66. Mas adelante, escriben los mismos autores "[E]l daño no puede ser considerado en sentido jurídico como consecuencia del hecho en cuestión cuando éste, dada su naturaleza general, fuera totalmente indiferente para el nacimiento de semejante daño, habiendo llegado a ser condición del daño sólo por consecuencia de otras circunstancias extraordinarias, o sea si era inadecuado para producir el daño. . . Por su naturaleza general, el hecho es indiferente para el nacimiento del daño cuando, según la experiencia de la vida, el peligro de que el daño se produzca no se aumenta por ese hecho, ni éste altera la esfera de tales peligros actuales. No se consideran los aumentos o modificaciones tan pequeños que por esto mismo nadie cuente con ellos". *id.* p. 68.

918. Calabresi, Guido. *Concerning Cause and the Law of Torts: An Essay for Harry Kalven Jr.*, en 43 U. Chi. L. Rev. 69 (1975).

919. 191 Pa 345 (1899) (Penn S Ct).

920. Nótese, pues, como el requisito de la causalidad adecuada cumple una función importante en la reducción del costo primario de los accidentes, al evitar los efectos de *externalización* de las presiones disuasorias.

un juzgador u observador perspicaz, para el que, en el momento de ocurrir el hecho generador de la responsabilidad fueran cognoscibles ya *todas* las circunstancias, y no *solamente* las que sean notorias (el denominado *pronóstico objetivo ulterior*)"[921]. Debe subrayarse que el juicio para determinar la causalidad tiene en cuenta no sólo las circunstancias conocidas o conocibles en el momento de la conducta relevante del actor, sino también las que sean descubiertas con posterioridad. Como dice Compagnucci, la apreciación de la causalidad "debe hacerse después de ocurrido el hecho, lo cual la doctrina define como juzgamiento *ex post facto*, y de conformidad a las reglas de la experiencia, es decir, lo que comunmente suele ocurrir según el curso natural y ordinario de las cosas"[922].

---

921. Larenz, *loc. cit.* La tesis inicial de la adecuación, expuesta por von Kries, indicaba que la apreciación de la normalidad de la consecuencia, debía hacerse sobre la base de lo que el agente conocía o hubiera podido razonablemente conocer en el momento de su hecho. Ello conducía a confundir la causalidad con la culpa. De Trazegnies, La Responsabilidad Extracontractual *cit.* núm. 161 y 163.

922. Compagnucci de Caso, La Relación de Causalidad *cit.* p. 29. En contra, Enneccerus-Lehman, *op. cit.* Tomo II, vol. 1. La Tesis del pronóstico objetivo posterior fue expuesta por Rumelin. Los críticos de esta posición señalan que el tener en cuenta no sólo lo conocido o congnoscible en el momento de la conducta relevante, sino también la información que se adquiere con posterioridad, inclusive la que se llega a conocer por virtud del accidente, llevará a concluir que todo efecto es adecuado a su causa. Ilustran su posición con el ejemplo del vapor Mosel, en el que un barril, que aparentemente era de caviar, se escurrió a los estibadores que cargaban el buque. Como resultado se produjo una explosión que destruyó numerosos barcos. El barril en realidad no contenía caviar, sino pólvora y había sido dejado en el muelle por el terrorista Thomas. Expresa, en tal sentido Traeger, "Si aceptamos que a los trabajadores se les podía tachar de negligentes por el hecho de habérseles escurrido el barril entre la carga, serían responsables . . . según la teoría de Rumelin. . . de la muerte de los hombres y del daño a los buques". Traeger, *Der Kausalbegriff im Straf - und Zivilrecht*, 1904, p. 144, citado por Enneccerus-Lehman, *op. cit.* Tomo II, vol. 1, p. 71, en nota 11. Sin embargo, esta posición no aplica correctamente el análisis *ex-post facto*, que es de naturaleza abstracta. En efecto, si analizamos ulteriormente las circunstancias concretas del caso, es evidente que concluiremos que todo es causa adecuada de todo. Lo que interesa, sin embargo, es lo que es *generalmente adecuado para producir un resultado.* Así, en el caso del vapor Moser, la caída de un barril no es resultado generalmente adecuado para producir una explosión de grandes magnitudes. En cambio, si lo es el hecho de dejar un barril con pólvora entre los objetos a ser cargados en un buque. La explosión, pues, fue resultado adecuado del acto del terrorista Thomas y no del de los estibadores. Entre estos y el resultado, se interpuso el llamado hecho de tercero. En el derecho común, el caso similar es el de *Palsgraf v. Long Island*

En consecuencia, pues, la causalidad jurídica supone dos cuestiones, una referida a la causalidad material y otra referida a la causalidad adecuada[923]. En primer lugar, debe determinarse si el hecho del agente es causa material del resultado dañoso. Este problema se resolverá según la teoría de la equivalencia de las condiciones[924]. Y luego, en segundo lugar, debe determinarse si entre el resultado que se atribuye al agente y su hecho causal, existe una relación de adecuación. "Pero si la presencia del acto es necesaria" –señala Messineo– *"no es también suficiente*; de la relación de causalidad, como es asumida por la teoría de la condición o causalidad simple, *no* deriva todavía *la responsabilidad* del sujeto que ha realizado el acto... Es necesario, además, que aquella condición *sea tal, que resulte normalmente idónea* para determinar aquel dado evento, teniendo en consideración todas las circunstancias del caso..."[925]

Railroad, decidido por una corte de Nueva York en 1928. En los hechos, la acción negligente de los empleados del ferrocarril causa que se le caiga un paquete al pasajero que intentaba abordar el tren. El paquete, de apariencia inocua, contenía en realidad fuegos artificiales, que con la caída estallan y lesionan a la Sra. Palsgraf, pasajera del tren. Ver, generalmente, Kionka, *op. cit.* p. 92.

923. Kionka, *op. cit.* p. 29.

924. Kionka, *loc. cit.*; Messineo, *op. cit.* Tomo VI, p. 499.

925. Messineo, *op. cit.* Tomo VI, p. 499. Merece que nos detengamos en el análisis de la relación de causalidad que realizan Fraser y Howard. Estos autores distinguen tres conceptos distintos, cuya interacción da lugar a la noción jurídica de causalidad. El primero de ellos es el de la "causalidad histórica". Señalan Fraser y Howard que "si estamos de acuerdo en que un evento ha sucedido, entonces también debemos poder decir que uno o más conjuntos de eventos precedentes han sido *suficientes* para causarlo. Podemos, de allí, pasar a decir que sería útil reducir el tamaño de tales conjuntos de manera que incluyan sólo aquellos elementos que son *necesarios* para hacer que el conjunto en particular sea *suficiente* para producir el evento en cuestión. Este conjunto es el conjunto *mínimo* de condiciones suficientes para causar el resultado y de todos sus miembros puede decirse que son, con relación al conjunto, una condición *necesaria;* esto es, una condición *sine quua non*. . . Un evento es una causa histórica si y sólo si es una condición necesaria para que un conjunto de condiciones se convierta en suficiente para causar el daño". Fraser y Howard, *op. cit.* pp. 133-134. El segundo concepto que utilizan Fraser y Howard es el de "evento acusado". La noción de evento acusado es una noción jurídica. Los eventos acusados son acontecimientos a los cuales se "imputa" la calidad de causas, por estar vinculados a un factor de atribución de responsabilidad. "Los abogados" —dicen Fraser y Howard— "examinan cada evento acusado, preguntándose si puede o no demostrarse que pertenece al conjunto, cualquiera que sea el resto del contenido del conjunto". Fi-

2.3. La Interrupción de la Relación de Causalidad y la Concausación. Como hemos visto, la causalidad adecuada supone que el daño sea consecuencia normalmente previsible del acto del demandado. La ausencia de relación de causalidad adecuada se determinará, pues, por la presencia en la hipótesis de hecho de circunstancias extraordinarias, normal y objetivamente imprevisibles, que determinen que el hecho del demandado sea condición del resultado atribuído. Dado que el resultado no depende sólo del hecho del demandado, sino también de tales circunstancias imprevisibles, tal resultado no es consecuencia adecuada del hecho imputable.

La falta de relación de adecuación entre una condición y un resultado puede plantearse como una mera ausencia de previsibilidad objetiva. Sin embargo, si se atiende estrictamente a la naturaleza del concepto de adecuación se verá que éste sólo faltará cuando, entre las condiciones necesarias para producir un acto, hayan existido circunstancias extraordinarias. Las circunstan-

---

nalmente, llegan Fraser y Howard a la noción de "causalidad actuarial". La pregunta a responder para descubrir la noción de causalidad actuarial es "con qué frecuencia, como una materia actuarial o probabilística, este tipo de acontecimiento acusado es una causa histórica de este tipo de accidente. Queremos saber esto porque nos interesa saber si vale la pena tratar de reducir la incidencia de este tipo de accidentes, prefiriendo este tipo de 'evento acusado' (por ejemplo, poniendo el costo del accidente sobre él). Esto puede no poner término a la cuestión. Pueden haber eventos acusados aún mejor colocados; y también podemos estar interesados en tomar en consideración nuestros sentimientos de que, a pesar de la disuación [*deterrence*] o la prevención, una parte adinerada o asegurada debe soportar el peso del daño en lugar del demandante dañado". Fraser y Howard, *op. cit.* pp. 136-137. Observan finalmente Fraser y Howard que decisiones basadas en la causalidad probabilística como la del *Sindell v. Abbot Laboratories*, llegan a combinar el requisito de la causalidad actuarial con el de la causalidad histórica, en la medida en que pretenden medir la causalidad histórica relativa. "El antiguo patrón probatorio de seguro contiene un elemento probabilístico (más probable que no), pero uno bastante impreciso. *Sindell*, con datos sobre la participación en el mercado y percibiendo que habían 200 conjuntos mínimos de condiciones suficientes, cada uno de los cuales incluía la conducta negligente de un productor, señala que todos son tan probables [causantes] y tan responsables, como su participación en el mercado". Fraser y Howard, *op. cit.*

926. Estas circunstancias no necesariamente habrán afectado la relación de causalidad material entre el hecho del demandado y el resultado atribuido. Aquel puede seguir siendo una condición *sine qua non* de éste. Sin embargo, habrán determinado el rompimiento de la adecuación entre causa y efecto. El resultado es efecto de la causa, pero efecto imprevisible, por virtud de las circunstancias extraordinarias y anormales que concurrieron en la hipótesis de hecho.

cias extraordinarias que quiebran la adecuación entre una causa y un efecto constituyen, propiamente, otras causas que intervienen en el complejo causal, determinando la exención de la responsabilidad del demandado. La relación de causalidad adecuada entre dos hechos se interrumpe, pues, al interponerse entre ellos una causa interviniente. Como señalaba el doctor José León Baradiarán en la exposición de motivos del libro VIII del Código Civil, "en estos supuestos aparece... un nuevo elemento que lleva decisivamente a producir la realización del daño y que es ajeno al agente primitivo concerniente a él por lo que se puede considerar que ese elemento asume el carácter determinante supeditando la intervención del agente y, por lo tanto, las consecuencias mismas del daño, ya que no tienen por qué recaer sobre el agente"[927].

Para que el hecho interviente interrumpa la relación de causalidad adecuada, es esencial que modifique la situación de hecho que existía cuando el presunto responsable actuó. En consecuencia, si el demandado debe mantenerse como responsable, ello será porque la causa interviniente era previsible[928]. Como dice Santos Briz, lo importante en la interrupción de la causalidad es que "ya provenga la interrupción de terceros, del propio perjudicado o de sucesos imprevistos. . . ha de tratarse de un evento fuera de la experiencia normal de la vida, de forma que con su inmisión no pueda normalmente contarse. . . La intervención e interposición de una persona o sucesos extraños al agente ha de ser para éste imprevisible e inevitable"[929]. En cambio, no se rompe la causalidad jurídica "cuando la primera circunstancia condicionase [adecuadamente] de algún modo la intervención de la segunda", lo que determina la previsibilidad objetiva de ésta última y, por tanto, del resultado[930].

La característica fundamental de las circunstancias que interrumpen el nexo causal adecuado es su imprevisibilidad. Corresponden, pues, a lo que se conoce como caso fortuito o fuerza mayor[931]. La previsibilidad y la evitabili-

---

927. León Barandiarán, Exposición de Motivos y Comentario *cit.* Parte III, Tomo VI, p. 802.

928. Kionka, *op. cit.* p. 99.

929. Santos Briz, *loc. cit.* En el mismo sentido, a propósito de la responsabilidad por productos, Prosser y Keeton, *op. cit.* pp. 710-711.

930. Enneccerus-Lehman *op. cit.* Tomo II, vol. 1, p. 72, en nota 14.

931. En efecto, caso fortuito o fuerza mayor es, según la definición de Enneccerus y Nipperdey, "un acontecimiento cognoscible, imprevisible, que

dad de un evento, para el efecto, no deben juzgarse desde el punto de vista del actor, sino teniendo en cuenta lo que resulta razonable "aplicando la atención, cuidado y esfuerzos normales, en relación al hecho de que se trata"[932]. Sin embargo, dado que se trata de un problema de causalidad y no de ausencia de culpa, la previsibilidad y evitabilidad del acontecimiento en cuestión, deben apreciarse *ex post*, con la información que resulte disonible en el momento del juicio correspondiente por el órgano de decisión social y no con la información que resultaba razonablemente disponible en el momento del hecho relevante.

En la medida en que estén reunidos estos requisitos, todo evento interviniente constituirá caso fortuito o fuerza mayor, ya sea que se deba a un acontecimiento natural, al hecho de un tercero o aún de la propia víctima[933]. Así no constituyen caso fortuito o fuerza mayor sólo los hechos naturales o del poder sino que, como expresa Compagnucci de Caso, "tanto el hecho de

---

no deriva de la actividad en cuestión, sino que en este sentido viene de fuera, y cuyo efecto dañoso no podía evitarse por las medidas de precaución que racionalmente eran de esperar". Enneccerus-Nipperdey, Tratado de Derecho Civil *cit.* Tomo I, parte 2, Vol. 2, p. 941. En sentido similar, el artículo 1315 del Código civil peruano, incluido en el título referido a la inejecución de las obligaciones, define al caso fortuito o la fuerza mayor como "la causa no imputable, consistente en un evento extraordinario, imprevisible e irresistible. . .".

Se ha intentado distinguir entre los conceptos de fuerza mayor y caso fortuito. En tal sentido, Bustamante Alsina, afirma que se denomina, generalmente, caso fortuito a lo que acontece inesperadamente, o sea a lo "imprevisible" y fuerza mayor a lo irresistible, es decir a lo que no puede ser evitado. Bustamante Alsina, Teoría General. *cit.* p. 262. Osterling Parodi, en cambio, expresa que "se considera que el caso fortuito alude sólo a los accidentes naturales —lo que en el Derecho Anglosajón se denomina '*Act of God*'. . .— en cambio, la fuerza mayor involucra tanto los actos de terceros como los atribuibles a la autoridad —denominados en el Derecho Anglosajón '*Act of Prince*'. . .". Osterling, Exposición de Motivos y Comentario *cit.* Parte III, Tomo V, p. 440. El profesor Teodor Süs ha propuesto una distinción entre caso fortuito y fuerza mayor, basado en la tipicidad o atipicidad del riesgo. Caso fortuito sería el peligro típico de la actividad y no liberaría de responsabilidad al titular. En cambio, la fuerza mayor estaría constituida por acontecimientos atípicos con respecto al riesgo de la actividad que desarrolla el presunto responsable, las que sí excluirían la responsabilidad del mismo. de Trazegnies, La Responsabilidad Extracontractual *cit.* núm. 174.

932. Bustamante Alsina, *op. cit.* p. 264.

933. Santos Briz, La Responsabilidad civil *cit.* p. 284.

la propia víctima que desvía totalmente el nexo causal, como el hecho del tercero con quien no existe vínculo jurídico, integran el 'caso fortuito', por tratarse de ambos hechos imprevisibles e inevitables que no dan lugar a la imputación fáctica en el accionar del supuesto imputado"[934].

Tratándose en el tema de un supuesto de responsabilidad por riesgo, nos interesa destacar que el caso fortuito o fuerza mayor debe ser un evento no imputable al presunto responsable. La imputabilidad en la responsabilidad civil comprende, por supuesto, tanto los factores de atribución subjetivos como los objetivos. En consecuencia, si el demandado responde por riesgo, para que pueda invocar la interrupción de la causalidad adecuada, el evento del que provenga ésta debe ser ajeno al ámbito del riesgo por el cual responde. Asi pues, el acontecimiento en cuestión debe ser originado fuera de la empresa o actividad del demandado[935]. Como señala Compagnucci, siguiendo a Josserand, la circunstancia que libera al demandado debe ser exterior al ámbito de riesgos por el que responde éste[936].

El efecto de caso fortuito o fuerza mayor es, por definición, interrumpir la relación de causalidad adecuada entre el hecho del demandado y el resultado dañoso. En consecuencia, aquel no resultará ya responsable de éste.

Distintos a la interrupción de la relación de causalidad son los supuestos de concausación. En estos últimos casos no existe propiamente una interrupción de la cadena causal adecuada, sino meramente una contribución al resultado. Permanece vigente, pues, la relación de causalidad adecuada entre el hecho del responsable y el resultado atribuído, pero existe otra causa, también adecuada, que se integra con aquella y contribuye a la producción del efecto dañoso. No se puede decir, pues, como expresa Soler, que una concausa es "un fenómeno que al actuar juntamente con la acción del sujeto lleva a consecuencias que no corresponden al curso normal y ordinario de los procesos de este tipo"[937]. Un acontecimiento semejante, que lleva a efectos anor-

934. Compagnucci, La Relación de Causalidad *cit.* p. 67.

935. Compagnucci, La Relación de Causalidad *cit.* p. 84.

936. Compagnucci, La Relación de Causalidad *cit.* p. 96. Josserand habla de exterioridad para distinguir el caso fortuito, que no es exterior, de la fuerza mayor, que sí lo es. Sólo ésta última sería una causa de exclusión de la responsabilidad por riesgo.

937. Soler, Derecho Penal, T.I. pp. 106-107, citado por Compagnucci de Caso, La Relación de Causalidad *cit.* p. 56.

males y extraordinarios es, por definición, una circunstancia imprevisible, es decir, un caso fortuito. La consecuencia anormal no es adecuada. No existe, por tanto, en el supuesto que menciona Soler, causalidad jurídica.

La concausación no rompe pues, la previsibilidad objetiva del resultado con relación a las causas involucradas. Más bien, la concausación implica que en el supuesto de hecho existen dos o mas condiciones imputables y un sólo resultado, que es consecuencia generalmente adecuada de todas las causas y que no puede atribuirse ciertamente con exclusividad a una de ellas[938]. En efecto, hemos visto que la noción jurídica de causalidad atiende a la selección que el Derecho hace entre las condiciones suficientes de un hecho, de aquella que resulta jurídicamente relevante. La relevancia se determina por una cuestión de imputabilidad. Para el efecto, se pregunta cuál de los hechos que constituyen condiciones está inmerso dentro del supuesto de hecho de un factor de atribución de responsabilidad. Hecha esta selección, se analiza si el resultado atribuído es, en efecto, imputable a la causa seleccionada, mediante el estudio de la adecuación. Puede suceder, sin embargo (y con frecuencia sucede) que entre las condiciones necesarias y adecuadas de un hecho, no exista sólo una que sea jurídicamente relevante, sino que hayan varias condiciones relevantes, en tanto que pueden dar lugar a una imputación jurídica del resultado. Es en estos casos que se produce la concausación[939].

938. No es hipótesis de concausación aquella en la que existen varias causas y varios resultados, atribuibles con certeza a cada una de ellas. En tal caso, cada causante responderá de los daños ocasionados por su hecho. Santos Briz, La Responsabilidad civil *cit.*; Bustamante Alsina, Teoría General *cit.*

939. En este sentido, la corte, en el caso *Murray v. Fairbanks Morse*, 610 F 2d 149 (3d Cir. 1979), declaró, "La pregunta relevante en cuanto a la causalidad en un caso de responsabilidad por productos debería ser respecto a si el defecto causó de hecho todos o parte de los daños y respecto a si la conducta del demandante causó de hecho todos o parte de los daños. Si la respuesta a estas preguntas es afirmativa, el problema de la causalidad adecuada se vuelve relevante. ¿Hubieron causas intervinientes o consecuencias imprevisibles que hubieran absuelto al demandado de responsabilidad por el defecto o al demandante por su conducta?. Es concebible que en un accidente dado, tanto el defecto del producto como la conducta del demandante fueran factores sustanciales en la ocurrencia del daño. Bajo una aproximación de negligencia comparativa, una vez que el jurado ha determinado que el defecto del producto causó el daño, el demandado es responsable objetivamente por los daños causados por su producto defectuoso. El jurado, sin embargo, debería recibir instrucciones de reducir la indemnización en proporción a la contribución del demandante a su propio daño".

De este modo, la concausación, sin dejar de ser un problema de causalidad material es, fundamentalmente, una cuestión de imputación. Por tal motivo, una condición constituída por un hecho natural o, en general, por alguna circunstancia que no ponga en operación un factor de atribución de responsabilidad, no puede ser una concausa. Sólo será una concausa, la condición jurídicamente relevante (*i.e.* imputable) que permita atribuir el resultado, ya no sólo al autor acusado, sino, también, a otro sujeto[940]. Así, pues, las hipótesis de concausación son únicamente aquellas en las que, en la cadena causal, intervienen otros sujetos de derecho. Estos pueden ser el propio dañado o terceras personas.

Cuando la víctima contribuye con su comportamiento a la ocurrencia del daño, es equitativo que la responsabilidad del demandado se reduzca proporcionalmente[941]. "La imputación", escribe Santos Briz, "se dará no sólo para el causante principal, sino también para el perjudicado concausante"[942]. En consecuencia, reducirá o eliminará el derecho de la víctima a la indemnización el hecho que le sea atribuíble jurídicamente a título de culpa o de riesgo[943].

---

940. Por ello, no puede decirse que el caso fortuito sea una concausa. Cuando hay caso fortuito, no hay ya causalidad por el hecho del autor demandado, pues se rompe la adecuación entre su hecho y el daño. La concausación supone la relación de causalidad adecuada entre más de una condición imputable y el resultado.

941. Señala Bustamante Alsina que frente a la conducta de la víctima se han planteado tres posiciones en el Derecho comparado. De acuerdo con la primera, la culpa del demandado absorbería a la de la víctima, indemnizando todo el daño. Según la segunda posición, la culpa de la víctima absorbe a la del demandado, quien en consecuencia queda libre de la obligación de indemnizar. Esta ha sido durante mucho tiempo la regla en el Derecho común, bajo el principio de la *contributory negligence.* Finalmente, el sistema aceptado generalmente en la actualidad es el de la compensación de culpas, de acuerdo con el cual, si existe culpa concurrente de la víctima, debe reducirse proporcionalmente la indemnización a cargo del responsable. Bustamante Alsina, Teoría General *cit.* pp. 258-259.

942. Santos Briz, La Responsabilidad Civil *cit.* p. 109.

943. Larenz, *op. cit.* Tomo I, p. 219; Santos Briz, La Responsabilidad Civil *cit.* p. 109; Bustamante Alsina, Teoría General *cit.* p. 259; Messineo, *op. cit.* Tomo VI, p. 505. Ello no elimina, sin embargo, la posibilidad de que la conducta de la víctima constituya una hipótesis de fuerza mayor o caso fortuito, que interrumpiría la relación causal y, por tanto, excluiría la responsabilidad.

Tratándose del hecho de terceros, la cuestión es similar. El tercero es responsable, como el autor acusado, y debe responder por el daño que le sea imputable. En estos casos, sin embargo, no parece que se deba imponer a la víctima el peso de establecer la proporción en la que debe responder cada uno de los concausantes. Por ello, se reconoce, en general, que los corresponsales responden solidariamente frente a la víctima, sin perjuicio, en su caso, del derecho que les corresponda de repetir unos contra otros[944].

Ahora bien, procede preguntarnos cómo debe distribuirse el peso final de la responsabilidad en los casos de concausación. La doctrina contempla dos posiciones encontradas. De acuerdo con una, el problema debe enfrentarse exclusivamente desde el punto de la causalidad, determinándose la contribución relativa de cada una de las causas al resultado[945]. Por otro lado, se ha sostenido que la cuestión debe ser resuelta de acuerdo con la gravedad o la intensidad del factor de atribución puesto a cargo de los autores de cada uno de los hechos causales[946]. Podría considerarse técnicamente más correcto determinar el grado de atribución de los resultados en función de la relativa influencia

---

944. Compagnucci de Caso, La Relación de Causalidad *cit.* p. 81, afirma: "En conherencia con el principio según el cual los que tienen una obligación deben cumplirla solidariamente. . . dispone la ley que los coautores responden solidariamente. En el mismo sentido, Messino, *op. cit.* Tomo VI, p. 507; Kionka, *op. cit.* p. 378; Santos Briz, La Responsabilidad Civil *cit.* p. 287.

945. León Barandiarán, Comentarios al Código Civil Peruano *cit.* p. 444, Señala, al respecto, refiriéndose al hecho del dañado, Larenz: "Si. . . el perjudicado es responsable en la originación o en la agravación del daño, entonces el deber de indemnizar, así como su alcance, dependen de las circunstancias y, en particular, de la determinación de hasta que punto el daño ha sido preponderantemente causado por una u otra parte. La obligación de indemnizar puede, en suma, ser disminuída o desaparecer según el alcance de la responsabilidad concurrente. Por tanto, se trata. . . como en el caso de la denominada causalidad adecuada, de una *imputación de las consecuencias de hecho*, en cuyo desenvolvimiento se encuentra, en primer término, la peligrosidad objetiva y su carácter típico". Larenz, *op. cit.* Tomo I, p. 226.

946. Compagnucci de Caso, La Relación de Causalidad *cit.* p. 58. Expresan Ennecerus y Lehman, en contra de la opinión de Larenz citada en la nota anterior que "lo decisivo es de qué lado prepondera la culpa o el riesgo de que responden una u otra persona. Así, pues, si ambas partes eran culpables, lo decisivo es qué conducta es la más grave y en virtud de qué culpa se ha elevado más el riesgo. Pero si el obligado a indemnización responde sin culpa, entonces han de sopesarse frente a frente en su importancia para el reparto del daño el peligro que funda su responsabilidad. . .".

causal de los factores. Sin embargo, esta posición contiene un error de apreciación sobre la naturaleza de la concausación.

En efecto, si se puede determinar la influencia causal de cada uno de los hechos en el resultado, es decir qué parte del daño fue causada por cada uno de ellos, entonces no existe ya concausación. En tal supuesto, existirán dos hechos que han originado dos daños. Cada autor será, pues, responsable del daño que por su hecho haya causado.

En las hipótesis de concausación, los hechos estarán tan indisolublemente ligados que será imposible "dividir" el resultado dañoso entre ellos[947]. Por ello, deberá estarse a la intensidad de los factores de atribución en el supuesto concreto[948]. Todo ello, deberá ser apreciado según la prudencia y el criterio del juez[949].

---

947. Será posible "dividir el daño" cuando puede hacerse un examen hipotético como el que sigue: Dadas dos causas jurídicamente relevantes A y B que concurren a un resultado, si eliminamos A, qué resultado hubiera ocurrido. La diferencia entre tal resultado y el resultado real, sería atribuíble a B. Este examen será realizable cuando A agrava el daño que hubiera sido producido por B. En muchos casos, sin embargo, las concausas no contribuyen agravando un resultado, sino coproduciéndolo, de manera que eliminada una cualquiera de ellas, desaparecería la totalidad del resultado. Por ello, dicen Enneccerus y Lehman que "si dos actos ocasionan los daños en virtud de su concurrencia, sin que ninguno de ellos los hubiera producido por sí solo, ambos son causales según la teoría de la [equivalencia de las] condicion[es]". Enneccerus-Kipp y Wolff, *op. cit.* Tomo II, Vol 1, p. 73.

948. En este sentido, en el caso *Sandford v. Chevrolet Division*, 292 Or. 590 (1982), la demandante sufrió lesiones cuando una camioneta que manejaba ardió en llamas. La parte demandada argumentó que la negligencia de la víctima había contribuido al daño. La corte, considerando aplicable la defensa, pasó a la cuestión de establecer el patrón adecuado para comparar la conducta de ambas partes. Al respecto señaló que la aproximación adecuada era comparar la falta de cada una de las partes "contra un comportamiento que hubiera sido impecable bajo las circunstancias". El patrón aplicable al demandado correspondía a la "la magnitud del defecto, en lugar de la negligencia o la culpabilidad moral". Expresó la corte: "En esta comparación, la base para determinar la falta de un demandado en el mercadeo de un producto que es defectuosamente peligroso por su diseño, fabricación o advertencias, es lo que el producto hubiera debido ser sin el defecto. La base para determinar la falta del demandante es la conducta que no sería ilícita o imprudente en cualquier aspecto relevante".

949. Esta posición flexible parece ser la adoptada por el Código Civil peruano en sus artículos 1973 y 1978, referidos a la concausación por la víctima y a la coautoría, en la que se establece que, en tales casos, la responsabilidad es determinada por el juez "de acuerdo con las circunstan-

Al hablarse de la conducta de la víctima que contribuye al daño, debe mencionarse también la defensa conocida como la aceptación del riesgo. Según esta defensa, se excluye al demandado de responsabilidad cuando el lesionado consintió en el daño *(volenti non fit injuria)*[950]. La doctrina conviene, generalmente, en considerar que el consentimiento de la víctima al daño puede ser expreso o tácito. En este último caso, se considerará que existe consentimiento cuando la víctima se expone voluntariamente, con conocimiento y apreciación del peligro, a un riesgo[951].

Consideramos, sin embargo, que resulta un tanto forzado concluir que la consciente y voluntaria colocación por la víctima de su persona dentro del ámbito de un riesgo creado por otra implica necesariamente la voluntad de renunciar a la indemnización de los daños que pudiera sufrir. Esta apreciación resulta menos procedente aún en los supuestos de responsabilidad por productos defectuosos. Nos inclinamos pues por el criterio según el cual, como señala Jaffey, "cuando el caso es meramente que el demandante con conocimiento y de manera voluntaria se expuso a un riesgo creado por el demandante la defensa de *volenti* [*non fit injuria*] no debe estar disponible, pues de hecho no hubo ningún acuerdo"[952]. Sin embargo, tampoco debe concluirse, por ello, que la aceptación de riesgos carece de autonomía propia y debe ser asimilada a la interrupción del nexo causal o a la concausación por la víctima[953].

---

cias". En cambio, el artículo 1983, aplicable a los corresponsables, establece que la determinación de la responsabilidad entre ellos debe hacerla el juez, "según la gravedad de la falta de cada uno de los participantes". En el mismo sentido, Messineo afirma que la responsabilidad final debe fijarse "en la medida determinada por el doble criterio de la entidad de las respectivas culpas y de la entidad de las consecuencias". Messineo, *op. cit.* Tomo VI, p. 507.

950. Bustamante Alsina, Teoría General *cit.* p. 141; León Barandiarán, Comentarios al Código Civil Peruano *cit.* p. 446; Larenz, *op. cit.* Tomo I, p. 222; Messineo, *op. cit.* Tomo VI, p. 503; Kionka, *op. cit.* p. 138; Jaffey, A.J.E. *Volenti Non Fit Injuria,* en 44 Camb. L.J. 87 (1985).

951. Jaffey, *loc. cit.*

952. Jaffey, *op. cit.* p. 109.

953. En tal sentido, señala Jaffey que cuando no existe un acuerdo expreso, sino sólo un sometimiento voluntario a un riesgo, "los factores relevantes respecto a si el demandante debería ser indemnizado totalmente, parcialmente, o no ser indemnizado, son los de la razonabilidad y la eficacia causal de su conducta. . . Así, las defensas apropiadas son la negligencia contributoria o, en un caso excepcional, *nova causa interveniens*". Jaffey, *loc. cit.* La aceptación de riesgos puede concebirse co-

En nuestra opinión, la aceptación o asunción del riesgo debe fundamentarse sobre la base del concepto de libertad humana. Cuando alguien libremente decide seguir un curso de acción, con pleno conocimiento de los riesgos y beneficios que involucra, debe soportar los daños que se produzcan como consecuencia de su decisión. No se trata de que haya renunciado, expresa o tácitamente, a ser indemnizada. Con toda probabilidad la cuestión de la indemnización no habrá pasado por su mente. Se trata, más bien, de una cuestión de equidad. Es evidente que ello supone que la decisión de asumir el riesgo sea, en efecto, libre y consciente. Sin un conocimiento completo no puede haber una efectiva decisión libre. La libertad del consentimiento, en este aspecto, debe apreciarse muy estrictamente, en tanto implicará para la víctima la privación del derecho a ser indemnizada[954].

3. La Causalidad en la Responsabilidad por Productos Defectuosos.

3.1. Introducción. La apreciación de la relación causal en un caso típico de responsabilidad civil implica únicamente el examen de una vinculación relativamente simple entre el acto del responsable y el daño sufrido por la víctima. Se tratará de determinar si el acto en cuestión es una condición *sine qua non* del daño, y si éste es un resultado normalmente atribuible a aquel. En la responsabilidad por productos, en cambio, la presencia del producto defectuoso como instrumento del daño introduce algunas complejidades adicionales en la apreciación de la relación de causalidad[955].

En efecto, en el centro de la hipótesis de hecho de la responsabilida por productos se encuentra el producto defectuoso, como conducto a través del cual se genera el daño. Así, entre la acción del responsable y el daño sufrido

---

mo un caso de concausación. Si no fuera por la acción del perjudicado no se hubiera producido el daño. Este era, además, objetivamente previsible dado el acto de aquel. Sin embargo, a diferencia de la concausación por la víctima típica, la aceptación de riesgos no debe necesariamente constituir una conducta vinculada a un factor de atribución de responsabilidad. En otras palabras, generalmente, la aceptación de riesgos no tiene que ser negligente. Más bien, parecería que, por su naturaleza, debe partir de uns decisión libre y reflexiva. En tal sentido, supone que el curso de acción elegido por el perjudicado es razonable para él, dados sus costos y beneficios.

954. En tal sentido, no debe considerarse que la víctima asumió el riesgo cuando no tenía certeza de los peligros involucrados, o cuando optó por la conducta en cuestión por razón de necesidad.

955. Rojo y Fernández-Río, *op. cit.* p. 207.

por la víctima, está el producto defectuoso, mediante el cual se desplaza el efecto dañoso. De este modo, típicamente, el responsable causará un defecto en el producto, y este defecto, en el momento del uso o consumo del producto ocasionará, a su vez, el daño. Señala, en tal sentido, Rojo y Fernández-Río que "la prueba de que la lesión es el resultado del efectivo despliegue de la potencialidad dañosa del producto se descompone en dos elementos... El primero, el de la relación causal entre defecto y daño. La prueba de que la lesión se produjo como consecuencia del uso o consumo del producto no es suficiente: el daño ha de derivar de la defectuosidad del producto. El segundo el de la prueba del defecto de fábrica. Tampoco es suficiente que el daño traiga su origen del uso o consumo de un producto defectuoso. Ha de probarse que se trata de un producto potencial o realmente defectuoso... desde que ha salido del *manufacturer's control*... La relación de causalidad que se exige no es entre un defecto cualquiera del producto y el daño, sino entre este y un defecto que sea reconducible a la esfera propia del fabricante"[956].

Examinando la cuestión de la causalidad en la responsabilidad por productos defectuosos, a la luz de los conceptos que hemos desarrollado sobre la relación de causalidad en general, podemos percibir que se presentarán, en este aspecto, tres problemas distintos[957]. Así, desde el punto de vista de la causalidad material, debe establecerse que un hecho del responsable haya sido una condición *sine qua non* del daño sufrido por la vícitma. Ello supone, en primer lugar, reconducir causalmente el producto defectuoso al ámbito de control del demandado, y, en segundo lugar, establecer que el daño es una consecuencia del defecto, en la medida en que si éste último no hubiera existido, la víctima no hubiera sufrido daño o hubiera experimentado un daño menor. Finalmente, desde el punto de vista de la causalidad adecuada, debe examinarse si "el acciente y/o el daño sufrido por el demandante es del tipo de accidente y/o daño que uno podría razonablemente haber previsto que resultaría de la distribución del producto defectuosos por parte del demandado"[958].

A continuación examinaremos cada uno de estos aspectos de la relación de causalidad en la responsabilidad por productos defectuosos. Luego, desarrollaremos brevemente las hipótesis en las que la relación de causalidad resulta interrumpida por hechos naturales, de la propia víctima o de terceros.

---

956. *id.*

957. Henderson y Twerski, *op. cit.* p. 191.

958. Henderson y Twerski, *loc. cit.*

3.2. Causalidad Material: Reconducción del Producto Defectuoso a la Esfera de Control del Responsable. Hemos ya mencionado que un primer elemento de la relación de causalidad adecuada que permita fundamentar un caso de responsabilidad por productos defectuosos es la reconducción del producto defectuoso al ámbito de control del demandado[959]. Esta cuestión puede plantear diversas dificultades en la práctica. En muchos casos, el demandante no tendrá dificultad para establecer que fue dañado por un producto defectuoso. Sin embargo, para la procedencia de su acción deberá acreditar que el defecto del producto es de responsabilidad del demandado. Para ello, será indispensable que descubra una vinculación causal entre el presunto responsable y el defecto. El establecimiento de la relación de causalidad material entre el demandado y el defecto del producto no supondrá, sin embargo, necesariamente la determinación exacta del hecho individual que dio origen al defecto. Ello implicaría una tarea investigatoria y probatoria en muchos casos imposible para la parte demandante. Mas bien, teniendo en cuenta que típicamente el demandado será una empresa fabricante o distribuidora, parece preferible formular este requisito de la responsabilidad en el sentido de que el autor deberá reconducir la existencia del producto defectuoso al ámbito de control del demandado. En otras palabras, se tratará de establecer que, cuando el producto salió del ámbito de control del demandado, ya tenía el defecto que posteriormente dio lugar al daño[960].

El establecimiento de esta relación causal puede presentar dificultades de diversos tipos. Así, en un primer caso, de defectos de fabricación, el demandante podrá presentar un producto que era claramente defectuosos en el momento del accidente, pero en muchos casos encontrará dificultades para reconducir la existencia del defecto hasta el ámbito de control del demandado. En efecto, será posible concebir multitud de posible causas alternativas del defecto (alteración o modificación por parte del usuario o de terceros, mala conservación, etc). Ante este tipo de dificultades, consideramos, deberá seguirse los pasos de la jurisprudencia norteamericana en la apreciación de la evidencia circunstancial y en la aplicación de la regla *res ipsa loquitur*. Así, deberá generalmente considerarse establecida la vinculación causal entre el demandado y el defecto, si se prueba éste último y se presenta evidencia que conduzca a una convicción razonable de que no existió una causa alternativa

959. Prosser y Keeton, *op. cit.* p. 713.

960. Rojo y Fernández-Río, *loc. cit.* Ver, generalmente, el tratamiento de esta cuestión por la doctrina y la jursiprudencia alemanas, en la parte primera de este trabajo.

de la defectuosidad del producto[961]. Una presunción *juris tantum* de que la defectuosidad del producto es efecto de un acto del productor es adoptada por la Directiva de la CEE, cuyo artículo 7 establece que "el productor no será responsable si prueba: a) que no puso el producto en circulación; b) o que, teniendo en cuenta las circunstancias, sea probable que el defecto que causó el daño no existiera en el momento en que él puso el producto en circulación o que este defecto apareciera más tarde".

En otros casos, resultará aplicable la noción de causalidad alterantiva, según la cual "cuando la conducta de dos o más actores es ilícita, y se prueba que sólo uno de ellos ha causado daños al demandante, pero existe incertidumbre respecto a cuál de ellos lo ha causado, la carga probatoria se impone sobre cada uno de tales actores, para que acrediten que no han causado el daño"[962]. Así, en el caso *Anderson v Somberg*[963], el demandante sufrió daños mientras se le realizaba una operación quirúrgica en la espalda, al romperse un instrumento quirúrgico, que se insertó en su espina dorsal. El instrumento en cuestión –una aguja– había sido utilizado varias veces y no fue posible determinar si la rotura se debió a un acto del hospital, del cirujano o a un defecto de fábrica. La corte consideró que el cirujano que empleo el instrumento, el hospital que actuó de proveedor, y el fabricante de la aguja podían cada uno ser considerados responsables por la totalidad de la indemnización, en ausencia de evidencia exculpatoria por parte de los demandados individuales.

Por otro lado, existirán casos en los que puede probarse la existencia del defecto y reconducirse fácilmente el mismo hasta el ámbito de la fabricación del producto. En estos casos, sin embargo, la dificultad puede estar en identificar a la empresa fabricante o distribuidora del producto, como cuando por ejemplo, el producto no lleva una marca de fábrica o no cuenta con otro elemento que pueda identificarlo[964]. Puede ocurrir, así mismo, que el demandante sufra daños por efecto de un producto que no tenga ningún sig-

---

961. Ver, sobre este tema, generalmente, Rheingold, Paul D. *Proof of Defect in Product Liability Cases*, en 38 Tenn L. Rev, 325 (1971).

962. *Restatement (Second) of Torts* S 433B (3) (1965) La teoría de la causalidad alternativa fue formulada en el caso *Summers v. Tice*, 33 Cal. 2d 80 (1948), en el cual dos cazadores dispararon negligentemente en dirección al demandante, pero no se pudo determinar a cuál de los dos pertenecía la bala que dañó al actor.

963. 67 N.J. 291 (1975).

964. Henderson y Twerski, *op. cit.* p. 192.

no de identificación y que, además, sea bastante común, por lo que su propia naturaleza no permite determinar a su fabricante o distribuidor. En este tipo de casos, que normalmente involucrarán productos con defectos genéricos, las dificultades para establecer la relación de causalidad entre el defecto y algún sujeto responsable podrán ser insuperables[965].

Ante situaciones de esta clase, las cortes norteamericanas han adoptado una posición bastante flexible e innovadora para apreciar la causalidad, con el objeto de no dejar en el desamparo a las víctimas de daños ocasionados por productos defectuosos. Una línea empleada en algunos casos, considera que los fabricantes de los productos involucrados actuaron en concierto para causar el daño, y por ello, deben responder solidariamente. Así, en el caso *Hall v. E.I. Du Pont De Nemours & Co., Inc.*[966], un grupo de niños sufrieron daños mientras jugaban con fulminantes, que no llevaban advertencias respecto a su naturaleza peligrosa. Dado que los fabricantes de los fulminantes individuales no pudieron ser identificados, los demandantes dirigieron su acción contra todos los fabricantes de tales fulminantes y contra su asociación. La corte, al confirmar la resolución de primera instancia que declaraba la responsabilidad solidaria de los demandados hizo énfasis en el hecho de que los demandados controlaban conjuntamente el riesgo. Señaló la corte: "La demanda establece que los demandados tenían conocimiento efectivo de que niños resultaban dañados frecuentemente por la explosión de fulminantes y, a través de su gremio, llevaban estadísticas y otro tipo de información respecto a estos accidentes... Más aún, se ha dicho que los demandados conjuntamente han considerado explícitamente la posibilidad de colocar etiquetas en los fulminantes, han rechazado esta posibilidad y han desarrollado gestiones encaminadas a bloquear la legislación que hubiera hecho obligatoria la inserción de tales etiquetas".

---

965. Debe notarse que cuando sea posible conocer a cualquiera de los distribuidores del producto, entonces será razonable establecer su responsabilidad, con derecho a que, a su vez, repita contra el fabricante. Así, el Derecho norteamericano considera como co-responsables a todos los distribuidores integrantes de la cadena de comercialización del producto. La Directiva de la CEE establece, por su parte, en su artículo 4, inciso 3 que "Si el productor del producto no pudiera ser identificado, cada suministrador del producto será considerado como su productor, a no ser que informara al perjudicado de la identidad del productor o de la persona que le suministró el producto dentro de un plazo de tiempo razonable. Lo mismo sucederá en el caso de los productos importados, si en estos no estuviera indicado el nombre del importador. . ., incluso si se indicara el nombre del productor".

966. 345 F. Supp. 353 (E.D.N.Y. 1972).

Un caso decidido por la Corte Suprema del estado de California, el de *Sindell v. Abbott Laboratories*[967], en el que se plantearon problemas del tipo que examinamos, ha significado un nuevo hito en la responsabilidad por productos, esta vez en la apreciación de la relación de causalidad. Como se recordará, se trataba, en el caso, de una *class action* interpuesta por numerosas víctimas del medicamento conocido como DES, en el que la corte estableció la responsabilidad de los fabricantes del producto, en función a su participación en el mercado relevante *(market share liability)*.

Posteriormente, la regla adoptada por la Corte Suprema de California en el caso *Sindell* ha sido modificada y adaptada por otras cortes. Así, en otro caso de DES, el de *Collins v. Eli Lilly Co.*[968], la Corte Suprema del estado de Wisconsin prefirió no aplicar al pie de la letra la regla creada por la Corte de California, dadas las dificultades prácticas inherentes a probar la proporción del mercado que correspondía a cada empresa demandada. En tal sentido, formuló una nueva regla, según la cual "la demandante no necesita probar que el demandado produjo o distribuyó el preciso DES tomado por la madre de la actora. En cambio, la demandante sólo necesita establecer por una preponderancia de la evidencia que el demandado produjo o distribuyó el *tipo (i.e.* color, forma, marca, tamaño, u otras características identificables) de DES tomado por la madre de la demandante; la demandante no necesita alegar ni probar ningún hecho relacionado a la distribución geográfica o temporal del DES en cuestión. Si la demandante puede probar estos elementos, podrá recuperar todos los daños del demandante en cuestión... [S]in embargo... en órden a asegurar que la responsabilidad... sea distribuida equitativamente entre el mayor número posible de demandados, cualquier demandado podrá... citar como terceros demandados a otras compañías farmaceúticas que pueda alegar que hayan producido o distribuído el tipo de DES tomado por la madre de la demandante. Esto permitirá que el demandado original pueda compartir la responsabilidad con otros demandados, y resultará en que la indemnización se distribuya más equitativamente entre todos los demandados hallados responsables de los daños sufridos por la actora".

Otras variaciones de la regla inicialmente adoptada por la Corte Suprema de California en el caso *Sindell*, han sido las realizadas por la Corte Suprema del estado de Washington, en el caso *Martin v. Abbott Laboratories*[969], la

967. 26 Cal. 3d 588 (1980).

968. 116 Wis, 2d 166 (1984).

969. 102 Wash. 2d (1984).

Corte Suprema de Michigan en el caso *Abel v. Eli Lilly & Co.*[970] y la Corte de Apelaciones de Nueva York, en el caso *Bichler v. Eli Lilly & Co.*[971]

Una interesante modificación del supuesto de hecho de los casos de productos genéricos que han dado lugar a las decisiones que acabamos de mencionar, se planteó en el marco de los litigios sobre los daños presuntamente causados por el herbicida conocido como Agente Naranja. En efecto, como se recordará, el Agente Naranja era fabricado por siete empresas distintas, bajo contrato con el Gobierno de los Estados Unidos. Las concentraciones del tóxico dañino –la dioxina– contenidas en el defoliante producido por cada uno de los fabricantes eran distintas, siendo en algunos casos muy tóxicas y en otras casi inocuas. El Agente Naranja era remitido a Vietnam en barriles sin marca y allí mezclado para luego ser rociado sobre el terreno. Los demandantes admitían que no existía manera de saber qué veterano había sido expuesto al Agente Naranja fabricado cada uno de los demandados. Así, pues, la corte tenía ante sí el reto de aplicar algún tipo de responsabilidad alternativa a un producto no genérico.

El juez Weinstein, observó que "los demandantes podrían demostrar que hubo un entendimiento entre los fabricantes para no alertar al gobierno respecto de los riesgos de las diversas concentraciones de dioxina. . . Si un fabricante sabía de los posibles riesgos para la salud asociados con el Agente Naranja, y permaneció indolente mientras el Gobierno, con el conocimiento de dicho fabricante, mezclaba su producto con el de los demas fabricantes, de una manera tal como para hacer imposible cualquier identificación, el fabricante no debería tomar ventajas de las consecuencias del silencio para obstaculizar una demanda en contra suya"[972]. De acuerdo con ello, esbozó la siguiente regla a ser aplicada únicamente al caso: "Un fabricante de Agente Naranja que fue o debió ser consciente de los peligros presentados por su producto o por los productos de otro fabricante, cuyos productos iban a ser combinados con el suyo propio, tenía un deber de advertir al primer adquirente que combinaba los productos, los Estados Unidos, de los peligros inherentes a la combinación. Si un demandante pudiera demostrar que un fabricante falló en tal deber, la carga se desplazaría sobre ese fabricante, para que pruebe.

970. 418 Mich. 311 (1984).

971. 55 N.Y. 2d 571 (1982).

972. *In re "Agent Orange" Product Liability Litigation*, 597 F. Supp. 828 (EDNY 1984).

por una preponderancia de la evidencia, que su producto no pudo haber causado los daños del demandante porque su producto no puede causar lesiones del tipo de las que el demandante sufre"[973].

3.3. Causalidad Material: Reconducción del Daño al Defecto del Producto. Un segundo segmento de la relación de causalidad material entre el demandado y el daño sufrido por el actor, concierne a la vinculación causal entre el defecto y el daño. Se trata, en este sentido, de determinar si el defecto del producto fue causa del daño sufrido por el demandante. "La pregunta" observan Henderson y Twerski, "no es respecto a lo qué pasó, algo que típicamente está suficientemente claro, sino respecto a lo que hubiera pasado si el defecto no hubiera estado presente... ¿A no ser por la presencia del defecto, hubiera el demandante sufrido el mismo (o similar) daño de todas maneras?[974].

Es importante recalcar que para que se descubra este vínculo causal no basta que el daño sea causado por el producto defectuoso, sino que debe haber sido efecto de la defectuosidad del producto. Así, si un producto es defectuoso, pero el daño es causado por una condición del producto distinta del defecto, no se considerará establecida esta vinculación causal. En tal sentido, por ejemplo, en el caso *Midwestern V.W. Corp. v. Ringley*[975] se discutía la responsabilidad del fabricante, el importador, el distribuidor mayorista y el distribuidor minorista de un automóvil marca Volkswagen, por los daños sufridos por la conductora del mismo, en un accidente automovilístico.Con posterioridad al accidente, se demostró que el tambor del freno anterior delantero estaba ligeramente deformado.

Según los peritos presentados por la demandante, esta característica del tambor, constitutiva de un defecto de fábrica, causaría que el automóvil virase hacia la derecha, al ser aplicados los frenos. Aparentemente un viraje similar había sido la causa inmediata del accidente. Sin embargo, los mismos peritos, al ser repreguntados por el abogado de una de la demandadas, declararon que otros factores tales como tierra y polvo o agua en el tambor del freno delantero izquierdo causarían el mismo efecto de viraje. Dado que los frenos habían sido abiertos pocos días antes del accidente, y que el mismo había ocurrido inmediatamente después de que la conductora había atravesado un char-

973. *In re "Agent Orange" Product Liability Litigation cit.* p. 832.

974. Henderson y Twerski, *op. cit.* p. 210.

975. 503 S.W. 2d 745 (Ky. App. 1973).

co de agua, existían serias dudas respecto a que el defecto hubiera sido la causa del accidente. "Aunque el jurado puede realizar inferencias razonables basadas sobre la evidencia de un defecto de fabricación", señaló la corte, "corresponde al demandante introducir las pruebas que soporten una inferencia razonable de que el defecto fue la causa 'probable' del accidente, y no simplemente una causa 'posible', entre otras..."

Similarmente, en el caso *Stewart v. Von Solbrig Hosp. Inc.*[976], un clavo ortopédico colocado en la pierna fracturada del demandante se rompió, luego de que este caminó desobedeciendo las instrucciones médicas. El clavo estaba diseñado para estabilizar la fractura y no para soportar el peso del cuerpo. La corte reconoció que "el demandado presentó evidencia que acredita que el clavo... en cuestión tenía incisiones y raspaduras que redujeron su resistencia". Sin embargo, consideró que no se había establecido la causalidad: "Ninguna prueba indica que este defecto alegado haya sido la causa de la rotura. Aún si el clavo no hubiera tenido defectos, la evidencia demuestra que éste se hubiera roto si el demandante caminaba apoyándose en él una vez que le fuera removido el yeso".

En los casos de defectos genéricos, cuando la defectuosidad se basa en la ausencia de información respecto a determinados riesgos del producto, se considera, generalmente, que si las advertencias hubieran sido proporcionadas, habrían sido leídas y seguidas por el consumidor. Sin embargo, existen casos en los que este principio no es de aplicación. Así, por ejemplo, cuando el accidente se produce en circunstancias que escapan al control del dañado, en las que la existencia de advertencias resulta irrelevante, se descarta la influencia causal del defecto. En este sentido, en el caso *Greiner v. Volkswagenwerk Aktiengesellschaft*[977], la corte declaró que la falta de advertencias respecto a que el automóvil fabricado por el demandado tenía una "propensión a volcarse al realizarse virajes bruscos" no era la causa de los daños. La demandante, al volante del vehículo, se había encontrado en el lado incorrecto de la calzada, frente a otro vehículo que se dirigía contra ella a gran velocidad. En estas circunstancias, viró bruscamente hacia la derecha, encontró que se dirigía rápidamente hacia la guarda de concreto de un puente y torció nuevamente con brusquedad hacia la izquierda. La corte consideró que aún si la advertencia se hubiera proporcionado y hubiera sido leída, no hubiera evitado el accidente. "Aún otorgando a Nickel [la conductora] la interpetación más favorable

976. 321 N.E. 2d 428 (I 11 App. 1974).

977. 429 F. Supp. 495 (E.D.Pa 1976).

de la evidencia, a 30 millas por hora, cubriría diez pies en aproximadamente un cuarto de segundo. No está simplemente dentro de los límites de la razón humana suponer que, si hubiera habido una advertencia, Nickel la hubiera recordado, la hubiera considerado y luego, intencionalmente se hubiera estrellado contra un riel de concreto".

Por otro lado, cuando el demandante conoce los peligros por alguna otra fuente, no se considerará que la ausencia de advertencias o instrucciones haya sido la causa del daño. Así, en el caso *Nelson v. Brunswick Corp.* [978], el demandante sufrió lesiones cuando los vapores producidos por un barniz que aplicaba a una pista de boliche explosionaron, al hacer contacto con chispas provenientes de un aparato eléctrico utilizado por el actor. Se acreditó que el demandante conocía los peligros de explosión de los vapores, por lo que la ausencia de advertencias de fábrica no fue la causa del accidente.

En los casos de defectos de diseño, se requiere generalmente cmo parte del establecimiento del vínculo causal, que el demandante presente ante la corte alguna hipótesis de diseño alternativo que hubiera evitado el accidente, o hubiera reducido los daños[979]. En este campo, son especialmente ilustrativos los casos de colisiones de automóviles, en los cuales los demandantes alegan que el diseño del vehículo hizo que los daños sufridos fuera mayores. Una apreciación estricta del vínculo causal en estos casos requerirá que el actor acredite qué daños hubieran ocurrido de haberse empleado el diseño alterantivo sugerido y, en consecuencia, qué daños fueron consecuencia del diseño defectuoso.

Así, en el caso *Hudell v. Levin*[980], se pretendía la indemnización de los daños causados por la muerte del conductor de un vehículo General Motors que fue impactado por detrás por otro automóvil. La cabeza del conductor del auto chocado golpeó contra el apoyo para la cabeza del asiento, lo que le ocasionó lesiones cerebrales mortales. Los demandantes alegaron que el apoyo de la cabeza era defectuoso porque su borde era de una franja estrecha de metal, que permitía una excesiva concentración de fuerzas en la parte que hiciera

---

978. 503 F. 2d 376 (9th Cir. 1974).

979. Henderson y Twerski, *op. cit.* p. 660. Sin embargo, en los casos de productos que se consideren defectuosos a pesar de que no exista alternativa viable de diseño para los mismos, la relación de causalidad no supondrá la formulación de tal diseño alternativo.

980. 537 F. 2d 726 (3d Cir. 1976).

contacto con la cabeza del conductor. La corte consideró la evidencia del defecto suficiente. Sin embargo, denegó la acción debido a que no se había establecido la proporción de los daños que se debían al defecto. Consideró la corte que, adicionalmente a la prueba del defecto, el actor debía acreditar la relación de causalidad. Ello implicaba la "prueba de qué lesiones, si algunas, hubieran resultado si se hubiera empleado el diseño alternativo más seguro" y, "de la extensión del incremento en las lesiones atribuible al diseño defectuoso".

Sin embargo, nos parece que la posición del juzgador respecto a la apreciación de la causalidad no debe ser tan estricta. El exigir una determinación precisa de la influencia relativa de un diseño sobre los daños sufridos en un accidente puede bloquear totalmente una acción indemnizatoria, a pesar de ser, claro que el defecto fue causa de los daños. Como señaló la corte en el caso *Larsen v. General Motors*[981], aún cuando no exista una respuesta decisiva y sea difícil establecer con precisión qué daños son atribuíbles al defecto, no resulta equitativo abandonar a la víctima a su suerte. En este sentido, la mayoría de las cortes norteamericanas se inclinan por considerar que el demandante debe cumplir sólo con probar que el diseño defectuoso fue un factor sustancial en la causa de sus daños. Con esta prueba, se desplaza sobre los demandados la carga de acreditar la influencia relativa del defecto sobre los daños. Si el fabricante no cumple con esta prueba, responde de todos los daños[982].

Ante las dificultades para apreciar la relación de causalidad material entre el defecto y el daño en los llamados *mass tort cases*, la doctrina y la jurisprudencia norteamericana han adoptado una nueva óptica para apreciar la relación de causalidad. Como señala Elliot, a propósito de los casos de daños causados por sustancias tóxicas, "los aspectos de estos problemas que son ac-

981. 391 F. 2d 495 (8th Cir. 1969).

982. Henderson y Twerski, *op. cit.* p. 666. En el caso *Mitchell v. Volkswagenwerk*, A.G., 669 F. 2d 1199 (8th Cir. 1982), la corte señaló: "Escribimos para reafirmar que [la decisión del caso] *Larsen* no tenía como objeto crear una regla que requiere que el demandante asuma la imposible tarea de probar un hecho negativo. Una regla legal que requiriese que un demandante probase qué porción de un daño indivisible fue causada por cada parte y qué hubiera podido pasar en lugar de lo que pasó requiere obviamente de especulación y de la prueba de lo imposible. Esta aproximación convierte las normas del *common law* que regulan los principios de causalidad legal en un mar de ambigüedad y confusión".

tualmente de la mayor importancia para diseñar sistemas de compensación son (1) el alto grado de incertidumbre científica, que típicamente debilita la asociación entre la enfermedad y cualquier agente químico en particular y (2) el que las personas expuestas a sustancias químicas tóxicas típicamente también han estado expuestas a un gran número de otras potenciales causas de las enfermedades en cuestión"[983]. Frente a esta situación, se ha considerado que "la búsqueda de causas determinísticas –sean modeladas bajo la forma de 'factores sustanciales' o de 'condiciones *sine qua non*'– es engañosa y artificial"[984]. La causalidad, se dice, tiene elementos de indeterminación e incertidumbre. No se trata de relaciones determinadas que pueden ser descubiertas mediante un examen cuidadoso, sino de una cuestión de probabilidades relativas[985].

Este análisis de la causalidad probabilística, que fundamentó en gran parte la llamada *market share liability* establecida en el caso *Sindell*, se ha aplicado también a la cuestión de determinar la extensión de daño que obedece a un defecto en el producto del demandado. Así, en el caso del Agente Naranja, se presentaban graves dificultades para que los actores individuales pudieran acreditar que sus daños fueron causados por el defoliante. El juez Weinstein, en su resolución que aprobó la transacción entre las partes, esbozó una fórmula para apreciar la causalidad en el caso. "Es probable", señaló el juez, "que aun si los demandantes como clase hubieran podido probar que fueron dañados por el Agente Naranja, ningún miembro individual de la clase pudiera probar que sus daños fueron causados por el Agente Naranja. Por ejemplo, los demandantes como una clase podrían demostrar que estadísticamente X % de la población no expuesta al Agente Naranja, podría esperarse que desarrolle un sarcoma blando, pero que entre los veteranos expuestos al Agente Naranja, X% + Y% sufren de sarcoma blando. Si Y es igual o menor que X y no existen pruebas significativas de carácter particular o anecdótico con respecto a la mayoría de los demandantes, prácticamente ningún demandante podrá probar por una preponderancia de la evidencia que su cáncer es atribuible al Agente Naranja, en lugar de ser parte del nivel corriente de cáncer de la población como un todo. La probabilidad de una causali-

983. Elliot, E. Donald. *Why Courts? Comment on Robinson.* en 14 Journal of Legal Stud. 799 (1985).

984. Robinson, Glen O. *Probabilistic Causation and the Compensation of Tortious Risk*, en 14 Journal of Legal Stud. 779, 781 (1985).

985. Robinson, *op. cit.* p. 780.

dad específica necesariamente sería menor a 50% sobre la base de la evidencia presentada".

Continuó el juez expresando que "dado que el problema resulta de un método de adjudicación individual, una solución sería juzgar todos los reclamos de los demandantes juntos en una *class action* llegando así a una determinación del daño total a la comunidad de los demandantes. Dada la necesaria confianza en evidencia estadística en los casos de exposición masiva, tal determinación parece factible. El demandado sería entonces responsable frente a cada demandante expuesto por una parte prorrateada de sus daños". El juez Weinstein concluyó que "estamos en un distinto mundo probatorio de aquel del arquetípico revólver humeante. Debemos hacer los mejores estimados de probabilidad que podamos, con la ayuda de expertos tales como los estadísticos y con nuestro sentido común y nuestra experiencia del universo real"[986].

3.4. Causalidad Adecuada: ¿Fue el Daño un Resultado Generalmente Previsible de la Puesta en Circulación del Producto Defectuoso? Un último elemento constitutivo de la relación de causalidad entre el demandado y el daño, concierne a la adecuación que debe existir entre el acto del demandado (típicamente la puesta en el comercio de un producto defectuoso) y el resultado atribuido[987]. Explican Henderson y Tweski que "al intentar establecer un caso *prima facie,* los demandantes pueden establecer tanto el defecto como la causalidad material, pero aún enfrentar la cuestión de si los daños del demandado son propiamente atribuibles al defecto del producto. ¿Son los daños atribuibles al ámbito de riesgo previsiblemente creado por el... defecto?... Las cortes deben determinar, usando un análisis común de causalidad adecuada, si el resultado estaba dentro del riesgo... ¿Fue la manera de ocurrencia tan imprevisible que no es justo asignar estos daños al defecto?... Nadie ha diseñado todavía una fórmula perfecta para resolver este tipo de cuestión de causalidad adecuada y probablemente nunca nadie lo hará"[988].

---

986. *In re "Agent Orange" Product Liability Litigation*, 597 F. Supp. 740 (E.D.N.Y. 1984).

987. "El demandante debe . . . probar que el aspecto irrazonablemente peligroso del producto fue una causa adecuada del daño. La causalidad adecuada presupone la 'causa de hecho' que corresponde a una indagación puramente fáctica". Dictamen en Mayoría *cit.* p. 25.

988. Henderson y Twerski, *op. cit.* pp. 669-670. Noel y Phillips distinguen entre la previsibilidad del uso y la previsibilidad del daño. Señalan estos autores, siguiendo a la corte, en el caso *Galvan v. Prosser Packers, Inc.*, 521 P. 2d 929 (Wash. 1974) que "la previsibilidad en la responsa-

Se tratará, pues, en general, de determinar si el daño producido es un efecto razonablemente previsible del defecto del producto puesto en circulación por el demandado. Ello debe apreciarse de acuerdo con un criterio de razonabilidad, pero teniendo presentes todas las circunstancias del hecho, y no solamente aquellas que eran conocidas o resultaban cognoscibles en el momento de la conducta relevante. Como señala Calabresi, se tratará de establecer *ex post* si el defecto en cuestión contribuye a aumentar los riesgos de que se produzcan daños similares al ocurrido en el accidente. En consecuencia, el daño deberá considerarse como una consecuencia adecuada del defecto cuando constituya la materialización de un peligro integrante del espectro de riesgos típicos o previsibles del producto defectuoso.

En efecto, la defectuosidad de un producto, se determina por un balance de los riesgos y beneficios derivados del mismo. Los riesgos a considerar, para el efecto, son los que resulten del uso o consumo generalmente previsible del producto. Ahora bien, determinada la defectuosidad, según el criterio indicado, ante una hipótesis concreta de daños debe examinarse la relación de causalidad entre la puesta en circulación del producto defectuoso y los daños efectivamente ocurridos en el caso concreto. La adecuación de estos respecto de aquella es cuestión distinta de la de la defectuosidad. Para examinar la adecuación debe hacerse un nuevo juicio de previsibilidad, esta vez entre el daño efectivamente resultante y el producto defectuoso. Si el daño es de un tipo que generalmente podría esperarse del defecto, habrá relación de causalidad adecuada. Si el defecto resulta generalmente indiferente para aumentar el riesgo de daños del tipo en cuestión, no habrá causalidad adecuada. Es evidente que este juicio, como el de defectuosidad, otorga amplio margen para la apreciación prudencial de los jueces.

Esta realidad puede ser ilustrada por un ejemplo que emplean Henderson y Twerski. Proponen estos autores el caso hipotético de un procesador de

---

bilidad estricta es sólo la previsibilidad del uso. Una vez que el uso y su previsibilidad son determinadas, y se demuestra que el defecto es una de las causas del daño, la previsibilidad del daño respecto del defecto es irrelevante". Consideramos, sin embargo, que para que exista causalidad adecuada debe ser previsible el uso del producto y también el daño del mismo, teniendo en cuenta el tipo de defecto. La relación de causalidad debe establecerse entre la puesta en consumo del producto defectuoso y el daño; y no entre la introducción del producto en el mercado y un tipo de uso determinado. Por supuesto, no se requerirá que las circunstancias concretas del accidente hayan resultado previsibles, sino meramente que tales circunstancias estén enmarcadas dentro de lo que constituye el riesgo que previsiblemente se deriva del defecto.

alimentos cuya taza es de un vidrio de muy poco grosor para la presión que debe soportar. Mientras el producto es utilizado adecuadamente por el consumidor, la taza explosiona y un pedazo de vidrio sale disparado contra la ventana de la cocina. El impacto del pedazo de vidrio contra la ventana, produce un sonido parecido al de un disparo. Un policía novato que justo en ese momento pasa por la calle escucha el ruido y voltea hacia el sitio de donde éste proviene. Ve a través de la ventana la silueta del consumidor que tiene en sus manos lo que parece ser un revólver. En realidad, el consumidor tenía un cuchillo en sus manos. El policía dispara y hiere al consumidor. Es evidente que el fabricante del producto no es responsable del daño, a pesar de que el producto claramente es defectuoso. El daño no estaba dentro de lo previsible y se debe, mas bien a un caso fortuito o fuerza mayor[989].

La falta de adecuación entre el hecho del demandado y el resultado dañoso provendrá, en general, de una circunstancia imprevisible, que se inmiscuye en la cadena causal, y que determina que el resultado producido no sea objetivamente previsible, dado el hecho. Como dicen Prosser y Keeton, "virtualmente todas las cortes están de acuerdo en que la conducta o inconducta de otro, incluyendo un vendedor intermediario, el propio demandante, o cualquier otro, puede ser de tal clase como para constituir una causa interviniente"[990].

La diversidad de situaciones en las que se pueden presentar circunstancias imprevistas que eliminan la adecuación entre el hecho del demandado y el resultado o conductas de la víctima o de terceros que contribuyen al daño es prácticamente ilimitada. Muchas de ellas involucran algún tipo de uso anormal o alteración del producto por parte del demandante o de terceros. Lo esencial de estas circunstancias es que determinen un resultado imprevisible, destruyendo asi la adecuación entre el resultado atribuído al demandado y su conducta inicial.

La determinación de cuándo se rompe la relación de causalidad adecuada es, por supuesto, una cuestión práctica, que debe ser resuelta por el juez, en cada caso concreto. Por ello, la revisión de algunas decisiones de cortes norteamericanas en esta materia puede resultar de utilidad.

---

989. Si se considera que lo único que interesa es la previsibilidad del uso, habría que concluir que en este caso el fabricante es responsable del daño.

990. Prosser y Keeton, *op. cit.* p. 710.

Un caso interesante, en el que se percibe de qué manera circunstancias imprevistas pueden intervenir, llevando a un resultado totalmente extraordinario es uno en el que el señor Frederick Share reclamaba una indemnización de la firma fabricante de una podadora de césped. El señor Share, un médico de 32 años, sufrió un infarto mientras trataba de arrancar su podadora y demandó al fabricante para que le indemnize los daños, alegando que un defecto de fabricación causaba que la podadora sea 71% más difícil de arrancar que lo normal. Share había jalado la cuerda del arrancador con ambas manos siete veces, cuando le sobrevino el infarto. La decisión de primera instancia le otorgó una indemnización de U.S. $ 1,750,000. El fabricante apeló, pero antes de la sentencia de segunda instancia, las partes llegaron a un acuerdo[991]. Parecería, sin embargo, que el daño no fue una consecuencia adecuada del defecto, sino más bien de una condición cardiaca de la víctima.

La apreciación de la causalidad adecuada fue más exigente en el caso *Buckley v. Bell*[992], en el que el demandante colocó un pedido de gasolina con el demandado, y éste entregó petróleo diesel por error, haciéndo con ello que el producto puediese considerarse defectuoso. El actor llenó el tanque de una maquinaria agrícola con este último combustible y, cuando el motor no arrancaba, se dio cuenta del error en el combustible entregado. Vació entonces el combustible que había en el tanque sobre el piso y procedió a colocar gasolina en su lugar. Una chispa emitida por el motor hizo que el petróleo derramado se encendiese, lo que ocasionó un incendio que destruyó la maquinaria. La corte de primera instancia determinó que no existía un nexo causal entre la entrega del combustible defectuoso y los daños del demandante, dado que una persona razonable no hubiera previsto que tal resultado ocurriría. La Corte Suprema de Wyoming confirmó esta resolución.

En el caso *Hollenbeck v. Selectone Corporation*[993], el demandante, oficial de la policía, accionó contra el fabricante de una alarma portátil, parte del equipo policial, por los daños que había sufrido al ser atacado por diversos sujetos al tratar de hacer un arresto. El policía había oprimido el botón de la alarma antes de intentar el arresto, para solicitar refuerzos. Sin embargo, el aparato no funcionó. La corte declaró que sí existía vinculación causal adecuada entre el fabricante de la alarma y los daños sufridos por el demandante.

---

991. Henderson y Twerski, *op. cit.* p. 670.

992. 703 P. 2d 1089 (Wy. 1985).

993. 131 I11. App. 3d 969 (1985).

Señaló la corte que "los actos criminales intervinientes no eran tan improbables o imprevisibles como para romper la cadena causal... Probable y previsible quiere decir 'objetivamente razonable de esperar'. En el caso de autos... el demandado representó que su producto era apropiado para su uso por agencias policiales y que distribuía su producto específicamente para su uso por tales agencias. Era, por ello, objetivamente razonable esperar que las alarmas serían utilizadas por oficiales de la policía en situaciones de emergencia en las que ese tipo de comunicación resultaba necesaria. Dado el hecho indiscutible de que una de las funciones de un oficial de la policía es tratar con personas que violan la ley, era objetivamente razonable esperar que la alarma sería utilizada en una situación que involucrase un crimen... Era también objetivamente razonable esperar que el demandante, luego de activar la alarma, procedería a hacer el arresto. Es el deber de un oficial de policía arrestar a los que violan la ley. . . Concluimos, por tanto, que los actos criminales intervinientes no rompieron la conexión causal porque los actos fueron probables y previsibles".

Otro caso interesante es el de *Ritter v. Narragansett Electrical Co.*[994]. Se trató, en este caso, de una demanda interpuesta contra el fabricante y el distribuidor de una cocina doméstica, por los daños sufridos por dos niñas, mientras jugaban en la cocina de su casa. Una de las niñas, de cuatro años, intentó mirar dentro de una olla que estaba colocada sobre la cocina, en la cual había agua hirviendo, con el objeto de descubrir lo que su madre preparaba para la cena. Para el efecto abrió la puerta del horno, que se abría hacia abajo, y colocó su pie sobre la puerta, utilizándola a modo de escalón, con la intención de pararse sobre ella. Al colocar su peso sobre la puerta, la cocina se vocó atrapando a la niña y a su hermana, debajo de ella. A la misma vez, la olla de agua hirviendo cayó sobre las menores.

La corte consideró, en primer lugar la cuestión de si la cocina era un producto defectuoso. Para el efecto, determinó que un uso previsible de la cocina era que la puerta del horno fuera utilizada a manera de repisa, por lo que, dado que si pesos mayores a 30 libras se colocaban sobre la puerta del horno, la cocina se volcaba, el producto debía considerarse defectuoso. Ello no implicaba, sin embargo, solución al problema de la causalidad. En efecto, debía determinarse si los hechos del caso caían dentro del espectro de riesgos objetivamente previsibles como consecuencia del defecto. Así, por ejemplo, si la madre de las menores hubiera colocado sobre la puerta del horno un pavo

994. 109 R. I 176 (1971).

de treinta libras y la cocina se hubiera volcado, no cabe duda de que los daños resultantes hubieran estado dentro del ámbito de lo previsible. Sin embargo, las circunstancias especiales del caso fueron tan peculiares que permiten plantear la cuestión de la causalidad. La corte en el caso consideró que no podía descartarse de plano la existencia de causalidad adecuada y que el jurado debía determinar si el daño había sido consecuencia del uso inadecuado del producto.

En el caso *Green v. Volkswagen of America, Inc.*[995], la corte consideró que fue previsible el daño sufrido por una niña de once años, que perdió el dedo anular cuando, al correr al costado de una camioneta panel que se encontraba estacionada, el dedo se atracó en una hendidura de ventilación del vehículo, que contenía una pieza de metal filuda oculta. El fabricante, por tanto, debía responder por el daño.

En el caso *Reid v. Spadone Machine Co.*[996] se discutió sobre la previsibilidad del uso inadecuado de una máquina para cortar moldes de plástico. La máquina estaba diseñada para ser utilizada por una persona. Debía ser cargada por el operario con el material por el frente, y luego el operario debía desplazarse hasta la parte lateral para oprimir el botón destinado a ponerla en operación. En el caso, dos trabajadores hacían funcionar la máquina, uno cargando el material y otro oprimiendo el botón de encendido. El demandante –el operario que cargaba el material– sufrió daños cuando su compañero oprimió el botón mientras la mano del primero se encontraba dentro de la máquina. La corte determinó que, sin perjuicio de la contribución al daño de la negligente omisión de advertir a sus trabajadores del empleador, el resultado era un efecto previsible del defectuoso diseño de la máquina, que permitía un uso peligroso.

El mismo principio rige cuando se modifica un producto. Así, en el caso *Guffie v. Erie Strayer Co.*, el demandado diseñó y construyó negligentemente unos depósitos en altura en una fábrica de cemento, lo que ocasionaba que los materiales depositados –rocas y arena– cayesen sobre plataformas en las que se desarrollaban labores. El propietario de la planta construyó un cobertizo para evitar la caída de los materiales sobre los operarios. Sin embargo, un tiempo después, el cobertizo cedió bajo el peso del material acumulado, cau-

995. 485 F. 2d 430 (6th Cir. 1973).

996. 404 A. 2d 1094 (N.H. 1979).

sando los daños del demandante. La corte consideró que, aun cuando el propietario de la planta de cemento había sido negligente al construir el cobertizo, su acción negligente, y el efecto resultante, no resultaban consecuencias imprevisibles del defecto original del producto.

Similarmente, en el caso *Kennedy v. Custom Ice Equipment Co., Inc.*[997], el demandado sufrió daños cuando su brazo fue aprisionado por la faja distribuidora de una máquina para fabricar hielo picado. La máquina había sido diseñada de manera que la faja de distribución estuviese a una altura superior a la de un hombre, con el fin de evitar accidentes como el que ocurrió. Sin embargo, el propietario de la misma construyó un andamio que permitía a los trabajadores llegar a la faja transportadora, con el objeto de eliminar las obstrucciones de hielo que normalmente se producían. La corte consideró que el defectuoso diseño de la máquina era la causa del daño, pues la construcción del andamio era una circunstancia previsible.

3.5. La Concausación

3.5.1. Introducción. El mismo tipo de hechos que pueden dar lugar a la interrupción del vínculo de causalidad, pueden determinar la concurrencia de causas en la responsabilidad por productos. Sin embargo, en este caso, no se requerirá que los hechos sean de carácter imprevisible, sino, más bien, que sean imputables a un sujeto. Señalan, en tal sentido, Henderson y Tweski que "cuando un demandante altera o utiliza mal un producto, es posible que la alteración o el mal uso sean tan imprevisibles que el demandante se vea imposibilitado de probar la causalidad adecuada. Si tal es el caso, el demandante, por no haber podido establecer un caso *prima facie*, se verá privado de la indemnización, en lugar de recibir una reducida"[998]. Los casos de concausación involucran eventos en los que tanto el defecto del producto, como otros hechos imputables a la víctima o a terceros, confluyen en el resultado dañoso. El problema a determinarse es, entonces, el de la contribución relativa de cada una de las concausas, para efectos de la asignación de la responsabilidad.

De acuerdo con Prosser y Keeton[999], las concausas en la responsabilidad por productos defectuosos pueden clasificarse en cuatro grandes rubros.

---

997. 246 S.E. 2d 176 (S.C. 1978).

998. Henderson y Twerski, *op. cit.* p. 342.

999. Prosser y Keeton, *op. cit.* pp. 710-711.

El primero, está relacionado con el uso y mantenimiento del producto defectuoso por parte del adquirente, del consumidor o de aquellos a los cuales se confía la custodia del producto. Este tipo de conducta puede, a su vez, asumir cuatro formas: a) mantenimiento negligente, incluyendo negligencia en el seguimiento de las instrucciones proporcionadas; b) falta de descubrimiento del defecto o de tomar las precauciones adecuadas contra su existencia; c) uso negligente o irrazonable, con conocimiento de la condición del producto que constituye un peligro irrazonable y con apreciación del grado de peligro de la misma; y d) mal uso del producto, incluyendo uso negligente y uso anormal del producto.

En segundo lugar, la concausación puede provenir de la inconducta de un vendedor o proveedor intermediario. Esta puede descomponerse en tres tipos: a) negligencia en no inspeccionar el producto y corregir el defecto o advertir de su existencia; b) falta de seguimiento de las instrucciones con respecto a la instalación de un accesorio de seguridad que hubiera prevenido el accidente; y c) falta de corrección de un defecto, luego del aviso oportuno al respecto del fabricante.

En tercer lugar, señalan Prosser y Keeton, las concausas pueden provenir de la alteración del producto, ya sea por alguien que esté en la cadena de comercialización, por el propio consumidor o por un tercero. Finalmente, en cuarto lugar, pueden constituir también concausas conductas no relacionadas con el defecto del producto, tales como, por ejemplo, la acción de un conductor que estrella su automóvil contra otro, que está defectuosamente diseñado.

Debe notarse que la gama de eventos mencionados por Prosser y Keeton sólo serán concausas si no interrumpen la relación de causalidad adecuada entre la introducción del producto en el mercado y el daño. En caso contrario, no habrá ya concausación, en la medida que el fabricante no será responsable, correspondiendo la responsabilidad al autor del hecho interviniente, en su caso. La concausación puede deberse a intervenciones del propio perjudicado o de terceros. En las siguientes líneas, examinaremos con mayor detenimiento ambos supuestos.

3.5.2. Contribución por la Víctima. La contribución por la víctima releva de responsabilidad al fabricante, en proporción a la intervención de ésta y a la intensidad de los factores de atribución involucrados[1000]. Dado que, en ge-

1000. Respecto a la determinación de la responsabilidad relativa entre la víc-

neral, los consumidores no son sujetos de un factor de atribución de responsabilidad objetivo, la víctima concurrirá a la causación de accidente mediante una conducta negligente. Establece, en tal sentido, el artículo 8, inciso 2 de la Directiva de la CEE que "la responsabilidad del productor podrá reducirse o anularse, considerando todas las circunstancias, cuando el daño sea causado conjuntamente por un defecto del producto y por culpa del perjudicado o de una persona de la que el perjudicado sea responsable".

Es importante tener presente que la existencia de expectativas fundadas del consumidor respecto a los productos, así como la confianza que el mismo pone sobre los productores resulta un elemento a valorar en la apreciación de lo que constituye una conducta negligente del consumidor. No debe, por ello,

---

tima y el fabricante del producto, existen dos posiciones. De acuerdo con la primera, postulada, por ejemplo, por la decisión del caso *Sandfor v. Chevrolet Division*, 292 Or. 590, 642 P. 2d 624 (1982), debe compararse la intensidad de las faltas del demandante y del demandado. Señaló la corte: "En esta comparación, la base para determinar la falta del demandado por mercadear un producto que es defectuosamente peligroso en su diseño, fabricación o advertencias, es lo que el producto hubiera debido ser sin el defecto. La base para establecer la falta del demandante perjudicado es una conducta que no sería ilícita o descuidada en aspecto alguno". Esta posición ha sido criticada, considerándose que no es posible una comparación entre una conducta (de la víctima) y un defecto (del producto). Comparar la culpa con un factor de atribución objetivo es, según esta posición, como pretender comparar "papas con camotes". En tal sentido, la corte en el caso *Murray v. Fairbanks Morse*, 610 F. 2b 149 (3d Cir. 1979) expresó que comparar la culpa con el defecto "minimiza la distinción fundamental entre las teorías de responsabilidad por culpa y la responsabilidad objetiva". Se ha propuesto, en tal virtud, una aproximación alternativa, que compare la influencia causal de cada uno de los elementos involucrados en el resultado. Así, la corte en el caso Murray sostuvo: "El uso de la causalidad como un puente conceptual entre la conducta del demandante y el producto del demandado, de ninguna manera pone en peligro la integridad conceptual de una acción basada en la responsabilidad estricta. El foco de atención sigue estando en el defecto del producto. Semánticamente, la distribución de la indemnización en la responsabilidad estricta puede ser designada como un sistema de 'culpa comparativa', pero la verdadera división ocurre a lo largo de las líneas de la causalidad". Una tercera posición, más flexible es la que postuló la corte en el caso *Daly v. General Motors Corp, cit.* Nota 1002 Manifestó la corte: "[O]bservamos, en este punto que cuando. . . un consumidor o usuario demanda al fabricante o al diseñador. . . técnicamente, ni la culpa ni la conducta son comparadas funcionalmente. La conducta de una parte, en combinación con el producto de la otra, o tal vez la puesta de un artículo defectuoso en la corriente de uso proyectado y razonable, pueden producir los daños finales. En tal caso, . . . consideramos que el término 'aporcionamiento o asignación equitativa de daños' sería más descriptivo que 'culpa comparativa' ".

aceptarse como defensa, que un fabricante que ha impulsado conductas riesgosas, como por ejemplo, a través de la publicidad de sus productos, alegue luego que la víctima contribuyó al daño[1001].

Un tipo de casos de concausación son los llamados de "daños agravados" *(enhanced injuries),* en los que un producto defectuoso contribuye a hacer más graves los daños que hubieran causado circunstancias puestas en operación por la víctima o, viceversa, en los que la conducta negligente de la víctima agrava los daños que se hubiera derivado del uso o consumo adecuado de un producto. Frecuentemente, tales casos involucran accidentes automovilísticos, en los que el diseño del vehículo aumenta las lesiones sufridas por las personas involucradas. Son los llamados *crashworthiness cases,* como el caso *Hudell v. Levin* que hemos mencionado.

En muchos de estos casos el fabricante del automóvil alega que los daños sufridos por el demandante se deben total o parcialmente a su omisión en utilizar el cinturón de seguridad. En el caso *Daly v. General Motors Corp.*[1002], por ejemplo, el conductor de un vehículo salió despedido del mismo y falleció como consecuencia de los golpes recibidos, cuando el auto golpeó la baranda de metal de la calzada. Los demandantes alegaron que los daños se debían a una cerradura defectuosa en la puerta del automóvil, que había permitido que el conductor salga despedido de éste. La parte demandada, por su lado, sostenía que la negligencia del conductor fue un factor decisivo en los daños porque éste no llevaba puesto el cinturón de seguridad, ni había puesto el pestillo a la puerta. Más aún, en el momento del accidente, el conductor del vehículo se encontraba en estado etílico. La corte estableció que debía compararse la influencia relativa de la negligencia de la víctima y la del defecto, para establecer la responsabilidad del fabricante.

3.5.3. Aceptación del Riesgo. La aceptación del riesgo adopta características especialmente interesantes en la responsabilidad por productos. Mediante las instrucciones y advertencias, el fabricante tiene la oportunidad de informar al consumidor de los riesgos del producto. Asimismo, el conocimiento generalizado de las características de los productos por parte de los consumidores o el carácter obvio o evidente del riesgo o peligro, puede llevar a que se concluya que el uso del mismo constituyó un caso de aceptación de riesgos.

1001. Henderson y Twerski, *op. cit.* p. 306.

1002. 20 Cal. 3d 725 (1978).

Es interesante notar que la decisión informada del consumidor respecto a los riesgos y beneficios del producto que fundamenta la defensa de la aceptación del riesgo, puede verse como una rectificación, en el caso concreto, del análisis de defectuosidad del producto. En efecto, hemos visto ya que la defectuosidad se determina cuando los riesgos de un producto son mayores que los beneficios derivados del mismo. El examen de la defectuosidad, como sabemos, se efectúa desde un punto de vista general. Ahora bien, cuando un consumidor está adecuadamente informado de los riesgos y beneficios que implica el uso o consumo de un producto y, sobre la base de tal conocimiento, toma libremente la decisión de utilizarlo o consumirlo, su decisión implica que para ese consumidor particular, los riesgos del producto no son mayores que sus beneficios. Tal sería, por ejemplo, el caso de un consumidor que está adecuadamente informado de los riesgos y beneficios involucrados en el consumo de cigarrillos y que, sin ser adicto al tabaco, decide libremente fumar, porque considera que en la vida no hay que negarse placeres. En tal hipótesis, el consumidor está decidiendo que para él, los riesgos del consumo de cigarrillos no son mayores que los beneficios derivados de dicha actividad[1003].

La sustentación de la defensa de aceptación de riesgos sobre la base de la libertad individual exige que los requisitos de la misma sean estrictamente examinados por las cortes[1004]. En tal sentido, el mero hecho de utilizar un producto cuyo defecto o peligro es evidente no es suficiente para considerar que el perjudicado asumió el riesgo[1005]. Más bien se debe requerir un conocimiento cierto de los peligros involucrados. Así, en el caso *Runnings v. Ford Motor Co.*[1006] el demandante había sufrido daños cuando, al destapar la tapa del radiador de su vehículo (que estaba debajo del asiento), salió un chorro de vapor que fue a condensarse en el techo de la camioneta y luego a caer, en forma de agua hirviendo, sobre su cabeza, causándole lesiones. A pesar de que

---

1003. Esta fue una de las defensas de la parte demandada en el caso *Cipollone v. Liggett Group, Inc.* en el que se halló a un fabricante de cigarrillos responsable por el cáncer desarrollado por una fumadora empedernida.

1004. Epstein, Gregory y Kalvin, *op. cit.* p. 547.

1005. Así fue establecido por la decisión del caso *Micallef v. Miehle Co.*, 39 N.Y. 2d 376 (1976), que revocó el precedente constituido por la decisión del caso *Campo v. Scofield*, 301 N.Y. 468 (1951). La decisión del caso Campo había consagrado la llamada *patent danger rule*, según la cual cuando el peligro de un producto defectuoso era evidente, el fabricante no era responsable de los daños resultantes.

1006. 461 F. 2d 1145 (9th Cir. 1972).

se demostró que el actor sabía que era posible que el agua escape del radiador, la corte consideró que el demandante no había aceptado el riesgo, pues no se había probado que fuese consciente de la posibilidad de que el vapor se convirtiese en agua hirviendo al hacer contacto con el techo.

La voluntariedad de la conducta del perjudicado debe ser también apreciada estrictamente. Así, en el caso *Messick v. General Motors*[1007], la corte consideró que el demandante, que había continuado manejando su vehículo, recién comprado, a pesar de haber detectado graves problemas con la dirección y la suspensión no había asumido el riesgo de un accidente. El demandante había llevado ya varias veces el automóvil al distribuidor, quien no lo había podido reparar adecuadamente. Dado que el actor necesitaba su vehículo para trabajar, se consideró que su aceptación del riesgo no había sido auténticamente voluntaria[1008].

3.5.4. Contribución por Terceros. La actuación imputable, a título de culpa o de riesgo, de terceros, puede desplazar sobre ellos total o parcialmente, la responsabilidad por los daños. Sin embargo, a fin de garantizar la reparación integral a la víctima, se considera que todos los causantes deben ser solidariamente responsables. Tal es la posición generalizada en el Derecho comparado. Señalan, en tal sentido Henderson y Twerski que "la mayoría de las cortes tratan a los terceros que, culpablemente, alteran o utilizan mal un producto defectuoso, y de esa manera contribuyen al daño, como responsables solidarios con el fabricante". Así, cuando el defecto del producto y el comportamiento negligente del usuario causan daños a un tercero, el usuario y el fabricante del producto soportarán ambos el peso de la responsabilidad. Dependiendo de las reglas que gobiernan la repetición, compartirán la carga final de

---

1007. 460 F. 2d 485 (5th Cir. 1972).

1008. Debe subrayarse que el requisito de la aceptación de riesgos es que la conducta del demandado sea *voluntaria* y no que sea *irrazonable*. La irrazonabilidad de la conducta del dañado es la base de la concausación del demandante, no de la aceptación de riesgos. Muchas cortes norteamericanas han ido progresivamente asimilando estas dos defensas, introduciendo en la aceptación de riesgos el requisito de que la conducta sea irrazonable. La confusión entre ambas defensas parecería provenir del comentario "n" a la sección 402 A del *Restatement of Torts (Second)*, que estableció que la negligencia contributoria común no era una defensa contra la *strict products liability*, pero que si lo era "aquella forma de negligencia contributoria que consiste en proceder al encuentro de un peligro de manera voluntaria e irrazonable y comunmente es conocido como aceptación del riesgo". Ver, generalmente, Noel y Philips, *op. cit.* p. 266 y ss.

acuerdo con sus respectivos porcentajes de falta. Sin embargo, cuando la alteración o el mal uso es imprevisible, el fabricante puede argumentar la falta de causalidad adecuada como una razón para negar su responsabilidad"[1009]. Similarmente, el artículo 8, inciso 1 de la Directiva de la CEE establece que "sin perjuicio de las disposiciones de Derecho interno relativas al derecho a repetir, la responsabilidad del productor no disminuirá cuando el daño haya sido causado conjuntamente por un defecto del producto y por la intervención de un tercero".

El establecimiento final de la responsabilidad entre los terceros corresponsables deberá establecerse en virtud a las acciones de repetición que se interpongan entre ellos. Para el efecto, los criterios a seguir resultarán similares a los aplicables a la determinación de las responsabilidades relativas del demandado y de la víctima, en los casos de contribución de ésta al daño.

El tema de la concausación de los daños por parte de terceros, nos lleva a examinar la cuestión de las personas responsables en los casos de daños causados por productos defectuosos. A ese problema dedicaremos las siguientes páginas.

1009. Henderson y Twerski, *op. cit.* pp. 342-343. Sin embargo, como hemos visto, a raíz de la llamada "crisis" de la responsabilidad por productos, se han desarrollado movimientos impulsados por los gremios empresariales, con el fin de eliminar la responsabilidad solidaria entre los concausantes de los daños en los casos de productos defectuosos.

SECCION SEGUNDA

ALGUNOS APUNTES SOBRE LA DETERMINACION DEL SUJETO RESPONSABLE

1. Introducción

Nos interesa dedicar estas líneas a la determinación de las personas sobre quienes debe imponerse la responsabilidad en un sistema de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos. Nótese que la inquisición planteada no se dirige a examinar los casos de todos los sujetos que hipotéticamente pueden resultar responsables, total o parcialmente, por los daños ocasionados por un producto defectuoso. Cualquier persona puede eventualmente ser responsable de algún modo por los daños causados mediante un producto defectuoso, en la medida en que haya vulnerado un deber jurídico impuesto a su cargo, en el supuesto de hecho concreto[1010]. Más bien, nos preocupa designar a los sujetos sobre los cuales se impondrá generalmente la responsabilidad, en virtud a las justificaciones de la responsabilidad, examinadas en capítulos anteriores[1011]. Para el efecto, debemos tener en cuenta que el moderno proceso de producción y distribución de bienes no constituye un hecho unitario sino que, por el contrario, involucra diversos sujetos y

1010. Prosser y Keeton, *op. cit.* p. 707; Reich y Micklitz, *op. cit.* núm. 178.

1011. Rojo y Fernández-Río intenta resolver la cuestión de la determinación del responsable de acuerdo con una óptica dogmática. Según él debe considerarse responsable a quien realiza el hecho que da origen al daño. Este hecho es, de acuerdo con Rojo, la puesta en el comercio del producto defectuoso. "El legitimado pasivamente para la reparación" —expresa este autor— "es aquel que ha puesto en comercio el bien: el fabricante del producto terminado, en el primer caso, y el empresario comercial que, con la aposición de la marca propia al producto ajeno asume la paternidad de la comercialización". Rojo y Fernández-Río, *op. cit.* p. 232.

actividades[1012]. En este contexto, la cuestión a decidir es sobre cuáles de estos sujetos debe imponerse el peso inicial del resarcimiento del daño.

2. El Fabricante

2.1. Generalidades. Titular del proceso productivo, y la persona a quien en muchos casos podrá reconducirse causalmente el defecto y que típicamente tiene a su alcance los medios de evitar el defecto y de distribuir socialmente los costos de la seguridad y de la indemnización de los daños, el fabricante claramente es la empresa sobre la que debe imponerse la responsabilidad por los daños causados por un producto defectuoso. No parece haber mayor dificultad en esta cuestión y tal es la posición general en el Derecho comparado. Sin embargo, como dice Rojo y Fernández-Río, "empresarios que fabriquen ellos mismos un determinado producto en cada una de sus partes son la excepción. Con frecuencia, el producto se compone de varios elementos de diversas procedencias productivas. El carácter y alcance de la actividad productiva es diversa"[1013]. Ello conduce a percibir que en muchos casos, frente al dañado no habrá un sólo fabricante, sino muchos de ellos. Nos interesa, pues, determinar sobre cuáles habrá de imponerse la responsabilidad.

2.2. Fabricantes de Productos Terminados. Un primer fabricante que se presenta ante la persona dañada por un producto defectuoso, es quien puso el producto terminado en el mercado. Se tratará, pues, del fabricante del producto final. Es indudable que si este fabricante lo es de la integridad del producto y de todos sus componentes, responderá de cualquier defecto que tenga. Sin embargo, en la mayoría de los casos, el fabricante que pone el producto terminado en el mercado habrá adquirido partes y piezas integrantes de su producto de terceros. En estos casos, debe uno preguntarse si se considerará al fabricante del producto final como responsable por todos los defectos que pudiera tener el producto.

Se reconoce generalmente que el fabricante del producto terminado responde de todos los defectos que éste pudiera tener. En tal sentido, el hecho de que el defecto del producto se origine en una parte integrante o en un componente adquirido de un tercero, no relevará al fabricante del producto terminado de responsabilidad frente al perjudicado. Esta es la posición generalizada en el Derecho comparado. Fue, precisamente, con una acción inter-

1012. Rojo y Fernández-Río, *op. cit.* p. 231.

1013. *Id.*

puesta contra un ensamblador de un automóvil, por los daños causados por un componente defectuoso, que se inició la expansión de la responsabilidad por productos defectuosos en los Estados Unidos. Similarmente, el artículo 3 de la Directiva de la CEE expresamente indica que "se entiende por 'productor' la persona que fabrica un producto acabado"[1014]. La jurisprudencia alemana ha adoptado también esta postura[1015].

Desde el punto de vista de las justificaciones utilitarias de la responsabilidad, parece también correcto imponer la responsabilidad sobre el fabricante del producto terminado. Es esta empresa la que podrá tomar las medidas adecuadas para optimizar los costos de los accidentes, directamente, o mediante las presiones que pudiera transmitir a las empresas fabricantes de las piezas y partes del producto en cuestión. Asimismo, por ser el fabricante del producto terminado quien lo pone en el mercado, es éste el que tiene mejor acceso al mecanismo de precios, para distribuir socialmente el peso económico del resarcimiento de los daños. Finalmente, la imposición de la responsabilidad sobre el fabricante del producto terminado evita al perjudicado la difícil tarea de determinar exactamente el origen del defecto, reduciendo de tal manera los costos terciarios de los accidentes.

Una solución similar resulta aconsejable según las justificaciones éticas de la responsabilidad. Obligar al perjudicado a determinar exactamente el lugar en la cadena de fabricación en la que se originó el defecto del producto bloqueará frecuentemente, en la práctica, la posibilidad del resarcimiento de la víctima. De este modo, se vulnerarían todos los principios que aconsejan la indemnización de los daños causados por productos defectuosos.

Es conveniente señalar que el imponer la responsabilidad sobre el fabricante del producto terminado no implica que éste sea el único o final responsable. Por el contrario, el fabricante del producto terminado podrá, en su caso, repetir contra el causante del defecto lo que hubiera pagado al perjudicado. Lo que resulta aconsejable evitar es que esta determinación de la precisa

---

1014. La posición de la Directiva de la CEE es que un fabricante responde por los defectos que se hayan originado en su ámbito de control o con anterioridad en la cadena de producción y distribución. En tal sentido, el inciso b) del artículo 7 de la Directiva establece que no hay responsabilidad del productor si se prueba que "teniendo en cuenta las circunstancias, sea probable que el defecto que causó el daño no existiera en el momento en que él puso el producto en circulación o que este defecto apareciera más tarde".

1015. Reich, *op. cit.* núm. 178.

pieza o parte defectuosa tenga que ser hecha por el consumidor, quien generalmente es el que menos capacidad y facilidades tiene para el efecto.

2.3. **Fabricantes de Piezas y Partes y de Materias Primas.** Como hemos visto, con frecuencia los productores de las piezas, partes y materias primas que se integran en un producto terminado, son entidades distintas del fabricante de éste último. Ello nos plantea la cuestión de la responsabilidad directa frente al consumidor de los fabricantes de tales piezas y partes y materias primas por los daños originados por los defectos que pudieran tener[1016]. Como se recordará, este tema fue dejado sin solución por el *Restatement of Torts (Second)* norteamericano. Sin embargo, con posterioridad, las cortes han llegado al convencimiento de que el mero hecho de que un producto sufra ulterior procesamiento o se integre con otros en un producto más complejo, no determina la inaplicabilidad de la responsabilidad por productos defectuosos sobre el fabricante del producto inicial[1017]. En el mismo sentido, el artículo 3 de la Directiva de la CEE incluye como 'productor' para efectos de la responsabilidad que ella establece, a "la persona. . . que produce una materia prima o que fabrica una parte integrante"[1018].

La responsabilidad de los productores de materias primas y piezas y partes componentes es justificable de acuerdo con los fundamentos de la responsabilidad que hemos examinado. Desde el punto de vista utilitario, parece que si el origen del defecto se encuentra en una pieza o parte o en una materia prima, la imposición de la responsabilidad sobre el fabricante de la misma pondrá los incentivos adecuados sobre la persona que está en la mejor posición para reducir la incidencia del tipo de defectos en cuestión. Por otro lado, el fabricante de componentes defectuosos tendrá también acceso al mecanismo de precios y podrá así distribuir socialmente el peso económico de la indemnización. Finalmente, el establecimiento de la responsabilidad directa del fabricante del componente defectuoso hará que, en los casos en que el dañado accione directamente contra éste, se eviten los costos de la acción de repetición

---

1016. La responsabilidad del fabricante de materias primas, piezas y partes componentes no implica descartar la responsabilidad del fabricante del producto terminado. Más bien, la cuestión es si ambos deben ser responsables.

1017. Henderson y Twerski, *op. cit.* p. 158.

1018. Los fabricantes de materias primas, piezas y partes componentes no responden, sin embargo, de los defectos que se generen luego que el producto salga de su ámbito de control, de acuerdo con lo que establece el artículo 7, inciso b) de la Directiva de la CEE.

que interpondría el fabricante del producto terminado, en caso de ser él demandado, reduciéndose así los costos terciarios de los accidentes.

Desde el punto de vista moral, también parece recomendable imponer la responsabilidad sobre el fabricante del producto que es, en verdad, defectuoso, en la medida en que ello no resulte reduciéndo las posibilidades de que el perjudicado reciba una compensación adecuada. Considerar que el fabricante del componente defectuoso es responsable no reduce las posibilidades de un adecuado resarcimiento del dañado. Por el contrario, como expresa Reich, el productor del producto incorporado "debe con frecuencia tener mayores recursos financieros que el productor que incorpora el producto y, por otro lado, el consumidor puede seleccionar entre dos fabricantes responsables aquel que esté en mejor posición para indemnizar el daño"[1019].

¿Cuándo será posible considerar responsable al fabricante de una materia prima o de las partes y piezas componentes de un producto? Consideramos que la respuesta a esta cuestión debe obtenerse analizando la defectuosidad del componente y la del producto terminado, así como la influencia causal de cada una sobre el daño. En palabras de Prosser y Keeton, "debe tenerse cuidado para determinar la razón de la falla del componente en servir para el uso al que se le destinó. Si la falla se debió a un defecto de la parte componente, entonces el componente es en sí mismo defectuosos y es la causa de que el producto ensamblado sea irrazonablemente peligroso. Por otro lado, si el producto ensamblado era irrazonablemente peligroso porque la parte componente no estaba destinada para el uso particular que el ensamblador le dio, entonces el defecto está en el diseño del producto ensamblado en lugar de en el diseño de la parte componente"[1020].

2.4. **Sujetos que Aparecen como Fabricantes.** En muchos casos, aparece como fabricante de un producto una empresa que, en realidad, no lo ha producido. Ese será, típicamente, el caso cuando la entidad propietaria de la marca de fábrica o, en general, del signo distintivo que identifica al producto frente al consumidor, no sea el productor. En estos casos, se ha considerado proceden-

1019. Reich, *op. cit.* p. 178.

1020. Prosser y Keeton, *op. cit.* p. 706. En el mismo sentido, Reich expresa "se acepta que el productor de un producto incorporado es un fabricante con respecto al producto fabricado por él. Sin embargo, básicamente su responsabilidad se limita a la parte individual que ha provisto, salvo que esté involucrado en el diseño del producto final" Reich, *op. cit.* núm. 178.

te imponer sobre quien aparece como productor, la misma responsabilidad que si fuera, efectivamente, el fabricante. Así, en el Derecho norteamericano es practicamente unánime la posición de las cortes, en el sentido de considerar responsable como si fuera fabricante la persona que aparezca como tal frente al consumidor[1021]. En el mismo sentido, el artículo 3 de la Directiva de la CEE señala: "Se entiende por 'productor'... toda aquella persona que se presente como productor poniendo su nombre, marca o cualquier otro signo distintivo en el producto".

Aparentemente, la responsabilidad del titular de una marca de fábrica u otro signo distintivo que identifique un producto no fabricado por él no sería justificable de acuerdo a los fundamentos éticos y utilitarios que sustentan la responsabilidad por productos defectuosos. El titular del signo distintivo en estos casos no fabrica el producto y, por tanto, no tendría acceso al mercado, como sitema para la distribución social del peso económico del daño. Por otro lado, parecería injusto atribuir a un sujeto la responsabilidad por los daños ocasionados por otro, únicamente por virtud de la fijación de un signo distintivo sobre un producto[1022]. Sin embargo, en nuestra opinión, la responsabilidad del titular del signo distintivo que identifica a un producto defectuoso es justificable tanto utilitaria como éticamente.

En efecto, un elemento de primordial importancia en el funcionamiento del mercado es la información que los agentes económicos tengan respecto a las características de los bienes y servicios. El que una persona aparezca fabricante de un producto, conduce a que el consumidor vincule al producto en cuestión con su aparente fabricante, atribuyéndole las características que tienen los productos de éste último. Si en realidad, el producto no reune tales características, por ejemplo, por ser fabricado por otra entidad, el resultado se-

---

1021. "Cuando un vendedor coloca su propia etiqueta sobre un producto fabricado por otro, el nombre y la reputación del vendedor se convierten en una representación de la calidad del producto, en cuanto a su diseño y fabricación". Dictamen en Mayoría *cit.* p. 20.

1022. Expresa, en este sentido Reich, refiriéndose a la posición de la jurisprudencia alemana: "Las cortes se rehusan a incluir a las empresas comercializadoras dentro de los límites de la responsabilidad del fabricante, porque los deberes de evitar el peligro dentro de los parámetros del artículo 823 del Código Civil no son creados por el mero hecho de que una empresa fija un nombre comercial sobre un producto fabricado por otro. Esto claramente demuestra que una marca por sí misma no puede crear una responsabilidad como la del fabricante". Reich, *op. cit.* núm. 179.

rá que los consumidores tendrán una incorrecta información. Ello conducirá a una asignación ineficiente de los recursos en la medida en que la demanda de los productos en cuestión estará determinada por lo que los consumidores, erroneamente, perciben como sus características y no por las condiciones efectivas de los mismos.

Por otro lado, no es cierto que la imposición de responsabilidad sobre quienes aparezcan como fabricantes frente al consumidor carezca de efecto sobre la optimización de los costos primarios de los accidentes. Quienes aparecen como fabricantes de un producto tendrán una relación contractual con los verdaderos fabricantes, que les permitirá transmitirles las presiones adecuadas con miras a un eficiente nivel de seguridad de los productos. En tal sentido, si quien aparece como fabricante adquiere los productos en cuestión del verdadero productor. la existencia de defectos y la consiguiente imposición de responsabilidad sobre el fabricante aparente, conducirá a que éste transmita las presiones adecuadas al verdadero productor, sea exigiendo un mayor nivel de seguridad en los productos o reduciendo su demanda. Con frecuencia, el fabricante aparente estará vinculado con el verdadero productor mediante un contrato de licencia, en virtud al cual el segundo adquiere el derecho de presentar su producto con la marca del primero. Típicamente en estos casos, el fabricante controlará la calidad de la producción del producto en cuestión.

Desde el punto de vista ético, parece justificable también exigir a quien aparece como fabricante de un producto frente al consumidor, que responda por la defraudación de las expectativas razonables de este último, por razón de un defecto en el producto. Resulta poco equitativo, además, obligar al consumidor dañado a realizar una investigación para descubrir al verdadero fabricante del producto, con miras a interponer la acción indemnizatoria correspondiente. Ello no descarta que, en su caso, el fabricante aparente pueda repetir lo pagado al consumidor contra el verdadero productor.

En consecuencia, consideramos que debe imponerse responsabilidad sobre quien se presente frente a los consumidores como fabricante de un producto, conduciendo a que éstos establezcan una vinculación entre el aparente productor y el producto.

3. Los Distribuidores

3.1. Generalidades. Un tema muy debatido y de considerable importancia está constituido por la responsabilidad de los diversos intermediarios y el vendedor final en la cadena de distribución de los productos. ¿Asumen estas

empresas una responsabilidad como la del fabricante, o están propiamente excluidas del campo de aplicación de la responsabilidad objetiva por productos defectuosos, respondiendo únicamente por culpa? Las respuestas dadas a esta cuestión en el Derecho comparado no tienen carácter uniforme. En efecto, el Derecho norteamericano estableció desde los albores de la responsabilidad por productos, la responsabilidad de los diversos agentes involucrados en la cadena de distribución de los productos. En este sentido, la sección 402A del *Restatement of Torts (Second)* al designar a los responsables, no habla de fabricantes, sino de vendedores. El comentario "f" a dicha sección explica, en tal sentido, que "la regla establecida en esta sección se aplica a toda persona involucrada en el negocio de vender productos para su uso o consumo. Por lo tanto, se aplica a todo fabricante de tales productos, a cualquier mayorista, minorista o distribuidor y al operador de un restaurante".

En cambio, otra posición considera que los vendedores no deben responder, salvo que incurran en una culpa, como no descubrir un defecto que un vendedor razonable hubiera descubierto, mantener o almacenar inadecuadamente el producto, ocasionándole defectos, etc. En tal sentido, expresa Rojo y Fernández-Río, "en cualquier actividad humana existe un concreto deber de vigilancia, variable según las circunstancias personales, temporales y locales, cuya violación acarrea responsabilidad. A estas circunstancias deberá atender el juez para determinar la observancia o inobservancia de ese deber por parte del vendedor"[1023].

Entre estas dos tesis, se coloca una tercera posición, que pretende consagrar la responsabilidad objetiva del vendedor sólo en los casos en que no sea posible o sea muy dificultoso para el consumidor obtener una indemnización del fabricante. En este sentido, la Directiva de la CEE establece, en su artículo 3 parágrafo 3 que "si el productor no pudiera ser identificado, cada suministrador del producto será considerado responsable, a no ser que informara al perjudicado de la identidad del productor o de la persona que le suministró el

1023. Rojo y Fernández-Río, *op. cit.* p. 221. Una posición aún más restrictiva respecto a la responsabilidad de los vendedores adoptaba el artículo 2036 del Proyecto de la Comisión Reformadora del Código Civil de 1936, referido a la responsabilidad por productos defectuosos. Dicho artículo establecía, sobre este tema que "El vendedor responde solidariamente con las personas mencionadas en el párrafo anterior [el fabricante, el reparador y el que modifica el producto], si se acredita que conocía el defecto". Así, el vendedor no respondería por culpa leve, sino sólo por culpa inexcusable o por dolo. Sobre este tema ver, generalmente, la última parte del presente trabajo, referida al Derecho peruano.

producto dentro de un plazo de tiempo razonable". Asimismo, el parágrafo 2 del mismo artículo establece que "sin perjuicio de la responsabilidad del productor, toda persona que importe un producto en la Comunidad con vistas a su venta, alquiler, arrendamiento financiero, o cualquier otra forma de distribución en el marco de su actividad comercial será considerada como productor del mismo, a los efectos de la presente Directiva, y tendrá la misma responsabilidad que el productor". Esta es también la posición de la *Model Uniform Product Liability Act* de los Estados Unidos y del Proyecto Kasten[1024].

3.2. Argumentos a Favor de la Responsabilidad de los Distribuidores. Se han formulado diversos argumentos para justificar la responsabilidad objetiva de los distribuidores por los daños causados por los productos defectuosos que distribuyan. Así, se ha sostenido que la responsabilidad de los vendedores es un instrumento para promover un eficiente nivel de seguridad, pues los vendedores naturalmente buscarán evitar incurrir en responsabilidad y, por tanto, presionarán a los fabricantes para que produzcan productos más seguros, o dejarán de comercializar los productos que tengan un alto porcentaje de defectos[1025]. Señaló, en tal sentido, la corte en el caso *Vandermark v. Ford Motor Co.* que "el distribuidor puede jugar un papel sustancial en asegurar que el producto es seguro o en ejercer presión sobre el fabricante con tal fin".

Por otro lado, se argumenta que la responsabilidad de un vendedor que nada pudo hacer por la seguridad del producto no es injusta, porque el vendedor podrá repetir contra el fabricante lo pagado al consumidor. De este modo, el costo de la indemnización se desplaza al fabricante, quien es la persona hasta la cual se puede reconducir la condición peligrosa del producto[1026]. Fabricante y distribuidores "pueden fijar los costos de la protección [al consumidor] entre ellos, en el curso de su contínua relación comercial"[1027].

1024. Señala la Sección 8 (c) del Proyecto Kasten: "El vendedor de un producto será tratado como el fabricante del producto y será responsable frente al demandante por los daños causados por el producto como si fuera su fabricante si (1) el fabricante no está sujeto a acción bajo la legislación del Estado en el cual la acción es interpuesta; o (2) la corte determina que el demandante no podría ejecutar una sentencia contra el fabricante".

1025. Dictamen en Mayoría *cit.* p. 40.

1026. *Id.*

1027. *Vandermark v. Ford Motor Co. cit.*

Se sostiene también que los distribuidores, como los fabricantes, están en el negocio de poner bienes al alcance del público, obteniendo de ellos una utilidad. Por tal motivo es justo que soporten los costos de los daños que tal actividad pudiera ocasionar a los consumidores[1028].

Otro argumento para sustentar la responsabilidad objetiva de los vendedores es que este sistema aumenta la protección al consumidor. Un régimen que no consagre la responsabilidad de los vendedores puede dejar al perjudicado sin reparación en los casos en que el fabricante no sea identificable, no sea posible o sea muy dificultoso someterlo a juicio, o carezca de la capacidad financiera para hacer frente a la indemnización. En este sentido, la corte en el caso *Vandermark v. Ford Motor Co.* expresó que "en algunos casos el distribuidor puede ser el único miembro de la empresa [de producción-distribución] razonablemente al alcance del consumidor".

Finalmente, la responsabilidad de todos los agentes que intervienen en la cadena de producción y distribución de un producto evita que el consumidor tenga que identificar la etapa precisa en la que se generó el defecto, con miras a demandar al responsable[1029]. La responsabilidad de los distribuidores facilita así, la adecuada indemnización de los dañados por productos defectuosos.

3.3. Argumentos en Contra de la Responsabilidad de los Distribuidores. En contra de la responsabilidad de los distribuidores, se sostiene que no es posible asimilarlos a los fabricantes, pues aquellos desempeñan sólo un papel secundario en el proceso de producción[1030].

Los partidarios de esta posición, además, critican los argumentos esbozados en favor de la responsabilidad objetiva de los distribuidores. En tal sentido, se expresa que un sistema que establezca la responsabilidad de los distribuidores es menos adecuado para el logro de un eficiente nivel de seguridad que un sistema que establezca a los fabricantes como únicos responsables, desde que éstos recibirán mayores incentivos hacia la seguridad en caso de ser siempre los demandados directamente[1031].

1028. *Vandermark v. Ford Motor Co. cit.* En el mismo sentido, Prosser, The Fall of the Citadel *cit.* p. 816.

1029. Prosser y Keeton, *op. cit.* p. 707; Prosser, *loc. cit.*

1030. Reich, *op. cit.* núm. 179.

1031. Dictamen en Mayoría *cit.* p. 40.

Por otro lado, se sostiene que el hecho de que los distribuidores tengan la posibilidad de repetir contra los fabricantes no implica que queden absolutamente indemnes luego del juicio. El tener que defenderse en el procedimiento inicial planteado por el perjudicado y, luego, el tener que accionar contra el fabricante con miras a la repetición de lo pagado, de hecho impone sobre el distribuidor un considerable peso económico. El sistema de repetición conduce a un incremento considerable de los costos terciarios de los accidentes[1032].

3.4. Conclusiones. En nuestra opinión presentan mayor solidez los argumentos que favorecen la responsabilidad objetiva de los distribuidores de productos defectuosos, por los daños que éstos ocasionen. En efecto, este sistema conduce a una mayor protección de los dañados sin imponer un peso injusto sobre los distribuidores involucrados.

Es posible sostener que basta con un régimen intermedio, como los que consagran la Directiva de la CEE o el Proyecto Kasten. Sin embargo, un régimen así no elimina las dificultades. En primer lugar, se fuerza al consumidor dañado a tener que acreditar que el defecto se originó en el ámbito de control del fabricante para obtener una indemnización. Ello constituye una carga que en muchos casos puede ser excesiva. Parecería preferible, más bien, que la determinación del origen del defecto no retrase la indemnización del perjudicado y que la tarea de la misma sea impuesta sobre aquellos que tienen a su disposición los medios para el efecto: el fabricante y los distribuidores[1033].

En segundo lugar, un sistema intermedio como el mencionado requiere, para que proceda la acción contra el distribuidor, que el dañado demuestre que no es posible conocer al fabricante o que éste no es solvente, antes de poder plantear su demanda contra aquel. Esto puede conducir a dilatar innecesariamente los procedimientos y a retrasar la indemnización[1034]. La protección al consumidor requiere una oportuna reparación de los daños. El retraso

---

1032. *id.*

1033. Podría considerarse que la solución a este problema sería establecer una presunción juris tantum de que el defecto se originó en el ámbito de control del fabricante demandado. Aún en ese caso, sin embargo, el fabricante podrá demostrar que cuando el producto salió de su ámbito de control no tenía el defecto. En tal caso, el consumidor quedará sin reparación a no ser que pruebe la culpa de uno de los distribuidores, lo que parece una tarea muy difícil. Ver, al respecto, el inciso a) del artículo 7 de la Directiva de la CEE.

1034. Dictamen en Minoría *cit.* p. 93.

de la indemnización puede conducir a una considerable agravación de los mismos.

La responsabilidad de todos los involucrados en la cadena de producción y distribución del producto es aconsejable. Ello no quiere decir que el revendedor que no tenga "nada que ver" con el defecto resulte a fin de cuentas responsable, pues él podrá repetir contra el fabricante. Los costos de transacción que esta repetición genere se podrán reducir en la medida en que se cuente con procedimientos judiciales idóneos. Parecería, pues, que debe permitirse a los vendedores demandados citar en garantía al fabricante en el procedimiento correspondiente.

3.5. Determinación de los Distribuidores. Con relación a este tema, es importante precisar a quiénes debe considerarse distribuidores para efectos de la responsabilidad por productos defectuosos. Hemos visto ya que el *Restatement of Torts (Second)* utiliza la expresión *sellers* (vendedores), para referirse a los responsables. En tal sentido, parecería excluir del ámbito de la responsabilidad a quienes distribuyen el producto por medios jurídicos distintos al contrato de compraventa. Posteriormente, sin embargo, las cortes norteamericanas han ido extendiendo las fronteras de la responsabilidad objetiva por productos defectuosos, comprendiendo dentro de ellas a otros intermediarios, que típicamente prestan servicios con los productos. El límite parece estar fijado según la naturaleza de la transacción y de la actividad del intermediario. Si se trata de una empresa comercial, dedicada habitualmente a poner los productos en cuestión a disposición de los consumidores, se considerará generalmente que ésta es responsable. En cambio, cuando la esencia del negocio es un servicio, siendo el producto un elemento de carácter meramente accidental o secundario, se excluye la responsabilidad.

Aún cuando ello no es perfectamente claro, parecería ser que la Directiva de la CEE tendría una posición similar. En efecto, esta norma se refiere en el parágrafo 3 de su artículo 3 al "suministrador", concepto que tiene una amplitud mayor que el de "vendedor". No pensamos que la Directiva se refiere, mediante el uso de la expresión "suministrador" a la persona que entrega un producto, mediante un contrato de suministro. Parecería, más bien, aludir a cualquier empresa que se encuentre inserta en la cadena de distribución de los productos y que, por tanto, juegue un papel en el suministro de éstos a los consumidores.

En nuestra opinión, la procedencia de la responsabilidad objetiva debe depender de que resulten aplicables a la persona en cuestión, las políticas que

sustentan la responsabilidad por productos defectuosos[1035]. Ello se dará cuando el demandado constituye una empresa que forme parte de la cadena de distribución del producto en cuestión. Así, pues, cuando el demandado es un comerciante, dedicado con habitualidad a poner el producto en cuestión en contacto con los consumidores, parece correcto incluirlo dentro del espectro de la responsabilidad. En cambio, cuando se trata de una persona que realiza una actividad esencialmente distinta y que utiliza el producto de una manera secundaria o accidental no es correcto imponerle responsabilidad objetiva. En este sentido, nos parece adecuada la posición que adopta el Proyecto Kasten, cuya sección 1 (12) d asimila a los vendedores a toda persona que "en el curso de una empresa conducida para tal propósito, vende, distribuye, instala, prepara, mezcla, empaca, etiqueta, mercadea, repara, mantiene o está de otra manera involucrada en la *puesta de un producto en la corriente comercial*". De acuerdo con dicha sección, no se consideran vendedores a los "proveedores de servicios profesionales en cualquier caso en el que la venta o el uso de un producto es incidental con relación a la transacción y la esencia de la transacción es la provisión de juicio, habilidad o servicios".

4. Otros Sujetos Responsables

4.1. Introducción. Como dijéramos al iniciar este capítulo, cualquier persona puede eventualmente convertirse en responsable de los daños causados por un producto defectuoso. En esta sección queremos referirnos a algunas de estas personas, las cuales, si bien no forman parte integrante de la cadena de producción y distribución del producto, pueden tener, por razón de su actividad, una vinculación con el fenómeno de la producción y puesta en circulación de los bienes en el mercado. Estas entidades serán, generalmente, las que realizan actividades con respecto a productos, que pueden resultar incrementando la potencialidad dañosa de estos.

4.2. Reparadores e Instaladores. Las personas dedicadas a reparar productos, pueden intervenir causalmente en la generación de un daño ocasionado por un producto defectuoso si, al realizar su actividad, omiten detectar un defecto o introducen un defecto en el producto. Los reparadores no integran propiamente la cadena de distribución del producto, y su actividad es, en general, un servicio. Por ello, se considera uniformemente que sólo responden en caso de haber violado su deber de actuación diligente[1036].

1035. Brook, Sales Service Transactions *cit.* pp. 575-576.

1036. Henderson y Twerski, *op. cit.* p. 178; Prosser y Keeton, *op. cit.* p.

Sin embargo, los reparadores pueden también actuar como etapas en la cadena de distribución de productos defectuosos, como cuando proporcionan los repuestos necesarios para la reparación. En tales casos, se los considera como distribuidores de los productos suministrados por ellos y, por tanto, responsables objetivamente de los daños causados por los mismos[1037].

Una posición similar a la de los que realizan servicios de reparación es la de los instaladores de productos. En caso que estos no actúen como etapas en la cadena de distribución de los mismos, sino que meramente presten un servicio, responderán únicamente por negligencia. Así, por ejemplo, en el caso *La Rosa v. Scientific Design Co.*[1038], la corte se negó a considerar responsable objetivamente a la empresa que instaló un reactor nuclear. La defectuosa instalación del aparato causó que se escapase del mismo polvo radioactivo, que al ser inhalado por el demandante, le ocasionó cáncer. La corte, considerando que las políticas que sustentaban la responsabilidad por productos no eran aplicables a un instalador, que no distribuía el producto, declaró infundada la demanda, en ausencia de culpa por parte del demandado. En cambio, cuando el instalador es a la vez suministrador del producto o de piezas o partes del mismo, será responsable como distribuidor, por los daños que los defectos de los productos suministrados pudieran ocasionar[1039].

4.3. Servicios de Pruebas. Existen empresas dedicadas a certificar la calidad de los productos, con el objeto de mejorar la imagen de los mismos ante el consumidor. En caso que tales empresas omitan detectar un defecto, pueden así incrementar la peligrosidad del producto, ya que el consumidor

---

720. El proyecto de la Comisión Reformadora del Código Civil de 1936, sin embargo, asimilaba los reparadores a los fabricantes, imponiendo sobre ellos una responsabilidad objetiva. En tal sentido, disponía en su artículo 2036 que "la responsabilidad se desplaza o se comparte, según el caso con el tercero que hubiera reparado. . . el producto, si el fabricante demuestra que el riesgo fue creado total o parcialmente por la reparación".

1037. Henderson y Twerski, *loc. cit.*; Prosser y Keeton, *loc. cit.*; Noel y Philips, *op. cit.* p. 74. Señalan estos últimos autores, respecto a las consideraciones de política que sustentarían esta solución: "Cuando el defecto reside en los servicios prestados, en lugar de en el producto en sí, el proveedor local no puede, como el distribuidor, transferir el costo hacia el fabricante". *id.*

1038. 402 F. 2d 937 (3d. Cir. 1968).

1039. Prosser y Keeton, *loc. cit.*

actuará confiando en la revisión previamente efectuada por la empresa de pruebas. Así, se han presentado ante cortes norteamericanas algunas acciones contra este tipo de empresas certificadoras. Sin embargo, no parece aplicable la responsabilidad objetiva por productos defectuosos al caso, sino que debe accionarse sobre la base de la responsabilidad por negligencia[1040].

Así, en el caso *Hanberry v. Hearst Corporation*[1041], la corte declaró la responsabilidad por culpa de una agencia de certificaciones independientes, que había impuesto un sello de calidad sobre unos zapatos. El demandante resultó dañado cuando sufrió una caída motivada por la calidad excesivamente resbaladiza de las suelas de los zapatos en cuestión. Similarmente, en el caso *Hempstead v. General Fire Extinguisher Corp.*[1042], se declaró la responsabilidad de una empresa que había certificado la calidad de un extintor, cuando éste explosionó lesionando al demandante. La corte expresó que "la falta de ejercicio del cuidado razonable por parte de los certificadores al aprobar el diseño del extintor, obviamente ha aumentado los riesgos de daños al consumidor, con relación a los que hubieran existido de haberse ejercitado el cuidado razonable".

Un caso especial con relación a este tema, puede plantearse cuando es el Estado, mediante sus órganos competentes, quien certifica la conformidad de un producto, autoriza su expendio al público o establece un patrón de diseño o fabricación. Desde nuestro punto de vista, parecería necesario concluir que la declaración de conformidad por parte del Estado, la adecuación del producto a un patrón diseño o fabricación oficial, o la autorización estatal para la venta de un producto, no releva al fabricante de la responsabilidad que le corresponda por los daños causados por los defectos que pudiera tener el producto.

En efecto, la responsabilidad por productos es objetiva y, por ello, la ausencia de culpa del fabricante no es una causa de exclusión de responsabilidad, El hecho de que un fabricante confíe en la capacidad del Estado para juzgar la seguridad de un producto, podrá, en algunos casos, permitirle demos-

---

1040. Henderson y Twerski, *op. cit.* p. 163; Prosser y Keeton, *op. cit.* pp. 719-720.

1041. 81 Cal. Rptr. 519 (Cal. App. 1969).

1042. 269 F. Supp. 109 (D.C. Del. 1967).

trar su ausencia de culpa[1043], pero no servirá, por ello, para liberarlo de responsabilidad. Por otro lado, la finalidad del control previo por parte del Estado de la calidad y seguridad de los productos, es incrementar la protección al consumidor, evitando en lo posible la ocurrencia de daños causados por productos defectuosos. Se trata, pues, de medidas destinadas a evitar la ocurrencia de los accidentes. Ellas, sin embargo, deben complementarse con medidas de reparación posteriores, en la medida en que el control estatal no es perfecto y necesariamente habrán productos defectuosos que se introduzcan en el mercado. Resultaría contradictorio concluir que una vez que se cumplan con los requisitos administrativos, el consumidor queda sin protección frente al fabricante. Ello implicaría reducir la protección de los consumidores, atentando, precisamente, contra la finalidad de la reglamentación preventiva.

Por otro lado, es posible enfocar el problema desde el punto de vista del origen del defecto. Antes hemos visto los casos en los que a pesar de la autorización o la adecuación de las normas oficiales de calidad, el producto tiene un defecto. Podría ser, sin embargo, que el producto resulte defectuoso por razón de su adecuación a una norma oficial de calidad. En este caso, podría sostenerse que, ya que el defecto no tiene propiamente su origen en el fabricante, carece de interés hacerlo responsable. En este sentido, el artículo 7 inciso d) de la Directiva de la CEE, dispone que el productor no será responsable si prueba que "el defecto se debe a que el producto se ajusta a normas imperativas dictadas por los poderes públicos".

Sin embargo, aún en estos casos, consideramos que resultan aplicables las consideraciones que fundamentan la responsabilidad del fabricante. La imposición de responsabilidad sobre éste otorgará adecuada protección a los consumidores y permitirá la modificación de los patrones de producción o, en su caso, la producción de menos bienes del tipo defectuoso. Ello, sin perjuicio de la responsabilidad frente al consumidor y frente al fabricante demandado, que pudiera incumbir al Estado[1044].

1043. En muchos casos, sin embargo, la autorización estatal de un producto, o su adecuación a normas oficiales de calidad no servirá para demostrar la ausencia de culpa del fabricante. Es posible que un fabricante diligente hubiera debido saber que los patrones oficiales eran no eran seguros.

1044. Rojo y Fernández-Río, *op. cit.* p. 224.

5. Modalidad de las Obligaciones de Indemnizar de los Distintos Responsables

La regla general en el Derecho comparado es que, cuando varias personas resultan responsables frente a otra por un mismo daño, la responsabilidad es solidaria[1045]. Consideramos que este principio es aplicable a las diversas personas que resulten responsables por los daños causados por un producto defectúoso.

En efecto, la producción y distribución de los productos en el mercado, constituye un proceso contínuo que se inicia con la producción de los componentes más simples de un producto, y concluye con el uso o consumo del mismo por el consumidor final. En este sentido, de alguna manera, todas las entidades involucradas en este proceso, colaboran, culpable o inocentemente, voluntariamente o no, para el resultado dañoso que se irroga al perjudicado por un producto defectuoso. Parece que ante este supuesto no podría hablarse propiamente de coautoría, en tanto esta generalmente supone la voluntad de los coautores[1046]. Sin embargo, puede considerarse que los diversos involucrados en la cadena de producción y distribución del producto participan conjuntamente en la causación del daño. Por ello, el daño debe ser imputado a todos y cada uno de ellos. Señala Santos Briz que "cuando varios sin cooperación consciente han causado conjuntamente un daño... ha de ser imputado a cada uno en su totalidad pues cada uno es condición imprescindible del resultado"[1047]. Este principio, precisa Santos Briz, "no procede sólo en los ca-

---

1045. Así lo establecen el artículo 830 del B.G.B; el artículo 2055 del Código Civil italiano; el artículo 1518 del Código Civil brasileño; el artículo 1301 del Código Civil austriaco y el artículo 499 del Código Civil portugués. La posición es similar en el derecho norteamericano. Se reconoce generalmente que la responsabilidad es solidaria y no *in solidum* porque, como indica de Trazegnies, "no se trata de varias obligaciones yuxtapuestas sino de una sola obligación que consiste en la indemnización que corresponde a la víctima por un único daño. Esta obligación puede compelerse que sea pagada en su integridad por razones de facilitar a la víctima la cobranza de la indemnización. . . Pero precisamente esta es la característica de la solidaridad: una sola obligación que el acreedor puede cobrar a varias personas, independiente o simultáneamente; pero siempre es una sola obligación". de Trazegnies, La Responsabilidad Extracontractual *cit.* núm. 331.

1046. Bustamante Alsina, Teoría General *cit.* Enneccerus, Kipp y Wolff Tomo II, Volumen 2, Parte II.

1047. Santos Briz, La Responsabilidad civil *cit.* p. 444.

sos de accidentes culposos, sino también en los debidos al riesgo creado por las explotaciones o cosas peligrosas"[1048].

La responsabilidad solidaria de las diversas empresas involucradas es una cuestión de equidad. Resulta injusto imponer sobre el consumidor la tarea de determinar el preciso responsable del defecto. Mediante la solidaridad, el consumidor podrá demandar a todos y cada uno de los involucrados, o a uno o más de ellos, demostrando únicamente que el producto tenía un defecto en el momento de su adquisición final por él[1049]. Los demandados deberán determinar entre sí el peso de la responsabilidad, de acuerdo con la intensidad de los factores de atribución puestos a su cargo y de su intervención causal, pero sin retrasar, ni obstaculizar la pronta reparación de los daños sufridos por el usuario o consumidor. Este efecto es permitido por la solidaridad. En este sentido, el artículo 5 de la Directiva de la CEE establece que "si en aplicación de la presente Directiva, dos o más personas fueran responsables del mismo daño, su responsabilidad será solidaria, sin perjuicio de las disposiciones de Derecho interno relativas al derecho a repetir".

1048. Santos Briz, La Responsabilidad Civil *cit.* p. 287.

1049. Se trataría en el supuesto, de lo que Bustamante Alsina llama responsabilidad colectiva: "En la responsabilidad colectiva, el autor no resulta individualizado y por ello deben responder todos los que participaron en el hecho o integraron simplemente el grupo donde se originó el perjuicio. El hecho de su intervención en la acción del grupo resulta entonces suficiente para atribuir responsabilidad sin autoría material y, por consiguiente, imputabilidad moral. Su individualidad se pierde en el grupo que integra y la sóla demostración de la relación causal del daño con la acción del grupo impregna, a todos los responsables que colectivamente corresponden a éste. Su culpa, si alguna tiene, no es haber causado el daño, que permanece anónimo, sino haber formado parte del grupo de donde partió el perjuicio, y esta afirmación no pasa de ser un giro literario de inoperancia jurídica. Esta responsabilidad es de carácter objetivo. . . se halla fundamental en el riesgo creado por la actividad del grupo, sea esta lícita o ilícita. Todos los que integran el grupo contribuyen con su sola participación en él a crear el riesgo que se traduce en el daño anónimo a tercero". Bustamante, Teoría General *cit.* pp. 560-561.

CUARTA PARTE

UNA APROXIMACION A LA RESPONSABILIDAD CIVIL POR LOS DAÑOS CAUSADOS MEDIANTE PRODUCTOS DEFECTUOSOS EN EL DERECHO PERUANO

Luego de haber determinado cuáles son los elementos fundamentales de la responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos, nos queda intentar la búsqueda de un fundamento positivo a dicha responsabilidad en el ordenamiento jurídico nacional. Para ello realizaremos una revisión de los antecedentes de este tema, en el seno de la Comisión Encargada del Estudio y Revisión del Código Civil de 1936. Asimismo examinaremos la posibilidad de encontrar un fundamento de la responsabilidad por los daños causados mediante productos defectuosos en la normativa nacional sobre Protección al Consumidor. Finalmente, realizaremos una aproximación a las reglas del Código Civil que resultarían de aplicación a la hipótesis de hecho que estudiamos.

SECCION PRIMERA

ANTECEDENTES: EL PROYECTO DE LA COMISION ENCARGADA DEL ESTUDIO Y REVISION DEL *CODIGO CIVIL*

El Proyecto de Código Civil redactado por la Comisión Encargada del Estudio y la Revisión del Código Civil, nombrada por Decreto Supremo 95, de 1 de Marzo de 1965, entregado al señor Presidente de la República el 15 de Julio de 1981, contenía un artículo referido a la responsabilidad civil por productos defectuosos[1050]. En efecto, el artículo 2036 de dicho proyecto, ubicado en el Título Octavo, sobre La Responsabilidad Extracontractual, del Libro VI, referido a Las Obligaciones, y cuyo ponente fue el doctor Fernando de Trazegnies Granda, establecía:

"El fabricante de un producto defectuoso responde por los daños que éste cause mediante su uso normal. La responsabilidad se desplaza o comparte, según el caso, con el tercero que hubiera reparado o modificado el producto, si el fabricante demuestra que el riesgo fue creado total o parcialmente por la reparación o modificación.

1050. La Comisión Encargada del Estudio y Revisión del Código Civil nombrada por Decreto Supremo 95, de 1 de Marzo de 1965 estuvo inicialmente presidida por el doctor Carlos Fernández Sessarego, e integrada por los doctores Max Arias Schreiber Pezet, Ismael Biélich Flórez, Jorge Eugenio Castañeda, Héctor Cornejo Chávez, Alberto Eguren Bresani, Rómulo E. Lanatta Guilhem, José León Barandiarán, Félix Navarro Irvine, Felipe Osterling Parodi, Jorge Vega García y Manuel García Calderón Koechlin. Posteriormente, se integraron a la Comisión, como miembros de ella, los doctores Jorge Avendaño Valdez, Lucrecia Maisch von Humboldt de Portocarrero, Manuel de la Puente y Lavalle, Fernando de Trazegnies Granda y Fernando Vidal Ramírez. Asimismo, fueron asesores de la Comisión los doctores Carlos Cárdenas Quiroz, Delia Revoredo Marsano de DeBakey, Sergio León Martínez, Jorge Muñiz Ziches, Rafael Roselló de la Puente, Jorge Vega Velasco y Shoschana Zusman Tinman.

El vendedor responde solidariamente con las personas mencionadas en el párrafo anterior por los daños que cause el producto defectuoso que ha vendido, si se acredita que conocía la existencia del defecto.

La víctima no tendrá derecho a reparación si se demuestra que conocía el riesgo del defecto antes de utilizar el producto en la forma que causó el daño. Cuando el fabricante anuncie públicamente que un producto que ha colocado en el mercado puede causar daño porque es defectuoso y ha decidido suspender su fabricación y venta, quedará liberado de la responsabilidad a que se refiere el primer párrafo del presente artículo respecto de los daños que se produzcan con posterioridad al anuncio; sin embargo, queda obligado frente a los propietarios de tales productos a reembolsarles el valor de lo razonablemente pagado dentro de los límites de la plaza o a sustituir el producto defectuoso por otro exactamente igual y en buenas condiciones"[1051].

A pesar de las discrepancias que se pudieran tener con respecto al contenido concreto del artículo[1052], lo cierto es que debe reconocerse que se trataba de una aproximación valiosa a un importante problema jurídico. Más aún, el enfoque de fondo que el artículo daba al problema es, en nuestra opinión, el correcto. En efecto, la responsabilidad por productos defectuosos estaba concebida dentro de la ponencia del doctor De Trazegnies, como un medio de optimizar y de distribuir socialmente el costo de los accidentes. Al respecto, escribe el propio ponente: "Es así como se consideraba que el fabricante es el que en mejor posición se encuentra de distribuir el peso económico de los daños entre la totalidad de los consumidores de ese producto, a través del sis-

---

1051. Articulado *"Proyecto del Código Civil"*, texto Mimeografiado, Pontificia Universidad Católica, Programa Académico de Derecho, 1981.

1052. El artículo ceñía la responsabilidad a los daños que el producto ocasionase mediante su uso normal, eliminando la responsabilidad en los casos de daños causados por un uso anormal, pero previsible (por ejemplo, pararse sobre una silla); restringía la responsabilidad del vendedor a los casos de culpa grave o dolo, estableciendo como requisito para ella el conocimiento del defecto; establecía la defensa de aceptación de riesgos, sin incluir el requisito de voluntariedad de la misma, determinando que pudiera quedar sin indemnización una persona que, a pesar de conocer el riesgo, tuvo que emplear el producto por necesidad; permitía al fabricante exonerarse de la responsabilidad anunciando públicamente los defectos de su producto, sin tener en cuenta que posiblemente tal anuncio no llegaría al conocimiento de todos los consumidores. Por otro lado, el precepto tenía algunas omisiones, como la definición de lo que constituye un defecto, la determinación de quiénes deben ser considerados como fabricantes, etc.

tema de precios... De otro lado, si un fabricante en particular comenzara a tener mayores costos que los demás del ramo debido a que sus productos son más defectuosos que lo normal por negligencia o por otras causas no genéricas... la lucha competitiva lo obligaría a cuidar más sus productos, a fin de bajar sus costos indemnizatorios, hasta llegar a niveles normales de calidad del producto y, consecuentemente, de riesgo y costo"[1053].

Sin embargo, la disposición contenida en el artículo 2036 del Proyecto de la Comisión Encargada del Estudio y Revisión del Código Civil fue descartada totalmente, lo mismo que la gran mayoría de las demás normas contenidas en la ponencia del doctor De Trazegnies, por la Comisión Revisora nombrada por la Ley 23404[1054]. El texto promulgado del Código Civil no contiene mención a la responsabilidad por productos defectuosos[1055].

Las razones por las cuales se eliminó el artículo sobre la responsabilidad por productos defectuosos del proyecto de Código Civil no son claras. Parece difícil pensar que los miembros de la Comisión Revisora no tuvieran conocimiento de la problemática jurídica planteada por los daños causados por productos defectuosos. Tenían ante sí, en el texto que debían revisar, una disposición que regulaba expresamente ese tema, por lo que no tenían manera de ignorar dicha problemática. Asimismo, podían profundizar en el tema en las audiencias con los miembros de la Comisión Encargada del Estudio y Revisión

---

1053. de Trazegnies, Fernando. La Responsabilidad Extracontractual *cit.* núm. 534.

1054. Mediante la Ley 23403, el Congreso delegó en el Poder Ejecutivo la facultad de promulgar mediante Decreto Legislativo, "El Código Civil cuyo proyecto ha sido preparado por la Comisión encargada del estudio y revisión del Código Civil de 1936". De acuerdo con la citada ley, sin embargo, previamente a la promulgación, el proyecto debía ser examinado por una Comisión Revisora, conformada por tres senadores, designados por el Senado, tres diputados, designados por la Cámara de Diputados y tres abogados designados por el Ministerio de Justicia, la cual quedó facultada para introducir al proyecto "las reformas que estimare pertinentes, con audiencia de la Comisión que elaboró el proyecto". Los miembros de la Comisión Revisora fueron los doctores Javier Alva Orlandini, presidente, César Fernández Arce, vicepresidente, Jack Bigio Chrem, Roger Cáceres Velásquez, Ricardo Castro Becerra, Edmundo Haya de la Torre, Roberto Ramírez del Villar, Guillermo Velaochaga Miranda y Rodolfo Zamalloa Loaisa.

1055. El Código Civil fue promulgado mediante Decreto Legislativo 295, de 24 de Julio de 1984, dictado al amparo de la autorización para legislar, otorgada al Poder Ejecutivo mediante ley 23403. El Código entró en vigencia el 14 de Noviembre de 1984.

del Código Civil. Tampoco es ajeno el problema de los daños causados por productos defectuosos al quehacer de nuestros jueces. Existen diversas ejecutorias publicadas sobre la responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos, aunque el nivel de conceptualización del problema es bastante rudimentario[1056].

Parece también difícil imaginar que la Comisión Revisora haya estimado que la responsabilidad por productos defectuosos sea un tema que poco tiene que ver con un país atrasado como el nuestro y que, más bien, es propio de los ordenamientos jurídicos de países altamente industrializados. En efecto, el fenómeno de los daños causados por productos defectuosos tiene, desgraciadamente, manifestaciones casi cotidianas en nuestra realidad. Todos tenemos en la memoria, frescas las huellas de terribles tragedias provocadas por productos defectuosos: balones de gas que explosionan en ambientes domésticos, causando muertes y lesiones; intoxicaciones masivas originadas por el consumo de harinas y otros productos comestibles contaminados; ceguera, causada por el consumo de alcohol metílico, que se distribuye libremente y sin advertencias, por parte de personas que ignoran los riesgos del producto; niños que se destruyen física y moralmente, adictos a los vapores alucinógenos que un pegamento, que se vende a cualquier persona en las ferreterías, sin mayores advertencias; cáncer y otras enfermedades, causadas por el consumo indiscriminado de cigarrillos, incentivado por la publicidad televisiva, que anula el efecto de las casi insignificantes advertencias, que eufemísticamente dice que "fumar *puede ser* dañino para la salud"; etc. En un país pobre y con alto grado de analfabetismo como el Perú, el consumidor se encuentra más necesitado de información que en otras circunstancias.

Al parecer la Comisión Revisora no rechazó la inclusión del artículo referido a la responsabilidad del fabricante por una discrepancia de fondo, en cuanto a la idea de imputar al fabricante los daños causados por productos defectuosos, sino más bien, por motivos que podríamos considerar formales o de técnica legislativa. En efecto, escribe De Trazegnies que "en el seno de la Comisión primaron dos tesis, ambas enemigas del artículo: la primera sostenía que la responsabilidad por productos defectuosos no era extracontractual sino contractual, porque el medio por el cual el fabricante los introducía en el mercado era siempre un contrato; la segunda sostuvo que, en el mejor de los

1056. Ver, para una revisión de la jurisprudencia peruana en esta materia, de Trazegnies, Responsabilidad Extracontractual *cit.* núms. 547-549.

casos, si se trataba de responsabilidad extracontractual, este tipo de daños estaban comprendidos en los artículos 1969 ó 1970"[1057].

Discrepamos de las dos posiciones que primaron en la Comisión Reformadora. En cuanto a la primera, referida al ámbito de la responsabilidad, nos referimos a lo expresado en la segunda parte de este trabajo, donde sustentamos nuestra opinión en el sentido que, por su estructura y función, la responsabilidad por productos es extracontractual. En cuanto a la segunda de las posiciones de la Comisión Reformadora, consideramos que el argumento parte de un mal entendimiento de lo que constituye la buena técnica legisltiva. Como dice De Trazegnies, "pretender que no es necesario legislar en particular sobre los daños causados por productos defectuosos es llevar la economía legislativa hasta la avaricia; y además no es compatible con la actitud adoptada en otros casos dentro del mismo Código. En última instancia, si no vale la pena establecer la responsabilidad en una norma específica cuando ésta resulta de la aplicación de los principios generales sobre la materia, entonces quizá toda la Sección sobre Responsabilidad Extracontractual casi podría haberse reducido a dos artículos"[1058].

En el campo de la responsabilidad por productos defectuosos, la complejidad inherente a la hipótesis de hecho, y la diversidad de los problemas jurídicos que plantea, hacen necesaria la regulación específica del tema. Señala de Trazegnies que el no fijar los criterios de acuerdo a los cuales se atribuirá la responsabilidad en este caso, "puede conducir, en unos casos, a que las víctimas queden desamparadas y, en otros casos, a que los industriales sean acosados hasta el punto del desánimo"[1059]. La ley, sobre todo en los campos de la responsabildad civil y de la protección al consumidor cumple también una función educativa: informa a las partes involucradas de sus derechos y deberes, así como de las consecuencias de la violación de éstos últimos. De esta manera, conduce a que el comportamiento de estos sujetos se adecúe a los objetivos de la norma. En este sentido, la inclusión en el Código Civil de una norma que expresamente diga que cuando una persona sufre daños ocasionados por un producto defectuoso tiene derecho a demandar al fabricante para que las indemnize, hará a los ciudadanos conscientes de sus derechos en este campo. Aumentarán, entonces, las demandas por daños causados por pro-

---

1057. de Trazegnies, La Responsabilidad Extracontractual *cit.* núm. 534.

1058. de Trazegnies, *loc. cit.*

1059. *id.*

ductos, serán compensadas las víctimas y deberán pagar los fabricantes, con lo que comenzarán a ser más cuidadosos con la seguridad de sus productos. Podría pensarse que una razón para eliminar el artículo 2036 del Proyecto de la Comisión Reformadora, habría sido el temor de despertar al gigante dormido de los consumidores[1060].

En nuestra opinión, existe otra explicación adicional para el rechazo por parte de la Comisión Revisora de la idea de regular la responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos en el Código Civil. Esta explicación parte de alguna manera de la mentalidad imperante en la generalidad de las personas que estamos vinculadas a un nivel académico o profesional con el Derecho en el Perú. Es común entre nosotros considerar que la seguridad y la calidad de los productos, así como tantos otros elementos de la vida social, deben ser controlados sólo por el Estado. Así, se piensa que el problema de los productos defectuosos no corresponde propiamente al Derecho Civil sino al Derecho Administrativo o al Derecho Penal. Es el Estado Administrador el que, a través de sus organismos y dependencias, de sus reglamentos, procedimientos y autorizaciones, debe garantizar la calidad y la seguridad de los productos. Cuando al escaparse algún producto defectuoso del control estatal ocurre un accidente, entonces hay que llamar a las fuerzas del orden, buscar al "culpable" (al que infringió un reglamento, vendió sin autorización, etc.) y sancionarlo, imponiéndole una multa o clausurando su establecimiento[1061].

1060. Similarmente, señala Rojo y Fernández-Río, respecto a la ausencia de una norma reguladora del supuesto de hecho que nos ocupa en el Código Civil itialiano de 1942 que "no parece probable que los autores del Código desconociesen los efectos que la revolución industrial comportaba para el Derecho ni que careciesen de ejemplos patentes de la insuficiencia de la normativa clásica. Más convincente resulta considerar que los autores del Código tuvieron buen cuidado de no aumentar las cargas que en el momento de la codificación gravitaban sobre las empresas de producción". Rojo y Fernández-Río, *op. cit.* p. 33, en nota 15.

1061. El acento publicista que se da a la protección del consumidor en el Perú es notorio. En el campo del Derecho Penal, merecen citarse, por su relación con el tema bajo estudio, las disposiciones de los artículos 275 y 276 del Código Penal, referidos a los delitos contra la salud pública. Establece el artículo 275: "El que, intencionalmente, fabricare un producto de manera que su consumo, o su uso normal o probable, ponga en peligro la salud de las personas, será reprimido con prisión no mayor de dos años y multa de la renta de tres a noventa días. . .". Y el artículo 276 dispone: "El que sabiendo qu el consumo de un producto o su empleo normal o probable pudiera comprometer la salud de las personas, lo pusiere intencionalmente en venta o en circulación, o lo importare o tomare en depósito, será reprimido con prisión no

Muchas veces formados con una visión tradicional y estática del Derecho Civil[4] no consideramos que éste pueda servir para enfrentar problemas distintos a los que ya existían hace varios siglos. La producción y circulación en el mercado de bienes de consumo masivo y los problemas que esta plantea a la convivencia social son, dentro de esta concepción, fenómenos ajenos al Derecho Civil. La Protección al Consumidor es una frase exótica para los civilistas tradicionales, con un fuerte aroma a Derecho Administrativo y que se identifica vagamente con el control de los precios de los productos por parte de los funcionarios municipales. Dentro de esta concepción, es natural que se rechace la posibilidad de incluir una norma sobre la responsabilidad del fabricante de un producto defectuoso en el Código Civil.

Consideramos que esta manera de percibir el Derecho jugó un papel muy importante en la decisión de la Comisión Revisora de rechazar el artículo del Proyecto de Código Civil referido a la responsabilidad por productos defectuosos. Es sintomático que durante los mismos meses en los que trabajaba la Comisión Revisora, introduciendo modificaciones al Proyecto, fuera aprobado, mediante Decreto Supremo de emergencia, un conjunto de normas sobre la Protección al Consumidor, en las que parecería establecerse algún tipo de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos. Aparentemente, pues, se consideró que era más propio tratar el problema de los productos defectuosos en el marco de esta última norma que dentro del Código Civil.

La posición metodológica de legislar sobre la responsabilidad por productos defectuosos en el marco de una ley de protección al consumidor no es en sí reprochable, si se tiene una idea correcta de los ámbitos de la Protección al Consumidor. En cambio, es criticable cuando se concibe a la Protección al Consumidor como una tarea que compete fundamentalmente a la burocracia estatal. Desgraciadamente, esta última concepción es la que inspira el Decreto mencionado, conforme veremos a continuación.

---

mayor de dos años o multa de la renta de tres a noventa días. . .". Pueden mencionarse aquí, con carácter meramente enunciativo, otras normas de Derecho Público que regulan la calidad de los productos en campos específicos, como el Código Sanitario, aprobado por Decreto Ley 17505, especialmente sus artículos 58 a 83, referidos a los alimentos y a los productos farmaceúticos; y el Reglamento Sanitario de Alimentos, restructurado por Decreto Supremo 014-84-SA.

SECCION SEGUNDA

LA RESPONSABILIDAD POR LOS DAÑOS CAUSADOS POR PRODUCTOS DEFECTUOSOS EN EL DECRETO SUPREMO O36-JUS, SOBRE PROTECCION AL CONSUMIDOR

1. Introducción

Por Decreto Supremo 036-83-JUS, de 23 de Julio de 1983, publicado en el Diario Oficial El Peruano el 28 de Julio del mismo año (en adelante, el Decreto), el Poder Ejecutivo estableció las llamadas Normas de Protección a los Consumidores. Posteriormente, por ley 23863, se dio fuerza de ley a dicho Decreto[1062].

1062. El Decreto Supremo 036-83-JUS, fue dictado por el Poder Ejecutivo al amparo la facultad de "dictar medidas extraordinarias en materia económica y financiera, cuando así lo requiere el interés nacional y con cargo a dar cuenta al Congreso" que otorga al Presidente de la República el inciso 20 del artículo 211 de la Constitución Política del Estado. Los considerandos del Decreto invocaron como situación que requería la expedición de medidas de urgencia, "la crítica situación económica que atraviesa el país". Ahora bien, es evidente para todos los que tenemos algunos años viviendo en el Perú que "la crítica situación económica" del país es la situación corriente del mismo desde hace ya varios lustros. En consecuencia, tal situación no presenta los visos de emergencia que justifican el dictado de las medidas extraordinarias. Por otro lado, la naturaleza de las normas contenidas en el Decreto que comentamos es permanente. No se trata de medidas extraordinarias o de urgencia, sino de normas estables destinadas a regular, con carácter contínuo, diversos ámbitos de la actividad económica. Es, por decir lo menos contradictorio, calificar de "extraordinarias" a medidas de protección al consumidor que están precisamente destinadas a implementar jurídicamente uno de los principios fundamentales del régimen económico de la República. En efecto, el artículo 110 de la Constitución Política del Estado establece que "El Estado. . . defiende el interés de los consumidores". Esta disposición constitucional está contenida en un artículo que define el papel de Estado en la economía nacional y que, por ello, resulta uno de los pilares del régimen económico consagrado por la Constitución. No puede, pues,

Según lo expresado en los considerandos del Decreto, éste tuvo como objeto dictar medidas "en materia económica en defensa de los consumidores, de acuerdo al artículo 110 de la Constitución Política del Estado y de los Decretos Legislativos 123 y 51"[1063]. En tal sentido, las Normas de Protección a los Consumidores aprobadas se dirigen fundamentalmente a proteger los derechos económicos de éstos. Así, se establecen normas sobre control de precios (artículos 6 a 9); sobre sanciones a quienes adulteren, acaparen o vendan sin autorización bienes y servicios (artículo 10); sobre publicidad comercial (artículos 11 a 20); sobre ventas a crédito (artículos 21 y 22); sobre las responsabilidades de los proveedores (artículos 23 a 25); sobre la prestación de servicios (artículos 26 a 33); sobre las ventas fuera de los establecimientos (artículos 34 a 38); sobre el comercio ambulatorio (artículos 39 a 42); sobre los bienes y servicios a cargo de empresas públicas, así como disposiciones finales de contenido diverso.

Los medios empleados para lograr la protección de los intereses económicos en este contexto, pertenecen fundamentalmente a los campos del Derecho Administrativo y del Derecho Penal. En tal sentido, el artículo 2 del Decreto establece que "son funcionarios competentes [para la aplicación de las normas] según los casos: a) Los ministros de Economía, Finanzas y Co-

---

sostenerse que las normas jurídicas destinadas a implementar parte de dicho régimen son "extraordinarias". De lo anterior se desprende que la validez del Decreto que comentamos era altamente cuestionable. Por ello, mediante el artículo 3 de la Ley 23863 se dispuso darse fuerza de ley "al Decreto Supremo 036-83, del 22 de Julio de 1983, sobre protección al consumidor".

1063. El artículo 110 de la Constitución Política del Estado establece: "El régimen económico de la República se fundamenta en principios de justicia social orientados a la dignificación del trabajo como fuente principal de riqueza y como medio de realización de la persona humana.

El Estado promueve el desarrollo económico y social mediante el incremento de la producción y de la productividad, la racional utilización de los recursos, el pleno empleo y la distribución equitativa del ingreso. Con igual finalidad, fomenta los diversos sectores de la producción *y defiende el interés de los consumidores*".

Mediante el Decreto Legislativo 51 se aprobó la Ley Orgánica de Municipalidades, que fue abrogada y reemplazada por la nueva Ley Orgánica de Municipalidades, Ley 23853. El Decreto Legislativo 123 tipifica los delitos de acaparamiento, adulteración y venta a precios superiores a los oficiales, de artículos calificados como de primera necesidad.

mercio, de Educación, de Agricultura, de Pesquería, de Energía y Minas, de Industria, Turismo e Integración, de Transportes y Comunicaciones, de Salud y del Interior; b) Los Alcaldes y Regidores; c) Los Fiscales del Ministerio Público; d) Las autoridades políticas; y e) Los demás que establezca el Poder Ejecutivo. En consecuencia, no se contempla al Poder Judicial –menos aún a los jueces civiles– como funcionarios que puedan resultar competentes para la aplicación de las Normas de Protección al Consumidor.

Este criterio publicista se manifiesta también en el acento que pone el Decreto en la sanción, como efecto de la violación de las normas, menospreciando a la indemnización, producto de la acción privada. En tal sentido, la Octava Disposición final del Decreto establece que "las infracciones de lo dispuesto en el presente Decreto Supremo serán sancionadas de acuerdo a lo señalado en los artículos 10 y 11". Estos dos últimos artículos únicamente remiten a las disposiciones sobre sanción del acaparamiento y la especulación contenidas en la antigua Ley Orgánica de Municipalidades, Decreto Legislativo 51, y a las sanciones pecuniarias por el incumplimiento de las Normas sobre Publicidad Comercial establecidas por el Decreto Supremo 002-81-OCI/OAJ, de 31 de Abril de 1981, publicado en el Diario Oficial El Peruano el 29 de Abril del mismo año.

En este orden de ideas, el Decreto no establece procedimiento alguno para que los consumidores individuales puedan plantear reclamos frente a los proveedores o comerciantes responsables, con miras a hacer efectivos sus derechos. Al parecer se ha considerado que la aplicación de las normas contenidas en el Decreto es meramente competencia de los funcionarios públicos y depende fundamentalmente de su iniciativa y que el interés privado poco tiene que hacer en esta materia. Es así como el artículo 1 del Decreto señala que sus disposiciones son de orden público y que "serán aplicadas, bajo responsabilidad, por las autoridades y funcionarios competentes"[1064].

Este acento publicista no es el único defecto que vemos en el Decreto Supremo 036-83-JUS. Sin embargo, no es ésta la oportunidad para hacer un análisis detallado de dicho dispositivo. Unicamente nos detendremos en

---

1064. Es cierto que el artículo citado añade que la aplicación de las normas por los funcionarios competentes será hecha "de oficio o a iniciativa de parte". Sin embargo, parecería que la mención a la iniciativa de parte tiene un carácter meramente lírico, en la medida en que no se establecen procedimientos adecuados para que tal iniciativa se manifieste ni se otorga incentivos patrimoniales para fomentarla.

el estudio de aquellas de las normas contenidas en el Decreto que pueden resultar relevantes para establecer la responsabilidad por productos defectuosos.

2. Disposiciones Generales

De acuerdo con el artículo 1 del Decreto, sus disposiciones son de orden público. En consecuencia, tal como lo reitera la sétima disposición final del mismo, "prevalecen sobre cualquier estipulación contractual".

El espectro de sujetos a los cuales se aplica el Decreto es bastante amplio, y comprende a los consumidores, los productores o proveedores y los comerciantes. Para tal efecto, el artículo 4 dispone que es un consumidor "quien mediante contrato verbal o escrito adquiere bienes, fungibles o no, o la prestación de algún servicio"; productor o proveedor "la persona natural o jurídica que produzca, extraiga, industrialice, fabrique o transforme bienes destinados al público o preste servicios no profesionales o sujetos a dependencia"; y comerciante, "la persona que tenga por ocupación habitual el comercio".

Los organismos encargados de la aplicación del Decreto son los que hemos enumerado en líneas anteriores.

3. Interpretación de la Cuarta Disposición Final

El primer problema que plantea el Decreto, desde el punto de vista de la responsabilidad civil por productos defectuosos, está referido al sentido de la cuarta disposición final del mismo. Señala esta disposición: "Los proveedores de bienes o servicios incurren en responsabilidad civil y administrativa por los actos propios que atenten contra los derechos del consumidor y por los de sus colaboradores, subordinados y toda clase de vigilantes, guardias o personal auxiliar que preste servicios en el establecimiento de que se trate, aún cuando no tengan con el mismo una relación laboral, independientemente de la responsabilidad personal en que hubiera incurrido el agente de la infracción".

La cuestión es determinar si esta disposición establece un principio autónomo de responsabilidad y, si es así, cuáles son los alcances de este principio. El análisis de estos problemas lo desarrollamos a continuación.

En primer lugar, debemos determinar si esta disposición establece un principio específico de responsabilidad o meramente declara que los provee-

dores están sujetos a las responsabilidades establecidas por otras normas, sean las contenidas en el propio Decreto o las de otros dispositivos. En nuestra opinión debe concluirse que la disposición que comentamos establece un nuevo principio de responsabilidad. En efecto, no existen otras normas jurídicas en el ordenamiento legal peruano que establezcan la responsabilidad por la violación de los derechos del consumidor. En consecuencia, no existen normas sobre este tema a las cuales pudiera estarse refiriendo la disposición final cuarta.

Por otro lado la propia redacción de la norma indica su carácter imperativo. No señala que los proveedores "pueden incurrir en responsabilidad", lo que sería coherente si la responsabilidad se fijase de acuerdo con los términos de otra norma, sino que "incurren" en ella. En este sentido, por ejemplo, la misma disposición final cuarta al hablar de la responsabilidad de los dependientes del proveedor, si tiene una redacción condicional, que trasluce la intención de no establecer un nuevo principio de responsabilidad en este campo. Así, expresa la norma que la responsabilidad del proveedor procede "independientemente de la responsabilidad personal en que *hubiere incurrido* el agente de la infracción".

En segundo lugar, hay que preguntarnos qué tipo de responsabilidad es ésta que establece la disposición que comentamos. Debemos distinguir dos responsabilidades aquí: una por "acto propio" del proveedor y otra, vicaria, "por los actos de sus colaboradores. . .". Ambas responsabilidades recaen sobre el proveedor, sin perjuicio de la responsabilidad directa que pudiera corresponder al dependiente, agente directo de la infracción. Ambas responsabilidades proceden también cuando "los actos. . .[del proveedor o de sus colaboradores] atenten contra los derechos de los consumidores".

La clave para la interpretación del precepto está, pues, en la expresión "actos. . . que atenten contra los derechos de los consumidores". Del estudio detallado de los elementos presentes en esta frase deberemos extraer los conceptos que nos permitan llegar a determinar el supuesto de hecho de la norma y, por lo tanto, la naturaleza y extensión de la responsabilidad que ella establece.

Una primera revisión de esta frase nos permite percibir que ella tiene una redacción confusa. En efecto, en la estructura gramatical de la oración, el calificativo "que atenten contra los derechos de los consumidores" modifica el sujeto "los actos". Sin embargo, como veremos, los actos no pueden atentar, en la medida en que no pueden actuar. Así, pues, lo que la norma

quiere decir en realidad es que son los proveedores o los dependientes de éstos los que, mediante sus actos, atentan contra los derechos de los consumidores.

Los elementos presentes en la norma que nos darán la pauta para establecer su sentido son tres. La norma supone (1) la existencia de un acto que (2) manifieste un atentado del agente directo contra (3) los derechos de los consumidores. A continuación examinaremos cada uno de estos elementos.

La noción de acto tiene un contenido específico en el Derecho. La categorización de los eventos para el Derecho parte de la noción de "hecho jurídico", que es "aquel suceso al cual el Derecho atribuye consecuencias jurídicas capaces de cambiar las situaciones preexistentes a ellos y que configuran situaciones nuevas a las que corresponden nuevas categorías jurídicas"[1065]. Dentro de los hechos jurídicos, cabe distinguir los propiamente dichos, que son "aquellos en los que sea totalmente ajena la voluntad humana"[1066], los actos y los negocios jurídicos. La expresión acto jurídico puede también ser entendida en sentido amplio, "comprensivo de todo hecho jurídico voluntario"[1067], o en sentido estricto, comprendiendo sólo a aquellos que no revisten la calidad de negocios jurídicos; es decir, serían actos jurídicos en sentido estricto, aquellos hechos jurídicos voluntarios en los que "el autor, aunque quiere el hecho. . . no quiere explícitamente sus efectos jurídicos"[1068]. Negocio jurídico, en cambio "es el acto jurídico (en sentido lato) en el que la voluntad del sujeto, mediante una manifestación de voluntad se dirige, precisamente, a lograr el efecto jurídico atribuído al mismo[1069]. De acuerdo con este criterio, la noción estricta de acto jurídico comprendería a los llamados actos ilícitos.

Dentro de la sistemática de nuestro Código Civil, la noción de acto jurídico se identifica con la de negocio jurídico, y no comprende a los hechos jurídicos voluntarios en los que la voluntad del sujeto no se manifiesta con

---

1065. Ordoqui y Olivera, *op. cit.* Tomo II, p. 31, En el mismo sentido, Boffi Boggero, Tratado *cit.* p. 104.

1066. García Amigo, *op. cit.* Tomo I, p. 650.

1067. García Amigo, *op. cit.* Tomo I, p. 651.

1068. García Amigo, *op. cit.* Tomo I, p. 652.

1069. García Amigo, *loc. cit.* En el mismo sentido, Barassi, *op. cit.* Tomo I, pp. 151-152.

el objeto de crear los efectos jurídicos queridos por éste[1070]. Sin embargo, es evidente que la disposición final cuarta del Decreto no se refiere al acto jurídico, sino al acto a secas, es decir, al hecho jurídico humano, o sea, voluntario[1071].

Así, pues, el primer requisito de la responsabilidad que establece la cuarta disposición final del Decreto está constituido por una conducta humana, voluntaria y dirigida a un fin.

En segundo lugar, la norma requiere que mediante tal conducta su autor *atente* contra determinados derechos. Debemos inquirir pues, por el sentido de la expresión "atentar". De acuerdo con el Diccionario de la Lengua, atentar es "emprender o ejecutar alguna cosa ilegal o ilícita" o "intentar, es-

---

1070. La posición de nuestro Código Civil, que sigue en este punto la opinión de León Barandiarán, identifica los conceptos de acto jurídico y de negocio jurídico. Señala así, Fernando Vidal, en la exposición de motivos del Libro II del Código Civil, referido al Acto Jurídico que "planteada la reforma del Código de 1936, se optó por la nominación del acto jurídico tomándose, como idea fundamental, alrededor de la cual giran los conceptos de acto jurídico y de negocio jurídico, la de la manifestación de voluntad destinada a producir efectos jurídicos conjugándose así las corrientes doctrinales que los separan y distinguen, para integrar un único y solo concepto y encerrarlo en la nominación de acto jurídico". Vidal, Exposición de Motivos y Comentario *cit.* T. IV, p. 275. En palabras de León Barandiarán "el acto jurídico es el hecho jurídico de carácter voluntario y lícito cuyo efecto es querido directamente por el agente, y en el cual existe una declaración de voluntad". León Barandiarán, Comentarios al Código Civil Peruano *cit.*, p. 22.

1071. Como señala Enneccerus, "al concepto de acto le es esencial un contenido final (dirigido a un fin). El proceso exterior de la actuación o exteriorización de la voluntad no puede. . . ser concebido al margen de su adscripción a un fin sin falsear con ello la esencia del actuar humano. Por consiguiente, es más exacto definir el acto. . . como una conducta dirigida a la consecución de un fin". Enneccerus, Kipp y Wolff, *op. cit.* Tomo I, Parte 2, Vol. 2. En consecuencia, continúa Enneccerus, "la coacción física excluye la admisión de un acto, lo mismo que el haber iniciado una serie causal en estado de inconciencia. . . El concepto de acto exige la aplicación de unos medios para la consecución de un fin representado". Enneccerus, Kipp y Wolff, *op. cit.* Tomo II, Parte 2, Vol. 2, p. 848. Consideramos, sin embargo, pertinente la aclaración de Larenz, quien señala que "el concepto jurídico de acción es distinto que el filosófico, que sólo comprende el obrar querido. Aquel comprende, además, la producción de un resultado mediante un movimiento corporal inconsciente o involuntario en tanto se de la posibilidad de un control de la consciencia junto a la dirección de la voluntad". Larenz, *op. cit.* Tomo II.

pecialmente hablando de un delito". Emprender, a su vez, es "acometer y comenzar una obra, un negocio, un empeño. . ." y ejecutar, "poner por obra una cosa". Así, pues, el uso de la expresión "atentar" califica la intencionalidad que debe marcar el acto del sujeto. La finalidad perseguida no debe ser cualquiera, sino una específicamente ilícita o delictuosa. El acto al que se refiere la disposición final cuarta, entonces, no sólo debe ser voluntario, sino doloso. Ello resulta confirmado por el uso del término "infracción" en el propio texto legal.

El requisito de la intencionalidad ilícita que debe manifestar el acto del agente nos lleva al tercer elemento presente en la norma que analizamos. Este es el de los derechos del consumidor. La ilicitud de la acción del sujeto no debe estar referida a cualquier norma, sino específicamente a la violación de los derechos del consumidor. Ahora bien, cabe preguntar entonces cuáles son éstos. No se ha establecido con carácter general cuáles son los derechos del consumidor reconocidos por nuestro ordenamiento jurídico. En tal sentido, debemos remitirnos a los derechos que aparezcan consagrados por diversas disposiciones legales de derecho interno; a los que hayan sido reconocidos por normas de carácter supranacional y a los que la doctrina contemple.

Del análisis precedente, debemos concluir que el principio de establecido por la cuarta disposición final del Decreto es uno que consagra la responsabilidad civil y administrativa de los proveedores por los actos que realicen ellos personalmente, o sus dependientes mencionados por la norma, con la finalidad de vulnerar los derechos de los consumidores.

Por lo expuesto, consideramos que la disposición final cuarta del Decreto no es un instrumento adecuado para establecer generalmente la responsabilidad de los proveedores por los daños causados por productos defectuosos. El principio mencionado no añade nada a las normas generales que informan la responsabilidad civil por los daños causados a otros en nuestro ordenamiento jurídico.

4. Normas Sobre Publicidad Comercial

4.1. Contenido de las Normas. El Decreto regula la publicidad comercial referida a la venta de bienes y servicios en el Título VI, artículos 11 a 20. De acuerdo con el artículo 12 del mismo, la publicidad regulada por éste es aquella "que se verifica mediante cualquiera de los medios de comunicación social y la que se hace en las etiquetas, envolturas, envases o empaques, o en los impresos inclusos en ellos".

Establece el artículo 11 el principio de veracidad publicitaria, señalando que "la publicidad referente a la venta de bienes y servicios tendrá que contener información veraz, cierta y verificable; debiendo efectuarse en el idioma oficial[1072] y sujetarse a lo dispuesto por el D.S. 002-81-OCI-OAJ de 21.4.81"[1073]. Señala asimismo el artículo 12 que "la publicidad debe ser practicada en términos comprensibles".

Los artículos 12 a 17 establecen los contenidos obligatorios de la publicidad referida a la venta de bienes y a la prestación de servicios. De acuerdo con estas normas, en la publicidad debe expresarse "la cantidad y calidad de los materiales, ingredientes y sustancias de los productos y las instrucciones para su uso y conservación" (artículo 12). Asimismo, "cuando se trata de productos cuya venta se garantiza, debe indicarse en la publicidad, claramente, en qué consiste la garantía y cuál es el plazo de la misma" (artículo 15). Por otro lado, "la comercialización de productos usados o reconstruídos o con alguna deficiencia será anunciada con la indicación que corresponda y, en todo caso, llevará el producto el distintivo que alerte el hecho" (artículo 16). Finalmente, tratándose de "la venta de productos peligrosos, se adherirá a los mismos, en lugar apropiado y fácilmente visible, la advertencia pertinente" (artículo 17)[1074].

1072. De acuerdo con el artículo 83 de la Constitución Política del Estado, "el castellano es el idioma oficial de la República. También son de uso oficial el quechua y el aymara en las zonas y en la forma que la ley establece. Las demás lenguas aborígenes integran asimismo el patrimonio cultural de la nación".

1073. El Decreto Supremo 002-81-OCI/OAJ, de 21 de Abril de 1981, estableció las normas de acuerdo con las cuales debe realizarse la publicidad comercial en el país. Respecto a la veracidad de los mensajes publicitarios, señala este Decreto: "El contenido de un mensaje publicitario comprende tanto lo que se dice como la forma en que se presenta"; "Los contenidos publicitarios deberán ser veraces y respetuosos de la ética comercial" (Norma de Contenidos 3). y "las aseveraciones sobre las cualidades y/o condiciones de un bien o servicio dentro de un mensaje publicitario deben ser verificables y respaldadas con pruebas consistentes que las certifiquen" (Norma de Contenidos 4).

1074. En materia de publicidad de cigarrillos y bebidas alcohólicas, dispone el Decreto Supremo 002-81-OCI/OAJ que "No se podrá presentar como hábito saludable el consumo de cigarrillos y bebidas de alto contenido alcohólico. En la publicidad de cigarrillos deberá incluirse claramente la leyenda que para tal efecto apruebe el Ministerio de Salud". (Norma de Contenidos 16). El Ministerio de Salud, mediante Decreto Supremo 0079-70-SA, de 29 de Abril de 1979, dispuso que quedaba prohibida, a partir de la fecha de su expedición "toda clase de propa-

4.2. Responsabilidad por Daños. Aún cuando las normas sobre publicidad contenidas en el Decreto sobre protección al consumidor no han sido redactadas teniendo en mente el problema de la responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos, es indudable que su violación puede integrar el supuesto de hecho de dicha responsabilidad. La existencia de información falsa o engañosa respecto a las características de los productos o la ausencia de la necesaria información sobre su modo de uso o consumo y sus peligros, puede determinar daños al consumidor. Podemos, entonces, preguntarnos si, dentro del marco del Decreto sobre protección al consumidor, el incumplimiento de las normas sobre publicidad puede dar lugar a la responsabilidad por los daños causados por un producto defectuoso.

Como hemos tenido oportunidad de expresar anteriormente, la legislación sobre la publicidad falsa o engañosa no tiene por objeto proveer a la indemnización de los daños causados por productos defectuosos. En este sentido, el efecto de la violación de las normas sobre publicidad comercial del Decreto Supremo 036-83-JUS es una sanción impuesta a la empresa anunciante o al medio publicitario, según el caso. Así, la octava disposición final del Decreto establece que "las infracciones de lo dispuesto en el presente Decreto Supremo serán sancionadas de acuerdo a lo señalado en los artículos 11 y 12". El artículo 12, por su parte, dispone que la publicidad referente a la venta de bienes y servicios debe adecuarse al Decreto Supremo 002-81-OCI/OAJ[1075]. En consecuencia, al parecer, las sanciones por el incumplimiento de las normas sobre publicidad contenidas en el Decreto Supremo 036-83-JUS son las que tiene establecidas el Decreto Supremo 002-81-OCI/OAJ. Estas sanciones comprenden "el retiro de la publicidad y multa de dos a seis sueldos mínimos vitales. . . a imponerse a las personas naturales o jurídicas

---

ganda que trate de difundir el uso del cigarrillo y el hábito de fumar en el país sin advertir, al mismo tiempo, el riesgo que constituye el uso del cigarrillo (artículo 1) y que "todo fabricante de cigarrillos en el Perú está obligado a consignar, en lugar visible y con tipo de imprenta adecuado, en la cajetilla o envoltura, de cualquier clase, la siguiente advertencia: 'Puede ser dañino a la salud" (artículo 2). Finalmente, en esta misma materia, establece el Decreto Supremo 002-81-OCI/OAJ que "La publicidad de cigarrillos y bebidas de alto contenido alcohólico sólo será permitida después de las 21.00 horas" (Norma Operativa 19).

1075. El artículo 11 está referido a las sanciones penales por delitos económicos y a las sanciones pecuniarias que pueden imponer las Municipalidades en los casos de adulteración, acaparamiento o venta a precios no oficiales.

responsables de la publicidad. . . Por cada reiterancia, el valor de la multa aumentará un 100% sucesiva y acumulativamente"[1076]. Tratándose de normas de contenido, se considera persona natural o jurídica responsable al anunciante. En caso de las normas operativas, será persona responsable el titular del medio[1077].

La existencia de normas sancionatorias de las violaciones al Decreto sobre protección al consumidor no implica que la sanción sea la única consecuencia jurídica de tales violaciones. Si la infracción de los preceptos del Decreto irroga daños, puede haber lugar a la responsabilidad civil correspondiente. Sin embargo, no existe norma en el Decreto sobre protección al consumidor que imponga expresamente responsabilidad civil al proveedor de un producto por los daños que pudiera sufrir un consumidor como resultado de la información falsa, engañosa o incompleta que pudiera haberse proporcionado sobre el producto. Podría pensarse en recurrir a la disposición final cuarta del Decreto para imponer la responsabilidad civil en estos casos. Pero la exigencia de una intencionalidad en la violación del derecho del consumidor que contiene dicha norma dificulta enormemente la obtención de una indemnización en estos casos.

Parecería, por ello, más bien, que la violación de las normas jurídicas que regulan la publicidad comercial por parte del proveedor de un producto, debe ser apreciada por el juez en la determinación de la defectuosidad del producto o la culpa del proveedor, en su caso, así como de la influencia causal de tales elementos sobre el daño, para efectos de la atribución de responsabilidad a tal proveedor, al amparo de los principios generales de la responsabilidad civil.

5. Normas Sobre Responsabilidad por Defectos

El artículo 24 del Decreto establece: "El consumidor tiene derecho a pedir alternativamente la rescisión del contrato, la reducción del precio, la reparación gratuita de producto, la reposición o la devolución del precio, según sea el caso, sin perjuicio de la indemnización a la que haya lugar cuando: 1. El producto tenga defectos o vicios ocultos;... 4. El producto haya sido vendido después de vencido el plazo que garantiza su buen estado; 5. El producto no sea apto para el uso al cual está destinado por cualquier

---

1076. Decreto Supremo 002-81-OCI/OAJ, artículo 2.

1077. Decreto Supremo 002-81-OCI/OAJ, artículo 4.

defecto de fabricación; 6. El producto haya sido fabricado con materiales distintos a los ofertados o a los que dice contener; . . . 8. El producto esté garantizado y, dentro del plazo de su vigencia, se deteriore su calidad o sustancia. El plazo para interponer la acción correspondiente es de seis meses".

Debemos indagar si esta disposición consagra una responsabilidad del fabricante por los daños que sufran los consumidores por causa de productos que presenten los vicios o defectos mencionados por la norma. Es evidente que la norma está destinada, primeramente, a garantizar o proteger los intereses económicos de los consumidores. En tal sentido se les permite solicitar "la rescisión del contrato, la reducción del precio o la reparación gratuita del producto". Así mismo, los defectos que se mencionan en los incisos de la norma son precisamente aquellos que pueden conducir a que el producto tenga un menor valor o menor utilidad para el consumidor. Sin embargo, ello no quiere decir que la norma no pueda, además, ser empleada para proteger la seguridad de los consumidores. Así, podemos preguntarnos si, además de la garantía a los intereses económicos, cuando el producto dañe la persona o bienes del consumidor, la disposición permite exigir la indemnización de tales daños. En esta cuestión, lo fundamental es desentrañar el sentido de la expresión "sin perjuicio de la indemnización de daños y perjuicios a que haya lugar". ¿Se está estableciendo un derecho a ser indemnizado o se está aclarando que la norma no deroga los derechos a ser indemnizados que pudieran corresponder a los consumidores al amparo de otras disposiciones?.

Para efectos de la exégesis de la norma citada, resulta interesante mencionar que las normas contenidas en el Título VI del Decreto sobre protección al consumidor, como la gran mayoría de las demás disposiciones del Decreto, tienen su fuente directa en el la Ley Federal de Protección al Consumidor de México. Esta última norma, como hemos visto, reglamenta las responsabilidades de los vendedores y fabricantes de productos por los defectos que presenten estos, con mucho mayor claridad, en cuatro artículos distintos contenidos en su Capítulo Cuarto. De ellos se desprende la responsabilidad del fabricante por los daños causados por productos defectuosos[1078]. En este senti-

1078. Así, el artículo 31 de la ley mexicana establece la responsabilidad general de los vendedores en el marco del contrato de compraventa, señalando que "el consumidor puede optar por pedir la rescisión o la reducción del precio y, *en cualquier caso, la indemnización por daños y perjuicios*, cuando la cosa objeto del contrato tenga defectos o vicios ocultos que la hagan impropia para los usos a que habitualmente se destine o que disminuyan de tal modo su calidad que de haberlos conocido, el consumidor no la habría adquirido o habría dado menos

do, el artículo 33 de la ley mexicana, que consagra la responsabilidad de los fabricantes y vendedores, establece que, en caso que el producto "por sus deficiencias de fabricación, elaboración, estructura, calidad o condiciones sanitarias, en su caso, no sea apto para el uso al cual está destinado", el consumidor tendrá derecho, *"además de la indemnización por los daños y perjuicios ocasionados*, a la reparación gratuita del bien..."

El legislador peruano al reproducir los preceptos de la ley mexicana en el Decreto sobre protección al consumidor, eliminó del inciso correspondiente a las "deficiencias de fabricación, elaboración, estructura, calidad o condiciones sanitarias", limitándose a hablar de "defectos de fabricación". Así mismo, modificó la expresión *"además de* la indemnización de daños y perjuicios", por la fórmula *"sin perjuicio de* la indemnización de daños y perjuicios a que haya lugar". En consecuencia, parece forzoso concluir que la norma nacional sobre protección al consumidor omite *ex profeso* imponer respnsabilidad por los daños causados por productos defectuosos, a la persona y otros bienes jurídicos del consumidor[1079]. Ello resulta confirmado por la distinta redacción que se emplea posteriormente, en el artículo 29 del Decreto, referido a la responsabilidad del reparador, en el que se establece enfáticamente que, en tal caso sí "hay lugar, además, a la indemnización por daños y perjuicios"[1080].

---

por ella". Por otra parte, el artículo 32 establece los casos en los que *por defectos de cantidad*, el consumidor tiene derecho a solicitar "la resposición del producto o la bonificación o devolución de la cantidad pagada en exceso". Finalmente, son los artículos 33 y 34 los que establecen la responsabilidad de los fabricantes y vendedores por los defectos de calidad e idoneidad de sus productos. Señala el artículo 33 que "Los consumidores tendrán derecho, *además de la indemnización por los daños y perjuicios ocasionados*, a la reparación gratuita del bien y, cuando ello no sea posible, a su reposición o, de no ser posible la una ni la otra, a la devolución de la cantidad pagada, en los siguientes casos. . . V. Cuando cualquier producto por sus deficiencias de fabricación, elaboración, estructura, calidad o condiciones sanitarias, en su caso, no sea apto para el uso al cual está destinado". El artículo 34 aclara que "La reclamación a que se refiere el artículo 33 deberá presentarse al vendedor o al fabricante, indistintamente".

1079. Un grave problema que presenta la norma en cuestión es que no señala a quién corresponde la responsabilidad en las hipótesis de hecho que ella señala. Parecería que, por los derechos que la norma otorga al consumidor (rescindir el contrato, solicitar la devolución de precio, etc.), ésta está destinada a surtir efectos frente al vendedor del bien. En consecuencia, debe descartarse la responsabilidad del fabricante al amparo de ella.

1080. Paradójicamente, tratándose de la responsabilidad de los reparadores, el Decreto sobre protección a los consumidores tiene normas más exi-

De ahí, pues, que no existan en el Decreto sobre protección al consumidor normas que permitan imponer a los productores responsabilidad civil por los daños que causen mediante sus productos defectuosos. De manera similar a lo que ocurre en el caso de las normas sobre la publicidad de los bienes y servicios, la violación de los preceptos referidos a la calidad e idoneidad de los productos deberá ser tenida en cuenta por el juez, para determinar la responsabilidad del vendedor o del fabricante, de acuerdo a los principios generales establecidos por el Código Civil.

6. Conclusión

El Decreto Supremo 036-83-JUS no constituye un instrumento jurídico adecuado para permitir a los consumidores exigir la indemnización de los daños que les hayan sido causados por el uso o consumo de productos defectuosos. En consecuencia, debemos volver la mirada hacia los principios generales de la responsabilidad civil, tal como están establecidos en el Código Civil, para buscar en ellos el fundamento jurídico del resarcimiento de los daños causados por productos defectuosos. A ello dedicaremos las siguientes páginas.

---

gentes. En efecto, el artículo 29 establece que "si el producto reparado presenta deficiencias derivadas del servicio prestado, puede el consumidor exigir al proveedor que proceda a repararlo nuevamente, sin costo adicional. En caso que haya sido otorgada garantía por el servicio, la nueva reparación sólo es exigible dentro del plazo respectivo. *Hay lugar, además a la indemnización por daños y perjuicios*". Se desprende claramente, de la enfática redacción de la norma, que la responsabilidad del proveedor procede en todos los casos en que, por una deficiencia en la reparación, se haya irrogado daños al consumidor, sin perjuicio de la ausencia o existencia de culpa por parte del proveedor del servicio. Esta conclusión plantea, sin embargo el problema de la incompatibilidad entre la disposición del artículo 29 del Decreto y las normas aplicables a la prestación de servicios del Código civil y suscita la pregunta respecto a si éstas habrían derogado dicho artículo, en lo que resulten incompatibles. En efecto, el Decreto Supremo 036-83-EF y la Ley 23863 son normas anteriores al Código Civil de 1984. En consecuencia, parecería que en caso de incompatibilidad entre ambas, primará la segunda, de acuerdo al principio de que la norma posterior prima sobre la anterior cuando la materia de ésta es íntegramente regulada por aquella. Sin embargo, no es cierto que ambas normas resulten incompatibles. El Decreto sobre protección al consumidor es una norma especial y, en la materia que comentamos, se aplica a un tipo específico de relaciones jurídicas: los contratos de prestación de servicios que tienen por objeto la reparación de un producto, celebrados entre un proveedor y un consumidor.

SECCION TERCERA

LA RESPONSABILIDAD CIVIL POR LOS DAÑOS CAUSADOS MEDIANTE PRODUCTOS DEFECTUOSOS EN EL *CODIGO CIVIL*

1. Introducción

Como hemos ya señalado, el Código Civil peruano de 1984, a pesar de ser uno de los más recientes y de contener normas bastante avanzadas en muchos campos, omitió legislar sobre la responsabilidad por productos defectuosos. Sin embargo, ello no quiere decir que el Código no establezca la responsabilidad por los daños ocurridos en virtud al uso o consumo de productos defectuosos. Los principios generales de la responsabilidad civil contenidos en el Código permiten a la víctima de un daño causado por un producto defectuoso procurarse el resarcimiento correspondiente. Para ello, sin embargo, deberá la jurisprudencia aplicar los conceptos desarrollados por la legislación, la jurisprudencia y la doctrina de otros países en este campo, de acuerdo con los parámetros marcados por el texto de las disposiciones del Código.

En estas páginas intentaremos hacer una aproximación a las disposiciones de nuestro Código Civil que puedan conducir al resarcimiento de los daños causados por productos defectuosos. El centro de nuestro estudio estará en las normas sobre la responsabilidad extracontractual, ya que consideramos que éste es el ámbito dentro del cual debe desenvolverse preferentemente la responsabilidad por productos defectuosos. Sin embargo, también nos referimos brevemente a algunas de las disposiciones relativas a la inejecución de las obligaciones o al derecho de los contratos, que pueden servir para reforzar la posición jurídica del dañado por un producto defectuoso.

2. La Responsabilidad por Productos Defectuosos como Responsabilidad Contractual

2.1. Responsabilidad por la Inejecución o el Cumplimiento Defectuoso de las Obligaciones. El Código Civil regula la responsabilidad por la inejecución de las obligaciones en el Título IX de la Sección Segunda del Libro VI. En los casos en que el presunto responsable y el dañado se encuentren vinculados por una relación obligatoria y el daño sufrido por éste último sea consecuencia del incumplimiento o del cumplimiento defectuoso de la obligación, la responsabilidad por dichos daños podrá enmarcarse bajo el ámbito de la responsabilidad contractual[1081].

Así, pues, el primer elemento para que exista responsabilidad por el incumplimiento o cumplimiento defectuoso de una obligación es, precisamente, que exista una obligación entre el presunto responsable y el dañado. En este sentido, en la responsabilidad por productos defectuosos, se requerirá que el consumidor y el fabricante o vendedor que se pretenda responsabilizar se encuentren vinculados por una relación obligatoria, como acreedor y deudor, respectivamente. Ello sucederá, por lo general, cuando el consumidor haya adquirido el producto defectuoso del presunto responsable mediante un contrato, normalmente de compraventa. Hemos ya examinado, en páginas anteriores, las obligaciones que dicha relación jurídica impondrá, en general, sobre el presunto responsable, así como los supuestos de incumplimiento de las mismas[1082]. Nos remitimos, por lo tanto, en este aspecto, a lo expresado entonces.

Sin embargo, no basta que exista un incumplimiento para que proceda la responsabilidad contractual. Un elemento esencial de este tipo de responsabilidad es la culpa[1083]. Por ello, establece el artículo 1314 del Código Civil que "quien actúa con la diligencia ordinaria requerida, no es imputable por la

---

1081. *Supra*, Tomo II, p. 29ss.

1082. *Supra*, Tomo II, p. 43ss.

1083. Señala Messineo: "La ley no contempla solamente el comportamiento del deudor (incumplimiento) sino también las *causas* de tal comportamiento; y no hay más que una alternativa: el deudor no ha cumplido porque no ha *podido*, o bien porque no ha *querido* (o sea, que no ha hecho lo que era necesario para ponerse en condiciones de cumplir...): elemento subjetivo, en concurrencia con el *objetivo*, consistente en el hecho del *incumplimiento*". Messineo, *op. cit.* Tomo IV, p. 221. El énfasis es de Messineo.

inejecución de la obligación o por su cumplimiento parcial tardío o defectuoso" y añade el artículo 1317 que "el deudor no responde de los daños y perjuicios resultantes de la inejecución de la obligación o de su cumplimiento parcial tardío o defectuoso por causas no imputables, salvo que lo contrario esté previsto expresamente por la ley o por el título de la obligación"[1084].

En consecuencia si, en el supuesto de hecho, el fabricante o el vendedor obligados frente al consumidor dañado no tuvieron culpa en la entrega del producto defectuoso, no responderán de los daños causados a través de éste[1085]. Así, tratándose de defectos de fabricación, si el fabricante prueba que cumplió con establecer un adecuado sistema de control de calidad no responderá por los daños. Similarmente, en los casos de defectos de diseño, si el productor puede acreditar que no era razonablemente posible hacer al producto más seguro, no será responsable de los daños ocasionados. En el caso del vendedor, la prueba de la ausencia de culpa será aún más fácil, pues bastará acreditar que no resultaba razonable realizar la investigación que hubiese sido necesaria para descubrir el defecto.

Es importante mencionar que, por disposición del artículo 1325 del Código Civil, "el deudor que para ejecutar la obligación se vale de terceros, responde de los hechos dolosos o culposos de éstos, salvo pacto en contrario". En tal virtud, no será necesario invocar la culpa del fabricante o del vendedor, deudores de consumidor dañado, para que proceda el resarcimiento, sino que podrá también invocarse la culpa de los auxiliares emplea-

---

1084. La ley presume que el incumplimiento o cumplimiento defectuoso son imputables al deudor a título de culpa leve. Sin embargo, este puede excusar su responsabilidad si prueba su ausencia de culpa. Ello no implica necesariamente acreditar el caso fortuito o la fuerza mayor. Como expresa Osterling, "En caso de ausencia de culpa el deudor no está obligado a probar el hecho positivo del caso fortuito o la fuerza mayor, es decir, la causa del incumplimiento por un evento conocido pero extraordinario, imprevisto e inevitable. En la ausencia de culpa, el deudor simplemente está obligado a probar que prestó la diligencia que exigía la naturaleza de la obligación y que correspondía a las circunstancias del tiempo y del lugar, sin necesidad de demostrar el acontecimiento que ocasionó la inejecución de la obligación". Osterling, *Exposición de Motivos y Comentarios*, Tomo V, p. 440. En cambio, cuando se trata del dolo o de la culpa inexcusable, que puede determinar un resarcimiento integral, la carga de la prueba se impone sobre el acreedor.

1085. De acuerdo con el artículo 1329 del Código Civil. "Se presume que la inejecución de la obligación, o su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, obedece a culpa leve del deudor".

dos por éstos para el cumplimiento de la obligación. Sin embargo, se comprende la dificultad que, en la responsabilidad por productos defectuosos, supondrá identificar al auxiliar que incurrió en culpa.

Por otro lado, el deudor, aún culpable, no responde de todos los daños ocasionados por el incumplimiento. En efecto, el deudor que incurre en culpa leve[1086] debe indemnizar sólo el daño que sea consecuencia inmediata y directa de la inejecución o cumplimiento defectuoso de la obligación y que hubiera podido ser previsto al concertarse ésta. El daño y la relación de causalidad deben ser probados por el actor[1087].

En cambio, el deudor que incurre en dolo o en culpa inexcusable[1088], responde también del daño que no hubiera podido ser previsto al contraerse la obligación. Aunque la doctrina no muestra acuerdo al respecto, parece procedente considerar que el daño directo o inmediato es aquel que se causa sin que medie la intervención de otras condiciones[1089] entre el acto del demandado y el daño[1090]. El daño indirecto o inmediato, por el contrario, se produce cuando "el nexo de causalidad entre incumplimiento y daño desapare-

---

1086. El artículo 1320 del Código Civil define la culpa leve como la omisión "de la diligencia ordinaria exigida por la naturaleza de la obligación y que corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar".

1087. Messineo, *loc. cit.*

1088. La culpa inexcusable es, según el artículo 1319 del Código Civil, la negligencia grave.

1089. *Supra*, Tomo II. p. 837ss.

1090. Existen algunos autores que distinguen entre daño indirecto y daño mediato. Así, por ejemplo, Bustamante Alsina señala que "es directo el [daño] que se produce cuando el acto lesivo recae sobre la persona o bienes del damnificado, que es a la vez la víctima del hecho, y es indirecto cuando el acto ataca a los bienes o la persona de la víctima y se refleja en el patrimonio de otro, que resulta damnificado". En cambio, daño mediato sería el ocurrido cuando median condiciones entre el acto del agente y el daño. Bustamante Alsina, Teoría General *cit.* pp. 148-149. En cambio, otros autores identifican daño inmediato y daño directo. Tal es, por ejemplo, la posición de Messineo, quien expresa que "el daño llamado indirecto o mediato. . . es. . . reflejo lejano del incumplimiento". Messineo, *op. cit.* Tomo V, p. 409. Similar es la posición del ponente del Libro de Las Obligaciones del Código Civil, doctor Felipe Osterling. Osterling, La indemnización de Daños y Perjuicios *cit.* pp. 409-410.

ce, en el sentido de que, entre el uno y el otro se insertan factores extraños"[1091].

La apreciación estricta de lo que constituye el daño directo o mediato conducirá en muchos casos a resultados poco equitativos para los acreedores. En efecto, de acuerdo a dicha disposición, bastaría la intervención de un factor ajeno al deudor, por más previsible, ordinario o natural que éste fuera, para privar al acreedor de indemnización. Así, en el campo de la responsabilidad por productos, normalmente existen condiciones que intervienen entre la puesta en el mercado del producto defectuoso y el daño sufrido por el consumidor: sucesivas transferencias, modalidades de uso por parte del consumidor, etc. Si apreciamos estrictamente el requisito de inmediatez del daño, habría que concluir que los daños así sufridos serán daños indirectos y, por tanto, no indemnizables.

En consecuencia, contemporáneamente, la apreciación de la inmediatez del daño se realiza con cierta flexibilidad. Señala, en tal sentido, Messineo, que "también el daño indirecto estaría comprendido en la regla del artículo 1223, cuando el mismo se produzca según el curso ordinario de las cosas"[1092]. Similarmente, los hermanos Mazeaud observan que "para la jurisprudencia el daño directo es el 'daño necesario', el que sea 'el resultado necesario' del acontecimiento de que sea autor el demandado. Simple aplicación de la tesis general admitida en caso de pluralidad de causas: desde el momento en que se estima que el acontecimiento ha desempeñado un papel preponderante y necesario en la realización del daño, el juez ordena la reparación del mismo"[1093]. Así, pues, parecería que debe asimilarse la causalidad directa a la causalidad adecuada[1094].

Es también requisito para la indemnización del daño, que este haya podido ser previsto por el deudor en el momento de concertarse la obligación, en los casos de culpa leve. La previsibilidad del daño se juzga *in abstracto*, de acuerdo con lo que hubiera podido razonablemente ser previsto por una persona normalmente diligente, en las circunstancias concretas en las que se en-

---

1091. Messineo, *op. cit.* Tomo V, p. 247.

1092. *Id.*

1093. Mazeaud, Henri y León, *op. cit.* Parte II, Tomo II, p. 317.

1094. *Supra*, Tomo II, p. 837ss.

contraba el deudor[1095]. Así, pues, cuando el acreedor no puede establecer una conducta gravemente negligente o dolosa por parte del fabricante o del vendedor, éstos últimos sólo responderán de los daños causados por el producto defectuoso que hubieran podido razonablemente ser previstos en el momento de concertarse la obligación. En tal sentido, por ejemplo, si un farmacéutico, actuando con culpa leve, vende a un consumidor un medicamento que tiene dos efectos secundarios, el primero científicamente conocido en el momento de la venta (y conocible para el farmacéutico) y el segundo desconocido, y ambos efectos secundarios causan daños al consumidor, el farmacéutico sólo responderá de los daños causados por el efecto secundario, que hubiera podido conocer[1096].

Debe tenerse presente que, de acuerdo con el artículo 1326, "si el hecho doloso o culposo del acreedor hubiese concurrido a ocasionar el daño, el resarcimiento se reducirá según su gravedad y la importancia de las consecuencias que de él deriven". En tal virtud, si el consumidor, con su conducta imputable a título de culpa o dolo contribuye al daño, se reducirá la indemnización. Se trata de una hipótesis de concausación, a la que resulta aplicable lo que expresáramos con relación a este tema en páginas anteriores[1097].

Asimismo, de conformidad con el artículo 1327, el deudor no será responsable "por los daños que el acreedor habría podido evitar usando la diligencia ordinaria, salvo pacto en contrario". Este supuesto comprende los casos en que el acreedor omite tomar las medidas razonables que se encuentran a su alcance, con el objeto de evitar o reducir el daño[1098].

1095. Messineo, *op. cit.* Tomo V, p. 247; Bustamante Alsina, Teoría General *cit.* p. 152; Osterling, La Indemnización de Daños y Perjuicios *cit.* p. 408.

1096. En contrario, de la Puente asimila el daño previsible con el sufrido *por la cosa* y el daño imprevisible con el *causado por el vicio de la cosa.* Así, expresa, respecto a la indemnización de daños y perjuicios procedente en caso de vicios ocultos, que "si el enajenante hubiera incurrido en culpa respecto a la existencia de los vicios ocultos al celebrar el contrato, los daños y perjuicios serían aquellos previstos o los que se hubiesen podido prever en tal oportunidad, lo cual excluiría los accidentes causados por el vicio de la cosa, mientras que si hubiera actuado con dolo respondería por tales accidentes, ya que ellos derivarían conocidamente de la existencia del vicio". de la Puente, Estudio sobre el Contrato Privado *cit.* Tomo II, p. 474.

1097, *Supra,* Tomo II, p. 397ss.

1098. Expresa al respecto Messineo que, en la hipótesis de hecho de la norma, "Se supone ya ocurrido el incumplimiento; pero se supone, ade-

2.2. Responsabilidad por Vicios Ocultos

2.2.1. Introducción. Al tratar sobre el ámbito de la responsabilidad por productos defectuosos, hemos tenido oportunidad de pronunciarnos sobre la naturaleza jurídica de las obligaciones de saneamiento[1099]. En tal oportunidad, expresamos que, de acuerdo con la doctrina que inspiró el Código Civil peruano, la responsabilidad por saneamiento no proviene de la inejecución de las obligaciones, sino de un deber de garantizar la utilidad de la cosa transferida para el adquirente. En estas páginas, sólo resumiremos la manera cómo opera la garantía por los vicios ocultos en el marco de nuestro Código Civil, refiriéndonos específicamente a aquellos aspectos que resulten relevantes para establecer la responsabilidad por productos defectuosos.

Las obligaciones de saneamiento han sido legisladas en el nuevo Código Civil en el Título XV, de la Sección Primera del Libro VII, referido a las fuentes de las obligaciones. Dicho título comprende un grupo de Disposiciones Generales, aplicables al saneamiento por evicción, al saneamiento por vicio oculto y al que corresponde por el hecho propio del transferente, así como disposiciones especiales aplicables a cada uno de estos tipos de saneamiento.

2.2.2. Requisitos. El primer requisito para que exista un deber de saneamiento está consagrado por el artículo 1484 del Código. Según este precepto, "hay lugar a saneamiento en los contratos relativos a la transferencia de la propiedad, la posesión o el uso de un bien". Así, pues, sólo habrá saneamiento respecto de un bien cuya propiedad, posesión o uso han sido transferidos mediante un contrato. A diferencia de lo que sucede en la generalidad de los ordenamientos jurídicos extranjeros, en nuestro Código Civil no es requisito del saneamiento que la transferencia correspondiente se haya efectuado a

---

más, que por su parte, el acreedor se haya abstenido culposamente de hacer algo para evitar el mayor daño. Por tanto, la situación contemplada en el parágrafo del artículo 1227 [similar a nuestro artículo 1327] se diferencia de aquella a que se refiere el primer apartado [similar a nuestro artículo 1326], por el hecho de que no se está ya en materia de concausa, sino en materia de causa única del daño, debida al solo hecho omisivo del acreedor y, además posterior al incumplimiento, causa ya anterior y autónoma de daño. Aquí el comportamiento del acreedor opera en el sentido de que su abstención impide la interrupción del daño, aunque sea inicialmente debido al hecho del deudor (incumplimiento) pero que se habría detenido cuando el acreedor hubiese dado a tal objeto la propia obra, como era su deber". Messineo, *op. cit.* Tomo V, p. 252.

1099. *Supra*, Tomo II, p. 502

título oneroso. Como expresa Arias Schreiber, "es irrelevante el hecho de que el contrato haya sido celebrado a título oneroso o gratuito, pues lo que se protege es el derecho del adquirente a disfrutar en forma pacífica y útil el bien que se le ha transferido"[1100].

En consecuencia no tendrá derecho a saneamiento el perjudicado a quien no se haya transferido la propiedad, posesión o uso del producto. Ello deja desamparados a los terceros no usuarios o consumidores, que pudieran resultar dañados por el producto. En cambio, la eliminación del requisito de onerosidad de la transferencia permite ampliar notablemente la protección que otorga el saneamiento. Así, por ejemplo, quien recibe un producto alimenticio al ser invitado a almorzar por otro, habrá adquirido la propiedad del producto mediante un contrato de donación, por lo que tendrá derecho a saneamiento. Lo mismo cuando alguien, por gentileza, presta un producto no consumible a otro. Se considerará, entonces, que se está ante un contrato de comodato.

El segundo elemento necesario para que proceda el saneamiento por vicios ocultos es, precisamente, la existencia de un vicio oculto en la cosa transferida. A los vicios ocultos se asimila la ausencia en el bien de las cualidades prometidas por el transferente. El vicio oculto es definido por nuestra doctrina como el defecto o imperfección que no se revela por el simple examen de la cosa transferida[1101]. No son vicios ocultos, entonces, como establece el artículo 1504, "los que el adquirente pueda conocer actuando con la diligencia exigible de acuerdo con su aptitud personal y con las circunstancias". Así,

---

1100. Arias Schreiber, Exposición de Motivos y Comentarios *cit.* Parte II, Tomo VI, p. 163. El fundamento de esta posición original del Código es expuesto por de la Puente. Señala este autor que "si el saneamiento está destinado a responder por el disfrute pacífico y útil de la cosa para el fin a que se ha destinado, lo único que realmente tiene importancia es que las partes, al celebrar el contrato, tengan la voluntad de asegurar ese disfrute. . . En consecuencia, considero que las obligaciones de saneamiento deben regir en todos los contratos, cualquiera que sea su naturaleza, mediante los cuales se transfiera que sea su naturaleza, mediante los cuales se transfiera la propiedad, la posesión o el uso de una cosa". de la Puente, Estudio sobre el Contrato Privado *cit.* Tomo II, p. 345.

1101. Arias Schreiber, Exposición de Motivos *cit.* Parte III, Tomo VI, p. 181; de la Puente, Estudio sobre el Contrato Privado *cit.*, Tomo II, p. 432.

pues, el carácter oculto o aparente de los vicios debe apreciarse *in concreto*, teniendo en cuenta las condiciones personales del adquirente[1102].

En el ámbito de la responsabilidad por productos defectuosos, el carácter evidente del defecto excluirá de plano el deber de saneamiento. Así, no se tratará de imputar a la víctima una actuación culposa que concausa el daño y, por tanto, que determina la reducción de la indemnización. Más bien, la evidencia del defecto determinará que no surja la responsabilidad del transferente. De este modo, el carácter aparente del vicio o defecto opera de manera similar a la llamada *patent danger rule* del Derecho norteamericano, excluyendo totalmente la posibilidad de indemnización[1103].

Además de ser oculto, el vicio debe afectar gravemente la utilidad de la cosa para la finalidad para la cual se realizó la adquisición. En tal sentido, establece el artículo 1485 de Código que "en virtud del saneamiento el transferente está obligado a responder frente al adquirente... por los vicios ocultos... que no permitan destinar el bien transferido a la finalidad para la cual fue adquirido o que disminuyan su valor". El artículo 1486 sanciona una presunción *juris tantum* de que, a falta de indicaciones expresas o tácitas respecto a la finalidad de la adquisición, "la voluntad de las partes es dar al bien el destino normal, de acuerdo con sus características, la oportunidad de la adquisición y las costumbres del lugar".

Como hemos tenido oportunidad de expresar, el centro para la determinación de un defecto, dentro de la doctrina de la responsabilidad por productos defectuosos es la peligrosidad, lo que determinará que, en algunos casos, tal defectuosidad no sea coincidente con la existencia de un vicio oculto.[1104]

1102. Señala Arias Schreiber: "El dispositivo bajo comentario no se sujeta a un patrón rígido abstracto y general, sino que es flexible, concreto y específico, de modo tal que lo que es visible para unos no lo será para otros. No se trata, en suma, del conocimiento que es inherente al hombre prudente y diligente bajo un *standard* o prototipo determinado, sino de aquel que resulte de la aptitud propia de cada adquirente y de los diferentes factores o circunstancias que puedan entrar en juego". Arias Schreiber, Exposición de Motivos y Comentarios *cit.* Parte III, Tomo VI, p. 182. En el mismo sentido, de la Puente, Estudio sobre el Contrato Privado *cit.* Tomo II, p. 441.

1103. *Supra*, Tomo II, p. 287 y ss.

1104. *Supra*, Tomo II, pp. 55-56.

Finalmente, el vicio oculto que afecte a la cosa transferida debe existir en el momento de la transferencia. Ello lo establece expresamente el artículo 1503. Señala Arias Schreiber que se considera que el vicio existe en el momento de la transferencia cuando sólo existe en origen, y se manifiesta plenamente después[1105].

A los vicios ocultos se asimila, como hemos dicho, la falta de las cualidades prometidas por el transferente. Dispone, en tal sentido, el artículo 1505 que "Hay lugar a saneamiento cuando el bien carece de las cualidades prometidas por el transferente que le daban valor o lo hacían apto para la finalidad de la adquisición". Nuestra doctrina expresa que para que se entienda que existe una promesa, se requiere una manifestación de voluntad con carácter vinculante. Señala, así, de la Puente que el precepto citado opera "siempre, desde luego, que la afirmación del enajenante haya tomado la forma de una verdadera garantía y no constituya una simple alabanza de la cosa que se transfiere"[1106].

En consecuencia, parece que debemos concluir que en nuestro ordenamiento jurídico los mensajes dirigidos al público por el transferente de una cosa, sólo son considerables como "promesas de cualidades", cuando manifiestan una voluntad de obligarse jurídicamente por parte del emisor[1107]. Así, pues, las expresiones publicitarias, en sentido lato, no serían jurídicamente

---

1105. Arias Schreiber, *Exposición de Motivos y Comentarios cit.* Parte III, Tomo VI, pp. 181-182.

1106. de la Puente, Estudio sobre el Contrato Privado *cit.* Tomo II, p. 455.

1107. Es interesante estudiar el efecto que nuestro ordenamiento dará a la promesa de cualidades cuando es efectuada mediante un mensaje dirigido al público. En este campo existe una superposición de normas que amerita un estudio detallado de la cuestión. Así, de acuerdo con el artículo 1388 del Código Civil, "La oferta al público vale como invitación a ofrecer, considerándose oferentes a quienes accedan a la invitación y destinatario al proponente. Si el proponente indica claramente que su propuesta tiene el carácter obligatorio de una oferta, valdrá como tal". Señala Arias Schreiber, respecto a esta disposición, que la inspira la concepción "que califica a la oferta al público como una propuesta que tiene la calidad de una declaración no recepticia dirigida al público en general, mediante la cual se pone de manifiesto la voluntad del proponente de contratar en las condiciones señaladas y se invita a las personas interesadas a hacerlo para que individualicen su voluntad formulando ofertas concretas. Estas, al ser aceptadas posteriormente por el proponente, dan lugar a la formación de los correspondientes contratos".

vinculantes. Nuestra doctrina sigue, en esto, las enseñanzas de Larenz, quien expresa que para el saneamiento, "es necesaria una auténtica garantía o promesa, es decir, una declaración vinculante del contenido de la misma: el vendedor responde de la existencia de tal cualidad y la garantía. Por lo tanto, no bastan simples indicaciones o informaciones del vendedor, aunque sean formalmente declaradas... Una garantía o seguridad exige algo más que la mera afirmación cierta o aseveración; exige la voluntad conocible del vendedor de obligarse, es decir, de responder frente al comprador"[1108].

Sin embargo, las afirmaciones no vinculantes del transferente resultarán relevantes para apreciar la finalidad de la adquisición y el carácter oculto del vicio, por lo que pueden determinar que el transferente resulte obligado al saneamiento. Tales expresiones, señala Larenz, "entran en la consideración del concepto subjetivo o concreto de los vicios, para dar una respuesta a la pregunta de si existe un defecto, en el sentido de una desviación de las cualidades presupuestas según el contrato"[1109].

Un tercer elemento, necesario para la procedencia de la indemnización de daños y perjuicios en los casos de vicios ocultos o ausencia de las cualidades prometidas, es la culpa o el dolo del transferente. En efecto, en el régimen de nuestro Código Civil, como en la generalidad de los ordenamientos civiles, la redhibición o la reducción del precio proceden como una garantía que opera objetivamente, por la mera existencia del vicio. En cambio, la indemnización de los daños y perjuicios sufridos por el adquirente procede sólo en los casos en que el transferente haya incurrido en algún tipo de conducta repro-

---

Por otro lado, sin embargo, el Decreto Supremo 002-81-OCI/OAJ establece en su Norma de Contenidos 5 que "La publicidad que incluya precios de venta deberá consignarlos de manera clara y completa. Cuando el bien o servicio se ofrezca a plazos deberá señalarse la cuota inicial, el número y el monto de las mensualidades". Asimismo, el artículo 20 del Decreto Supremo 036-83-JUS dispone que "Si se incumple lo indicado en la promoción o la oferta puede el consumidor afectado por el forzoso cumplimiento o la indemnización a que haya lugar, sin perjuicio de la acción penal que corresponda". Estas normas parecerían otorgar un contenido vinculante a las ofertas al público realizadas mediante medios publicitarios.

1108. Larenz, *op. cit.* Tomo II, pág. 64.

1109. Larenz, *loc. cit.* Ver, generalmente sobre este tema, Stiglitz, Gabriel A. *Publicidad Comercial del Producto Elaborado. Responsabilidad Civil del Empresario. Tutela del Consumidor*, en 1982-D La Ley, 770 (1982).

chable. En este sentido, de acuerdo con los artículos 1512 y 1513 del Código Civil, el adquirente tiene derecho a "la indemnización de daños y perjuicios cuando el transferente haya incurrido en dolo o culpa respecto a la existencia de los vicios".

2.2.3. Daño Indemnizable. La disposición del inciso 5 del artículo 1512 que hemos citado, otorga al adquirente, en caso de dolo o culpa del transferente, el derecho a la indemnización de daños y perjuicios. Así, pues, el Código remite, en este aspecto, al régimen general sobre la responsabilidad por la inejecución de las obligaciones. Señala, en tal sentido, de la Puente, que, en el supuesto que examinamos, es de aplicación "el precepto general sobre incumplimiento de las obligaciones, o sea que el enajenante en virtud al saneamiento, queda sujeto a la indemnización de daños y perjuicios en todos aquellos casos en que hubiera incurrido en dolo o culpa respecto a la existencia de vicios al momento de celebrar el contrato, regulándose los efectos del dolo y la culpa por lo dispuesto en el artículo 1323 del Código Civil"[1110]. En consecuencia, para todo lo que concierne a la determinación del dolo o la culpa y del daño indemnizable, rige lo dispuesto con carácter general en el título referido a la inejecución de las obligaciones[1111].

1110. de la Puente, Estudio sobre el Contrato Privado *cit.* Tomo II, p. 473.

1111. *Supra*, Tomo II p. 484. De la Puente añade, respecto al problema del daño indemnizable en el caso de vicios ocultos que con la fórmula utilizada "se supera la dificultad en que se ha encontrado la doctrina francesa para determinar si el enajenante está obligado a reparar sólo el perjuicio que causa la existencia del vicio, o también el perjuicio de la cosa. Con la formula que se propone, si el enajenante hubiera incurrido en culpa respecto a la existencia de vicios ocultos al celebrar el contrato, los daños y perjuicios serían aquellos previstos o los que se hubieren podido prever en tal oportunidad, lo cual excluiría los accidentes causados por el vicio de la cosa, mientras que si hubiera actuado con dolo respondería por tales accidentes, ya que ellos derivarían conocidamente de la existencia del vicio". de la Puente, Estudio sobre el Contrato Privado *cit.* Tomo II, p. 474.

Sin embargo, aparentemente esta posición parte de una errada interpretación del problema que se plantea en la doctrina francesa. En efecto, dentro del marco del Código francés, el vendedor que no conoce el vicio de la cosa no responde en absoluto, por los daños y perjuicios. Es por ello que la jurisprudencia recurre a presumir el conocimiento de los vicios por parte del vendedor profesional. La cuestión no es, pues, de previsibilidad o no de los daños.

Por otro lado, el daño causado por el vicio de la cosa no es por definición imprevisible. Parecería ser que para de la Puente lo previsible es necesariamente lo previsto. Ambos conceptos, sin embargo

2.2.4. Ambito Subjetivo de Aplicación. De acuerdo con el artículo 1488, "el adquirente puede exigir el saneamiento tanto a su inmediato transferente como a los anteriores a éste, en la medida en que estos hubieran estado obligados a ello con respecto a sus inmediatos adquirentes". Esta disposición, aplicable al saneamiento por vicio oculto, permite al consumidor de un producto defectuoso, que haya adquirido su propiedad, posesión o uso, en virtud a un contrato, sea a título gratuito o a título oneroso, reclamar el saneamiento a cualquiera de los anteriores transferentes del bien. Así, podrá remontarse, en su caso, hasta el fabricante, en la medida en que el vicio haya existido desde la salida del producto del ámbito de control de este. Se trata, pues, de un precepto similar al que autoriza la llamada *acción directa* en el derecho francés[1112].

Es importante señalar, sin embargo, que para que proceda la indemnización de daños y perjuicios, se requerirá que el anterior transferente demandado haya incurrido en culpa o dolo respecto a la existencia del vicio. Ello se desprende de la redacción del artículo 1488, que indica que la responsabilidad de los transferentes anteriores resulta limitada a "la medida en que estos hubieran estado obligados a ello con respecto a sus inmediatos adquirentes". Dado que un transferente diligente no queda obligado a la indemnización de daños y perjuicios frente a su inmediato adquirente, tampoco estará obligado a indemnizar a los subadquirentes posteriores que sufran daños por efecto del uso o consumo del producto defectuoso.

Debe mencionarse que la responsabilidad de los sucesivos transferentes frente al adquirente final no es solidaria. Así se desprende de la regla del artículo 1183 del Código Civil, según la cual la solidaridad no se presume y sólo existe cuando es establecida por la ley o por el título de la obligación, en forma expresa. En tal sentido, expresa Arias Schreiber que "desde luego que no se trata de una responsabilidad solidaria, sino del hecho de que se le confiere al titular la facultad de escoger a cualquiera de los anteriores transferen-

---

no son coincidente. Para que proceda la indemnización en los casos de culpa leve, el daño debe ser previsible, no necesariamente previsto. Si un vendedor es culpable respecto a la existencia de un defecto (es decir, podría haberlo conocido utilizando la diligencia razonable), con gran frecuencia habrá podido también prever el daño que sufriría el consumidor por el uso normal o previsible del producto. En consecuencia, el daño será previsible aunque no hubiera sido previsto por el vendedor.

1112. *Supra*, Tomo I, p. 240.

tes, de modo que quien realize el pago accionará a su vez contra el que corresponda, dentro del encadenamiento que se produce como consecuencia de las sucesivas transferencias"[1113].

Finalmente, debemos señalar que la eficacia del precepto que comentamos para brindar una oportuna indemnización resulta seriamente afectada por la disposición del segundo párrafo del artículo, según la cual "los plazos de caducidad de las acciones de saneamiento contra los transferentes anteriores al inmediato se cuentan a partir de la celebración de sus respectivos contratos". El plazo de caducidad correspondiente es de tres meses, según lo dispone el artículo 1514 del Codigo Civil. Así, pues, en muchos casos, cuando el bien llegue a manos del consumidor, o se produzca un accidente determinado por su uso o consumo, ya habrá caducado la acción que hubiera podido corresponder al dañado contra el fabricante o contra los transferentes remotos del bien.

2.3. La Garantía de Buen Funcionamiento. Establece el artículo 1523 del Código Civil que "si el transferente garantiza el buen funcionamiento del bien transferido durante cierto tiempo, el adquirente que alegue vicio o defecto de funcionamiento debe comunicarlo al transferente en el plazo de siete días a partir del descubrimiento; y puede entablar la acción correspondiente dentro del plazo de dos meses a contar desde la fecha de la comunicación".

Como señala el Ponente del Título, "la garantía de buen funcionamiento no es propiamente dicha una obligación de saneamiento"[1114]. En estos casos, si el producto presenta deficiencias de funcionamiento que contradicen la garantía, tiene el adquirente el derecho a exigir su reparación o reemplazo, en los términos de la garantía. Sin perjuicio de ello, tendrá derecho a la indemnización de daños y perjuicios, de haber sufrido daños en su persona o bienes, siempre que el incumplimiento de la garantía haya sido imputable al transferente, o que éste, según los términos de la garantía, haya asumido el riesgo del caso fortuito, conforme lo establece el artículo 1317 del Codigo Civil.

1113. Arias Schreiber, Exposición de Motivos y Comentario *cit.* Parte II, Tomo VI, p. 167.

1114. Arias Schreiber, Exposición de Motivos y Comentarios *cit.* Parte III, Tomo VI, p. 194. Sin embargo, una garantía de buen funcionamiento podrá establecer una promesa de una determinada cualidad del producto transferido. En tal hipótesis, el mal funcionamiento determinará la aplicación del saneamiento.

2.4. Las Claúsulas de Exclusión de Responsabilidad. De acuerdo con el artículo 1489, los contratantes pueden restringir o suprimir la obligación de saneamiento por evicción o por vicios ocultos. Sin embargo, tales limitaciones o exclusiones, como las que se refieran, en general, a la responsabilidad por la inejecución de las obligaciones, son nulas, por mandato del artículo 1328 del Código Civil, en la medida en que excluyan o limiten la responsabilidad por culpa inexcusable del deudor o de los terceros de quien éste se vale. Así mismo, según este último artículo, también son nulas las estipulaciones que excluyan o limiten la responsabilidad "para los casos en que el deudor o dichos terceros violen obligaciones derivadas de normas de orden público"[1115].

Por otro lado, cuando las claúsulas de exoneración, aún referidas sólo a la responsabilidad por culpa lata o culpa leve del deudor, sean incluídas en contratos celebrados por adhesión o con arreglo a condiciones generales no aprobadas administrativamente, carecerán de eficacia. Señala, en tal sentido, el artículo 1389 del Código Civil que "en los contratos celebrados por adhesión y en las claúsulas generales de contratación no aprobadas administrativamente, no son válidas las estipulaciones que establezcan en favor de quien las ha redactado, exoneraciones o limitaciones de responsabilidad..."[1116]

3. La Responsabilidad por Productos Defectuosos como Responsabilidad Extracontractual

3.1. Introducción. El Código Civil peruano establece, en el Libro VIII, un sistema de responsabilidad extracontractual con un fundamento mixto. En

---

1115. Esta disposición acarrea la nulidad de las cláusulas de exoneración o limitación de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos, cuando el defecto provenga del incumplimiento, por parte del proveedor, de una norma de calidad de órden público. En este sentido, es importante tener presente las disposiciones contenidas en el Decreto 036-83-JUS que, como hemos visto, son de órden público. Asimismo, las diversas disposiciones administrativa referidas a la calidad y a la seguridad de los productos.

1116. Con relación al tema bajo estudio, es interesante señalar que, de acuerdo con el artículo 1394 del Código Civil. "El Poder Ejecutivo señalará la provisión de bienes y servicios que deben ser contratados con arreglo a cláusulas generales de contratación aprobadas por la autoridad administrativa". Esta norma permitiría establecer un régimen de responsabilidad de los productores de los bienes que se incluirían en la relación correspondiente, mediante la inserción de cláusulas de garantía con tal efecto, en las condiciones generales aprobadas. Sin embargo, este artículo ha quedado hasta la fecha sin efecto.

efecto, el codificador de 1984 edificó el sistema de responsabilidad en este campo sobre dos principios; uno basado en la culpa y el otro en la teoría del riesgo. Así, señala el artículo 1969 que "Aquel que por dolo o culpa causa un daño a otro, está obligado a indemnizarlo. El descargo por falta de dolo o de culpa corresponde a su autor". El principio de responsabilidad por riesgo está formulado en el artículo 1970, que prescribe que "Aquel que mediante un bien riesgoso o peligroso, o por el ejercicio de una actividad riesgosa o peligrosa, causa un daño a otro, está obligado a indemnizarlo". Esta posición es coherente con el pensamiento del ponente del artículado que fue a la postre aceptado por la Comisión Revisora, el doctor José León Barandiarán. El había escrito en sus Comentarios al Código Civil Peruano de 1936 que "Si es indudable que en el estado actual de las relaciones sociales es de necesidad consagrar en ciertas circunstancias la responsabilidad por riesgo, de ahí a eliminar completamente la culpa y basar la obligación indemnizatoria en la simple relación causal, media distancia... Hay casos en que los resultados de la aplicación de la responsabilidad sin culpa serían amén de injustos, contrarios a elementales conveniencias del tráfico social"[1117].

En las siguientes páginas intentamos esbozar los fundamentos positivos de la responsabilidad por productos defectuosos dentro del sistema peruano de responsabilidad extracontractual. Para ello, analizaremos, fundamentalmente, la aplicación del principio normativo de la responsabilidad por riesgo a nuestro tema de estudio. Hemos ya expresado las razones de fondo que nos conducen a sostener que el fundamento de la responsabilidad por productos debe ser objetivo y basado en la existencia de un defecto, atribuible al demandado, en el producto y en la relación de causalidad adecuada entre tal defecto y el daño. En esta sección nos limitaremos a realizar una interpretación de las normas de nuestro Código Civil sobre la responsabilidad extracontractual, congruente con las reflexiones que hemos realizado anteriormente.

3.2. La Responsabilidad por Productos Defectuosos como Responsabilidad por Riesgo

3.2.1. Generalidades. Establece el artículo 1970 del Código Civil que "Aquel que mediante un bien riesgoso, o por el ejercicio de una actividad riesgosa o peligrosa, causa un daño a otro, está obligado a repararlo". Señala la exposición de motivos del Codigo que "funciona aquí el principio de *cujus*

1117. León Barandiarán, Comentarios *cit.* pp. 405-406.

commodum est, ejus est periculum"[1118]. En las siguientes líneas intentaremos presentar brevemente algunos conceptos que pueden ilustrar la interpretación del precepto citado, con respecto a la responsabilidad por productos defectuosos.

3.2.2. Los Conceptos de Bien y de Actividad. Hemos tenido oportunidad ya de referirnos al concepto jurídico de bien en páginas anteriores. Conforme lo sostuviéramos entonces, consideramos que sería preferible hablar de cosas, en la medida en que no consideramos primordialmente a estos elementos como objetos de derechos sino como entidades presentes en el mundo que pueden tener una potencialidad dañosa para los sujetos de derecho. Sin embargo, el empleo de la palabra bien abarcará, en general a las cosas[1119].

Por otro lado, en cuanto a la definición del término actividad, cabe descartar sus primeros significados literales, pues de acuerdo con ellos el empleo del vocablo en el artículo 1970 del Código resultaría contradictorio o excesivamente amplio. Si identificamos actividad con la facultad de obrar, entonces todo acto resultaría, en principio, comprendido dentro de la norma[1120]. Mas acertado parece adoptar, para estos efectos, la cuarta ascepción de la palabra "actividad", según la cual ésta es el "conjunto de operaciones propias de una persona o entidad". Esta ascepción del término resulta coherente con los fundamentos de la responsabilidad por riesgo, que no persigue imponer responsabilidad sobre los autores de actos aislados, sino sobre entidades que crean sistemáticamente riesgos.

Así mismo, resulta adecuada esta ascepción al concepto de empresa, considerada como entidad dedicada a una actividad económica, con el objeto de obtener beneficios. De este modo, es coherente nuestra interpretación con el principio del riesgo-beneficio mencionado por la exposición de motivos del Código.

1118. León Barandiarán, Exposición de Motivos y Comentarios *cit.* Parte III, Tomo VI, p. 800.

1119. *Supra*, Tomo II, p. 221ss.

1120. Las primeras tres ascepciones del término actividad, de acuerdo con el Diccionario de la Lengua Española son "facultad de obrar"; "diligencia, eficacia" y "prontitud en el obrar".

3.2.3. El Concepto de Riesgo o Peligro

3.2.3.1. Introducción. La implementación normativa del principio de responsabilidad por riesgo en el Derecho comparado puede dividirse en dos grandes vertientes. Una es la que fue desarrollada por la jurisprudencia francesa, de acuerdo con la teoría de la responsabilidad por los daños causados por el hecho de las cosas que se tienen en custodia. Dentro de esta vertiente, se aplica el principio de responsabilidad objetiva en todos los casos en que el daño sea causado por el hecho de las cosas, sin que sea un elemento necesario para la responsabilidad el que la cosa revista alguna peligrosidad especial. Los límites de la aplicación de este tipo de responsabilidad, estarán marcados por los conceptos de "hecho de la cosa" y de "guarda"[1121].

La otra forma de implementación normativa de la teoría del riesgo consiste en limitar la aplicación de esta responsabilidad a los daños causados a través de cosas o de actividades de naturaleza peligrosa, con respecto a las cuales se responde objetivamente[1122]. Tal es el sentido, por ejemplo, de las disposiciones sobre este tipo de responsabilidad establecidas por los Códigos civiles español, italiano y mexicano[1123]. También es este criterio el que emplea la llamada responsabilidad por las llamadas *abnormally dangerous activities*, dentro del *common law*[1124].

La posición francesa es adecuada al espíritu que la informa, que es el de permitir una amplia acción a la jurisprudencia. Es precisamente ella la que ha conformado este principio de responsabilidad, y conduce su evolución dentro de los parámetros que considera pertinentes. Sin embargo, no puede generalizarse las virtudes de la jurisprudencia francesa a realidades distintas. En este sentido, diversos ordenamientos civiles han considerado preferible limitar la aplicación de la responsabilidad por riesgo, recurriendo para ello al concepto de "peligrosidad". Esta posición plantea de inmediato el difícil problema de definir aquello en lo que consiste el peligro, en este contexto. Como dicen Enneccerus y Nipperdey, "los límites entre las instalaciones en industrias peligrosas y no peligrosas son extraordinariamente dudosos y fluidos; hasta ahora no se ha encontrado una fórmula utilizable para la dificilísi-

---

1121. Ver sobre este tema, generalmente, *supra*, Tomo II, p. 253ss.

1122. León Barandiarán, Comentarios al Código Civil *cit.* p. 400.

1123. *Supra*, Tomo I, p. 391ss; 415ss y 425ss, respectivamente.

1124. Kionka, *op. cit.* p. 47.

ma tarea de delimitar los riesgos en los que el principio del riesgo justifica un traspaso del daño y qué daños deben aceptarse en la vida social"[1125].

3.2.3.2. La Responsabilidad por Cosas y Actividades Ultrarriesgosas. La necesidad de definir la peligrosidad, ha llevado a muchos teóricos, legisladores y tribunales a considerar que tal concepto alude a lo que es extremada o anormalmente peligroso. Esta tesis inspira la normatividad que define los criterios para determinar la peligrosidad o que enumera los supuestos de cosas o actividades peligrosas. En este sentido, por ejemplo, las Secciones 519 y 520 del *Restatement of Torts (Second)*, establecen seis factores que deben ser evaluados para determinar si una actividad es anormalmente peligrosa. Tales criterios son: "(a) Si la actividad involucra un alto grado de riesgo para la persona, la tierra o los muebles de otros; (b) si la gravedad del daño que puede resultar de la actividad es probablemente grande; (c) si el riesgo no puede ser eliminado por el ejercicio del cuidado razonable; (d) si la actividad no es materia de uso común; (e) si la actividad es desarrollada en un lugar inapropiado; y (f) el valor de la actividad para la comunidad"[1126]. Una posición parecida adopta el artículo 1913 del Código Civil del Distrito Federal de México, que limita la aplicación de la responsabilidad por riesgo "por los daños que se causen al hacer uso de mecanismos, instrumentos, aparatos o sustancias peligrosas". Según dicho precepto, sólo puede considerarse peligrosas a las cosas que lo sean por "la velocidad que desarrollen; su naturaleza explosiva o inflamable; la energía eléctrica que conduzcan, u otras causas análogas".

Otros regímenes enumeran las actividades o bienes que se consideran especialmente peligrosos. Así, por ejemplo, el artículo 1908 del Código Civil español restrinje la responsabilidad por los daños causados por actividades industriales de naturaleza peligrosa a los supuestos de explosión de máquinas mal conservadas o de inflamación de sustancias explosivas no colocadas en un lugar seguro; humos excesivos; caída de árboles colocados en sitios de tránsito y emanaciones de cloacas y depósitos de materias infectantes[1127]. Un criterio similar adopta el artículo 1932 del Código Civil del Distrito Federal de México[1128].

1125. Enneccerus-Nipperdey, *op. cit.* Tomo I, Parte 2, Vol. 2, p. 929.

1126. Kionka, *op. cit.* p. 47.

1127. Diez-Picazo, Sistema de Derecho Civil *cit.* pp. 676-677.

1128. La posición de enumerar los supuestos de peligrosidad puede ser razonable desde el punto de vista de la seguridad jurídica: a las partes les interesa saber si serán sometidas a un régimen de responsabilidad por

Por otro lado, aún dentro del marco de normas que no definen la peligrosidad como ultrarriesgo[1129], algunos autores proponen la asimilación de ambos conceptos. En tal sentido, Francisco Messineo, comentando el artículo 2050 del Código Civil italiano, expresa que dicho precepto no es de aplicación "cuando se trate de actividad normal, donde el peligro se presenta, en aquella ordinaria medida que es propia de toda actividad humana"[1130]. Tal parece ser la posición que ha adoptado tradicionalmente la jurisprudencia italiana que, a decir de Bessone, "ha establecido que el concepto de peligrosidad comprende aquellas actividades que conllevan un riesgo particularmente elevado"[1131].

El limitar la responsabilidad por riesgo a las cosas o actividades ultrarriesgosas parece haber sido también, por lo menos inicialmente, la tesis de León Barandiarán. Propone, en este sentido, dicho autor, como ejemplos de actividades peligrosas, "el empleo de máquinas y aparatos en general que ex-

---

culpa o a uno de responsabilidad por riesgo. Sin embargo, la rigidez de un esquema de enumeración resulta contraproducente, dado el contínuo avance tecnológico, que ocasiona que se creen nuevos riesgos y que se descubran nuevos efectos peligrosos de cosas y actividades que se percibían como inocuas. Cualquier enumeración prontamente puede volverse anacrónica. Las mismas críticas pueden hacerse a los sistemas que pretenden definir rígidamente los criterios para evaluar la peligrosidad. No podemos saber qué nuevas circunstancias pueden volver más o menos peligrosas a las cosas.

1129. Así, por ejemplo, el Código Civil Italiano, que establece en su artículo 2050, que "aquel que ocasiona un daño a otro en el desarrollo de una actividad peligrosa, por su naturaleza o por la naturaleza de los medios empleados, está obligado al resarcimiento, si no prueba haber adoptado todas las medidas idóneas para evitar el daño". En el mismo sentido, el artículo 1113 del Código Civil Argentino modificado por la ley 17.711 habla de "daño... causado por el riesgo o vicio de la cosa". Esta posición es la que adopta nuestro Código Civil, en su artículo 1970.

1130. Señala Messineo, a título de ejemplo, las actividades peligrosas, en este sentido, se dan "en el ejercicio de empresas de construcción (especialmente de preparación de andamios, de hornos de cal viva y similares); en el ejercicio de molinos; en el ejercicio de industrias insalubres o tóxicas; en la utilización de calderas o de maquinarias, que se accionen por vapor o por electricidad; en las estaciones de distribución de energía eléctrica; en la explotación de ferrocarriles o de tranvías; en las fábricas de explosivos; en los depósitos de gas incendiable...". Messineo, *op. cit.* Tomo VI, pp. 530-531.

1131. Bessone, Mario. *Obligazione e Contratti-Responsabilitá Civile*, Dott. A Giuffre Edittore, Milán, 1986, Tomo III, p. 360.

plotan (sic.), o que por vicios propios son causa generadora de daño; la inflamación de sustancias explosivas; las humaredas provenientes de hornos o fraguas; las emanaciones provenientes de cloacas o depósitos infectantes; los atajos en ríos para servicio de heredades propias..."[1132]

No parece, sin embargo, que la noción de peligro deba limitarse a lo ultrarriesgoso. Existen numerosas cosas y actividades que pueden considerarse peligrosas o riesgosas sin estar incluídas dentro de conjuntos de actividades ultrarriesgosas. La peligrosidad de una cosa o actividad depende en muchas ocasiones de las circunstancias en las que se encuentra. La peligrosidad, pues, no es una noción absoluta.

3.2.3.3. La Relatividad del Riesgo o Peligro. La relatividad del concepto de peligrosidad se ha llevado hasta el extremo, sosteniéndose que todo lo que causa un daño es peligroso. Señalan, en tal sentido, los hermanos Mazeaud y Tunc que "una cosa no es *en sí misma* peligrosa o inofensiva. Es o no peligrosa según las circunstancias de la causa. . . toda cosa, aún la más inofensiva, es susceptible, en ciertas circunstancias, de presentar un peligro"[1133]. De allí concluyen los Mazeaud y Tunc que no es posible distinguir entre las cosas peligrosas y las que no lo son, sino que la cuestión se reduce a verificar la existencia de una relación de causalidad entre la cosa y el daño.

En tal sentido, los autores citados, manifiestan, respecto a los partidarios de la tesis de la distinción entre cosas peligrosas y cosas que no lo son, que, "comprendiendo que no resulta posible formar dos categorías dentro de las cosas, sea cual sea el sentido que se le dé al adjetivo 'peligroso', no pueden ya sino proclamar que las cosas 'peligrosas' son todas las cosas 'dañosas'; es decir, todas aquellas para las que se plantea la cuestión de la aplicación del artículo 1384 párrafo 1... Pero... si la cosa no hubiera sido 'suceptible de causar un daño', no lo hubiera podido causar, no habría litigio... [E]xigir que la cosa sea 'dañosa' es recordar solamente el requisito necesario para toda acción de responsabilidad: el perjuicio. Definir 'cosa peligrosa' por: 'cosa dañosa', o 'cosa susceptible de causar un daño', es rechazar, por lo tanto, la distinción de las cosas entre peligrosas y no peligrosas; puesto que no se promoverá ningún pleito por una cosa denominada 'no peligrosa' "[1134].

1132. León Barandiarán, Comentarios al Código Civil Peruano *cit.* p. 403.

1133. Mazeaud-Tunc, *op. cit.* núm. 1238-1239.

1134. Mazeaud-Tunc, *op. cit.* núm. 1241. En el mismo sentido, Trigo Re-

Sin embargo, sostener que toda cosa o actividad que interviene en la generación de un daño es peligrosa es llevar las cosas al extremo y desnaturalizar el uso del lenguaje. Tal posición eliminaría todo el sentido de la distinción entre los supuestos de responsabilidad por riesgo y de responsabilidad por el hecho personal y nos conduciría a un principio generalizado de responsabilidad objetiva absoluta. Como señalan los propios hermanos Mazeaud y Tunc, luego de llevar al absurdo a la teoría de Ripert sobre la peligrosidad de las cosas, identificar la peligrosidad con la dañosidad "es forzar el uso de las palabras; una gran cantidad de cosas inofensivas puede causar daños; la cosa 'peligrosa' no es aquella susceptible de causar un daño, que es algo diferente del todo"[1135]. Ello parecería, empero, conducirnos de regreso a la tesis de la ultrapeligrosidad.

3.2.3.4. Hacia una Noción Equilibrada de Peligrosidad. Parece forzoso, entonces, establecer un concepto adecuado de peligrosidad que no caiga en los extremos de la peligrosidad extrema absoluta o del relativismo a ultranza.

Debemos partir, sin embargo, de una constatación obligatoria: la peligrosidad no es una cuestión absoluta. Las cosas no son peligrosas o inocuas, sino que son más o menos peligrosas. Toda cosa o actividad tiene de alguna manera una potencialidad dañosa. En consecuencia la decisión de imponer responsabilidad objetiva sobre algunas cosas o actividades y no sobre otras, por razón de la mayor peligrosidad de éstas con relación a la de aquellas, debe ser realizada teniendo éste elemento en claro[1136].

---

presas, Félix. *Dueño y Guardián en la Responsabilidad por Daños Causados por Automotores,* en 1981 La Ley 691, 692 (1981).

1135. Mazeaud-Tunc, *loc. cit.*

1136. Bustamante Alsina afirma que "De algunas cosas se puede decir que son peligrosas pero de ninguna se puede decir, en cambio, que no lo sea en absoluto. La pólvora está siempre pronta a estallar: es peligrosa. El bastón sirve de apoyo al hombre para caminar, pero puede ser el objeto con el que al caerse se lesione clavándose la punta; puede ser peligroso. Hay así una gama infinita de cosas que van desde aquellas que pueden ser peligrosas hasta las que son muy peligrosas. Sin embargo, un esfuerzo de sistematización nos permite ubicar en un sector las cosas que normalmente no son peligrosas y en otro sector a aquellas que son normalmente peligrosas como instrumento del hombre. Las segundas son fuente autónoma de daños". Bustamante Alsina, Teoría General *cit.* p. 360. Lo que en realidad está constatando Bustamante no es que algunas cosas *pueden ser* peligrosas y otras *son* peligrosas, sino que algunas cosas son

En segundo lugar, debemos tener presente que, como ya hemos visto al tratar sobre lo que constituye un defecto, la peligrosidad de las cosas o actividades es función de dos elementos: la probabilidad de que la cosa o actividad cause daños y la gravedad de los daños que pudiera causarse[1137]. En la medida en que tanto la probabilidad como la gravedad de los daños que pueda generar una cosa o actividad son una cuestión objetiva, no se debe analizar la peligrosidad de *ex ante*, sino después de ocurrido el accidente, examinando la manera como ocurrió éste y tomando en consideración también lo aprendido en la ocasión. De acuerdo con ello, se determinará el grado de riesgo o peligro que corresponde a la cosa o actividad en cuestión.

Surge entonces la cuestión de qué daños deben ser computables para evaluar la peligrosidad de una cosa. Dado que, como hemos visto los daños se generan por la interacción de dos o más cosas o actividades, se presenta el problema de atribuir los daños producidos a una u otra de las actividades o cosas involucradas. En nuestra opinión deben atribuirse a una cosa o actividad, para efectos de la determinación de su peligrosidad, los que sean consecuencia adecuada de su realización o empleo. La cuestión es análoga a la que se presenta para determinar los peligros de un producto a tomarse en cuenta en la evaluación de la defectuosidad según un patrón de costo-beneficio[1138].

Nótese que las cosas y actividades pueden intervenir en la causacion de los daños en conjunción con la acción del hombre. Así, por ejemplo, cuando una persona conduciendo negligentemente un automóvil, lesiona a un peatón o cuando en una instalación industrial, ocurre un accidente, por efecto de la culpa de un operario. Tales daños son también computables para la determinación del peligro que presenta la cosa o actividad, en la medida en que sean consecuencias adecuadas de la cosa o la actividad en cuestión. No se requiere, en consecuencia, que la cosa o actividad tengan vida propia y "actúe" con independencia de la acción humana, sino que su potencialidad dañosa sea tal que pueda, normalmente, generar daños del tipo causado. Señala, al respecto, Trigo Represas, que "no se trata, pues... de calificar a una cosa 'per se' de peligrosa o no, sino de considerar *ex-post-facto* de qué manera se

---

más peligrosas que otras, en la medida en que la probabilidad de que causen daño es mayor y la gravedad de los daños probablemente derivables de ellas es más grande.

1137. *Supra*, tomo II, p. 732ss.

1138. *id.*

produjo el daño y si la cosa por sí sola era idónea para provocarlo, podía normal o regularmente llegar a producirlo, de acuerdo con el curso normal de los acontecimientos"[1139]. En este sentido,se considerará que hay lugar a la aplicación de la responsabilidad por cosas o actividades riesgosas o peligrosas cuando el daño producido se ubique dentro del espectro de riesgos generalmente previsibles de la cosa o actividad en cuestión, y no sea efecto de una causa ajena[1140].

Es de observar que, aparentemente, la cuestión planteada se confunde, en cierto modo, con la de la causalidad. Sin embargo, en realidad, ambas indagaciones se realizan en un distinto nivel de generalidad. Así, dado un accidente ocasionado materialmente por una cosa o actividad, será necesario determinar si la cosa o actividad son o no peligrosas, para efectos de la aplicación del patrón de responsabilidad establecido por el artículo 1970 del Código Civil. En este análisis tendremos en cuenta la probabilidad y gravedad de *todos* los daños que puedan derivarse adecuadamente de la cosa o actividad (incluído, en su caso, el causado en el accidente en particular). Sólo si concluímos que la cosa o actividad es peligrosa, procederemos al análisis de la causalidad adecuada, indagando si el concreto daño ocurrido en el caso en discusión, es consecuencia adecuada de la cosa o actividad.

Finalmente, podemos preguntarnos "cuánto" peligro es necesario para que una cosa o una actividad puedan considerarse riesgosas o peligrosas para efectos del artículo 1970 del Código Civil. La respuesta a esta interrogante no está en lo que el legislador "quiso decir" con la norma. Más bien, la decisión de lo que constituye un peligro suficiente para la aplicación de la responsabilidad objetiva dependerá de la visión social y las justificaciones de la responsabilidad que primen en cada momento. En consecuencia, la determinación de lo que son cosas o actividades peligrosas quedará a cargo de la jurisprudencia. En este aspecto, serán de fundamental importancia los litigios concretos sobre responsabilidad civil, en los que demandados y demandantes, cada uno de acuerdo con su particular interés, formulen argumentos que propongan la ampliación y la restricción, respectivamente, de las nociones de cosa y de actividad peligrosas. Así mismo, la apertura del texto del artículo 1970, deman-

---

1139. Trigo Represas, Dueño y Guardián *cit.* p. 693.

1140. La solución es similar a la que adopta la jurisprudencia francesa para resolver el problema del "hecho de la cosa". Un daño es atribuible al hecho de una cosa, cuando la cosa es normalmente adecuada para producir el daño.

dará grandes esfuerzos de los juristas nacionales, que deberán, procurar comprender y adaptar a nuestra realidad las más actuales tendencias en este campo del Derecho comparado, así como de crear nuevas interpretaciones, adecuadas a la cambiante realidad social.

Sin embargo, y como una primera aproximación basada en una interpretación literal del artículo citado, a la pregunta "cuánto riesgo es necesario", cabe responder: "no mucho". En efecto, como observa perpicazmente de Trazegnies, el artículo 1970 contiene una reiteración enfática en su redacción que podría conducir a afirmar que la connotación del texto de la norma se dirige a ampliar la noción de peligro, en lugar de restringirla. El artículo 1970, al adjetivar los bienes o actividades que dan lugar a la responsabilidad objetiva, señala que estos deben ser *riesgosos o peligrosos*. Ahora bien, riesgo es, de acuerdo con la Real Academia de la Lengua Española, "contingencia o proximidad de un daño". Por su parte, la voz peligro es definida por la Real Academia como "riesgo o contingencia inminente de algún mal". Así, pues, que el uso de ambos vocablos constituiría una reiteración. "La reiteración", señala de Trazegnies, "parece obedecer... al deseo del legislador de que no quede duda de que todo aquello que genere la proximidad de un daño está sujeto a la responsabilidad objetiva... Nuestro legislador no ha restringido la responsabilidad objetiva sólo a los casos 'ultrariesgosos' sino que amplía el concepto de riesgo por la vía de la reiteración enfática a fin de comprender no solamente a las actividades excepcionales peligrosas sino a todas las que sean riesgosas de cualquier manera. Hablar no sólo de riesgo o de peligro (por separado) sino de 'riesgo o peligro' (conjuntamente) equivale a decir 'todo lo que en cualquier forma pudiera engendrar peligro' "[1141].

Proponemos nosotros una interpretación alternativa, pero que conduce al mismo resultado, sobre la base de la percepción de una *diferencia de intensidad* en la proximidad del daño que caracteriza al riesgo o al peligro. Así, recordemos que el Diccionario de la Lengua Española define riesgo como la simple "contingencia o proximidad de un daño". En cambio, define peligro como el "riesgo o contingencia *inminente* de algún mal". De acuerdo con esta tesis, existe una relación de género a especie entre riesgo y peligro, en la que el peligro es una especie particularmente intensa de riesgo: lo peligroso es lo extremadamente riesgoso. Si aceptamos esta posición, habría que concluir que el artículo 1970 tiene un alcance muy amplio, pues no sólo engloba lo peligroso (o extremadamente riesgoso), sino también lo simplemente riesgoso.

1141. de Trazegnies, La Responsabilidad Extracontractual *cit.* núm. 73.

Es de notar, que ambas interpretaciones se apoyan en el uso en el artículo 1970 de la conjunción "o", entre los adjetivos "riesgoso" y "peligroso". Así, pues, no se requiere que la cosa o la actividad sean "riesgosas y peligrosas", lo que podría dar a entender que existe una reiteración enfática cuyo efecto es precisamente el contrario que el que observaba de Trazegnies, sino que basta que la cosa o la actividad sean "riesgosas o peligrosas"; es decir, una, otra o ambas.

3.2.4. El Producto Defectuoso como Cosa Riesgosa o Peligrosa

3.2.4.1. Introducción. Hemos ya analizado antes la relación que existe entre los conceptos de defectuosidad y de peligrosidad, dentro de la teoría sobre la responsabilidad por productos defectuosos. En estas líneas intentaremos sustentar la posición de que un producto defectuoso es un bien riesgoso o peligroso, para efectos de la responsabilidad que establece el artículo 1970 del Código Civil. En otras palabras, nuestro objetivo es postular una interpretación del artículo 1970 del Código Civil que permita establecer un sistema de responsabilidad objetiva por los daños causados por productos defectuosos en nuestro ordenamiento jurídico. Consideramos que tal interpretación es totalmente adecuada a la redacción y al sentido del citado precepto del Código Civil.

Creemos pertinente reiterar que en esta exposición no recurriremos a justificaciones de política (sean éstas éticas o utilitarias) que apoyen, la interpretación que postulamos. Tales consideraciones, como hemos ya visto, indican claramente la conveniencia de un régimen de responsabilidad por riesgo aplicable a la responsabilidad por productos defectuosos[1142].

3.2.4.2. El Nivel de Categorización de las Cosas y su Peligrosidad. Una primera idea que debemos esbozar concierne al nivel de categorización de los bienes y actividades, para efectos de su calificación como riesgosos o peligrosos. Las cosas pueden agruparse en conjuntos y subconjuntos cada vez más pequeños, para efectos de atribuirles determinadas características. Por ejemplo, podemos hablar de los vehículos; luego, como un subconjunto, de los vehículos autoimpulsados; luego, como un subconjunto del anterior, de los autoimpulsados por motores de explosión; luego, como un subconjunto del anterior, de los automóviles; luego como un subconjunto del anterior, de los automóviles particulares; y así sucesivamente. La peligrosidad puede ser atribui-

1142. *Supra*, Tomo II, p. 138 y ss.

dad a las cosas a distintos niveles de generalidad. En tal sentido, podemos decir que todos los vehículos son riesgosos o peligrosos; o que lo son las motocicletas, los aviones y los automóviles; o que sólo lo son los automóviles de carrera, etc.

Una concepción que subyace la tesis restrictiva sobre la peligrosidad, y que conduce a limitar la responsabilidad por riesgo a las cosas o actividades ultrarriesgosas, es considerar que la determinación de la peligrosidad debe hacerse a un nivel de generalidad bastante elevado. Dado que se está atribuyendo una característica a un conjunto que incluye innumerables unidades, serán pocos los conjuntos tales que todos sus elementos sean peligrosos. Así mismo, se requerirá que la peligrosidad común de los elementos de este conjunto sea percibida como tal por el órgano de decisión social encargado de atribuir la peligrosidad a las cosas. En otras palabras, la determinación de los conjuntos de actividades peligrosas a un alto nivel de generalidad, sólo podrá hacerse en los casos en que existan conjuntos relativamente grandes de actividades que presenten como característica unitaria la peligrosidad y que tal peligrosidad sea apreciada por el órgano de decisión social al momento de calificar la peligrosidad.

Sin embargo, existen innumerables cosas cuya peligrosidad es distinta que la de las demás. En tales casos, no será posible agruparlas con otras para efectos de atribuirles carácter peligroso a un alto nivel de generalidad.

Por ello, consideramos que el carácter riesgoso o peligroso de un bien o una actividad, debe apreciarse de manera individual, luego de producido el accidente. Ello no implica que no pueda calificarse a ciertos conjuntos de actividades como peligrosas a nivel general. Por el contrario, en los casos en que ello sea posible con un bajo margen de errores, tal determinación general es altamente deseable, pues incrementa la seguridad jurídica. Lo que sostenemos es que no son sólo las cosas comprendidas en tales conjuntos las que son riesgosas o peligrosas, sino que también pueden serlo otras, que no pertenezcan a ningún conjunto de cosas calificadas (o calificables) en general como peligrosas.

3.2.4.3. El Producto Defectuoso como Bien Riesgoso o Peligroso. El análisis de tipo individualizado al que hemos aludido en el acápite anterior, es el que debe emplearse para determinar la peligrosidad de un producto defectuoso. En efecto, al hablar de los productos puede percibirse que existen algunos conjuntos de productos que presentan de alguna manera un carácter homogéneo de peligro. Tal será el caso, por ejemplo de los productos farmacéu-

ticos, o de las sustancias explosivas o tóxicas, etc. Estos productos pueden ser considerados como productos peligrosos, en general. Existen, sin embargo, productos que sin ser normalmente peligrosos, en el sentido indicado, pueden serlo por efecto de determinadas condiciones particulares o anomalías. Este es el caso de los productos defectuosos. Así, por ejemplo, un libro no es, en general, un producto peligroso. No pertenece a ningún género de productos que presenten riesgos de una magnitud o probabilidad tales como para ser considerados peligrosos. Sin embargo, si, como en la novela de Eco, el libro tiene sus páginas humedecidas con una sistancia venenosa, que ocasiona la muerte del lector al ser ingerida por éste, lo que previsiblemente hará, al mojarse los dedos con la lengua para separar las páginas adheridas, entonces el libro sí será peligroso[1143].

Hemos visto ya que la defectuosidad, en el campo de la responsabilidad por productos defectuosos no se determina por la inadecuación del producto para el uso esperado por el consumidor, sino por el peligro que presenta. El riesgo o peligro que presenta un producto, en su uso o consumo razonablemente previsible, es el punto de partida para considerarlo defectuoso. En tal sentido, el que el producto sea defectuoso supone que sea peligroso, en la medida en que habrá un riesgo o peligro que se derive de su uso razonablemente previsible. Es decir, que existirán daños que sean consecuencia adecuada del uso o consumo del producto.

Ahora bien, hemos expresado que para la operación de la responsabilidad por riesgo de acuerdo al artículo 1970, no basta que existan riesgos o peligros que se deriven de una cosa o actividad, para que esta sea considerada peligrosa, sino que tales riesgos o peligros deben tener magnitud y probabilidad suficientes. La determinación de lo que constituye un riesgo o peligro suficientemente grande como para imponer la aplicación del artículo 1970, ha sido dejada al arbitrio de la jurisprudencia, pero no parece que tal disposición haya consagrado una responsabilidad por actividades ultrarriesgosas. En el caso de los productos defectuosos, sin embargo, es bastante claro que resulta de aplicación el artículo 1970. En efecto, la defectuosidad no sólo supone que el producto presente un determinado riesgo o peligro, sino que tal riesgo o peligro sea especialmente significativo, en la medida en que supera los beneficios provenientes del producto, en las condiciones en que fue puesto en el mercado. Así, pues, cuando concluimos que un producto es defectuoso, lo

1143. Similarmente, si el libro contiene información errada que determina daños al consumidor, podrá ser considerado peligroso.

que estamos diciendo es que tal producto es *más peligroso que lo debido.* Se trata entonces de un riesgo o peligro calificado o especialmente significativo. Para concluir que un producto es defectuoso, de acuerdo con los conceptos desarrollados anteriormente, no basta concluir que es peligroso, sino que debe establecerse que sus riesgos o peligros son tales, que no es justificable la comercialización del producto en las condiciones que tenía[1144].

En consecuencia, los productos defectuosos son una especie dentro de los productos peligrosos. No todos los productos peligrosos son defectuosos; pero todos los productos defectuosos (determinada la defectuosidad de acuerdo con los criterios enunciados) son peligrosos. Además, *los productos defectuosos son especialmente peligrosos, en la medida en que sus riesgos son mayores que sus beneficios.* Por ello, consideramos que, cada vez que la jurisprudencia nacional, aplicando los patrones para la determinación de la defectuosidad, aceptados generalmente en la legislación, la doctrina y la jurisprudencia comparadas, concluya que un producto es defectuoso, deberá aplicar el artículo 1970 del Código Civil para establecer la responsabilidad por los daños que se hayan derivado del producto.

3.2.5. ¿La Fabricación y Distribución de Productos como Actividad Riesgosa o Peligrosa? En el acápite que antecede, hemos expuesto las razones por las cuales un producto defectuoso debe ser considerado como un bien riesgoso o peligrosos, para efectos de la aplicación del artículo 1970. Ahora debemos preguntarnos si puede, en general, considerarse que la fabricación y distribución de un producto defectuoso, es una actividad riesgosa o peligrosa.

1144. Señala de Trazegnies: "En nuestra opinión, está en la naturaleza del defecto el hecho de ser riesgoso o peligroso: todo defecto es una fuente potencial de daños, es decir, es capaz de generar riesgos. Si no los generara, los daños no se producirían y no tenemos que preocuparnos al respecto. Pero si el daño se produce *a consecuencia* de un defecto, entonces es que tal defecto originó una "contingencia o proximidad de daño" y esta es precisamente la definición de riesgo que da el diccionario de la Lengua Española de la Real Academia. Por consiguiente, un producto defectuoso es un bien riesgoso". de Trazegnies, La Responsabilidad Extracontractual *cit.* núm. 561. La argumentación de de Trazegnies, sin embargo, permanece en el primer nivel de análisis necesario para concluir que una cosa es peligrosa o que un producto es defectuoso. En efecto, no basta que el daño se produzca a consecuencia de un defecto, para concluir que la cosa es peligrosa. Como señalaba Brook, no toda condición que causa un daño es un defecto; similarmente, podríamos decir que no todo bien que tiene una característica que causa un daño es peligroso. (Brook, Patent Hazards *cit.*). Es necesario que los daños que previsiblemente se deriven de tal condición sean de una probabilidad y una magnitud suficientes.

Para el efecto, resulta aplicable el mismo razonamiento que hemos utilizado para determinar la peligrosidad de los bienes. No basta que una actividad cause un daño para que se la considere peligrosa, sino que es necesario que los daños que previsiblemente se deriven de ella sean lo suficientemente importantes como para considerarla riesgosa o peligrosa.

Cuando hablamos de actividad, nos referimos al conjunto de tareas propias de una persona o entidad. Así, cuando consideramos la fabricación de productos como actividad, hacemos mención a la fabricación en conjunto, y no a la fabricación de un producto individual en particular. Por ejemplo, si hablamos de la panadería como actividad, estamos hablando de la fabricación de panes que realiza una determinada persona (el panadero). No nos referimos a la fabricación de un pan en particular, sino a la fabricación de panes, en general, tal como es realizada por ese panadero en particular.

Así, pues, en el campo de la producción y la distribución de productos, el resultado de *una actividad,* comprende *infinidad de productos.* No bastará, pues, que uno de tales productos sea peligroso, para concluir que la actividad es peligrosa. Así, por ejemplo, volviendo al panadero de nuestro ejemplo anterior, supongamos que mientras este panadero se encuentra trabajando, se introduce un insecto a la masa. Como resultado, uno de los panes producidos ese día resulta ser un producto peligroso. Sin embargo, ello no quiere decir que la actividad que desarrolla el panadero sea peligrosa. Puede muy bien ser que la ocurrencia del accidente ha sido única en la vida comercial del panadero.

Esto nos lleva a percibir que no todas las actividades que conducen a la producción o distribución de productos peligrosos son actividades peligrosas[1145]. Para que la actividad sea considerada riesgosa o peligrosa, desde este punto de vista, será necesario que los daños que previsiblemente se deriven de ella (y no de sus productos, considerados individualmente), tengan la magnitud suficiente. Así, pues, para considerar riesgosa o peligrosa a una actividad de producción, por razón de los daños causados por sus productos, será necesario evaluar los riesgos que se deriven de la producción *en su conjunto* y no los que se deriven de uno o más productos considerados individualmente. De esta manera, podrá calificarse como actividad peligrosa a la fabricación o dis-

1145. Por otro lado, pueden haber actividades industriales que no conduzcan casi nunca a la producción de productos peligrosos y, sin embargo, sean riesgosas o peligrosas, ya no para los consumidores, sino para los operarios, o para los vecinos, etc.

tribución de productos genéricamente peligrosos, tales como los medicamentos, los explosivos o las sustancias tóxicas[1146]. También podrá, en algunos casos, considerarse peligrosa la actividad de fabricación de productos que, aunque no sean uniformemente peligrosos, presenten defectos de diseño o de información que determinen que el conjunto de la producción del producto dado, revista caracteres de peligrosidad. En cambio, serán sumamente raros los casos en los que se establezca la peligrosidad de una actividad de producción por razón de defectos de manufactura[1147].

Para ilustrar nuestra posición, resulta útil recurrir a una sentencia expedida por la jurisprudencia italiana, en un caso de responsabilidad por productos[1148]. En el caso, un menor de edad había fallecido por efecto de la explosión de un envase de aerosol de insecticida. Los padres del menor demandaron al fabricante del producto, alegando que éste era responsable, de acuerdo con el artículo 2050, pues el daño había sido causado por el ejercicio de una actividad peligrosa: la fabricación de insecticidas en envases de aerosol. La corte consideró que la demanda era fundada. Sus fundamentos no fueron, sin embargo, que el producto era defectuoso, sino que la corte se basó en la existencia de muchas y distintas posibilidades de que los productos fabricados por la demanda pudiera causar accidentes similares a los del caso. Señaló el tribunal: "La intrínseca peligrosidad del producto está claramente evidenciada por la multiplicidad de causas que, según cuanto ha expuesto el perito de oficio. . ., pueden determinar la explosión de este tipo de envases, causas que conciernen al uso del producto o a su fabricación y que, particularmente, son expuestas por el perito mencionado, del modo siguiente: 1) aumento de temperatura del envase que determina un aumento de presión; 2) precusiones violentas, deformación, manipulación de la válvula o caída accidental del envase que, de fácil ocurrencia por ser el contenedor de gran peso, puede provocar el desprendimiento de la parte ensamblada; 3) sobrepresión en el embotellamiento o rompimiento del contenedor por sobrepasar el 90% de su capacidad;

1146. *Supra*, Tomo II, p. 500.

1147. Tal podrá ser, sin embargo, el caso cuando aunque sean pocos los productos que presenten tales defectos, el riesgo proveniente de ellos tenga una magnitud muy considerable. También podrá presentarse el caso cuando la actividad en cuestión genere un alto número de productos con éste tipo de defectos.

1148. Sentencia del Tribunal de Forli, de 7 de Mayo de 1976. La sentencia es reproducida por Bessone, Mario. *Casi e Questioni di Diritto Privato*, Dott A, Giuffre Editore, Milano, 1986, Tomo III, Obligazione e Contratti —Responsabilitá Civile, pp. 370— 374.

4) defectos del material, exaltados por una eventual corrosión; 5) defectos tecnológicos. . . que presenta el contenedor".

De lo anteriormente expuesto, concluimos que no es posible considerar, en general, que una actividad es riesgosa o peligrosa por el mero hecho de que un producto que sea fruto de dicha actividad, sea riesgoso o peligroso. La peligrosidad de una actividad debe evaluarse de acuerdo con la probabilidad y magnitud de los daños que previsiblemente puedan derivarse de ella. En consecuencia, sólo podrá la actividad de fabricación de productos considerarse peligrosa, cuando los riesgos provenientes de la producción considerada en su conjunto, ameriten tal calificación. Por tal motivo, el análisis que sigue se centrará fundamentalmente en la responsabilidad por bienes riesgosos o peligrosos, como fundamento positivo de la responsabilidad por productos defectuosos en el marco del Código Civil peruano de 1984.

3.2.6. La Determinación del Responsable

3.2.6.1. Introducción. Establece el artículo 1970 del Código Civil, que son responsables aquellos que, mediante un bien riesgoso o peligroso o una actividad riesgosa o peligrosa *causan* un daño a otro. Así, pues, la ley atribuye, en estos casos, la responsabilidad al causante. Ello plantea, sin embargo, el problema de determinar quién es el causante, cuando el daño ocurre mediante una actividad riesgosa o peligrosa o un bien riesgoso o peligroso. Consideramos que en el tratamiento de este problema, puede hacerse una diferenciación entre los casos de actividades riesgosas o peligrosas y los de bienes riesgosos o peligrosos, debido al distinto grado de dificultad que plantea la cuestión en cada uno de estos supuestos.

3.2.6.2. La Determinación del Responsable del Daño Causado Mediante Actividades Riesgosas o Peligrosas. Tratándose de actividades, parece indudable que la responsabilidad debe corresponder al titular de la misma; es decir, a quien la realiza. En efecto, hemos visto ya que una actividad es "el conjunto de operaciones o tareas propias de una persona o entidad". Así, pues, el concepto mismo de actividad, alude a un sujeto, a quien la actividad corresponde. En consecuencia, será esa persona o entidad, la responsable de los daños causados a través del ejercicio de su actividad.

3.2.6.3. La Determinación del Responsable del Daño Causado Mediante Bienes Riesgosos o Peligrosos.

3.2.6.3.1. Generalidades. Tratándose de bienes, es mas difícil precisar

quién es el responsable del daño. En efecto, un bien no necesariamente corresponde exclusivamente a una persona o entidad, sino que puede tener relaciones de pertenencia con varias de ellas. Así, planteemos el caso de un automóvil que interviene en un accidente. El automóvil fue fabricado por una empresa; fue importado y ensamblado por otra; fue distribuido por una tercera; tiene un propietario; ha sido reparado por una cuarta empresa; y tiene un conductor. ¿A cuál de todas estas personas debemos de considerar como "causante" para efectos de la atribución de responsabilidad?

La doctrina francesa sobre la responsabilidad por el hecho de las cosas, recurre, para la determinación del responsable, en estos casos, a la noción de "guarda". Como hemos visto, la responsabilidad por el hecho de las cosas es un desarrollo jurisprudencial, basado en una interpretación creativa del primer párrafo del artículo 1384 del Código Napoleón. Dicho precepto establece que "se es responsable no solamente del daño que se causa por hecho propio, sino también del causado por el hecho de. . . las cosas que se tienen en custodia". Al realizar la descubierta y el desarrollo posterior de esta norma, la jurisprudencia francesa se vio constreñida por el texto del mismo, que habla de "guarda" o "custodia" de la cosa, como factor de atribución de responsabilidad. La jurisprudencia no eligió libremente hablar de guarda o custodia; no le quedó más remedio que hacerlo, dado el texto del artículo 1384. Por ello, con el fin de adaptarse a la realidad de la vida contemporánea y de establecer un sistema de reparación de los daños causados mediante productos defectuosos, ha tenido que recurrir a acrobacias conceptuales, como la distinción entre la "guarda del comportamiento y la estructura"[1149].

Los ordenamientos que siguieron el modelo francés se han visto en aprietos similares para adaptar la noción de guarda, a las realidades del moderno mercado de producción y distribución de bienes. Así, recordemos que los principales exponentes de la doctrina civilista argentina, reunidos en la ciudad de La Plata, en las VIII Jornadas Nacionales del Derecho Civil, debieron concluir que el texto del artículo 1113 del Código Civil argentino, modificado por la ley 17711, impedía considerar responsable al fabricante de una cosa por los daños causados "por el vicio o riesgo" de la misma e inventar un tipo *sui generis* de responsabilidad, basada en una culpa presunta *juris et de jure*.

Nuestro Código Civil ha evitado incurrir en conceptualismos semejantes,

1149. *Supra*, Tomo I, p. 259ss.

que nos hubieran conducido por senderos tortuosos, como los que ha tenido que recorrer la jurisprudencia francesa, o a callejones sin salida, como aquél en que se encontró la doctrina argentina. El artículo 1970 ha prescindido de la noción de guarda o custodia, para efectos de la atribución de responsabilidad por los daños causados mediante bienes riesgosos o peligrosos y la ha reemplazado por un concepto de mayor amplitud y más adecuado a la realidad: el de causalidad. A dicho concepto dedicamos las siguientes páginas.

3.2.7. La Determinación del Responsable y La Relación de Causalidad.

3.2.7.1. Generalidades. Hemos dicho que encontramos la atribución de la responsabilidad por daños causados mediante cosas riesgosas o peligrosas sobre la base de la causalidad, más correcta que la realizada en función al concepto tradicional de "guarda" o "custodia" de la cosa. En efecto, la noción de guarda o custodia de las cosas es una noción tan falsa como la de hecho de las cosas; las cosas no actúan por si ni requieren "guardianes" que eviten que se "escapen" y "causen" daños. Las cosas, en tanto generadoras de daños imputables jurídicamente, son meramente instrumentos de la acción humana. Por ello es errado hablar de daños causados "por" las cosas[1150]. Las cosas no causan daños; son medios para que el ser humano los cause. Por ello, detrás de la intervención de una cosa en un supuesto dañoso, existirán una o varias acciones humanas. Son esas acciones las causas del daño; sus autores serán, pues, quienes causaron el daño mediante la cosa[1151].

Para la determinación del responsable, entonces, debe identificarse a la persona que causó el daño mediante la cosa. Sin embargo, como se desprende del ejemplo del accidente automovilístico que empleamos anteriormente, no necesariamente habrá una sola causa de un resultado dañoso ocurrido con la intervención de una cosa. En efecto, si el fabricante no hubiera fabricado el automóvil, no hubiera ocurrido el accidente; tampoco hubiera sucedido éste si el importador y ensamblador no importaba y ensamblaba el vehículo, o si el propietario no lo adquiría, o si el conductor no lo conducía, etc. ¿A cuál de todas estas condiciones necesarias del daño imputaremos el resultado?

1150. *Supra*, Tomo I, p. 253ss.

1151. En efecto, sólo puede concebirse un supuesto de daño ocurrido con intervención de una cosa, sin que haya existido un causante detrás de élla, recurriendo a la noción de caso fortuito o fuerza mayor. Así, por ejemplo, si a alguien, mientras camina por el campo, le cae un meteorito encima. En tal caso, sin embargo, no hay responsabilidad.

En nuestra opinión, sólo debe considerarse causantes del daño, a quienes hayan realizado hechos que sean *causa adecuada* del resultado. Así, habrá una serie de eventos que son condiciones necesarias de que la cosa haya adquirido la potencialidad para ser instrumento del daño en cuestión. De ellos debemos en primer lugar, seleccionar aquellos que son jurídicamente imputables; es decir, relevantes para el Derecho. Luego, debemos examinar cuál o cuáles de ellos son causas *adecuadas* del resultado. Sólo a los autores de últimos podrá atribuirse la responsabilidad.

El artículo 1970 del Código Civil no señala de manera expresa que la causación entre el hecho del sujeto responsable y el resultado dañoso deba ser adecuada. Sin embargo, el requisito de la causalidad adecuada para la responsabilidad extracontractual se encuentra establecido por el artículo 1985 del Código Civil, que dispone que debe "existir" una relación de causalidad adecuada entre el hecho y el daño producido".

¿Cómo se plantea este requisito en la responsabilidad por bienes riesgosos o peligrosos' Parece que, en general, en los casos de daños causados mediante cosas riesgosas o peligrosas, la intervención causal del sujeto responsable puede manifestarse de dos maneras. Una primera, en la que la causalidad se percibe de manera más evidente, es aquella en la cual el sujeto se sirve de la cosa con ocasión de la ocurrencia del daño. Así, por ejemplo, cuando un asaltante dispara un revólver contra un tendero. O cuando un automovilista, que conduce negligentemente su vehículo, atropella a un peatón. O cuando una industria explota una maquinaria que, en su funcionamiento normal lesiona a un operario. En estos casos, puede decirse que la cosa es intrínsecamente peligrosa y que quien se sirve de ella corre el riesgo de causar un daño. Si tal daño se produce, debe reputarse causante a quien se servía de la cosa.

Existen otros casos, sin embargo, en los que la cosa no es intrínsecamente peligrosa, por lo que no puede decirse que quien se sirva de ella está corriendo el riesgo de causar un daño. Tal es el caso de los productos defectuosos. Un producto defectuoso presenta peligros irrazonables en su uso normalmente previsible. Sin embargo, en general, tales peligros no son conocidos por el que usa o consume el producto. Por ello, cuando el daño se produce, no puede éste atribuirse causalmente al usuario o consumidor del producto, dado que éste no creó el riesgo ni tenía control sobre él. En tales supuestos, el consumidor o usuario es meramente un instrumento en la cadena causal. Debe, entonces, más bien, buscarse al origen del riesgo. Así, pues, en la responsabilidad por productos defectuosos, la relación de causalidad se descompone en dos momentos: el primero, en de la creación del riesgo por parte de los res-

ponsables; y el segundo la ocurrencia del daño como resultado del uso o consumo previsible del producto[1152].

3.2.7.2. La Determinación del Responsable de los Daños Causados por Productos Defectuosos. De acuerdo con el artículo 1970 del Código Civil, es responsable aquél que mediante un bien riesgoso o peligroso causa a otro un daño. Ahora bien, la causalidad jurídica supone la existencia de un hecho, que determina el resultado dañoso. En tal sentido, el artículo 1985 del Código Civil establece que debe existir una relación de causalidad adecuada entre el hecho y el daño producido[1153]. Resulta de fundamental importancia, pues, determinar cuál es el hecho que determina la ocurrencia del daño.

Hemos señalado ya que en la responsabilidad por productos defectuosos, la causalidad se descompone en dos etapas. La primera corresponde a la creación del riesgo que, luego, en la segunda etapa de la causación, ocasionará el daño. Interesa, pues, determinar cuál es el hecho por efecto del cual se crea el riesgo. El autor de tal hecho será el responsable.

Señala Rojo y Fernández-Río, siguiendo a la doctrina alemana, que es la puesta del producto defectuoso en el comercio, lo que constituye el hecho que, como causa adecuada, determina el daño[1154]. Sin embargo, nos parece que si se quiere apreciar estrictamente la relación de causalidad e identificarse un hecho individual como causa jurídica del daño, debe concluirse que la causa adecuada del daño causado mediante un producto defectuoso no es la puesta del mismo en la cadena comercial, sino la introducción de un defecto en él. En efecto, es el defecto lo que atribuye a la cosa un carácter peligroso y lo que como "causa inmediata" determina el daño. La puesta en el comercio del producto, como las sucesivas trasferencias del mismo, sirven como elementos coadyuvantes que conducen un instrumento que ya lleva en sí la potencialidad dañosa hasta su encuentro con la víctima[1155]. La individualización pre-

---

1152. Ver generalmente, *supra*, Tomo II, p. 389ss.

1153. Nótese que la ley habla de "hecho" y no de acto, por lo que no es requisito para la atribución de responsabilidad la voluntariedad de la causa adecuada del daño. Así, el elemento causal puede estar constituido por una circunstancia totalmente mecánica.

1154. Rojo y Fernández-Río, *op. cit.* p. 186. En el mismo sentido, Compagnucci de Caso, *op. cit.* p. 250.

1155. Rojo y Fernández-Río señala que "la conducta del titular del proceso de fabricación anterior a la inmisión del bien en el mercado no presen-

cisa del sujeto causante deberá ser, pues, realizada en función del origen del defecto[1156]. En consecuencia, el responsable de los daños causados mediante el producto defectuoso será últimamente, en general, quien introdujo en el mismo la potencialidad dañosa.

Sin embargo, aunque sea posible individualizar el origen del defecto, no creemos que deba sostenerse que es el creador del defecto el único causante y responsable. Consideramos, más bien, que todos los integrantes de la cadena de producción y distribución del producto defectuoso contribuyen a crear el riesgo. La producción y distribución de un producto constituye un fenómeno unitario, si no desde el punto de vista jurídico, por lo menos sí desde el punto de vista material y económico. El riesgo de un producto defectuoso no es creado sólo por el fabricante en cuyo ámbito de control se origina éste, sino también por los sucesivos distribuidores que permiten que el producto llegue a manos del consumidor. Un producto defectuoso que permanezca almacenado no presenta riesgos. El producto defectuoso es peligroso en su uso o consumo previsible. Tal uso o consumo sólo es posible si el producto llega a las manos del consumidor final, a lo que contribuyen los distribuidores.

Tanto los fabricantes como los sucesivos distribuidores de un producto defectuoso cooperan para que se produzca una situación de riesgo: que el producto defectuoso llegue al consumidor. En este sentido todos los que conducen el producto defectuoso hasta el consumidor, concausan el daño. Entonces, hay una hipótesis de concausación y debe considerarse a los diversos intervinientes como responsables solidarios, a tenor del artículo 1983 del Código Civil[1157]. Así, pues, identificado el origen del defecto, se reputará que

---

ta ninguna potencialidad dañosa para el consumidor o usuario. La posibilidad del daño nace cuando el fabricante decide ponerlo en el mercado". Rojo y Fernández-Río, *op. cit.* pp. 186-187. Sin embargo, olvida Rojo que todo producto, desde el momento en que existe, existe para el mercado. Es el mercado el fin de la producción. Por ello, la creación del defecto es la verdadera causa adecuada del daño, en la medida en que la puesta del producto en el mercado es algo previsible y normal.

1156. Expresa, por ello, Ramírez, que "el punto de partida ha de ser ineludiblemente la creación del riesgo. Cuando el daño proviene de falla de fabricación no es posible consagrar la responsabilidad del dueño o guardián de la cosa, por el solo hecho de serlo. La atribución de responsabilidad ha de ir indispensablemente unida a la introducción o creación del riesgo. . .". Ramírez, *op. cit.* Tomo IV, p. 110.

1157. Es el principio generalmente reconocido de la intervención conjunta o común. Señala Santos Briz: "Tratándose de autores que mediante

todos los productores y distribuidores que intervienen en la cadena de producción y distribución a partir de ese momento, son concausantes del daño, y deben responder solidariamente frente al consumidor[1158]. Luego de resarcido el dañado, el corresponsable que haya pagado, podrá repetir contra los demás, correspondiendo al juez determinar la responsabilidad relativa a cada uno, de acuerdo con la gravedad de sus faltas. En esta apreciación, el juez deberá tener en cuenta el origen del defecto y las conductas desarrolladas por los diversos involucrados en la cadena de producción y distribución.

En muchos casos, sin embargo, será difícil o prácticamente imposible determinar el origen del defecto. Ello sucederá especialmente tratándose de defectos de manufactura o fabricación. Es por razón de la dificultad probatoria que se presenta en estos casos, que algunos autores sostienen que es la puesta en el comercio del producto defectuoso el hecho causal que determina el daño[1159]. Sin embargo, esa no es la posición correcta. La existencia de un problema probatorio debe enfocarse como tal, y no pretenderse darle solución atribuyendo efectos causales a un hecho que no los tiene.

Una primera solución dada al problema de la prueba del origen del defecto es la que desarrolló la jurisprudencia norteamericana mediante la aplicación de la regla *res ipsa loquitur* a la responsabilidad estricta y que ha adopta-

---

su cooperación física o psíquica necesaria cometieron un acto ilícito, el daño resultante ha de ser imputado en toda su extensión a cada uno de los coautores. Igualmente, cuando varios sin cooperación consciente han causado conjuntamente un daño. . . ha de ser imputado a cada uno en su totalidad, pues cada uno es condición imprescindible del resultado, siempre que no pueda distinguirse la participación causal de cada coautor secundario en el resultado dañoso". (La Responsabilidad Civil *cit.* p. 444) "El alcance de ambas formas de coautoría" añade este autor, "según las posturas modernas abarca, no sólo los casos de accidentes culposos, sino también los debidos al riesgo creado por las explotaciones o cosas peligrosas". (La Responsabilidad Civil *cit.* p. 285. En el mismo sentido, Bustamante Alsina, Teoría General *cit.* p. 535). Indican al respecto Enneccerus y Lehman que "La relación causalidad de todos se basa en que todo acto singular se halla con la total actividad de los demás en relación de recíproca condicionalidad y que, por lo menos, en ningún caso puede constar si el acto ilícito hubiera sido cometido de igual manera sin la cooperación de uno de los partícipes". Enneccerus, Kipp y Wolff, *op. cit.* Tomo II, Parte 2, Vol. 2, p. 1141.

1158. Bustamante Alsina, Teoría General *cit.* p. 535; Santos Briz, La Responsabilidad Civil *cit.* p. 287.

1159. Rojo y Fernández-Río, *loc. cit.*

do la Directiva de la CEE. Según dicha posición, debe establecerse una presunción *juris tantum* de que el defecto ya existía en el ámbito de control del fabricante que puso el producto en el mercado. En tal sentido, tal fabricante respondería por haber creado el defecto o por no haberlo detectado. El fabricante del producto terminado, para excusar su responsabilidad, debe acreditar que el defecto se originó luego de salido el producto de su ámbito de control.

No nos parece conveniente, sin embargo, dicha solución. En efecto, una presunción como la que se ha establecido en los ordenamientos jurídicos mencionados, carece de base normativa en el Perú. Por ello, no sería generalmente aplicable, sino que quedaría al arbitrio de los jueces considerar su establecimiento, en función de la realidad concreta de los casos presentados ante ellos. Sin embargo, no existe, en general, una razón suficiente que justifique imputar la defectuosidad al fabricante que puso el producto en el mercado en lugar de a uno de los fabricantes de piezas y partes o a uno de los distribuidores posteriores.

Por otro lado, aún si se estableciese esta presunción, podría el fabricante demandado probar que el producto no adolecía de defectos en el momento de salir de su control. En tal hipótesis, el consumidor quedaría sin reparación y debería proceder a ubicar a un nuevo presunto responsable, para interponer contra él una nueva acción judicial. Esto, no sólo retrasa innecesariamente el resarcimiento, sino que puede hacerlo imposible, dado el plazo de prescripción de la acción de indemnización por responsabilidad extracontractual, que es de dos años, contados a partir de la fecha de la ocurrencia del daño[1160].

En nuestra opinión, en los casos en que no sea posible determinar el punto en la cadena de producción y distribución del producto en el que se originó el defecto, deberá considerarse como corresponsables a todos aquellos que pudieron haberlo originado. Si el consumidor prueba que recibió el producto en estado defectuoso, entonces será forzoso concluir que el defecto se originó en algún momento desde que fue fabricado el primer componente del producto hasta que llegó el producto terminado al consumidor. De ello se sigue que, aunque no se sepa quién fue el que causó el defecto –y por ende el daño– sí se sabe que alguno de los integrantes de la cadena de producción y distribución lo hizo. Tal situación justifica imputar la responsabilidad a todos los posibles causantes, permitiéndoles desplazar el peso de la misma, en la me-

1160. *Código Civil*, artículo 2001, inciso 4.

dida en que prueben que fue otro el que ocasionó el defecto. Es reconocido en la doctrina que cuando no se puede determinar quien, entre varios, ha causado el daño con su acto, cada uno es responsable del daño[1161].

La responsabilidad de los corresponsables será, en los casos indicados, solidaria, de acuerdo con lo que dispone el artículo 1983 del Código Civil. De este modo, el dañado podrá demandar a uno o más de los integrantes de la cadena de producción y distribución del producto, para que le paguen la indemnización correspondiente. Los que hayan pagado tal indemnización, podrán repetir, a su vez, contra los demás responsables, correspondiendo al juez fijar la proporción en que cada uno debe soportar el peso económico del daño, según la gravedad de su falta. En caso que no sea posible realizar tal discriminación, todos responderán por partes iguales[1162]. Sin embargo, si uno

---

1161. Se trata del llamado supuesto de intervención alternativa. Al respecto, escribe Bustamante Alsina: "Cuando el hecho aparece atribuible a una u otra persona de manera excluyente, la intervención es disyuntiva o alternativa. En este supuesto existe imposibilidad de probar la relación causal, como en los casos en que el daño se origina en la acción de un individuo no identificado dentro de un grupo determinado". Bustamante Alsina, Teoría General *cit.* p. 537. Añade a ello Santos Briz que la diferencia con el supuesto de concausación está en que "la autoría alternativa. . . no exige colaboración querida, sino que ha de atender a su finalidad, que es imputar una causalidad incierta". Santos Briz, *loc. cit.* En palabras de Enneccerus y Lehman, "La culposa participación en una conducta peligrosa hace responsables de indemnización a todos los partícipes si el peligro que implica la conducta llega a tener realidad en virtud de un acto cuyo autor no puede ser descubierto". En este supuesto, señalan, Enneccerus y Lehman se encuentran comprendidos no sólo los que cooperan mediante su actividad a que se produzca el resultado dañoso, sino que es causal de responsabilidad "la cooperación en una actividad que de momento sólo determina un peligro, pero que en su desenvolvimiento ulterior conduce al acto causa inmediata del daño". Enneccerus-Kipp y Wolff, *op. cit.* Tomo II, Vol. 2, Parte 2, p. 1142.

1162. De la redacción del artículo 1983 se desprendería que es necesario que el demandado responsable solidario haya pagado ya la totalidad de la indemnización para que pueda repetir. Sin embargo, ello puede perjudicar a tal responsable, por el tiempo en que transcurrirá entre el momento en que paga y el momento en que le reembolsan lo que corresponda. Parecería mejor permitir que el corresponsable demandado pueda demandar de inmediato a los demás corresponsables, para que le garantizen, en proporción a sus respectivas responsabilidades, el reembolso de lo que pudiera pagar. Tal mecanismo, análogo a la llamada "citación en garantía" del Derecho francés *(supra,* Tomo I, p. 242) permitiría incrementar notablemente la economía procesal, en este campo.

de los demandados logra desvirtuar la relación causal entre su hecho y el daño, entonces quedará liberado de responsabilidad, de acuerdo con el artículo 1972[1163]. De este modo, bastará al demandante acreditar que en el momento de recibir el producto éste ya presentaba el defecto para que proceda su acción contra cualquiera de los involucrados en la cadena de producción y distribución del bien.

Por otro lado, cuando no sea posible identificar al productor, aunque se sepa con certeza que el defecto se originó en el ámbito de fabricación del producto, nos parece que son aceptables los conceptos de la causalidad probabilística desarrollados por la jurisprudencia norteamericana[1164]. Sin embargo, es evidente que para llegar a una solución en tales supuestos, se requerirá una gran innovación conceptual por parte de nuestra jurisprudencia, en la recepción de dicha teoría.

3.2.8. **Las Defensas del Responsable.** Formulados los requisitos que deben cumplirse para que se pueda establecer, según el Código Civil de 1984, un caso de responsabilidad objetiva por productos defectuosos, pasamos ahora a examinar brevemente las defensas que puede esgrimir el presunto responsable para liberarse.

3.2.8.1. **La Ausencia de Culpa.** Resulta evidente que la ausencia de culpa no exime de responsabilidad al fabricante o distribuidor que responde objetivamente, de acuerdo con el artículo 1970 del Código Civil. Como lo señala con claridad la exposición de motivos del doctor León Barandiarán, "no puede alegarse como en el caso de la culpa subjetiva, el ejercicio regular y razonable de la conducta, para la liberación de responsabilidad". Por tanto, no resulta relevante para la imposición de responsabilidad el que el fabricante o distribuidor hayan actuado con la máxima diligencia exigible bajo las circunstancias. Responderán del daño causado mediante el producto defectuoso, aunque no haya sido posible evitar el defecto de fabricación, o aunque dado el estado de la técnica existente en el momento de la puesta en circulación del

---

1163. Tal será el caso, por ejemplo, cuando el consumidor que ingiere una medicina resulta dañado. Demandados el fabricante y el vendedor, si aquél prueba que el defecto se originó por el hecho de haber vendido la farmacia la medicina luego de la fecha de vencimiento, podrá considerarse que ha sido el "hecho determinante de tercero" (el vendedor) la causa del daño, por lo que queda liberado el fabricante.

1164. *Supra*, Tomo II, p. 416ss.

producto, no existía manera de hacerlo más seguro. Determinado el defecto, responderán de los daños causados.

3.2.8.2. La Aplicación del artículo 1971. De acuerdo con el artículo 1971 del Código Civil, "No hay responsabilidad en los siguientes casos: 1. En el ejercicio regular de un derecho. 2. En legítima defensa de la propia persona o de otra o en salvaguardia de un bien propio o ajeno. 3. En la pérdida, destrucción o deterioro de un bien por causa de la remoción de un peligro inminente, producidos en estado de necesidad, que no excede lo indispensable para conjurar el peligro y siempre que haya notoria diferencia entre el bien sacrificado y el bien salvado. . .". Señala la exposición de motivos del doctor León Barandiarán que se trata, en el precepto, de "casos de no responsabilidad. . . que son irrecusables"[1165]. En el mismo sentido, expresa de Trazegnies, que el artículo 1971 del Código Civil establece una de las fronteras de la responsabilidad civil. "Se trata", dice este autor, "de situaciones excepcionales, algunas de ellas de emergencia, en las que la ley nos faculta a dañar en función de un bien superior"[1166].

Por lo tanto, las causales de no responsabilidad establecidas por el artículo 1971, operan tanto respecto a la responsabilidad por culpa como a la responsabilidad por riesgo. Así lo expresa la exposición de motivos del Código y lo confirma la doctrina[1167]. En tal virtud, debemos concluir que tales hipótesis, excluirán, en principio, también la responsabilidad por los daños causados mediante productos defectuosos.

Las causales de exclusión de responsabilidad establecidas por los incisos

---

1165. León Barandiarán, Exposición de Motivos y Comentario *cit.* Parte III, Tomo VI, p. 801.

1166. de Trazegnies, La Responsabilidad Extracontractual *cit.* núm. 86.

1167. Señala, en tal sentido la exposición de motivos del doctor León Barandiarán que las hipótesis de no responsabilidad del artículo 1971 "funcionan con referencia a cualquier tipo de responsabilidad". León Barandiarán, *loc. cit.* Similarmente, expresa de Trazegnies: "Los casos de exclusión de responsabilidad contenidos en el artículo 1971 —basados en la autorización de dañar— deben considerarse tanto en relación al principio de responsabilidad contenido en el artículo 1969 (responsabilidad subjetiva) como al principio contenido en el artículo 1970 (responsabilidad objetiva), porque simplemente el que causa un daño con derecho a causarlo no está dentro de la responsabilidad extracontractual en general". de Trazegnies, La Responsabilidad Extracontractual *cit.* núm. 87.

2 y 3 del artículo 1971 no presentan mucha importancia en la responsabilidad por productos defectuosos. En efecto, será muy extraña la hipótesis de hecho de daños causados mediante un producto defectuoso, en la que el fabricante o distribuidor del producto haya creado el defecto o distribuído el producto "en legítima defensa de la propia persona o de otra o en salvaguarda de un bien propio o ajeno". Más extraña será aún la situación en la que se considere que la pérdida, destrucción o deterioro de un bien causada mediante un producto defectuoso, lo haya sido en estado de necesidad. Ello se debe a que, en los supuestos comentados, de legítima defensa y de estado de necesidad, el causante del daño actúa con conocimiento e intención, el causante del daño actúa con conocimiento e intención, pero de manera justificada. Esta situación no se presenta normalmente en la responsabilidad por productos defectuosos, por lo que no cabe, en general, considerar aplicables tales causales de justificación.

En cambio, el exámen del inciso 1 del artículo 1972, referido a los daños causados "en el ejercicio regular de un derecho", si resulta interesante con relación a la responsabilidad por productos defectuosos. En efecto, una interpretación amplia de lo que constituye el ejercicio regular de un derecho llevaría a considerar que sólo existe responsabilidad cuando la actuación del agente es culpable. Como señala de Trazegnies, "esta norma puede ser entendida simplemente como el modo pasivo de expresar el principio de la culpa: aquello que no constituye el ejercicio regular de un derecho es un ejercicio irregular, que configura un acto ilícito y, consiguientemente, da lugar a una responsabilidad por dolo o culpa según el grado de ilícitud o irregularidad involucrado"[1168]. Así, pues, podría considerarse que en nuestro sistema jurídico, las personas tienen el derecho a ejercer el comercio y la industria, por lo que en la medida en que hagan un ejercicio de tal derecho arreglado a los requisitos y deberes establecidos, no responderán por los daños irrogados[1169]. Esta posición equivaldría a afirmar que el fabricante o distribuidor de un producto no responde de los daños causados mediante un defecto del producto, salvo que haya incurrido una culpa.

Por otro lado, la exposición de motivos del doctor León Barandiarán,

---

1168. de Trazegnies, La Responsabilidad Civil *cit.* núm. 89.

1169. De acuerdo con el artículo 131 de la Constitución Política del Estado, "El Estado reconoce la libertad de comercio e industria. La ley determina sus requisitos, garantías, obligaciones y límites. Su ejercicio no puede ser contrario al interés social ni lesivo a la moral, la salud o la seguridad públicas".

señala, al respecto, que el principio de que el ejercicio regular de un derecho no genera responsabilidad, se desprende de una interpretación *contrario sensu* del artículo II del Código Civil, según el cual "La ley no ampara el abuso del derecho. El interesado puede exigir... en su caso, la indemnización que corresponda". Expresa, en tal sentido, León Barandiarán: [Y]a el legislador de 1984 ha formulado su criterio al respecto, al consagrar en el artículo II, que acepta la indemnización en caso que se haya producido un abuso del derecho, de tal forma que contrario sensu el uso regular del derecho no origina ni puede originar indemnización alguna".

Sin embargo, en nuestra opinión, tal no es la correcta interpretación de lo que constituye "ejercicio regular de un derecho". En efecto, en el contexto del Código Civil de 1984, que consagra un principio de responsabilidad subjetiva, que expresamente menciona como factores de atribución el dolo y la culpa y un principio de responsabilidad objetiva, basado en la teoría del riesgo, una interpretación como la reseñada no tiene sentido. Tal interpretación, en efecto, conduciría a afirmar que el inciso 1 del artículo 1971 repite lo que ya está dicho por el artículo 1969, sobre la responsabilidad subjetiva y contradice lo que señala el artículo 1970, sobre la responsabilidad por riesgo. Esta última, precisamente, proviene del ejercicio lícito de una actividad permitida; es decir, del ejercicio regular de un derecho, en sentido amplio.

¿Cuál es, entonces, el sentido del inciso primero del artículo 1971 del Código Civil? Consideramos que la clave está en la distinción que hace De Trazegnies entre los derechos a dañar y los demás derechos. "Entre los actos humanos potencialmente dañinos", afirma De Trazegnies, "hay en primer lugar que distinguir entre aquellos en los que el hecho mismo de dañar está permitido por el Derecho y aquellos en los que no está permitido dañar, pero que pueden producir un daño no querido por la ley... Y lo interesante consiste en que los primeros... están efectivamente excluidos del campo de la responsabilidad extracontractual, mientras que los segundos están siempre comprendidos en ese campo, pero sólo dan lugar al pago de una indemnización"[1170]. De lo que se trata, pues, es de distinguir los casos en que está permitido el daño de los casos en los que está permitida la actuación del sujeto. Sólo en los primeros no habrá responsabilidad. En los segundos, mientras que no podrá impedirse la actuación del sujeto, éste quedará obligado a indemnizar los daños causados[1171].

1170. de Trazegnies, La Responsabilidad Extracontractual *cit.* núm. 92.

1171. Se trata, pues, del problema de la antijuridicidad: En la responsabilidad por culpa, tanto el acto cuanto el daño son ilícitos o antijurídicos.

¿Debemos, por tanto, concluir que el inciso 1 del artículo 1971 del Código Civil no tiene un contenido normativo propio y sólo sirve de introducción a los incisos posteriores que establecen los casos de daño autorizado? Creemos que no. En nuestra opinión, el citado inciso primero señala que, en los casos en que existan derechos a dañar establecidos por el propio Código Civil, o por otras normas jurídicas, no habrá responsabilidad por los daños que se causen mediante el ejercicio –regular, que es el límite del derecho– de tales derechos[1172].

En consecuencia, el demandado en un caso de responsabilidad por daños causados mediante productos defectuosos sólo podrá recurrir a la defensa que establece el inciso 1 del artículo 1971 del Código Civil, en los casos en que le asista un derecho a causar el daño ocasionado; es decir, cuando el daño sufrido por el demandante se encuentre autorizado. No bastará, pues, que la actividad del fabricante o distribuidor esté autorizada por el Derecho, sino que se requerirá que se permita también el daño por el que se reclama indemnización. Como es evidente, resulta casi inconcebible una hipótesis semejante.

3.2.8.3 La Interrupción de la cadena causal y la concausación. Los artículos 1972 y 1973 establecen los supuestos en que no hay responsabilidad o ésta se reduce, por efecto de la interrupción de la cadena causal o de la concausación. Señala el artículo 1972 que "En los casos del artículo 1970, el autor no está obligado a la reparación cuando el daño fue consecuencia de caso fortuito o fuerza mayor, de hecho determinante de tercero o de la imprudencia de quien padece el daño". Por su parte, el artículo 1973 dispone que "Si la imprudencia sólo hubiere concurrido en la producción del daño, la indemnización será reducida por el juez, según las circunstancias". Estos dispositivos tratan, respectivamente, de los supuestos de interrupción de la cadena causal y de concausación.

En cambio, en la responsabilidad por riesgo, el acto no es ilícito, sino que es, propiamente, el ejercicio regular de un derecho. Sin embargo, el daño es ilícito. Sólo deja de ser ilícito el daño en la responsabilidad por riesgo, cuando existe un derecho a dañar.

1172. Propone de Trazegnies, como ejemplos de tales derechos, el que correspondía, según el Digesto, a un propietario a abrir un pozo en su propiedad, aunque ello baja el volúmen de agua extraída de los pozos vecinos; el que tiene el verdugo de causar la muerte del condenado; y al comerciante de causar la ruina del competidor, mediante una competencia leal. de Trazegnies, La Responsabilidad Extracontractual *cit.* núm. 93-96.

Los supuestos de hecho que en la responsabilidad por productos defectuosos pueden determinar la interrupción de la cadena causal o la concausación, son los que hemos ya analizado en un capítulo anterior. Nos remitimos, pues, a lo expresado entonces. En las líneas siguientes sólo esbozaremos un esquema de la regulación de la interrupción de la causalidad y la concausación en el Código Civil.

De acuerdo con lo que hemos sostenido anteriormente, la responsabilidad supone la existencia de un vínculo de causalidad adecuada entre el hecho del responsable y el daño. Este requisito se encuentra establecido, en nuestro Código Civil, por los artículos 1969 y 1970, que imponen la responsabilidad sobre el causante del daño, y por el artículo 1985, que exige para que el daño sea indemnizable que "exista una relación de causalidad adecuada entre el hecho y el daño producido". La causalidad adecuada exige que, además de ser el hecho una condición necesaria del daño, sea éste un efecto normal y objetivamente previsible de aquél. En la responsabilidad por productos defectuosos, ello supone que el daño causado se encuentre dentro del ámbito de riesgo que el defecto introduce en el producto.

En los casos en que falte tal relación de causalidad adecuada, no es posible atribuir la responsabilidad al presunto causante. La ausencia de relación de causalidad adecuada supone, como hemos visto, la intervención de circunstancias que determinan que el resultado dañoso no sea un resultado objetivamente previsible del hecho del demandado. Tales circunstancias constituyen los factores que interrumpen la relación de causalidad adecuada.

El artículo 1972 se refiere a tres supuestos de interrupción de la causalidad: el caso fortuito o fuerza mayor; el hecho determinante de tercero y la imprudencia de quien padece el daño. Para que estos hechos determinen la interrupción de la causalidad adecuada, deberán presentar el carácter de imprevisibilidad que hemos analizado, determinando que el resultado no sea ya normalmente atribuible al hecho del presunto responsable. Cuando el hecho de tercero es el que interviene de este modo, se desplazará sobre tal tercero la responsabilidad. En cambio, cuando sea la víctima la que causó el daño, deberá ella soportar el peso económico del mismo.

Debe observarse que, al formular su defensa sobre la base de la interrupción del vínculo causal, el demandado podrá dirigir sus baterías contra cualquiera de los dos segmentos de la relación de causalidad. Así, podrá afirmar que no fue él quien causó el defecto y que éste no existía cuando el producto pasó por su control, sino que el mismo se debe al hecho de tercero o

al de la propia víctima, o aún a un caso fortuito posterior a la salida del producto de su ámbito de control. Por otro lado, podrá afirmar que, a pesar de existir efectivamente un defecto, el daño no puede ser atribuido como consecuencia adecuada a la existencia de tal defecto.

Puede suceder que el hecho de tercero o la imprudencia de la víctima no resulten las causas determinantes del daño, sino que sólo contribuyan a él. En tal caso, no se está ya ante un supuesto de interrupción de la cadena causal, sino en un supuesto de concausación.

El artículo 1973 del Código Civil contempla el supuesto de concausación por la víctima. Se trata del caso en que la conducta de la víctima es causa adecuada de su daño, pero no reviste los necesarios caracteres como para interrumpir la relación de causalidad adecuada entre el hecho del presunto responsable y el resultado. Hay, pues, dos causantes, la víctima y el presunto responsable.Ambos son responsables, por lo que debe reducirse la indemnización, "según las circunstancias".

Una observación que debe formularse al artículo 1973 es su mención a la "imprudencia" de la víctima. Estamos de acuerdo en que para que el hecho de la víctima que concurre en la producción del daño reduzca la indemnización, debe ser imputable[1173]. Sin embargo, en el sistema de nuestro Código Civil, no es el subjetivo el único factor de imputación de responsabilidad, sino que también lo son el riesgo y otros. En consecuencia, hubiera sido mejor hablar de "hecho imputable" de la víctima.

No se refiere el artículo 1973 al supuesto de concausación por tercero y la referencia no es necesaria, pues tal supuesto ya está contemplado por los artículos 1978 y 1983. Este último dispone que "si varios son responsables del daño, responderán solidariamente. Empero, aquél que pagó la totalidad de la indemnización puede repetir contra los otros deudores, correspondiendo al juez fijar la proporción según la gravedad de la falta de cada uno de los participantes...". La concausación por terceros no determina la reducción de la indemnización, sino que origina la responsabilidad solidaria de los concausantes, como hemos indicado anteriormente[1174].

1173. *Supra*, T. II, pp. 397ss.

1174. *id.*

3.3. El Principio de Clausura del Sistema: La Responsabilidad por Culpa. El principio de clausura del sistema de responsabilidad civil consagrado por el Código Civil de 1984, es el de responsabilidad por culpa. Dispone, en tal sentido, el artículo 1969 que "Aquél que por dolo o culpa causa un daño a otro está obligado a indemnizarlo. El descargo por falta de dolo o culpa corresponde a su autor". En consecuencia, cada vez que alguno de los sujetos intervinientes en la cadena de producción y distribución de un producto, haya actuado con culpa o negligencia en la creación del defecto, en la omisión de detectarlo o de advertir sobre él, deberá responder por los daños causados. Sin embargo, aceptada la responsabilidad por riesgo por productos defectuosos, se comprende que carece de importancia práctica la posibilidad de atribuir responsabilidad por culpa a quienes ya responden objetivamente, sin necesidad de ella.

Mayor importancia tiene el principio de responsabilidad subjetiva en el caso de personas que no forman parte de la cadena de producción y distribución, pero que sin embargo, contribuyen a la causación del daño, como un reparador, que omite detectar o corregir el defecto, o un laboratorio de pruebas, o un servicio de revisiones técnicas, etc. En tales casos, el dañado podrá accionar contra quienes con su acto culposo causaron el daño, presumiéndose *juris tantum* la culpa de los demandados[1175]. Los demandados podrán liberarse de responsabilidad probando que actuaron con el cuidado que era razonable en el caso. Además, podrán invocar como defensas las causas de justificación del daño establecida por el artículo 1971 y la interrupción de la relación de causal por los factores establecidos en el artículo 1972.

4. El Concurso de Responsabilidades. De acuerdo con lo que expresáramos anteriormente[1176], consideramos que es procedente la acumulación de responsabilidades. Nuestro Código Civil no trae una norma al respecto. Por otro lado, en la doctrina nacional y la jurisprudencia nacionales, el tema no ha sido tratado, en general, con la debida atención. Uno de los pocos autores que se ha ocupado de esta materia es el doctor José León Barandiarán, quien al respecto, citando a Van Ryn, señala que "la intervención de la responsabilidad extracontractual entre contratantes no es irreprochable solamente en derecho; existe en los hechos, pues responde a una necesidad profunda. Es indis-

---

1175. Tales demandados responderán también, solidariamente, por el daño causado por las personas que tengan bajo sus órdenes, si ese daño se realizó en el ejercicio del cargo o en cumplimiento del servicio respectivo, según el artículo 1981.

1176. *Supra*, Tomo II, p. 79ss.

pensable en la práctica para obtener ciertos resultados socialmente útiles..." añadiendo "hay sobre todo, una consideración que impulsa a aconsejar esta solución: la mayor protección del perjudicado. Este deberá, pues, poder optar"[1177].

La jurisprudencia de la Corte Suprema de la República no presenta una línea uniforme en favor o en contra de la opción o la acumulación de responsabilidades. Sin embargo, parece perfilarse una posición según la cual debe negarse la posibilidad de la opción o de la acumulación cuando el daño sufrido por la víctima únicamente afecta su interés contractual, mientras que debe aceptársela cuando se ha dañado mediante la ejecución defectuosa de una obligación o un derecho subjetivo absoluto ajeno al contrario.

En este sentido, mediante la Ejecutoría Suprema de 19 de Enero de 1977[1178], que resolvió un caso en el que se reclamaba indemnización de los daños y perjuicios derivados de la retractación por una de las partes de un contrato de compra-venta, habiéndose invocado como fundamento de la demanda el artículo 1136 del Código Civil de 1936, la corte declaró haber nulidad en la sentencia de vista e improcedente la demanda. Señaló la corte que "las disposiciones contenidas en los artículos 1136 y siguientes del Código Civil [derogado] son aplicables a los actos ilícitos, pero no para resolver los derechos y obligaciones derivados de los contratos, que se rigen por normas diversas". Similarmente, en el caso resuelto por la Ejecutoría Suprema de 10 de Enero de 1979[1179], se reclamaba al amparo del artículo 1136 del Código Civil derogado la indemnización de los daños y perjuicios derivados del incumplimiento de un contrato de locación de obra, por haber vencido en exceso el plazo convenido para la entrega de la obra sin que se hubiera terminado ésta. La corte declaró haber nulidad en la sentencia de vista e improcedente la demanda, considerando que "la reclamación de los daños y perjuicios derivados del incumplimiento de un contrato se rige por las disposiciones relativas al título de la inejecución de las obligaciones".

Por otro lado, cuando los daños a la víctima vulneran derechos subjetivos de carácter absoluto, la jurisprudencia parece inclinarse a admitir la opción o acumulación entre responsabilidades. Así, en el caso resuelto por Eje-

---

1177. León Barandiarán, Comentarios *cit.* p. 392.

1178. *El Peruano*, 29 de Marzo de 1982, p. 528.

1179. *El Peruano*, 12 de Abril de 1982, p. 551.

cutoría Suprema de 22 de Junio de 1953[1180] se demandó la indemnización de los daños causados a una madre, por la muerte de su menor hija, como consecuencia de haber tomado ácido oxálico, que le fue vendido por la demandada como si fuera sulfato de magnesia, la Corte declaró no haber nulidad en la sentencia de vista y fundada la demanda considerando que "es responsable por acto ilícito la farmacia que, por negligencia de sus servidores, vende a un cliente veneno en lugar de medicamento". Similares hechos y solución tuvo el caso resuelto por Ejecutoría Suprema de 19 de Abril de 1956[1181].

Otra interesante Ejecutoría Suprema que permite la opción entre responsabilidades es la de 20 de Noviembre de 1963[1182], que declara no haber nulidad en la sentencia de vista, que confirmaba la apelada y, en consecuencia, fundada la demanda interpuesta por Luis Dibos Cauvi y otros contra Casablanca S.A. En este caso se pretendía, al amparo del artículo 1136 del Código Civil, la indemnización de los daños causados al ganado lechero de propiedad de los demandantes por un forraje contaminado que les había sido vendido por la demandada. Como parte de sus defensas, la parte demandada interpuso una excepción de precripción, alegando que la acción incoada era en realidad una de saneamiento por vicios ocultos y que había prescrito al haber transcurrido el término correspondiente. La sentencia de primera instancia declaró sin lugar la excepción, considerando que "la presente acción no constituye una acción redhibitoria para deshacer un contrato por razón de vicios ocultos, pues se ha demandado la reparación o indemnización de daños y perjuicios ocasionados por la comisión de un acto ilícito y se ha interpuesto la acción antes del vencimiento del término de prescripción señalado por el artículo 1168 del Código Civil, por lo que no son de aplicación al caso de autos *sub litis* los artículos 1354, 1355, 1358 y 1359 del Código Civil".

Por lo expuesto, concluímos que el dañado en su persona o bienes por razón del uso o consumo de un producto defectuoso podrá recurrir a las normas de la responsabilidad extracontractual para accionar aún contra aquellos con quienes se encuentre vinculado por una relación contractual.

1180. Montenegro Baca, *op. cit.* Tomo II, p. 262.

1181. Montenegro Baca, *op. cit.* Tomo VIII, p. 166.

1182. Montenegro Baca, *op. cit.* Tomo XI, p. 193.

BIBLIOGRAFIA

1. Abel, Richard. A Critique of American Tort Law, en 8 Brit. J. of Law & Soc. 199 (1981).
2. Abney, David L. Liability for Detective Aeronautical Charts, en 52 J. of Air L. and Comm. 323 (1986).
3. Abramson, Albert R. Defining the Design Defect in Aircraft Product Liability Cases, en 45 J. of Air L. and Comm. 167 (1979).
4. Adams, John y Brownsword, Roger. Contractual Indemnity Clauses, en 1982 J. of Bus. L. 200 (1982).
5. Akerlof, George A. The Market for "Lemmons": Quality Uncertainty and the Market Mechanism, en 84 Quart. J. of Econ. 488 (1970).
6. Albaladejo, Manuel. Derecho Civil, Bosch, Barcelona, 1971.
7. Albaladejo, Miguel Angel. Estatuto del Consumidor. Instituto Nacional de Prospectiva, Cuadernos de Documentación, Madrid, 1980.
8. Alterini, Atilio Aníbal. Responsabilidad Civil: Límites de la Reparación Civil. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1979.
9. Allen, Richard. Controlling the Growth of Punitive Damages in Product Liability Cases, en 51 J. of Air L. and Comm. 567 (1986).
10. Alzate Sierra, Mónica y Escobar Villegas, Iliana. Responsabilidad Civil Derivada de la Fabricación y Venta de Bienes y Servicios, Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas y Socioeconómicas, Bogotá, 1984.

11. Arias Schreiber, Max. Las Obligaciones de Saneamiento en el Nuevo Código Civil, en Libro Homenaje a José León Barandiarán, Cultural Cuzco Editores S.A., Lima, 1985, pág. 13-26.

12. Badenes Gasset, Ramón. El Contrato de Compraventa, Bosch, Barcelona, 1979.

13. Barrera Graf, Jorge. La Responsabilidad del Producto en el Derecho Mexicano, en 143-144 R.D.M. 185 (1977).

14. Barrera Graf, Jorge. La Ley de Protección al Consumidor, en 10 Jurídica 179 (1978).

15. Bell, Andrew P. The Doctor and the Supply of Goods and Services Act 1982, en 4 Legal Stud. 175 (1984).

16. Bernitz, Ulf y Draper, John. Consumer Protection in Sweden, Legislation, Institutions and Practice, Publications by the Institute for Intellectual Property and Market Law at The Stockholm University, Stockholm, 1986.

17. Bessone, Mario. Casi e Questioni di Diritto Privato, Dott. A. Giuffre Editore, Milano, 1986.

18. Betti, Emilio. Teoría General de las Obligaciones, Editorial de Derecho Privado, Madrid, 1970.

19. Bisbal Méndez, Joaquín. La Responsabilidad Extracontractual y la Distribución de los Costes del Progreso, en 167-168 R.D.M. 75 (1983).

20. Bohrer, Robert A. Fear and Trembling in the Twentieth Century: Technological Risk, Uncertainty and Emotional Distress, en 1984 Wis.L. Rev. 83.

21. Bonnecase, Julien. Elementos de Derecho Civil, Editorial J.M. Cajica, México, 1946.

22. Rowles, Roger A. Law and the Economy, Martin Robertson & Company Ltd., Oxford, 1982.

23. Braucher, Jean. An Informal Resolution Model of Consumer Product Warranty Law, en 1985 Wis. L. Rev. 1405 (1985).

24. Brook, Steve. Patent Hazards and the Delimitation of "Defect" in Strict Liability Cases – Luque v. McLean, en 27 S.W.L.J. 702 (1973).

25. Brook, Steve. Sales – Service Hybrid Transactions: A Policy Approach, en 28 S.W.L.J. 575 (1974).

26. Broseta Pont, Manuel. Manual de Derecho Mercantil, Editorial Tecnos S.A., Madrid, 1983.

27. Buchanan, James M. In Defense of Caveat Emptor, en 38 U. Chi. L. Rev. 64 (1970).

28. Bustamante Alsina, Jorge. Responsabilidad Civil por Productos Elaborados en el Derecho Civil Argentino, en 143 La Ley 870 (1979).

30. Bustamante Alsina, Jorge. Teoría General de la Responsabilidad Civil, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1983.

30. Calabresi, Guido. The Cost of Accidents: A Legal and Economic Analysis, Yale University Press, New Haven, 1970.

31. Calabresi Guido y Hirschoff, Jon T. Toward a Test for Strict Liability in Torts, en 81 Yale L.J. 1055 (1972).

32. Calabresi Guido. Concerning Cause and the Law of Torts: An Essay for Harry Kalven Jr., en 43 U. Chi. L. Rev. 69 (1975).

33. Calabresi Guido. The New Economic Analysis of the Law, Scholarship, Sophistry of Self-Indulgence?, en 68 Proc. Brit. Acad. 85 (1982).

34. Calabresi, Guido. First Party, Third Party and Product Liability Systems: Can Economic Analysis of Law Tell Us Anything About Them?, en 69 Iowa L. Rev. 833 (1984).

35. Calabresi, Guido y Klevorick, Alvin K. Four Test for Liability in Torts, en 14 Jour. of Legal Stud. 585 (1985).

36. Calabresi, Guido. Policy Goals of the Swedish Alternative, en 34 Am. J. of Comp. L. 657 (1986).

37. Calais Auloy, Jean. Consumer Legislation in France, Van Nostrand Reinhold Co., Berkshire, 1981.

38. Carbonnier, Jean. Derecho Civil, Bosch, Barcelona, 1971.

39. Casiello, Juan José. Responsabilidad Civil por los Productos Elaborados, en 1981-D La Ley 1192 (1981).

40. Castañeda, Jorge Eugenio. El Derecho de los Contratos, Lima, U.N.M.S.M. 1966.

41. Clark, Alistair. Strict Liability for Product Defects. The "Failure to Warn" Issue, en 1983 J. of Bus. L. 130.

42. Clark, Alistair. The Conceptual Basis of Product Liability, en 48 Mod. L. Rev. 325 (1985).

43. Coase, Ronald. The Problem of Social Cost, en 3 J. of Law & Econ. 1 (1960).

44. Comment. Fairness and Unfairness in Television Product Advertising, en 76 Mich. L. Rev. 498 (1978).

45. Compagnucci de Caso, Rubén H. Daños Causados por Productos Elaborados, en Seguros y Responsabilidad Civil, Buenos Aires, 1982.

46. Compagnucci de Caso, Rubén H. Responsabilidad Civil y Relación de Causalidad, Astrea, Buenos Aires, 1984.

47. Cossío, Alfonso de. Instituciones de Derecho Civil, Alianza Editorial, Madrid, 1975.

48. Croyle, James L. An Impact Analysis of Judge – Made Products Liability Policies, en 13 L. & S. Rev. 949 (1979).

49. Dahl, Borge. Consumer Legislation in Denmark. Van Nostrand Reinhold Co., Berkshire, 1981.

50. Daniel, Theodore W. Barker v. Allied Supermarket: An Expanded Interpretation of the UCC's "Contract for Sale", en 33 S.W.L.J. 1294 (1980).

51. Davidson, Fraser P. Accidents, Accidental Means and Wilful Exposure to Risk, en 1984 J. of Bus. L. 391.

52. De Cupis, Adriano, El Daño. Teoría General de la Responsabilidad Civil, Bosch, Barcelona, 1975.

53. De la Puente y Lavalle, Manuel. Estudios sobre el Contrato Privado, Cultural Cuzco S.A., Editores, Lima, 1983.

54. De Trazegnies Granda, Fernando. Para Leer el Código Civil, Tomo I, Pontificia Universidad Católica, Fondo Editorial, 1984.

55. De Trazegnies Granda, Fernando. La Responsabilidad Extracontractual. Pontificia Universidad Católica, Fondo Editorial, 1988.

56. Demsetz, Harold. When Does the Rule of Liability Matter?, en 1 Jour. of Legal Stud. 13 (1972).

57. Diez-Picazo, Luis y Gullón, Antonio. Sistema de Derecho Civil, Ed. Tecnós, Madrid, 1980.

58. Dobbs, Dan B. Can You Care for People and Still Count the Costs?, en 46 Md. L. Rev. (1986).

59. Dobson, Paul. The Suggestions of the Law Commission on Implied Terms in Contracts for the Sale and Supply of Goods, en 1984 J. of Bus. L. 262.

60. Dyer, David P. Torts - Strict Products Liability and the State of the Art Defense in Texas, en 45 J. of Air L. and Comm. 711 (1980).

61. Dyer, David P. Succesor Liability in Corporate Acquisitions - An Exami-

nation of Attempts to Limit the Use of the De Facto Merger Doctrine, en 46 J. of Air L. and Comm. 483 (1981)

62. Einsenstein, Martin I. Consumer Protection in the United States, Publications by the Institute of Intellectual Property and Market Law at The Stockholm University, Stockholm, 1982.

63. Elliot, Donald E. Why Courts? Comment on Robinson, en 14 Jour. of Legal Stud. 799 (1985).

64. Enneccerus, Ludwig Kipp, Theodor y Wolff, Martin. Tratado de Derecho Civil, Bosch, Barcelona, 1966.

65. Epstein, Richard A. Plaintiff's Conduct in Products Liability Actions: Comparative Negligence, Automatic Division and Multiple Parties, en 45 J. of Air L. and Comm. 87 (1979).

66. Epstein, Richard A., Gregory, James. y Kalvin, Harry. Cases and Materials on Torts Little. Brawn and Co. Boston 1984.

67. Fernández-Novoa Rodríguez, Carlos. La Interpretación Jurídica de las Expresiones Publicitarias, en 107 R.D.M. 14 (1968).

68. Fernández-Novoa Rodríguez, Carlos. Propiedad Industrial y Derecho de la Competencia Desleal, en Jornadas sobre la Reforma de la Legislación Mercantil, Ed. Civitas S.A. Madrid, 1979.

69. Fleming, George M. The Duty of the Manufacturer to Recall Aircraft, en 45 J. of Air L. and Comm. 581 (1980).

70. Fleming, John G. Drug Injury Compensation Plans, en 30 Am. J. of Comp. L. 297 (1982).

71. Fletcher, George P. Fairness and Utility in Tort Theory, en 85 Harv. L. Rev. 537 (1972).

72. Font Galán, Juan Ignacio. ¿Hacia un Sistema Jurídico Mercantil de "Faz Complemente Nueva"? La Ley 26/1984, de 19 de Julio, Para la Defensa de los Consumidores y Usuarios: Un Instrumento Para la Realización Histórica de un Derecho Mercantil del Estado Social, en 1977 R.D.M. 381 (1985).

73. Fontaine, M. y Bourgoignie, Th. Consumer Legislation in Belgium, Van Nostrand Reinhold Co., Berkshire, 1972.

74. Franklin, Marc y Rabin, Robert L. Cases and Materiales on Tort Law and Alternatives, The Foundation Press, N.Y., 1987.

75. Fraser, J. D. y Howarth, D.R. More Concern for Cause, en 4 Legal Stud. 131 (1984).

76. Garrigues, Joaquín. Curso de Derecho Mercantil, Séptima Edición Revisada con la Colaboración de Alberto Bercovitz, Editorial Porrúa, S.A., México, 1981.

77. Ghindi, Gustavo. Consumer Legislation in Italy, Van Nostrand Reinhold Co. Ltd., Berkshire, 1980.

78. Gilmore, Grant. Product Liability: A Comment, en 38 U. Chi. L. Rev. 103 (1970).

79. Gilmore, Grant. The Death of Contract, Ohio State University Press, Columbus, Ohio, 1974.

80. Gingerich, Duane J. The Interagency Task Force "Blueprint" for Reforming Product Liability Tort Law in the United States, en 8 Ga. J. Int'l. & Comp. L. 279 (1978).

81. Grange, S.G.M. Remedies of the Buyer/Consumer, en Consumer Protection, Lectures Conducted by the Departament of Cotinuing Education of the Law Society of Upper Canada, Osgoode Hall, Toronto, 1973.

82. Griffiths, Margaret. Defectiveness in EEC Product Liability, en 1987 J. of Bus. L. 222.

83. Hanotiau, Bernard. The Council of Europe Convention on Product Liability, en 8 Ga. J. of Int'l. & Comp. L. 325 (1978).

84. Harvard Law Review. Toxic Waste Litigation. Developements of the Law, 99 Harv L. Rev. 1640 (1986).

85. Hellner, Jan. Compensation for Personal Injury: The Swedish Alternative, en 34 Am. J. of Comp. L. 613 (1986).

86. Henderson, James A. Jr. Judicial Review of Manufacturers Conscious Design Choices: The Limits of Adjudication, en 73 Colum. L. Rev. 1531 (1973).

87. Henderson, James A. Jr. Coping with the Time Dimension in Product Liability, en 69 Calif. L. Rev. 919 (1981).

88. Henderson, James A. Jr. y Twerski, Aaron D. Products Liability. Problems and Process, Little Brown & Co., Boston y Toronto, 1987.

89. Hondius, E. Consumer Legislation in the Netherlands Van Nostrand Reinhold, Co. Ltd, New York, 1980.

90. Institute of Law Research and Reform, University of Alberta. Consumer Redress Mechanisms for Poor Quality and Defective Products, en 31 U. of Toronto L.J. 117 (1981).

91. Jaffe, Louis L. Damages for Personal Injury: The Impact of Insurance, en 18 Law & Contemp. Prob. 219 (1953).

92. Jaffey, A.J.E. Volenti Non Fit Injuria, en 44 Camb. L. J. 87 (1985).

93. Jaffey, A.J.E. Contract in Tort's Clothing, en 5 Legal Stud. 77 (1985).

94. James, Michael. The Supply of Goods and Services Act 1982, en 1983 J. of Bus. L. 10 (1983).

95. Jara Flores, Humberto. La Clasificación de los Bienes, Tesis presentada para optar el grado de Bachiller en Derecho, Pontificia Universidad Católica, Lima, 1984.

96. Jordano Fraga, Francisco. Modificaciones Convencionales de las Reglas de la Responsabilidad Contractual, en 174 R.D.M. 605 (1984).

97. Josserand, Louis. La Evolución de la Responsabilidad Civil, en El Abuso del Derecho y Otros Ensayos, Themis, Bogotá, 1982, pag. 61 y siguientes.

98. Kaprelian, Mark A. Privity Revisited: Tort Recovery by a Commercial Buyer for a Defective Product's Self Inflicted Dammage, en 84 Mich. L. Rev. 517 (1985).

99. Keeton, W. Page. Products Liability - Inadequacy of Information, en 48 Tex. L. Rev. 398 (1970).

100. Keeton W. Page. Products Liability and the Meaning of Defect, en 5 St. Mary's L. J. 30 (1973).

101. Keeton, W. Page. Torts, en 1973 Annual Survey of Texas Law, 27 S.W.L.J. 1 (1973).

102. Keeton, W. Page. Torts, en 1975 Annual Survey of Texas Law, 29 S.W.L.J. 2 (1975).

103. Keeton, W. Page. Torts, en 1976 Annual Survey of Texas Law, en 30 S.W.L.J. 2 (1976).

104. Keeton, W. Page. Torts, en 1978 Annual Survey of Texas Law, 32 S.W.L.J. 1 (1978).

105. Keeton, W. Page. Torts, en 1979 Annual Survey of Texas Law, en 33 S.W.L.J. (1979)

106. Keeton, W. Page. Torts, en 1979 Annual Survey of Texas Law, 34 S.W.L.J. 1 (1980).

107. Keeton, W. Page. The Meaning of Defect in Product Liability Law – A Review of the Basic Principles, en 45 Mo.L. Rev. 579 (1980).

108. Keeton, W. Page, Dobbs, Dan B., Keeton, Robert E. y Owen, David G. Prosser and Keeton on the Law of Torts, West Publishing Co., St. Paul, Minn., 1984.

109. Keeton, Robert E. Principles of Compensation, Texto Mimeografiado, Harvard Law School, 1979.

110. Keeton, Robert E. Statutes, Gaps, and Values in Tort Law, en 44 J. of Air L. and Comm. (1978).

111. Kelman, Marc. Choice and Utility, en 1979 Wis L. Rev. 769.

112. Kelman, Steve. Cost-Benefit Analysis: An Ethical Critique, en Regulation, Jan/Feb. 1981, 33.

113. Kemp-Jobe, Connie. The Model Uniform Product Liability Act – Basic Standards of Responsibility for Manufacturers, en 46 J. of Air L. and Comm. 389 (1981).

114. Kennedy, Duncan. Distributive and Paternalistic Motives in Contract and Tort, with Special Reference to Compulsory Terms and Unequal Bargaining Power, en 41 Md. L. Rev. 563 (1982).

115. Kessler, Friedrich. Contracts of Adhesion – Some Throughts About Freedom of Contract, en 43 Colum L. Rev. (1943).

116. Kessler, Friedrich. Products Liability, en 76 Yale L.J. 887 (1967).

117. Kionka, Edward J. Torts in a Nutshell. Injuries to Person and Property, West Publishing Co. St. Paul, Minn., 1977.

118. Komesar, Neil. In Search of a General Approach to Legal Analysis: A Comparative Institutional Alternative, en 79 Mich. L. Rev. 1350 (1981).

119. Krahmer, John. Commercial Transactions, en 1980 Annual Survey of Texas Law, 34 S.W.L.J. 199 (1980).

120. Krause, Charles F. y Cook, Joseph T. The Liability of the United States for Negligent Inspection – 1983, en 48 J. of Air L. and Comm. 725 (1983).

121. Landes, William M. y Posner, Richard A. A Positive Economic Analysis of Products Liability, en 14 Jour. of Legal Stud. 535 (1985).

122. Larenz, Karl. Derecho de Obligaciones, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1958.

123. Larenz, Karl. Derecho Civil. Parte General, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1978.

124. Larson, Lennart V. Commercial Transactions, en 1973 Annual Survey of Texas Law, 27 S.W.L.J. 67 (1973).

125. Legh-Jones, P.N. Products Liability: Consumer Protection in America, en 27 Camb. L.J. 54 (1969).

126. León Barandiarán, José. Comentarios al Código Civil Peruano (Derecho de Obligaciones), Ediar S.A. Editores, Buenos Aires, 1954.

127. Livermore, John. Merchantable Quality, en 1985 J. of Bus. Law 217.

128. Martí J. Nicolás. Responsabilidad del Vendedor y Riesgo en la Compra-Venta Mercantil, en 175-176 R.D.M. 2 (1985).

129. Mazeaud, Henri, Mazeaud, León y Tunc, André. Tratado Teórico y Práctico de la Responsabilidad Civil Delictual y Contractual, Traducción de la Quinta Edición Francesa, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1963.

130. Mazeaud, Henri, Mazeaud, León y Mazeaud, Jean. Lecciones de Derecho Civil, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1978.

131. McCloskey, Donald. The Rethoric of Law and Economics, en 86 Mich L. Rev. 752 (1988).

132. McCowan, Philip R. The Liability of the Chartmaker, en 44 J. of Air L. and Comm. 375 (1979).

133. McDonald, Bruce C. Consumer Remedies, en 1981 Lectures of the Law Society of Upper Canada 333 (1981).

134. McKean, Roland N. Products Liability: Implications of Some Changing Property Rights, en 84 Quart. J. of Econ. 611 (1970).

135. Messineo, Francesco. Manual de Derecho Civil y Comercial, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1979.

136. Miller, Jonathan. Products Liability in Argentina, en 33 Am. J. of Comp. L. 611 (1985).

137. Millner, Maurice A. La Responsabilidad Civil por los Productos Elaborados en el Sistema del Common Law, en 143 La Ley 858 (1979).

138. Michelman, Frank I. Pollution as a Tort: A Non Accidental Perspective on Calabresi's Costs, en 80 Yale L.J. 647 (1971).

139. Noel, Dix W. y Phillips, Jerry J. Products Liability in a Nutshell, West Publishing Co., St. Paul, Minn., 1981.

140. Note. Plaintiff's Conduct as a Defense to Claims Against Cigarette Manufacturers, en 99 Harv. L. Rev. 809 (1986).

141. Note. Economic Loss in Products Liability Jurisprudence, en 66 Colum. L. Rev. 917 (1966).

142. Note. Handguns and Products Liability, en 97 Harv. L. Rev. 1912 (1984).

143. Note. Liability of Parent Corporations for Hazardous Waste Cleanup and Damages, en 99 Harv. L. Rev. 986 (1986).

144. Note. Imposing Tort Liability on Real Estate Brokers Selling Defective Housing, en 99 Harv. L. Rev. 1861 (1986).

145. Note. Designer Genes that Dont't Fit: A Tort Regime for Commercial Releases of Genetic Engineering Products, en 100 Harv. L. Rev. 1086 (1987).

146. O'Connell, Jeffrey. Ending Insult to Injury – No Fault Insurance for Products and Services, University of Illinois Press, 1975.

147. O'Connell, Jeffrey. The Interlocking Death and Rebirth of Contract and Tort, en 75 Mich. L. Rev. 659 (1977).

148. O'Connell, Jeffrey. Offers that Cant't Be Refused: Foreclosure of Personal Injury Claims by Defendants' Promt Tender of Claimants' Net Economic Losses, en 77 Nw. U. L.R. 589 (1982).

149. O'Grady, M. James. Consumer Remedies, en 60 Can. Bar Rev. 549 (1982).

150. Ogus, A.I. y Richardson, G.M. Economics and the Environment: A Study of Private Nuisance, en 36 Camb. L. J. 284 (1977).

151. Oldertz, Carl. Security Insurance, Patient Insurance and Pharmaceutical Insurance in Sweden, en 34 Am. J. of Comp. L. 637 (1986).

152. Orban, Frank A. Product Liability: A Comparative Legal Restatement – Foreign National Law and the EEC Directive, en 8 Ga. J. Int'l & Comp. L. 342 (1978).

153. Ordoqui, Gustavo y Olivera, Ricardo. Derecho Extracontractual, Ediciones Jurísicas Amalio M. Fernández, Montevideo, 1974.

154. Owen, David G. Punitive Damages in Products Liability Litigation, en 74 Mich L. Rev. 1257 (1976).

155. Owen, David G. Problems in Assesing Punitive Damages Against Manufacturers of Defective Products, en 49 U. Chil. L. Rev. 1 (1982).

156. Palmer, Geoffrey W.R. Accident Compensation in New Zealand: The First Two Years, en 25 Am. J. of Comp. L. 1 (1977).

157. Palmer, N.E. The Supply of Goods and Services Act 1982, en 46 Mod. L. Rev. 619 (1983).

158. Parkhurst Lynne. Products Liability - Jury Instructions, en 45 J. of Air L. and Comm. 774 (1980).

159. Periano Facio, Jorge. Responsabilidad Extracontractual, Temis, Bogotá, 1981.

160. Phillips, Jerry J. To Be or Not To Be:Reflections on Changing our Tort System, en 46 Md. L. Rev. 55 (1986).

161. Pizarro, Ramón Daniel. Responsabilidad Civil por el Riesgo o Vicio de las Cosas, Universidad, Buenos Aires, 1983.

162. Planiol, Marcel y Ripert, Georges. Tratado Práctico de Derecho Civil Francés, Cultural S.A., La Habana, 1927.

163. Polo, Eduardo. La Protección al Consumidor en el Derecho Privado, Editorial Civitas S.A., Madrid, 1980.

164. Puig Peña, Federico. Tratado de Derecho Civil Español,Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1973.

165. Prather Brown, John. Comment on Calabresi and Klevorick's "Four Tests for Liability in Torts", en 14 Jour. of Legal Stud. 629 (1985).

166. Posner, Richard A. A Theory of Negligence, en 1 Jour. of Legal Stud. 29 (1972).

167. Posner, Richard A. Economic Analysis of the Law, Little, Brown & Co., Boston and Toronto, 1977.

168. Posner, Richard A. The Economics of Justice, Harvard University Press, Cambridge, Mass. 1983.

169. Posner, Richard A. The Decline of Law as an Autonomous Discipline: 1962-1987, en 100 Harv. L. Rev. 761 (1987).

170. Priest, George. A Theory of the Consumer Products Warranty, en 90 Yale L.J. 1297 (1981).

171. Prosser, William L. The Assault Upon the Citadel, en 69 Yale L.J. 1099 (1960).

172. Prosser, William L. The Fall of the Citadel (Strict Liability to the Consumer), en 50 Minn. L. Rev. 791 (1966).

173. Rabin, Robert L. Some Thoughts on Tort Law from a Sociopolitical Perspective, en 1969 Wis. L. Rev. 51.

174. Rabin, Robert L. Impact Analysis and Tort Law: A Comment, en 13 L & S. Rev. 989 (1979).

175. Rabin, Robert L. Indeterminate Risk and Tort Reform: Comment on Calabresi and Klevorick, en 14 Jour of Legal Stud. 633 (1985).

176. Ramirez, Jorge Orlando. Indemnización de Daños y Perjuicios; Actos Ilícitos e Incumplimiento Contractual, Hammurabi, Buenos Aires, 1981-1983.

177. Reese, Willis L.M. The Hague Convention on the Law Applicable to Products Liability, en 8 Int'l. Lawyer 606 (1974).

178. Reese, Willis L.M. Further Comments on the Hague Convention on the Law Applicable to Products Liability, en 8 Ga. J. Int'l. & Comp. L. 311 (1978).

179. Reich, Norbert. Consumer Legislation in the E.C. Countries, Van Nostrand Reinhold Co. Ltd., Berskhire, England, 1980.

180. Reich, Norbert y Micklitz, Hans W. Consumer Legislation in the Federal Republic of Germany, Van Nostrand Reinhold Co. Ltd., Berkshire, 1981.

181. Revoredo Marsano de Debakey, Delia (compiladora). Código Civil, Exposición de Motivos y Comentarios, Okura Editores S.A., Lima, 1985.

182. Rheingold, Paul D. Proof of Defect in Product Liability Cases, en 38 Tenn. L. Rev. 325 (1971).

183. Ribstein, Larry A. The Model Uniform Product Liability Act: Pining Down Products Law, en 46 J. of Air L. and Comm. 349 (1981).

184. Ríos, Arthur E.S. Responsabilidade Civil. Os Novos Conceitos Indemnizaveis no Proyecto Reale, en 80 Rev. Fac. Der. Univ. Sao Paulo 322 (1985).

185. Ripert, Georges y Boulanger, Jean. Tratado de Derecho Civil según el Tratado de Planiol, La Ley, Buenos Aires, 1965.

186. Robinson, Glen O. Probabilistic Causation and Compensation for Tortious Risk, en 14 Jour. of Legal Stud. 779 (1985).

187. Rogers, W.V.H. Manufacturers and Economic Loss, en 45 Camb. L. J. 13 (1986).

188. Rojo y Fernández-Río, Angel. La Responsabilidad Civil del Fabricante, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia. 1974.

189. Roland, Henri y Boyer, Laurent. Droit Civil, Obligations. Responsabilité Delictuelle, Librairies Techniques, Paris, 1982.

190. Rosemberg, David. The Dusting of America: A Story of Asbestos - Carnage, Cover-up and Litigation, en 99 Harv. L. Rev. 1693 (1986).

191. Rowe, Roger D. Torts. Government Contractor Defense to Strict Liability, en 49 J. of Air. L. and Comm. 671 (1984).

192. Saba, John. Aircraft Crashworthiness in the United States: Some Legal and Technical Parameters, en 48 J. of Air L. anda Comm. 287 (1983).

193. Sachs, Reynold M. Negligence or Strict Product Liability: Is There Really a Difference in Law or Economics?, en 8 Ga. J. Int'l. & Comp. L. 259 (1978).

194. Sagoff, Mark. Economic Theory and Environmental Law, en 79 Mich L. Rev. 1393 (1981).

195. Santos Briz Jaime, Derecho de Daños, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1963.

196. Santos Briz, Jaime. La Responsabilidad Civil. Derecho Sustantivo y Procesal, Editorial Montecorvo, Madrid, 1986.

197. Savatier, René. Traité de la Responsabilité Civile en Droit Francais Civil, Administratif, Professionel, Procedural. Lib. Génerale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1951.

198. Schaber, Gordon D. y Ronwer, Claude D. Contracts in a Nutshell, West Publishing Co., St. Paul, Minn. 1984.

199. Schlag, Pierre John. A Critique of the Justifications for Employee Suits in Strict Products Liability Against Third Party Manufacturers, en 25 U.C.L.A. L. Rev. 125 (1977).

200. Schlag, Pierre John. An Appreciative Comment on Coase's The Problem of Social Cost: A View From the Left, en 1986 Wis. L. Rev. 919.

201. Schofield, P. J. Missing Links in the Chain of Liability, en 1981 J. of Bus L. 211 (1981).

202. Schroth, Peter W. Products Liability,en 26 Am. J. of Comp. L. 67 (1978) (Supplement. Law in the U.S. in the Bicentennial Era).

203. Schwartz, Gary T. Economics, Wealth Distribution and Justice, en 1979 Wis. L. Rev. 799 (1979).

204. Schwartz, Gary T. Foreword: Understanding Products Liability, en 67 Calif. L. Rev. 435 (1979).

205. Scott Baldwin, Francis. Products Liability as it Applies to Service Transactions, en 43 J. of Air L. and Comm. 323 (1977).

206. Severson, Robert C. Products Liability in Wisconsin, en 1977 Wis. L. Rev. 227.

207. Shapo, Marshall. A Representatinal Theory of Consumer Protection: Doctrine, Function and Legal Liability for Product Disappointment, en 60 Va. L. Rev. 1109 (1974).

208. Sheinman, Leslie. The EEC Directive on Product Liability, en 1985 J. of Bus. L. 504.

209. Smith, J.C. y Burns, Peter. Donoghue v. Stevenson The Not So Golden Anniversary, en 46 Mod. L. Rev. 147 (1983).

210. Snider, Rosemary T. Torts - Products Liability, en 48 J. of Air L. and Comm. 923 (1983).

211. Spacone, Andrew Carl. The Emergence of Stric Liability: A Historical Perspective and Other Considerations, Including Senate 100, en 8 J. of Prod. Liab. 1 (1985).

212. Steiner, Henry J. Justification and Social Vision in Common Law Change: The Case of Modern Accident Law. Preliminary Draft, Harvard Law School, 1983.

213. Stiglitz, Gabriel A. Publicidad Comercial del Producto Elaborado. Responsabilidad Civil del Empresario. Tutela del Consumidor, en 1982-D La Ley 770 (1982).

214. Stoljar, Samuel. Accidents, Costs and Legal Responsability, en 36 Mod. L. Rev. 233 (1973).

215. Stone, Bradford. Uniform Commercial Code in a Nutshell, West Publishing Co., St. Paul, Minn. 1984.

216. Sugarman, Stephen D. Doing Away With Tort Law, en 73 Calif L. Rev. 558 (1985).

217. Tealdo Wensjoe, Juan Carlos Eduardo. La Defensa del Consumidor. Tesis para optar el grado de Bachiller en Derecho, Pontificia Universidad Católica, Lima, 1984.

218. Tettenborn, A.M. Wild Oats and the Sale of Goods, en 45 Camb. L. J. 389 (1986).

219. Tiplady, David. The Judicial Control of Contractual Unfairness, en 46 46 Mod. L. Rev. 601 (1983).

220. Trabucci, Alberto. Instituciones de Derecho Civil, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1967.

221. Trigo Represas, Félix Alberto. Dueño y Guardián en la Responsabilidad por Daños Causados por Automotores, en 1981-A La Ley 704 (1981).

222. Tunc, André. Tort Law and the Moral Law, en 30 Camb. L. J. 247 (1972).

224. Tur, Richard H.S. Litigation and the Consumer Interest: The Class Action and Beyond, en 2 Legal Stud. 135 (1982).

225. Turner, Andrew R. The Counter-Attack to Retake the Citadel Continues: An Analysis of the Constitutionality of Statutes of Repose in Products Liability, en 46 J. of Air L. and Comm. 449 (1981).

226. Turner, Marshall S. y Sutin, Alan N. The Government Contractor Decense: When Are Manufacturers of Military Equipment Shielded From Liability For Design Defects?, en 52 J. of Air L. and Comm. 397 (1986).

227. Twerski, Aaron. The Use and Abuse of Warnings in Products Liability: Design Defect Litigation Comes of Age, en 61 Cornell L. Rev. 526 (1976).

228. Twerski, Aaron. From Risk Utility to Consumer Expectations: Enhancing the Role of Judicial Screening in Product Liability Litigation, en 11 Hofstra L. Rev. 861 (1983).

229. Ulen, Thomas S. The Efficiency of Specific Performance: Toward a Unified Theory of Contract Remedies, en 83 Mich. L. Rev. 341 (1984).

230. Van Wassenaer van Catwijck, Otto, baron. Products Liability in Europe, en 74 Am. J. of Comp. L. 789 (1986).

230. Vaucelle, Bernard. La Loi Scrivener, en Courrier de la Normalization N. 259-I-II 1987, pag. 11.

232. Vickers, John. Warranties Guaranteed, en 1979 J. of Bus. L. 406.

233. Vidal Ramírez, Fernando. La Prescripción y la Caducidad en el Código Civil Peruano, con un estudio de la relación jurídica, Cultural Cuzco Editores S.A., Lima, 1985.

234. Vyn, Janice. Henderson v Ford Motor Co. Defense and Proof of Defect Limits to Recovery in Product Liability Actions, en 29 S.W.L.J. 644 (1975).

235. Von Tuhr, A. Tratado de las Obligaciones, Reus S.A., Madrid, 1934.

236. Wade, John W. On The Nature of Strict Tort Liability for Products, en 44 Miss. L.J. 825 (1973).

237. Wagner, W.J. Pretium Doloris - Pain and Suffering en 30 Am. J. of Comp. L. 117 (1982) (Supplement: Law in the U.S.A. for the 80's)

238. Walkowiak, Vincent S. Product Liability Litigation and the Concept of Defective Goods: "Reasonableness" Revisited?, en 44 J. of Air L. and Comm. 705 (1979).

239. Weinstok, Henri. Consumer Warranty Law in California Under the Commercial Code and the Song Beverly and Magnuson - Moss Warraty Acts, en 26 U.C.L.A. L. Rev. (1979).

240. Shittaker, Simon. Defective Products and Economic Loss, en 49 Mod. L. Rev. 369 (1986).

241. Winship, Peter. Commercial Transactions, en 1979 Annual Survey of Texas Law, 33 S.W.L.J. 203 (1979).

242. Wonnell, Christopher T. Problems in the Application of Political Philosophy to Law, en 86 Mich. L. Rev. (1987).

243. Woorridge, Frank. Inequality of Bargaining Power in Contract, en 1977 J. of Bus. L. 312.

244. Zannoni, Eduardo. Responsabilidad por Productos Elaborados, Astrea, Buenos Aires, 1984.

El Tomo II del Volumen VIII de la Biblioteca Para leer el Código Civil, se terminó de imprimir el mes de agosto de 1990 en los talleres de la Editorial e Imprenta Desa (R.I. 16521), General Varela 1577, Lima 5, Perú. La edición estuvo al cuidado de *Miguel Angel Rodríguez Rea.*

DE PROXIMA APARICION

ROCIO CARAVEDO

Sociolingüística del español de Lima

PEDRO DE CIEZA DE LEON

Crónica del Perú. Cuarta Parte. Las guerras civiles. Vol. 1

CESAR LANDA ARROYO

Del Gobierno y la oposición democrática

ANIBAL QUIROGA LEON (Compilador)

Sobre la jurisdicción constitucional

JOSE LUIS RIVAROLA

La formación lingüística de Hispanoamérica.

MARCIAL RUBIO CORREA

El sistema jurídico (Introducción al Derecho) 5a. ed. (corregida y aumentada)

FERNANDO DE TRAZEGNIES, ROGER RODRIGUEZ ITURRI, CARLOS CARDENAS QUIROS Y JOSE ALBERTO GARIBALDI (Editores)

La Familia en el Derecho peruano. Libro -homenaje al Dr. Héctor Cornejo Chávez

CELIA WU BRADING

Manuel Ferreyros y la patria peruana. Epistolario

FONDO EDITORIAL

Av. Universitaria, cuadra 18, San Miguel, Apartado 1761. Lima, Perú. Tlfs. 626390 y 622540 anexo 220.