Olenka Woolcott Oyague

La responsabilidad del productor

Estudio comparativo del modelo norteamericano y el régimen de la Comunidad Europea

Pontificia Universidad Católica del Perú
Fondo Editorial 2003

Olenka Woolcott es Doctora en Derecho Civil con mención en contratos y obligaciones por la Scuola Superiore di Studi Universitari e di Perfezionamento Sant'Anna, Pisa, Italia (1999). Obtuvo el título de abogada por la Universidad de Lima con la tesis *La responsabilidad civil de los profesionales: reflexiones y recomendaciones para su tratamiento en el ordenamiento jurídico peruano* (1994).

Su área de especilización es el derecho civil y la responsabilidad civil. Ha publicado el libro *La responsabilidad civil de los profesionales* (Lima, 2002); se encuentra en preparación *El problema del riesgo del desarrollo.*

La responsabilidad del productor. Estudio comparativo del modelo estadounidense y el régimen de la Comunidad Europea

La responsabilidad del productor
Estudio comparativo del modelo estadounidense y el régimen de la Comunidad Europea

Olenka Woolcott Oyague

Pontificia Universidad Católica del Perú
FONDO EDITORIAL 2003

La responsabilidad del productor. Estudio comparativo del modelo estadounidense y el régimen de la Comunidad Europea

Primera edición: setiembre 2003

Tiraje: 500 ejemplares

© 2003, Olenka Woolcott

© 2003 de esta edición por Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú
Plaza Francia 1164, Cercado, Lima-Perú
Telefax: 330-7405; 330-7410; 330-7411
Email: feditor@pucp.edu.pe

Diseño de cubierta: Fondo Editorial PUCP
Corrección de estilo: Fondo Editorial de la PUCP
Ilustración de cubierta: Katya Landauro, de la serie "La otra orilla"

Prohibida la reproducción de este libro por cualquier medio, total o parcialmente, sin permiso expreso de los editores.

Derechos Reservados

ISBN: 9972-42-585-1
Hecho el Depósito Legal N.° 150105 2003 3856

Impreso en el Perú – Printed in Peru

Índice

Prefacio 13

PRIMERA PARTE. La responsabilidad del productor en el modelo norteamericano

CAPÍTULO I: Evolución de la responsabilidad del productor en los Estados Unidos de América. La *American products liability* 21

1. La responsabilidad contractual por daños derivados de defectos en el producto. Breve perspectiva del S. XVIII y S. XIX 21
2. La doctrina de la relatividad del contrato *(doctrine of privity)* y el ámbito del derecho de daños *(torts)*. El caso Winterbottom 26
3. Abandono del principio de la relatividad contractual *(privity of contract):* el caso McPherson (1916). El caso Mazetti (1913): inicio de las diversidades entre los sistemas angloamericanos sobre la responsabilidad del productor 34
4. Hacia la afirmación de la responsabilidad objetiva del productor: La llamada *'strict products liability'*. Los casos Henningsen (1960), Greenman (1963). La S. 402 A del *Restatement Second of Torts* 49
   Naturaleza y fundamento 64
   El requisito de defectuosidad 65
   Responsables 66
   Sujetos protegidos 66
5. Notas marcadas por la jurisprudencia en los años que siguieron en la aplicación del nuevo régimen consolidado por la sección 402A del *Restatement (Second) of Torts* 68
6. *El Restatement (third) of Torts: Products Liability* 71

CAPÍTULO II: El debate académico y las varias teorías en la moderna *"American Products Liability"* 81

1. Primera generación del debate doctrinario. La consagración y efensa de la *Strict liability* 82
1.1. La información imperfecta del consumidor 85
1.2. La disparidad del poder contractual en el mercado 87
1.3. Distribución de los riesgos 93
2. *La "strict products liability":* la intención original de los propulsores de la reforma de la responsabilidad civil del productor norteamericana. La preocupación central de sus creadores: qué entenderse por responsabilidad objetiva *(strict liability)* y qué por "defecto". El advenimiento de la extensión del nuevo régimen de responsabilidad 99
2.1. Eje del moderno régimen de responsabilidad del productor: de la noción vaga y unitaria de defecto a una tipología 101
2.2. Se afronta la noción de responsabilidad objetiva *(strict liability)* y la de defecto 104
2.3. La vaguedad de los términos en que se formularon los comentarios a la sección 402A del *Restatement (Second) of Torts* y la extensión de la responsabilidad objetiva 110
3. La expansión de la doctrina de la responsabilidad objetiva por productos defectuosos *(strict products liability).* De los "defectos de fabricación" a los "defectos de diseño" y a los "defectos de información" 115
3.1. La responsabilidad objetiva por productos defectuosos: Responsabilidad objetiva *(Strict liability)* v. culpa *(negligence):* de la diferencia a la aproximación 116
3.2. La noción de culpa *(negligence)* en el sistema norteamericano de daños. Una construcción teórica sobre la base de la jurisprudencia norteamericana 121
3.3. Expansión de la responsabilidad objetiva por productos defectuosos 133
3.4. Sobre las dificultades de evaluación o creación judiciales de los estándares de seguridad de los productos y la aplicación de la nueva doctrina de la responsabilidad objetiva *(strict liability)* a los defectos de diseño 138
3.4.1. El cuidado razonable (reasonable care) como criterio genérico de evaluación 144
3.4.2. Defectos de fabricación –defectos de diseño– defectos de información 145
3.4.3. El estándar de seguridad en los casos de responsabilidad del productor por los defectos de fabricación 147

3.4.4. El estándar de seguridad en los casos de productos genéricamente peligrosos 149
3.4.5. Cuando los jueces deben establecer el estándar de seguridad 156
3.5. Problemas de interpretación y definición sobre la noción de "defecto": Incerteza creada en el caso *Cronin v. J. B. E. Olson Corp. (1972)* 162
3.6. El caso *Barker v. Lull Engineering Co. Inc. (1978)* 163
4. Una visión panorámica de la crisis del seguro de responsabilidad civil y la "teoría de la crisis del sistema de daños" en los Estados Unidos. El movimiento de reforma del derecho de daños 179
4.1. La crisis de los seguros. Causas 180
4.2. La teoría de la crisis de los *torts* 182
4.3. El movimiento de reforma del derecho de daños y la orientación de la jurisprudencia norteamericana contra la extensión de la responsabilidad del productor 185
5. El estándar de evaluación del defecto de diseño a la luz del *American case law* y la solución adoptada por el *Restatement (Third) of torts* 195
5.1. Test de la experto del consumidor razonable (*Reasonable consumer expectations test)* y el Test costo-beneficio *(risk-utility test)* en la evaluación del defecto de diseño 197
5.2. El estándar de evaluación aplicado por las cortes norteamericanas. Claro predominio del criterio de la negligence en la determinación del defecto de diseño 199
5.3. *El Restatement (Third) of Torts: Products Liability* 204
5.3.1. Algunas críticas formuladas con relación al estándar adoptado para la evaluación del defecto de diseño: problema central de la moderna responsabilidad del productor 209

SEGUNDA PARTE. La responsabilidad del productor en la experiencia italiana

CAPÍTULO I: La experiencia italiana antes de la aplicación de la Directiva Comunitaria 85/374 mediante D.P.R. n. 224/88 221
1. La individualización del problema de la responsabilidad del productor en el derecho italiano 221

2. Evolución de las técnicas jurídicas adoptadas por la doctrina y jurisprudencia frente al daño derivado de un producto defectuoso 234
2.1. Etapa caracterizada por la negación de la responsabilidad extracontractual del productor hacia el consumidor-víctima: La perspectiva contractual 234
2.1.1. Disciplina de la compraventa y responsabilidad contractual del fabricante: la garantía por vicios 240
2.1.2. Anotaciones generales sobre las teorías "contractualistas". El panorama en la experiencia alemana y la experiencia francesa 250
2.1.2.1. La experiencia alemana 252
2.1.2.2. La experiencia francesa 256
2.2. Etapa de la afirmación de la responsabilidad extracontractual del productor 260
2.2.1. La doctrina italiana 261
2.2.1.1. Problema de la responsabilidad del productor 262
2.2.1.2. La rémora de la tesis tradicional de la culpa 265
2.2.1.3. El caso Saiwa 268
2.2.1.4. Se rescata la función preventiva de la culpa 283
2.2.1.5. Las orientaciones "objetivistas" de la responsabilidad del productor 285
2.2.1.6. La clasificación de los defectos de los productos.- Su implicancia a los efectos de la aplicación de diversos criterios de imputación de la responsabilidad del productor 295
2.2.1.7. Contra la diversidad de criterios de imputación en función del tipo de defecto 310
2.2.1.8. La aplicación directa del art. 2049 C.C. 312
2.2.1.9. La aplicación analógica del art. 2049 C.C. 314
2.2.2. La jurisprudencia italiana 318
2.2.2.1. Fase precedente al caso Saiwa (1957-1964) 321
2.2.2.2. Fase que se inicia con el caso 'Saiwa' (1964) hasta fines de la década del '70 330
2.2.2.3. Hacia la responsabilidad objetiva 337
2.2.2.4. Ejercicio de actividad peligrosa 342
2.2.2.5. Aplicación extensiva del art. 2050 C.C. a otros supuestos de explosión de productos 343
2.2.2.6. Responsabilidad por custodia de la cosa y nuevamente la 'presunción de culpa' 347
2.2.2.7. La venta de productos en los Supermercados 348

2.2.2.8. Participación del usuario en la responsabilidad del productor 353
2.2.2.9. Presunción de culpa del usuario 354
2.2.2.10. Con relación a los productos compuestos 356
2.2.2.11. La producción de medicamentos y la actividad peligrosa. Más sobre los 'productos compuestos' y la responsabilidadde los varios intervinientes 361
2.2.3. Anotaciones generales sobre la experiencia alemana y la experiencia francesa 369
2.2.3.1. La experiencia alemana 370
2.2.3.2. La experiencia francesa 379

CAPÍTULO II: El nuevo régimen de responsabilidad del productor de la Directiva Comunitaria 85/374 387

Sección 1. Perfiles generales de la Directiva Comunitaria 85/374 sobre la responsabilidad por daño derivado de producto defectuoso 387

1. El derecho norteamericano como fuente inspiradora de la Directiva sobre la responsabilidad por daños derivados de productos defectuosos 389
1.1. Notas fundamentales que se desprenden de la evolución de la responsabilidad del productor en Estados Unidos *(American products liability)* 392
1.2. La influencia de la responsabilidad del productor en norteamérica en el derecho europeo de la responsabilidad del productor 401
2. Fundamentos, contenido y confrontación de la Directiva Comunitaria n.° 85/374 con la experiencia norteamericana 409
2.1. El proceso de elaboración de la Directiva difiere de la evolución de la *'products liability'* en los Estados Unidos 416
2.2. El contenido de la Directiva frente a la *'American products liability'* 419
2.2.1. En cuanto a la noción de 'defecto' 421
2.2.2. En cuanto a la definición de productor o distribuidor 423
2.2.3. En cuanto al producto 425
2.2.4. En cuanto a las cláusulas de exoneración de responsabilidad 426

Sección 2. La naturaleza de la responsabilidad del productor en la nueva disciplina comunitaria y la determinación del hecho generador de la responsabilidad: la puesta en circulación de un producto defectuoso 431

1. Consideraciones generales: Régimen especial de responsabilidad 432
2. Naturaleza jurídica de la responsabilidad del productor a la luz del régimen instaurado por la Directiva 85/374 y de su introducción en el ordenamiento italiano por D.P.R 224/88 436
   2.1. La naturaleza extracontractual de la responsabilidad del productor 438
   2.2. La naturaleza objetiva de la responsabilidad del productor 440
      2.2.1. El complejo criterio de imputación de la responsabilidad del productor en el marco de la normativa comunitaria 443
         2.2.1.1. Elemento material de la hipótesis típica de responsabilidad: El defecto del producto 446
         2.2.1.2. La tipología de los defectos en la nueva normativa comunitaria 453
         2.2.1.3. La configuración dela noción de defecto como noción de seguridad del producto 456
         2.2.1.4. La seguridad - parámetro social de evaluación y la noción objetivo-normativa de defectuosidad 459
         2.2.1.5. La exclusión de responsabilidad por el riesgo de desarrollo y la naturaleza objetiva de la responsabilidad del productor 468

3. Aplicación jurisprudencial del D.P.R. 224/88 477
   3.1. Observaciones finales sobre la aplicación de la nueva disciplina 481

Conclusiones 485

Anexos 497
1. *DIRETTIVA DEL CONSIGLIO DELLE COMUNITA' EUROPEE 25 LUGLIO 1985, N. 85/374 (G.U. 12 SETTEMBRE 1985, N. 215 BIS)* 497
2. D.P.R. DI ATTUAZIONE DELLA DIRETTIVA CEE N. 85/374 RELATIVA AL RAVVICINAMENTO DELLE DISPOSIZIONI LEGISLATIVE, REGOLAMENTARI E AMMINISTRATIVE DEGLI STATI MEMBRI IN MATERIA DI RESPONSABILITA' PER DANNO DA PODOTTI DIFETTOSI, AI SENSI DELL'ART. 15 DELLA LEGGE 16 APRILE 1987, N. 183 505

Bibliografía 511

Prefacio

La 'responsabilidad del productor' constituye un caso emblemático en la responsabilidad civil de la necesaria adecuación del derecho a los cambios socio-económicos que se producen en una determinada sociedad.

Parafraseando a Esmein *"la logique du droit est la logique de la vie..."*, así la evolución que ha tenido y tiene el tratamiento de los daños derivados del proceso de producción y distribución de bienes, se halla marcado por las etapas definidas por el desarrollo económico que experimenta una sociedad con el paso de una fase pre-industrial a una industrial, con el consiguiente cambio en el proceso de circulación de los bienes.

En efecto, la producción y distribución masiva de bienes, trae consigo la producción de daños derivados de productos defectuosos. En este contexto se pone el problema del resarcimiento de los daños generados a las personas y bienes de las víctimas de dichos productos.

Una primera respuesta del derecho ante los nuevos acontecimientos no podía sino revelarse insuficiente, en la medida que venía formulada desde una perspectiva contractual. En efecto, era claro, que en la nueva sociedad, los daños que generan los productos no sólo tienen lugar al interior de una relación contractual, sino que, más bien, como consecuencia de la intervención de nuevos sujetos en la cadena productivo-distributiva, es decir, de los *intermediarios*, la víctima del daño no se halla más en relación formal directa con el productor.

En ese contexto, dado que la disciplina de la responsabilidad contractual no atendía a las exigencias reparatorias de la víctimas de los nuevos tipos de daños, la jurisprudencia se halla frente a la difícil responsabilidad de hallar la solución más adecuada para cada caso concreto. En esta tarea, se da inicio a una fase de interpretaciones que dilatan hasta desnaturalizar la esfera contractual, a los fines de poder satisfacer las exigencias resarcitorias de quien no era parte en el contrato en virtud del cual se puso en circulación el producto dañoso. En esa tendencia, se llega a reconocer que la esfera de la responsabilidad extracontractual es el medio *ad hoc* para ofrecer una solución a los daños propios de la era industrial.

Aún así, uniformada la jurisprudencia a las soluciones extracontractuales al problema de los daños derivados de producto, en este ámbito pues,

emergen corrientes diversas en torno a la determinación de cuál debiera ser el criterio de imputación de los daños más adecuado. En este sentido, se enfrentan las corrientes subjetivistas las cuales tratan de mantener vivo el predominio de la "culpa", a aquellas corrientes objetivas que llevan adelante una férrea posición de defensa de los intereses de las víctimas de estos daños, entre las cuales, oscilan en las orientaciones que podemos calificar de moderadas a las más extremas.

Ciertamente, se trata de la más difundida discusión entre las tesis subjetivistas y las objetivistas que caracteriza el moderno panorama de la responsabilidad civil en general. Sin embargo, particularmente, la 'responsabilidad del productor' ha representado el área del derecho que ha manifestado un desarrollo veloz, intenso y hasta voraz, acompasando los cambios consecuentes al paso de una cultura rural a una que se construye sobre la tecnología. En este sentido Prosser con incisiva referencia a la *Products liability'*, ha señalado que *"la evolución experimentada en el último cuarto de siglo es la más espectacular que haya podido ocurrir en toda la historia del derecho de 'torts'*[1].

En realidad, como se observará del estudio comparativo de dos experiencias jurídicas sobre la materia, la experiencia estadounidense y la experiencia italiana –tomada como caso concreto europeo–, la evolución de la 'responsabilidad del productor' ha sido y es la evolución de las orientaciones jurisprudenciales, hecho que pone en evidencia de un modo nítido la naturaleza casuística de la responsabilidad civil en general.

La importancia de acceder al conocimiento del modelo norteamericano de la responsabilidad del productor reside pues, en el hecho de representar una experiencia madura, en el sentido que el medio norteamericano afronta el problema de los daños derivados de productos defectuosos con muchos años de anticipación con relación al medio europeo. Así, las teorías y nociones ya consolidadas en ámbito estadounidense despiertan el interés de los juristas europeos, ingresando de este modo a la cultura jurídica continental. La jurisprudencia en Europa, conforme fluye del caso italiano considerado a los efectos del presente estudio, con referencias paralelas al caso francés y alemán, no se muestra permeable a las teorías fundamentalmente objetivistas del *common law* norteamericano, procediendo en cambio a un esfuerzo interpretativo de la disciplina codicística vigente para afrontar los nuevos problemas de daños.

[1] Prosser & Keeton, *The law of torts*, 5th ed., 1984, p. 690. Es oportuno señalar que Prosser es el autor de la más citada sección 402A del *Restatement (Second) of torts*, relativa a la responsabilidad del productor, hoy superada por el *Restatement of torts third: products liability* (1997).

No obstante que la experiencia norteamericana y la experiencia europea responden a realidades diversas, con diferencias estructurales de ambos sistemas jurídicos, sin perjuicio de la aproximación a la que en los últimos tiempos se asiste del *common law* y del *civil law*, la realidad es que, ante el hecho de los daños resultantes de los productos defectuosos circulantes en el mercado, la solución que ofrece la responsabilidad objetiva se descubre como la más adecuada al problema resarcitorio.

Esa tendencia hacia la responsabilidad objetiva se ve plasmada en Europa a través de la Directiva Comunitaria 85/374 sobre la responsabilidad por daños derivados de productos defectuosos, aplicada en la actualidad por todos los Estados de la Comunidad. El principio de la responsabilidad del productor que consagra la nueva normativa, al introducir como presupuesto del supuesto de responsabilidad el 'defecto' del producto, revela la influencia que ejerce el modelo norteamericano de la responsabilidad objetiva del productor.

Cuáles son las notas que han distinguido la evolución de la responsabilidad del productor en la experiencia norteamericana y la experiencia italiana –siempre como caso concreto europeo–, atendiendo a las características propias de cada sistema, es la interrogante a la que se trata de responder en el desarrollo de la presente investigación. Habiéndose considerado como el hilo conductor en el estudio comparativo de las dos experiencias referidas, la determinación de la *'naturaleza jurídica de la responsabilidad del productor'*. En este sentido se examina en la Primera Parte del trabajo, la trayectoria del derecho jurisprudencial norteamericano inicialmente basada en una responsabilidad por *negligence*, sucesivamente, en las llamadas garantías, las que a su vez conducen a la responsabilidad objetiva o estricta, –strict liability–, para finalmente concretarse en una teoría moderada de esta última, merced a la determinación de un elemento que adquiere especial relevancia la noción del 'defecto' del producto.

A propósito de la experiencia norteamericana, en que la responsabilidad del productor representa una rama del derecho particularmente fascinante, por la imaginativa y espectacular producción doctrinario-jurisprudencial en busca de la solución más adecuada al resarcimiento de estos daños, se debe advertir que el presente estudio se centra especialmente en el desarrollo de la que ha venido a constituir el núcleo de la tan conocida moderna responsabilidad del productor[2], vale decir, la responsabilidad objetiva extracontractual, teniendo en cuenta que en el derecho norteame-

[2] Owen, D., *"Defectiveness restated: exploding the "strict" products liability myth"*, en *Univ. of Ill. L. Rev.*, n. 3, 1996, p. 743.

ricano, la acción civil por daños derivados de productos puede canalizarse a través de varias vías. Así, la vía de la *misrepresentation*[3], que procede en los casos de falsas declaraciones sobre la calidad o utilidad del producto; la vía de la acción por violación de la garantía expresa (*express warranty*) o implícita (*implied warranty*)[4] que configuran una responsabilidad objetiva contractual; la vía de la acción por *negligence*[5], y finalmente la responsabilidad objetiva extracontractual[6], a la que se dedica el presente estudio. Cada una de estas formas de acción civil por daños derivados de productos responde a un régimen específico para cada caso, que establece los presupuestos que deben concurrir para la viabilidad de cada acción.

La Segunda Parte del presente trabajo, se avoca en el Capítulo I, al examen de la evolución de la responsabilidad del productor en la experiencia italiana; en el Capítulo II, Sección 1, a verificar en qué medida el derecho norteamericano ha influido en el texto comunitario de 1985, destinándose finalmente la Sección 2 al tratamiento específico de la naturaleza jurídica de la responsabilidad que se desprende de la nueva disciplina comunitaria sobre la responsabilidad por daños derivados de productos defectuosos.

---

[3] Muchos casos de responsabilidad derivados de producto hallan fundamento en las representaciones que sobe el producto transmiten los 'vendedores' al consumidor, sea en modo explícito o implícito. En la medida que las falsas declaraciones sobre las cualidades de un producto sean la causa de los daños a la víctima, ésta puede accionar por *misrepresentation*. A su vez, puede fundarse en *fraud* o *deceit*, *negligence* o en *strict tort liability*. Ésta última viene contemplada en el segundo y tercer *Restatement of torts*. Cfr. Shapo, M., *The law of products liability*, 3rd ed., vol. 1, 1994, parágr. 2.01 ss.

[4] Las garantías expresas e implícitas dan lugar a una acción por daños en ámbito contractual. Se hallan reguladas en el *Uniform Commercial Code* (versión publicada por el *ALI* y la *National Conference of Commissioners on Uniform State Laws*. Reimpreso en 1987, bajo la autorización de la plana editorial permanente del *UCC*), en los parágrs. 2-313 (*Express warranties*), 2-314 (*Implied warranty of merchantability*) y 2-315 (*Implied warranty of fitness*).

[5] Históricamente, la *culpa* constituye la tradicional teoría de la *products liability*, y se mantiene como una importante vía resarcitoria en el sistema norteamericano. Es más, las diversas propuestas de reforma a nivel legislativo y judicial incluyen como un aspecto central una suerte de "retorno" a la *negligence* como teoría de responsabilidad. Sobre la construcción de una teoría sobre la *negligence*, Cfr. Posner, R., *"A theory of negligence"*, en *J. of Legal Studies*, 1972, p. 29 ss.

[6] Es la vía resarcitoria consagrada en la S. 402A del *Restatement (Second) of torts* (1965), actualmente prevista en el *Restatement of the law third: Products liability* (1997), a la que se dedica el estudio en la presente tesis.

La selección de las dos experiencias jurídicas en el presente estudio reside en un caso, el de la experiencia estadounidense, en el hecho de representar una experiencia madura en la materia, de la cual es posible individualizar las virtudes y defectos producidos a través de su deslumbrante desarrollo. En el caso del estudio en concreto de la experiencia italiana, como caso representativo de la experiencia europea, ha sido motivado por el hecho de haber tenido la invalorable oportunidad de realizar la investigación en Italia en ocasión de una beca de Doctorado brindada por la *Scuola Superiore di Studi Universitari e di Perfezionamento S. Anna*, Universidad De Pisa.

De allí, nuestro profundo agradecimiento al Profesor Francesco Donato Busnelli, Profesor Ordinario de la Escuela de Doctorado de Pisa, cuyo mensaje transmitido en sus lecciones ha sido muy valioso para la reflexión de los diversos problemas que plantea la responsabilidad del productor. Tuvimos la feliz oportunidad de conocer al Profesor hace muchos años en ocasión de un Congreso Internacional de Derecho Civil organizado por la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima y gracias al singular entusiasmo académico del entonces conductor de dicha organización, el Profesor Carlos Fernández Sessarego, quien representa para nosotros el motor de una línea de investigación.

Asimismo, a la amiga y profesora Emanuela Navarretta, también de la escuela pisana, por su siempre atenta gentileza en brindarnos todas las facilidades y valiosos consejos para la realización de la tesis de Doctorado que efectuamos en Pisa y sobre la cual tiene lugar la presente publicación.

En especial, a la profesora Giovanna Visintini, artífice de la escuela genovesa, por su permanente e invalorable guía a lo largo de todo nuestro período de estudios en Italia, primero en ocasión de una beca de investigación en la Universidad de Génova, *"Alla scoperta dell'Italia"* ofrecida por la Banca de Italia para el período 1994-1995, en la cual, asesoró nuestra investigación, y luego como miembro externo del Colegio de docentes que se designó para el Doctorado realizado en Pisa. A quien tuve la oportunidad de conocer igualmente en uno de los Congresos de Derecho Civil organizados en Lima y felizmente reencontrar en Italia, agradeciéndole por el apoyo permanente y admirable generosidad propios de la calidad de una gran mujer. Y de esta misma Escuela, mi agradecimiento sinceso a una buena amiga e investigadora, Alessandra Pinori, por su aliento e invalorable apoyo.

A todos los profesores que pudimos contactar y amigos de la *Scuola S. Anna* y del *Istituto di Diritto Privato* de Génova.

Finalmente, a la Pontificia Universidad Católica del Perú cuyo Fondo Editorial hace posible esta publicación.

Primera Parte

La responsabilidad del productor en el modelo norteamericano

CAPÍTULO I

Evolución de la responsabilidad del productor en los Estados Unidos de América. La *American products liability.*

1 *La responsabilidad contractual por daños derivados de defectos en el producto. Breve perspectiva del S. XVIII y S. XIX.*

Para hablar de la responsabilidad del productor en Estados Unidos en el siglo XX se debe tener una noción de lo que el siglo XIX representa para el sistema angloamericano. En efecto, en el presente siglo, la responsabilidad del productor es dominada por el derecho de los contratos desarrollado en el siglo pasado. Se puede decir que esta responsabilidad se deriva de la responsabilidad contractual. Por esta razón iniciamos el examen con el panorama que presentaba el derecho de los contratos del siglo XIX.

Es difícil llegar a la esencia del *common law* que precede al siglo XIX. De una parte, los costos judiciales habían determinado en aquel tiempo un escaso número de demandas. Además, el reporte de las sentencias pronunciadas no era suficientemente seguido y aunque hubiera sido así, la práctica judicial era la de mirar limitadamente al caso concreto sin hacer mayor referencia al caso precedente. En particular, con respecto a las demandas contractuales sobre la calidad de los productos, la actitud presentada por el *common law* antes del siglo XIX ha constituido materia de amplios debates cuyo examen escapa al presente. El *case law* en esta última materia es limitado.[1]

Sin embargo, el panorama cambia con el transcurso del siglo XIX. En este siglo tiene lugar la expansión económica que determinó al *common law* adoptar una posición. Aumenta el volumen de las transacciones y

---

[1] Se han señalado como posibles causas de la ínfima litigiosidad precedente al siglo XIX, entre otras, el exiguo valor de los productos con respecto a los costos procesales; la tradición de una adecuada inspección de los productos para descubrir los defectos; la adecuada normativa administrativa para proteger al consumidor de la difícil tarea que representa descubrir los defectos como los bienes adulterados; e inhibiciones de tipo cultural. Se ha señalado que la protección del comprador contra los productos defectuosos no parece haber sido una tradición del *common law.* V. Atiyah, *The rise and fall of freedom of contract,* Clarendon Press, Oxford, 1979, p. 179.

éstas son más frecuentes entre partes a distancia. Hacia la mitad del ochocientos, las demandas relativas a la calidad de los productos vendidos era enorme y la posición de los jueces diversa en cada caso. La explosión industrial creó el clima idóneo para el afianzamiento del dogma de la electividad contractual que, como su análogo principio de relatividad en los ordenamientos continentales, excluía que los efectos del contrato pudieran recaer sobre terceros, como que éstos pudieran adquirir derechos de los contratos celebrados por otros. Esta regla determinaba que la responsabilidad de los operadores económicos no se extendiera más allá de lo expresamente estipulado. El riesgo de la producción por la mercancía defectuosa era distribuido entre el revendedor y el adquirente efectivo, mientras que la empresa venía exenta de los daños provocados a los consumidores no adquirentes. En ese momento de crecimiento de la industria, el hecho de hacer pesar los costos de un extenso resarcimiento de daños implicaba un paralelo aumento de los costos de producción, y con ello, un obstáculo al libre desarrollo de las relaciones económicas así como una limitación a la iniciativa de los particulares. "El sector industrial podía de este modo mirar las normas jurídicas como un factor de contención de sus costos",[2] dentro de un sistema económico basado en el *laissez faire* en el que el resarcimiento tenía lugar en tanto y en cuanto los daños hayan sido sufridos por personas ligadas a la empresa por vínculos contractuales, y donde el dogma de la electividad contractual realizaba una auténtica conformidad de las normas jurídicas a las exigencias del mercado.[3]

En este contexto, de una parte, se colocan los jueces atraídos por las nuevas teorías económicas del *laissez-faire* con su corolario en el derecho de la compraventa del principio *caveat emptor* —dejar al comprador que se proteja por sí mismo— y en ausencia de pacto en contrario, de dejar al comprador soportar los riesgos de los defectos de calidad. Esta doctrina

[2] Cfr. Bessone, *op. cit.*, p. 127 ss.

[3] El principio de electividad contractual no era más que una especificación del más amplio principio de la libertad contractual, entendido en el sentido de preservar "el encuentro de las voluntades" y la autonomía contractual de las partes de cualquier intervención o control externa. La intención de reducir cualquier hipótesis de responsabilidad de la empresa (aunque sea en el caso de los productos defectuosos) a un problema de "autodeterminación de los particulares" y de "encuentro de las voluntades" obedecía a una lógica que sólo en apariencia exaltaba los valores de la persona (y sus libertades, también la "contractual": en realidad, todo ello resultaba funcional a las estrategias de la empresa, dotada de mayor poder contractual frente al consumidor. V. ALPA, Guido - BESSONE, Mario, *La responsabilità del produttore*, Giuffré, Milano, 1987, p. 214 ss.

contractual, que descansaba en la certeza de los términos del acuerdo y en la reducción de los litigios, permitía que el vendedor permaneciera silencioso respecto a los defectos del producto, aunque sí conocía o debía conocer de ello. No obstante, tales ideas aún existen y constituyen una fuerte influencia en las discusiones sobre la responsabilidad del productor.

Del lado opuesto se colocan aquellos jueces ingleses que, adhiriendo a la tendencia intervencionista del siglo XVIII, consideraban que la dinámica de los nuevos mercados como efecto del libre mercado, en realidad, limitaba la consensualidad. La hostilidad de estos jueces a la doctrina del *laissez-faire* ha sido manifestada sobretodo con respecto a una corriente norteamericana que defiende el regreso al contrato *(back to contract)*. Tales jueces iniciaron por elaborar una serie de soluciones a los conflictos relativos a la calidad de los bienes, a través de la introducción de presunciones en el contrato de compraventa. En este sentido se llega a sostener que el vendedor de un bien debe implícitamente garantizar la calidad de tal. Las dos presunciones que tuvieran más tarde una gran importancia eran la presunción de garantía de comerciabilidad y, cuando un determinado propósito se ha hecho conocido al vendedor, la de garantía de conveniencia a dicho propósito. Una evolución semejante se produce en los Estados Unidos donde también se manifiesta hacia fines del siglo XVIII un interés en intervenir en la construcción de las negociaciones.[4]

Se señala que tal intervencionismo de debió más que nada a las dificultades con que se encontraba el comprador para inspeccionar el producto dado el incremento de las ventas de nuevos artículos y la contratación a distancia. Los jueces consideraron la superioridad del vendedor en cuanto a su conocimiento y a su integridad comercial así como el incremento de una aparente confiabilidad en la seguridad de los productos. Notaron que era deber del *common law* construir una relación justa para proteger la confiabilidad de los llamados "necesariamente ignorantes" respecto a la calidad de los bienes adquiridos. Para los pensadores modernos esto parece responder al sentido común.[5]

No obstante el enfrentamiento entre las nuevas ideas en materia contractual sobre el *laissez-faire* y las de los tradicionalistas que perduraran por décadas, sobre la justicia en un intercambio contractual como parte importante del derecho de los contratos, prevalecieron las últimas. Así, por el año 1893, los jueces no tuvieron mayor dificultad en formular las

[4] Prosser, William, "The implied warranty of merchantable quality", en 27 Minn. L.R.. 117, 1943, p. 146 ss.
[5] Atiyah, P., *op. cit.*, p. 479 ss.

llamadas "garantías implícitas de comerciabilidad y adecuación al fin para el cual el producto era creado".

¿Qué características presentaban estas garantías implícitas de calidad? Por el tiempo en que ellas se desarrollaron, el concepto de garantía era visto como uno de naturaleza contractual. Sólo que, fue con el auge de las ideas contractuales de no-intervencionismo como la del *caveat emptor* que se hizo necesario separar las ideas contractuales y las de intervencionismo en el ámbito extracontractual.[6] El interés en negociaciones justas demostrado por las cortes que crearon el concepto de garantía implícita recordaba el interés demostrado durante siglos por la justicia y que ha influido tanto en la responsabilidad contractual como en la extracontractual. En realidad, toda forma de garantía implícita tiene un origen híbrido, claro, debiéndose más al ámbito extracontractual que al de los contratos.

Otra nota característica de las garantías implícitas es que ellas son coherentes con las modernas ideas de la eficiencia económica. Ellas pueden ser consideradas como un reconocimiento que el siglo XIX se presenta como un período, que luego continua, en el cual las operaciones económicas se intensifican y geográficamente, dada la distancia, se hace frente a los defectos del mercado. En efecto, la asimetría en la información, los altos costos de ésta, etc., eran elementos que justificaban la internalización de los costos en cabeza del productor.

Pero tal vez una característica técnica de mayor trascendencia, en términos de impacto en la reforma de la responsabilidad del productor, era que no sólo eran vistas como una imposición de una obligación contractual, sino una obligación que era *strict* por naturaleza; vale decir, un tipo de responsabilidad objetiva, porque su violación se producía aún cuando el vendedor haya sido diligente, o sea, se haya comportado según el estándar del cuidado rasonable. En consecuencia, podía aplicarse a los casos de defectos indescubribles. Sin embargo, no hay una explicación clara del por qué de la seguridad en las garantías implícitas de calidad. Tal vez en la fase inicial del desarrollo de las garantías, se consideraba suficiente la diligencia (*reasonable care)* de parte de quien suministraba el producto para que se pueda revelar el defecto. Cierto es, sin embargo, que desde una perspectiva moderna, la terminología del siglo XIX concerniente a la negligencia y a la responsabilidad objetiva o estricta era vaga y confusa.[7] Cualquiera que sea el origen de la responsabilidad objetiva del

[6] McLaren, J., *The convergence of tort and contract: a return to more venerable wisdom?*, 68 Can BR, 1989, p. 30.

[7] Cfr. Schwartz, Gary, "The character of early American tort law", en 36 UCLA L.R, 1989, p. 641.

vendedor con respecto a la calidad de los productos, éste ha sido el aspecto de mayor fuerza en el desarrollo del derecho de la responsabilidad del productor. La conciencia de esta responsabilidad objetiva del vendedor en materia contractual antes que el mismo fuera expuesto al estándar de la negligencia en ambito extracontractual y que luego también en este ámbito se pasara a la responsabilidad objetiva, en fin, todo ello ayuda a entender como la responsabilidad objetiva llega a infectar el derecho de daños en US.[8]

Otra característica importante de la garantía implícita de comerciabilidad era que implicaba una responsabilidad sólo del comerciante, lo que hallaba justificación en el hecho que facilitaba al comprador iniciar un proceso contra quien lleva a cabo cantidad de transacciones comerciales. La otra limitación consistía en que la garantía se refería a la venta de bienes muebles.

Por último, una nota saliente de esta garantía era que en el *common law* se llega a contemplar como condición de operatividad de la misma el hecho que la inspección del producto sea imposible. Es de llamar la atención que, mientras que las operaciones comerciales se realizaban cara a cara con los vendedores y por ende, era factible se realice, al menos en teoría, la inspección del producto, es sorprendente que si bien, más tarde la garantía implícita era de gran importancia al consumidor, inicialmente lo haya sido para el "comprador comercial". Sin embargo, este carácter de tratarse de un remedio para el comerciante, cambia radicalmente cuando en 1893 propone la codificación del *common law* sobre la compraventa, en la cual era prevista la garantía implícita de comerciabilidad. Si bien ya había sido contemplada ampliamente tal garantía por las cortes escoceses, ahora el riesgo de defectos indescubribles venía a recaer sobre el vendedor.

Como quiera que sea, la nueva ley convirtió la garantía inicialmente protectora sólo del comprador comercial en un remedio de gran trascendencia para la protección del consumidor. Ya en las primeras décadas del s. XX era corriente que el consumidor instaurase un proceso basado en una garantía implícita de comerciabilidad especialmente con respecto a los alimentos contaminados y a las bebidas.

Una evolución similar se produce en US donde la codificación del *common law* en esta materia tiene lugar en 1906 con el Uniform Sales Act (adoptado por dos tercios de los estados) que también extendió el alcance de la garantía a todos los consumidores como sucedió en el caso británico.

[8] V. STAPLETON, Jane, *Product Liability*, Butterworths, 1994, p. 14.

Esta garantía de comerciabilidad se caracterizó por ser un remedio contractual. Era si, obviamente, conveniente para el comprador desde que implicaba una responsabilidad objetiva y cubría no sólo los daños personales sino también el daño económico. Sin embargo, el carácter contractual explica que en las últimas décadas del s. XIX dicha garantía se viera limitada por el dogma de la relatividad contractual. En efecto esta doctrina congelaba cualquier respuesta de equidad al problema de la extensión de la cadena de intermediarios, así como la vieja consideración de que la "garantía seguía al producto" en beneficio del último comprador (o usuario) que sufriera un daño. Así el contrato asumía una forma monolítica y no se distinguía entre el contrato de compraventa celebrado con los particulares y el celebrado con los comerciantes. Cuando las demandas basadas en las mencionadas garantías fueron comunes, o sea después de 1893, el dogma de la relatividad contractual adquirió fuerza irresistible y universal.

La doctrina de la relatividad contractual implicó que la garantía de comerciabilidad se aplicara sólo entre las partes vinculadas contractualmente. De este modo no eran posibles dos tipos de demandas: Una, la del comprador contra uno de la cadena distributiva que no fuese el inmediato vendedor; la otra, la de la víctima no-comprador que sufre un daño como consecuencia de haber usado el producto por sí misma o del uso por tercero (*bystander*). No obstante todo ello, quienes no se encontraban como parte en un contrato, utilizaron otros fundamentos para hacer posible sus demandas de resarcimiento de daños.[9]

Veremos en seguida que la doctrina de la relatividad contractual, originalmente una creación al interno del contexto contractual, expande sus horizontes para insertarse además en el área de la culpa extracontractual. Es en este ámbito que adquiere notoriedad al permitir al fabricante escapar a la responsabilidad con respecto al comprador secundario o indirecto, sobre la base de una inexistente relación contractual *(privity)* así como de un inexistente deber contractual o extracontractual *(torts)* entre ellos.[10]

2 *La doctrina de la relatividad del contrato (doctrine of privity) y el ámbito de los torts. El caso Winterbottom*

La doctrina de la relatividad contractual fue adoptada como principio general por las cortes ingleses en la primera parte de s. XIX. Según ella, el

[9] V. STAPLETON, Jane, *op. cit.*, p. 16.

[10] MADDEN, Stuart, *Products Liability*, West publishing Co., St. Paul, Minn., Vol. I, p. 6 ss.

proveedor de productos defectuosos respondía por su negligencia sólo con respecto a aquellos que se hubieran encontrado en una relación contractual con él.[11]

El desarrollo de la relatividad contractual vio extender sus fronteras más allá del derecho de los contratos, limitando drásticamente el desarrollo de remedios paralelos en el contexto de la responsabilidad extracontractual por culpa o más precisamente conocida en el derecho norteamericano como *"tort of negligence"*. A partir de la mitad hacia fines del s. XIX las nociones de *torts* –conocidos como tales las respuestas de relación de un deber general de conducta que genera daño-tuvieron que hacer frente a una visión del contrato conforme a la cual "el derecho al cuidado debido era abiertamente visto como algo por lo cual un hombre tenía que pagar".[12] En este contexto, las demandas por daños personales de quienes estaban fuera de una relación contractual eran escasas y las que tuvieron lugar en algún modo se referían a relaciones jurídicas preexistentes entre las partes (relaciones de trabajo, transporte, ocupación, etc.).

La particularidad de casos de ese género es claramente ilustrada en *Winterbottom v. Wright* (1842).[13] El demandante, un cochero, sufrió daños como consecuencia de la destrucción de un coche que conducía. El demandado era propietario del coche que lo había dado en arrendamiento a una oficina de correos de la cual era dependiente el demandante. Conforme a lo estipulado en el contrato de arrendamiento, era deber del arrendador mantener el coche en buen estado. La volcadura del coche fue debido al incumplimiento de esa obligación por parte del demandado. El juez inglés Lord Abinger observó que no habían precedentes de un caso de ese género y la corte procedió a decidir denegando la responsabilidad. La corte no se puso el problema de si la víctima tenía algún derecho en el campo de los *torts* fuera del contrato, simplemente asumió que no existía una acción independiente en *torts*. Luego los jueces basaron su sentencia dentro de una perspectiva más estrecha: que una acción en *tort* no puede derivarse o generarse sólo sobre la base de la conducta del demandado constituida por la violación de un contrato. Este razonamiento se basaba en el temor que se generase una multiplicidad de demandas en *tort* fundadas en una violación de contrato (lo que se puede llamar demandas

[11] HENDERSON, James, A. Jr. y TWERSKI, Aaron D., *Products Liability Problems and Process*, Little, Brown & Co. Boston and Toronto, 1987, p. 12.

[12] Atiyah, *op. cit.*, p. 500.

[13] Winterbottom v. Wright (1842) 10 M & W 109; 152 ER 402, 404. V. Palmer *"Why Privity entered tort- An Historical re-examination of Winterbottom* v. Wright (1983), 27 Am JLH 85, 87-8, 94.

"dependientes" en *tort*). Pero de este modo se dejaba sin respuesta la interrogante de si es posible la existencia de un deber independiente en *tort* en el presente caso. Más adelante, sin embargo, una vez consolidado el principio de la relatividad contractual en la materia contractual, la decisión recaída en *Winterbottom v. Wright* fue asumida como fundamento, tanto en el sistema inglés como en el norteamericano para sostener como regla general la no viabilidad de acciones independientes en *tort* cuando la conducta del demandado representa una violación contractual. Esta regla más adelante fue conocida como falacia de la realatividad contractual, y con ella se quería significar que cuando la víctima era un tercero con respecto a un contrato no podía basar su demanda en *tort*. En consecuencia, en los casos sucesivos que se produjeran cuando un arrendatario de un coche tuviera con respecto al arrendador un deber de mantener en buenas condiciones el vehículo en cambio no tenía una obligación independiente en *torts* con relación a su dependiente laborativo que resultara víctima del daño.[14]

En realidad, *Winterbottom v. Wright* no configuró un *leading case* en materia de responsabilidad del productor, pues, conforme se desprende de los hechos expuestos en precedencia, el caso no se refería a la condición de una mercancía producida por un fabricante, sino que ilustraba la omisión culposa de reparar un bien de parte del demandado que había asumido una obligación contractual al respecto. De otra parte, en aquél entonces, el sólo hecho de la fabricación y venta de productos defectuosos no habría constituido una violación contractual frente al comprador, tanto cuanto prevaleciera el principio del *caveat emptor* (letinazgo que significa que el comprador compra bajo su propio riesgo, es decir, debe ser precavido), y consecuentemente no habría sido necesario traer a colación la decisión en el *Winterbottom*. No obstante todo, el caso fue rápidamente difundido a los efectos de obstaculizar la responsabilidad extracontractual basada en la defectuosidad de los productos vendidos. Del contexto en que todo ello tiene lugar, se puede inferir que, en realidad, el caso fue utilizado para proteger a los productores de la responsabilidad extracontractual frente a las últimas víctimas de la fabricación de productos en semejantes condiciones.[15]

La extensión operada por la doctrina de la *privity* ha sido lograda a través de dos elaboraciones que *Winterbottom* estableció: La primera, conforme a la cual, no se debe permitir al comprador accionar extracontrac-

[14] V. Fleming, James, *The law of torts*, Sidney, 1965, p. 442 ss.
[15] Cfr. Kessler, Friedrich, *Products Liability*, en 76 Yale L.J. 1967, p. 887, 896.

tualmente contra su vendedor o contra el productor lejano en la cadena de distribución en modo de atribuirles riesgos que no fueron asumidos en los contratos respectivos de compraventa; la segunda elaboración señalaba que a la víctima no-compradora no le estaba permitida una mejor acción que la del comprador. Ciertamente, se evitaba que el comprador valiéndose de la responsabilidad extracontractual pudiera burlar la positiva atribución de los riesgos que se realizaba a través del contrato, haciéndolos pesar, lógicamente, sobre el comprador. Los contratos de compraventa de bienes no decían nada sobre los riesgos, pero tan pronto como prevaleció el principio del *caveat emptor,* las cortes interpretaron ese silencio como una atribución de los riesgos en cabeza del comprador.

Cuando las cortes y el Parlamento reconocieron claramente la responsabilidad contractual del vendedor de bienes defectuosos a través de la inferencia de las famosas garantías de calidad, sustituyendo con este nuevo razonamiento a la simple aplicación del *caveat emptor,* desaparece el problema de si el comprador con su demanda podía burlar la atribución contractual de los riesgos, porque ahora el vendedor se hallaba sujeto a una obligación de garantía respecto a la cualidad de los productos que colocaba en el mercado. Así como se observa la situación, en teoría todo diría que fuese posible reconocer un deber independiente en *tort* frente a los compradores consumidores, usuarios o terceros (*bystanders*). Sin embargo, en esa etapa del siglo pasado, en que la llamada falacia de la relatividad contractual se impone, las demandas de las víctimas por daños derivados de los productos defectuosos, hallaron severos obstáculos para su viabilidad.[16]

No se tiene certeza sobre cuáles pudieron haber sido las razones precisas por las que los jueces ingleses adhirieron a la relatividad contractual falacia de la relatividad contractual. De un lado se ha dicho que la actitud judicial se debió simplemente al *stare decisis.* De otro lado, se ha indicado en modo más general, que el orientamiento de los jueces del s. XIX se inspira en una convicción que "era en interés de la colectividad promover la expansión de la industria limitando arbitrariamente la responsabilidad de la empresa".[17]

[16] V. Stapleton, Jane, *'Duty of care and Economic loss: A wider agenda'*, en 107 LQR, 1991, p. 249. La autora explica cómo la responsabilidad moderna en materia del *tort of negligence* dependió de la evolución operada en materia contractual.

[17] Duman, D., The judicial Bench in England 1727-1875: The reshaping of a professional elite, London, Royal Historical Society, 1982, p. 139 ss. *Winterbottom v. Wright,* 842, 10 M. & W. 109, 152 Eng. Rep. 402.

En ese contexto, cabe agregar que es improbable que el crecimiento de la responsabilidad por negligencia haya reemplazado a la relatividad contractual. En efecto, según se desprende del *case law* americano, fueron pocos los casos en que se concede resarcimiento por daños personales, salvo las pocas veces en que se impone la responsabilidad cuando se trataba de un contexto relacional (por ejemplo, la responsabilidad de los empleadores frente a los empleados, el vendedor a los que resultaran dañados por el producto defectuoso, etc.), pero donde la responsabilidad tendía a ser objetiva —strict liability—.

La casuística angloamericana muestra que una fuente rica de responsabilidad estaba conformada por diversas áreas en las que se aplicó la culpa *(negligence)*, y precisamente con incidencia al capital privado. En este sentido, se puede señalar que el auge de la negligencia como base para imputar la responsabilidad, esto es, a mitad hacia fines del s. XIX, puede verse como una tendencia a la protección de la víctima, aunque si algunos sostienen que la preferencia por la culpa sirvió a los intereses del sector empresarial.[18]

Lo importante aquí era que si dicho desarrollo se daba aún en ámbitos en los que el demandado actuaba en cumplimiento de un contrato, esto no era tomado en consideración. Así, pudo aplicarse la 'culpa' a este tipo de casos, por cierto nuevo para las cortes que no se vieron obligadas a seguir el vínculo del precedente ni a resolver ajustándose a razonamientos de índole contractual. En su mayor parte, los casos reportados de daños personales eran los emanados en un contexto relacional, tal vez porque las barreras para iniciar la acción eran pocas, pero era cierto que, una vez que era claro que se estaba dentro de un contexto contractual, las partes debían sujetarse a las consecuencias. Esta última consideración es la que hemos visto sostenida en el caso *Winterbottom*, haciéndose énfasis en que de haber sido acogida la demanda de resarcimiento se hubiera disturbado al demandado, quien confiaba en que su responsabilidad debía ser regulada sólo por el contrato. Aún cuando fueron reconocidas las garantías implícitas de calidad, este último argumento se mantuvo en pie con respecto a quienes no eran parte en el contrato. En el fondo, la

[18] Abel, R., *'A critique of American Tort Law'*, en 8 Br. J. Law Soc., 1981, p.199 ss. Las decisiones de las cortes norteamericanas del s. XIX muestran una preocupación por proteger a la empresa de los costos agregados ya que como norma debía soportar los de producción. De consecuencia, en la alternativa de resarcir a la víctima por el daño sufrido y transferir el riesgo a la empresa, se optó por esta última. Una sentencia que ejemplifica claramente esta posición inspirada en los principios del *laissez faire* recayó en el caso *Losee v. Buchanan*, 51 N.Y. 576, 1971.

falacia de la relatividad contractual fue más un resultado de la teoría del contrato que de una creación judicial sobre el rol independiente del *tort.* Todo ello a su vez determinó una incoherente teoría de la *negligence.* Una real coherencia de la teoría de la culpa tuvo que esperar el s. XX en que el razonamiento correspondiente es abandonado y la doctrina de la falacia de la relatividad contractual rechazada.

Teorías socialmente relevantes no se dieron aún hacia fines del s. XIX. Progresivamente, surgieron las ideas más radicales sobre la responsabilidad en el área de la responsabilidad del productor. Por ejemplo, asoma ya una incompleta noción de la responsabilidad de empresa (*Enterprise Liability)* que pareció ser un fundamento de la llamada responsabilidad vicaria o por el hecho del dependiente, lo que a su vez, se hizo extensivo a la responsabilidad objetiva del empleador para más adelante tener frutos en los esquemas de compensación del trabajador de 1897.[19]

Al iniciar el presente siglo la atención es orientada al resarcimiento de los daños personales causados por negligencia, a través del reconocimiento de un deber de cuidado para evitarlos sin que venga en consideración que los mismos se produjeran dentro de un contexto contractual o no. Lo que contaba era mantener un cierto nivel de conducta.

A este punto, con relación a los productos, dos eran las principales fuentes de responsabilidad extracontractual *(torts)*: Una, cuando el proveedor de los bienes era considerado responsable porque conocía de la existencia del defecto y no advirtió o lo puso en conocimiento en algún modo; la otra fuente fue considerada tal cuando el demandado había fabricado un producto en esencia peligroso. Por lo demás, el límite de la relatividad contractual quedó en pie en el terreno de la responsabilidad del productor. Era cuanto se vio reflejado en el volumen de las acciones judiciales.[20] Tanto en el Reino Unido (1932) como en los Estados Unidos (1915) no tiene lugar un aumento de las acciones judiciales por responsabilidad extracontractual del productor hasta que fuera abandonada la doctrina de la relatividad contractual.

La regla en el caso *Winterbottom v. Wright* halló aplicación en la jurisprudencia norteamericana. En este sentido, se conoce del caso *Thomas v. Winchester,* en el cual la Corte de Apelación de Nueva York, estuvo de acuerdo en que la regla de la relatividad contractual se aplicase a toda acción interpuesta por la víctima distinta al inmediato comprador en la

[19] Prosser, William, *Handbook of the law of torts,* St. Paul, West Publishing Co., 1984, 5a. ed., p 570 ss.

[20] Schwartz, Gary, *'tort Law and the economy in nineteenth-century America: A reinterpretation'*, en 90 Yale LJ, 1981, p. 1760ss.

que se hubiera alegado que el riesgo consistía en que se trataba de un producto que no era inminentemente peligroso, aunque fue preparado con negligencia. En este caso, la corte decidió la causa basándose en la *negligence* aún cuando la víctima se hallaba excluida de una relación contractual con el original vendedor del producto.[21]

No obstante la coloratura contractual del caso *Winterbottom*, las cortes norteamericanas extendieron al ámbito de los *torts*, vale decir, la responsabilidad extracontractual, la regla conforme a la cual no se resarcía el daño a la parte que no se hallara en relatividad contractual, es decir, en relación contractual, con el demandado, la que prevaleció hasta mediados de siglo. Las cortes en ese período establecieron que la limitación a las víctimas que se hallen bajo un tipo de relación contractual con el vendedor fue simplemente un medio para limitar la responsabilidad de éste hacia aquellos de los cuales pudo haber esperado razonablemente que utilizaran el producto.[22]

De ese modo se fue sosteniendo la responsabilidad del vendedor frente a tercera persona por negligencia en la preparación o venta de un artículo "inminentemente" o "inherentemente" peligroso para la seguridad

[21] *Thomas v. Winchester*, 6 N.Y. (2 Seld.) 397, 408, 57 Am. Dec. 455 (1852). En este caso, el demandado, comerciante de medicinas, vende a un farmacéutico una cantidad de *belladonna* que es un veneno mortal, producto que fuera negligentemente catalogado como extracto de diente de león. El farmacéutico en buena fe, utilizó el veneno para cumplir con una prescripción a través de la cual se le requería el inofensivo extracto. La víctima fue en consecuencia envenenada por la sustancia *belladonna*.

[22] En esa línea se coloca la decisión recaída en el caso *Huset v. J.I. Case Threshing Machine Co.*, 120 Fed. 865, 867 (8th Cir. 1903), en la cual la corte precisa: "Por la razón de que en los casos del tipo que se han mencionado el efecto natural y probable de la negligencia del contratante o productor será limitado, por lo general, a la parte para quien el artículo ha sido elaborado, o a quien ha sido vendido, y, tal vez, más que todo esto, por la razón que una política sabia y conservadora ha impreso en las cortes la consideración de que debe haber un límite rígido y definitivo a la responsabilidad de los vendedores y fabricantes por negligencia en la construcción de máquinas y estructuras complicadas, que serán operadas o usadas por los inteligentes y los ignorantes, los hábiles y los incompetentes, los cuidadosos y los desatentos, partes que no pueden ser conocidas por el fabricante o el vendedor y quienes usan los artículos en todo el país, distantes cientos de millas del lugar de su manufactura o su venta original, una regla general se ha adoptado y establecido por repetidas decisiones de las cortes de Inglaterra y de este país en el sentido que en estos casos la responsabilidad del constructor o el fabricante por negligencia en la construcción o venta de los artículos que hace o vende se limita a las personas respecto a las cuales es responsable bajo su contrato de construcción o venta. Los límites de la responsabilidad por negligencia y por incumplimiento de contrato en casos de este tipo, deben ser idénticos".

humana.[23] Las cortes clasificaron los alimentos adulterados como inherentemente peligrosos y permitieron las causas seguidas por consumidores que sufrían daños y que no se hallaban en relación contractual con los productores.[24]

Pero progresivamente se fueron desarrollando ciertas excepciones a la regla de la relatividad contractual. El común denominador entre ellas era que no se requería de un vínculo contractual cuando la conducta del vendedor era particularmente repugnante, o que se trataba de un producto inusualmente peligroso, y por ende, el riesgo de daño que se creaba demasiado alto.[25] Una cristalización de tales excepciones, fundamentalmente tres, se tuvo a inicios del siglo en la influyente opinión del juez Sanborn, J. en *Huset v. J.I. Case Threshing Machine Co.* En este caso, la corte de apelación delineó a grandes rasgos la regla según la cual la ausencia de la relatividad contractual no obstaculizaría la acción de la víctima contra el vendedor remoto o el productor cuando el daño derivase de: (1) "un acto negligente ... que es inminentemente peligroso para la vida o la salud de la humanidad, que se comete en la preparación o venta de un artículo destinado a preservar, destruir, o afectar la vida humana, ...;"[26] (2) "un acto negligente del propietario que ocasiona daño en quien ha sido invitado por él para usar su máquina defectuosa bajo sus instrucciones ...;"[27] y (3) "uno que vende o entrega un artículo que

[23] V. Sterns, Gerald C., *The law of products liability in the United States and Europe*, en *The trial lawyers guide*, ed. John Kennelly, Nueva York, fall 1995, p. 337. En este sentido V. Statler v. Ray Mfg. Co., 195 NY 478, 88 NE 1063 (1909); Pillar v. R.J. Reynolds Tobacco Co., 117 Miss 490, 78 So 365 (1918).

[24] V. Boyd v. Coca Cola Bottling Works, 132 Tenn 23, 177 SW 80 (1915); Klein v. Duchess Sandwich Co., 14 Cal. 2d 272, 93 P2d 799 (1939) (Casos en los cuales se sostiene que la garantía de adecuación al consumo humano de los comestibles no sólo se entiende en beneficio del comprador inmediato, sino en beneficio del último consumidor).

[25] En *Thomas v. Winchester*el demandado fue hecho responsable sobre la base de establecerse una excepción a la regla de no responsabilidad cuando el artículo vendido era "inherentemente peligroso para la vida o la salud". *V. supra cit.*, n. 25.

[26] La excepción comprendía todas aquellas aplicaciones inminentemente riesgosas y productos como los casos de fármacos de composición equivocada, como se aprecia en el caso *Thomas v. Winchester, supra cit.* 25; Id. Cf., *Russo v. Merck & Co.*, 138 F. Supp. 147 (D.R.I.1956), que trataba de un plasma sanguíneo adulterado, pero aquí la corte lo distingue de *Huset* sobre la base que en este último caso se alegaba que el demandante conocía de la existencia del defecto.

[27] La explicación que se puede atribuir a esta excepción es que las instrucciones dadas por el propietario de la máquinaria o instrumento con el cual se trabaja le imponen un deber de cuidado ordinario como el que tiene el propietario de un inmueble hacia sus invitados.

sabe es inminentemente peligroso a la vida de otro sin haber dado a conocer sus características ..."[28]

3 *Abandono del principio de la relatividad contractual (privity of contract): el caso McPherson (1916). El caso Mazetti (1913): inicio de las diversidades entre los sistemas angloamericanos sobre la responsabilidad del productor*

Al compás del desarrollo masificado que experimentó el mercado, aumentó el descontento con respecto a la limitación que representaba la relatividad contratual. En efecto, ya hacia fines del s. XIX, en que se producen notables cambios en la economía de la sociedad, con el desarrollo de la industria y avances tecnológicos, la cadena de distribución se hace cada vez más extensa y aumenta la incidencia de los daños derivados de productos sufridos por víctimas que no tenían una relación contractual con el productor. La situación creada determinaba la insostenibilidad de un sistema de resarcimiento que dejara pesar las pérdidas donde ellas caían por naturaleza. Hallan el medio para desarrollarse la preocupación por la vida y la salud humanas así como la exigencia de resarcir los daños generados por el proceso productivo, aún los provocados sin culpa, atendiendo a los valores que sostienen el sistema en una determinada sociedad. En este nuevo contexto se justifica la atribución de los riesgos en cabeza de la empresa que a este punto tiene la capacidad de soportar los que sus actividades mismas crean. [29]

Ya en el siglo XX la tendencia va orientada a transferir a la empresa cada vez el mayor riesgo posible, haciendo viable la extensión del ámbito de resarcimiento de los daños generados de los productos defectuosos. En este punto de la evolución, se asiste a una separación experimentada por

[28] Esta excepción fue interpretada en el sentido de comprender las operaciones que encierren el carácter de *fraud* y *deceit,* como en el caso *Langridge v. Levy,*2M & W 519, en el cual se impone la responsabilidad a un comerciante que vendió un arma a un padre, que pareció ser segura y hecha por un productor, cuando en realidad había sido fabricada por ótro y era bastante insegura, arma que explotó al ser usada por el hijo del comprador. La corte estableció: "Por tanto, nosotros pensamos que, cuando hay *fraud* y daño, el resultado de ese *fraud,* no de un acto remoto y consecuencial, sino uno contemplado al momento por el demandado como uno de sus resultados, la parte culpable del *fraud* es responsable frente a la parte damnificada ..." *Cit.* en Madden, Stuart, *Products Liability,* West Publishing Co., St. Paul Minn., 2a. ed., 1988, p.7-8.

[29] Alpa, G., *op. cit.*, p. 225; Prosser, *Handbook of the law of torts*, St. Paul, *Minn.*, 1964, p. 653.

las experiencias del derecho inglés y la del derecho estadounidense que hasta entonces habían venido compartiendo una línea de tendencia uniforme. En efecto, desde entonces, cada uno de estos derechos emprendía una vía independiente de desarrollo con connotaciones propias.

Adelantándose a lo que luego se produciría en el derecho inglés en materia de responsabilidad del productor, el derecho norteamericano emprende una evolución fuertemente influenciada por los intensos cambios que acontecían en la estructura económica, alejándose de esta manera de los principios tradicionales. Se afirma un régimen riguroso de responsabilidad a cargo del productor que ejerce una actividad "peligrosa" y que produce bienes que se consideran "intrínsecamente dañosos". La jurisprudencia muestra la tendencia al abandono del principio de la relatividad contractual y paralelamente del principio *"pas de responsabilité sans faute"*. Y a los efectos de concretar una protección efectiva del consumidor, ella se sirvió tanto de la elaboración de "deberes de tutela de la salud" no sólo referidos a la contraparte en el contrato sino también con respecto a aquellos que de alguna manera puedan sufrir un daño por el uso del producto, como de la presunción de culpa del productor que fabrique bienes defectuosos y peligrosos.

Un sector en el cual se aprecia una alta incidencia de daños es el de los vehículos motorizados.

La nueva atmósfera que presentaba el ámbito de la responsabilidad civil condujo en 1915 a una famosa decisión emitida por la Corte de Apelaciones de Nueva York, recaída en el caso *McPherson v. Buick Motor Co*(1916).[30] Se trata de la decisión más importante en el derecho estadounidense de la responsabilidad del productor porque a partir de ella se marca el momento en que claramente la jurisprudencia invierte su posición, la que se ha descrito en párrafos precedentes, sensibilizándose con las víctimas de los daños derivados de un producto defectuoso aún cuando ellas no se hallen sujetas a una relación contractual.

En el caso *McPherson* el productor de un automóvil defectuoso, fue demandado por relatividad extracontractual por culpa, lo que presupone la existencia de un deber de cuidado, por los daños sufridos por la víctima, consistentes en lesiones a su persona y daño al propio automóvil, como consecuencia del despedazamiento de una de las ruedas de éste. La víctima había comprado el auto de un distribuidor minorista. Se acreditó que el leño con el cual fue construida la rueda era defectuoso y que cons-

[30] McPherson v Buick Motor Co 111 NE 1050 (1916).

tituía una práctica del productor demandado adquirir las ruedas componentes de sus automóviles de un fabricante de piezas.

El productor-ensamblador se defendió argumentando que la víctima carecía de acción contra él, ya que había comprado el vehículo de un comerciante, de consecuencia, no existía una relación contractual (*privity*) entre la víctima y el productor. El demandado alegó también que su distribuidor y no él como ensamblador final, debe responder por cualquier elaboración negligente de la rueda defectuosa. La víctima aportó la prueba del incumplimiento del deber de cuidado a cargo de Buick, la empresa demandada, por falta de una diligente selección de los materiales así como el examen e inspección de las partes componentes y el producto final, incluyendo el testimonio de que Buick recibió las ruedas listas, eliminando la posibilidad de una efectiva inspección del producto para descubrir los defectos y de que Buick no llevó a cabo un examen de las ruedas limitándose sólo al test —*on the road test*— en un vehículo terminado.[31]

La corte neoyorquina revisó la evolución de la negligencia y anunció su conclusión de que no había una razón jurisprudencial o política para continuar con las interpretaciones restrictivas referidas a tres excepciones al principio de la relatividad contractual tal como fueran articuladas en el caso *Huset v. J.I. Case Threshing Machine Co.* Sin embargo un creciente grupo de sentencias, incluyendo las de la corte de Nueva York, había reconocido el caso *Huset* no por su rígida adhesión a las excepciones a la regla de la relatividad contractual, sino más bien, por la pérdida de limitaciones de la acción por negligencia al comprador que no tenía un vínculo contractual con el productor, incluyendo decisiones que establecen que los daños a la persona o a la propiedad aún cuando fueran causados por productos que no eran inminentemente peligrosos podían generar responsabilidad en el productor en caso que el producto "tuviera dicho carácter inherentemente que, al aplicarse a los fines para los cuales fue diseñado, era propenso a convertirse en una fuente de alto riesgo para la gente si no fuese construido con cuidado y propiedad".

En *McPherson*, la corte estableció una nueva regla de responsabilidad por negligencia, sin necesidad de considerar la relatividad contractual, y señaló lo siguiente: "Si la naturaleza de la cosa es tal que es razonablemente seguro que pone la vida al límite del peligro cuando ha sido elabo-

[31] Este test consiste en manejar el auto por encima de las diez millas de trayecto de ua carretera secundaria tan rápido como el auto pueda ir y tomando las curvas de diez a veinticinco millas por hora. V. Madden, Stuart, *op. cit.*, n. 18.

rado con negligencia, entonces se trata de una cosa peligrosa. Su naturaleza advierte las consecuencias que se han de esperar. Si del elemento de peligro se sabe además que la cosa será usada por personas diversas al comprador, y sin haberse realizado nuevos tests, entonces, sin tener en cuenta la existencia o no de un contrato, el productor de la cosa que crea el peligro se halla bajo el deber de elaborarla cuidadosamente."[32] A la defensa del productor según la cual, no debía haber responsabilidad por las ruedas defectuosas distribuidas por otro, la corte respondió "Nosotros pensamos que el demandado no fue absuelto de un deber de inspección porque él obtuvo las ruedas de un productor de renombre ... El no era libre de colocar en el mercado un producto sin haber sometido las partes componentes a los tests simples y ordinarios".[33]

La regla en *McPherson v. Buick Motor Co.* que establece la responsabilidad por negligencia fuera de una relación contractual en cabeza del productor de un producto capaz de generar daño por haber sido elaborado culposamente, aceleró la adopción de una regla de responsabilidad por negligencia en la mayoría de los casos sometidos a las cortes norteamericanas y su influencia podía ser observada en las decisiones de responsabilidad del productor que representaran el crepúsculo y la caída de la vieja regla de la relatividad contractual ya por 1940.[34] Se establecía de este modo una excepción al sistema de la responsabilidad. Según señala Prosser, la nueva regla "tenía sólo el significado de extender la categoría

[32] Id., 217 N.Y. a 389, 111 N.E. a 1053.

[33] Id., a 394, 111 N.E. a 1054. Para una versió moderna del deber del ensamblador,V. *Baughman v. General Motors Corp.*, 627 F.Supp. 871 (D.S.C.1985), confirmanda 780 F.2d 1131 (4th Cir. 1986).

[34] Cfr. Carter v. Yardley & Co., 319 Mass. 92, 64 N.E. 2d 693 (1946), una acción interpuesta por un víctima que compró un frasco de perfume producido por el demandado, y por cuyo uso sufre quemaduras de segundo grado. En las respuestas al interrogatorio, el demandado señala que él no conocía qué ingredientes o las proporciones de ellos que tenía el perfume. La corte escribió, "En principio, un productor u otra persona que tiene o controla una cosa que es peligrosa por naturaleza o se halla en condicones de peligro, sea a su conocimiento o como resutado de querer un cuidado razonable en la construcción o inspección, quien negocia o dispone de esa cosa en un modo que él prevé, o en ejercicio del cuidado razonable debe prever que llevará esa cosa a contacto de otra persona, conocida o no, que probablemente ignora el peligro, tiene el debel legal hacia dicha persona de usar el cuidado razonable para prevenir el daño hacia él. ...Peligros prácicos de desaplicación de este principio, ... en conjunción con una noción errónea de que cualquier deber a cargo del productor o distribuidor debe ser basado en el contrato, y con la falsa consideración de que alguna causa debe haber intervenido entre la culpa y el daño, condujeron a la decisión que no puede ser conciliada con el principio ya establecido, y a la afirmación de una regla general

de los productos 'inherentemente' peligrosos, para comprender en ellos toda cosa que haya sido producida negligentemente". Y no obstante ello, la decisión tuvo tal importancia que superó las normas tradicionales para luego convertirse en la "regla del sistema".[35]

De su parte, la doctrina trató "de hallar una justificación a esta nueva regla en el hecho que el productor obtiene ventajas económicas de la venta y del uso del producto". Pero cualquier teorización agregaba poco al principio según el cual el productor tiene el deber de salvaguardar la salud de los consumidores.[36]

La nueva regla fue rápidamente aceptada por todas las cortes norteamericanas. Y si bien, inicialmente, las responsabilidad del productor por negligencia se aplicó cuando no se había ejercido un cuidado razonable en la fase de producción, más tarde se extendió a los casos de falta de advertencia o información,[37] a los de instalación negligente,[38] a los de falta de inspección así como a los de diseño defectuoso o inseguro. Progresivamente, va desapareciendo el limitado concepto de producto "inherentemente o inminentemente peligroso" de los casos fundados en la negligencia.

Un punto en el cual se debe hacer énfasis es que en el caso *McPherson* se establece que el productor tiene frente al último usuario de sus productos, sin considerar la relatividad contractual, un deber de cuidado razonable (*reasonable care*). Lo que requiere que la víctima deba probar que el demandado fue negligente, vale decir, que no empleó el cuidado de un productor razonablemente cuidadoso y prudente. En efecto, se sostiene que el control del proceso de producción y distribución se hallan a cargo del demandado, que generalmente el productor quien puede presentar la prueba del cuidado empleado en el diseño y ensamblaje de sus

según la cual un productor o distribuidor no es nunca responsable por negligencia respecto a un vendedor remoto u otra persona co la cual no existe vínculo ...Las excepciones a dicha regla vienen siendo actualmente extensas, es tiempo de reconocer que la afirmada regla general no existe más". V. también Auto Owners Insurance Co. v. Chrysler Corp.,129 Mich. App. 38, 341 N.W 2d 223 (1983) (afirmación de la abolición de la relatividad contractual en la acción por negligencia del comprador contra el productor de un motor doméstico). V. Mass. Gen. Laws Ann. ch. 106 par. 2-318 (1986).

[35] Prosser, W., *op. cit.*, p. 655.

[36] V. Alpa, *op. cit.*, p. 228.

[37] Cfr. *McIsaac* v. *Didriksen Fishing Corp.*, 809 F.2d 129 (1st Cir.1987).

[38] V. *Goss Printing Press Co. v. Mayhew,* 293 F2d 870 (D.C.Cir.1961). Esta responsabilidad generalmente es governada por los principios de la negligencia, pero no es considerado una "responsabilidad derivada de producto", desde que es el servicio que da lugar a la acción, no así, el producto.

productos, a través de la demostración de los programas de control de calidad y procedimientos de test e inspección.

Para aliviar la pesada carga sobre la víctima, algunas cortes volvieron la mirada al concepto de la garantía (*"garantía"*), concepto que ha sido descrito como un "fenómeno nacido de las relaciones ilícitas entre el *tort* y el contrato".[39]

A continuación se señalan algunos pasajes de la sentencia:

> *Cardozo, J.* "El demandado es un productor de automóviles. Ha sido vendido un automóvil a un distribuidor. Este último lo ha revendido al actor. Mientras el actor se hallaba en el auto se deshizo. El salió disparado del auto y presentó daños. Una de las ruedas estaba hecha de leño defectuoso, y los rayos se redujeron a fragmentos. La rueda no había sido construida por la empresa demandada, sino que fue adquirida de otro productor. Hay pruebas evidentes de que los defectos de la rueda pudieron haber sido descubiertos mediante un control razonable, y que esto se había omitido. No hay ninguna aseveración de que el demandado hubiese conocido de la existencia del defecto o lo hubiese disimulado premeditadamente (...). La demanda no es fundada sobre la base del dolo del demandado, sino sobre la base de su culpa. El problema que se debe resolver es si el demandado tenía el deber de tener un comportamiento diligente hacia otras personas que no fuesen el comprador inmediato.
>
> Las reglas de derecho aplicables en la materia, al menos en este Estado, fueron enunciadas en la decisión del caso *Thomas v. Winchester* (6. N. Y. 397, 57 Am. Dec. 455). Una sustancia venenosa había sido etiquetada erróneamente. Vendido a un farmacéutico, el veneno había sido luego revendido a un cliente. El cliente obtiene el resarcimiento de los daños de parte del vendedor que había aplicado la etiqueta. "La negligencia del demandado -se dijo- pone la vida humana en peligro inmediato" Un veneno etiquetado erróneamente, puede probablemente ocasionar daño a cualquiera que se procure la sustancia; y ya que el peligro puede ser previsto, existe el deber de evitar el daño.
>
> (...) El caso *Thomas v. Winchester* se ha convertido en una piedra angular del derecho. En la aplicación del principio expreso en la sentencia, es probable que hayan habido errores, incertezas, pero en este Estado aquel principio no ha sido nunca puesto en duda, y ni siquiera desmentido. Los casos principales son conocidos, pero aquí pude ser útil recordar algunos.

[39] Prosser, W., *"The fall of the citadel* (Strict liability *to the consumer)"*, 50 Minn. L. Rev., 1966, p. 791.

El caso *Loop v. Litchfield* (42 N.Y. 351, I, Amm. Rep. 513) es el más lejano. Se refería al defecto de una pequeño balanceador usado sobre una cortadora circular. El balanceador era ligeramente defectuoso, y el constructor hizo notar este defecto al comprador, que deseaba un objeto a buen precio, con lo cual, estaba listo a asumir todo riesgo. Difícilmente el riesgo habría sido inmediato; y efectivamente, el balanceador resistió cinco años antes de romperse. Mientras tanto el comprador había dado en alquiler las máquinas. Se sostuvo que el constructor no era responsable hacia el arrendatario.

(...) De los casos sucesivos se puede apreciar una actitud de las cortes menos conservadoras. El primero en orden de importancia es el caso *Devlin v. Smith* (89 N.Y. 470, 42 Am. Rep. 411). El demandado, un empresario edil, había construido una tarima para un blanqueador. Los ayudantes del blanqueador resultaron dañados. El empresario es considerado responsable. El sabía que la tarima, si se construía en modo impropio, constituía una trampa muy peligrosa. Y sabía también que ella habría debido ser usada por los trabajadores. La había construido justamente para este fin, y por lo tanto, tenía frente a ellos el deber —independientemente del contrato celebrado con el emblaqueador— de construirla con cuidado.

(...) Dejamos ahora los casos intermedios y veamos el último caso resuelto por esta corte, en el cual se había seguido la decisión del caso *Thomas v. Winchester.* Se trata del caso *Statler v. Ray Mfg. Co.* (195 N.Y. 478, 480, N.E. 1063). El demandado había fabricado un gran recipiente para el café. Este fue colocado en un restaurante, pero apenas fue calentado, el recipiente explota, provocando serios daños al actor. Nosotros sostenemos que el fabricante fue responsable. Y sostenemos que el recipiente era de naturaleza tal que -si hubiera sido empleado para los fines para los cuales fue diseñado- habría podido ser una fuente de graves peligros para muchas personas, en la medida que no se hubieran seguido, en la fabricación, los procedimientos más apropiados.

(...) El demandado se defiende argumentado que la fórmula "cosas inmediatamente peligrosas" quiere decir, cosas cuya función típica consiste e dañar o destruir. Cualquiera pueda haber sido la regla enunciada en el caso *Thomas v. Winchester,* ella no tiene más este significado restrictivo. Una tarima (*Devlin v. Smith*) no es por naturaleza un instrumento destructivo. Sólo lo es si no ha sido construido con perfección. Un recipiente para el café (*Statler v. Ray*) puede presentar, si es construido en modo negligente, una potencialidad de peligro, por cuanto ninguno piensa a un instrumento de ese tipo como un instrumento destructivo>>.

El juez Cardozo llega a la conclusión de la existencia de la responsabilidad de la empresa con respecto al último consumidor, apoyándose en diversos precedentes importantes, expresándose en los términos siguientes:

(...) Por tanto, nosotros sostenemos que el principio precisado en el caso *Thomas v. Winchester* no se limita a los venenos, a los explosivos y a cosas de esta naturaleza, (...). Si una cosa es de tal naturaleza que pone en peligro la vida o la integridad física de una persona con razonable certeza , cuando haya sido fabricada negligentemente, entonces es peligrosa. Su propia naturaleza es índice de las consecuencias peligrosas que pueden derivar. Si luego, al factor del peligro se suma el convencimiento de que la cosa será usada por otras personas, además del comprador y usada sin nuevas verificaciones, entonces, independientemente de u contrato, el productor tiene el deber de construirla con diligencia. Debe haber, sin embargo, conciencia del peligro (...) y convencimiento del hecho que la cosa será usado por otros aparte del comprador (...). Puede ser relevante el hecho que la relación de empresa y consumidor es remota. Nosotros sin embargo, estamos hablando de la responsabilidad del constructor del producto terminado; que ha sido introducido en l mercado para ser usado sin control de parte de los consumidores. Si el productor ha sido negligente, y el peligro podía preverse, habrá sin lugar a dudas, responsabilidad.

(...) En esta relación no hay interrupción del nexo de causa a efecto. En presencia de determinadas circunstancias la existencia de un peligro visible, que se acompaña a un uso conocido del producto, hace que la vigilancia sea un deber. Por ende, hemos hecho de lado el concepto, según el cual, un deber de salvaguardar la vida y la integridad física surge sólo de un contrato (...). Hemos colocado la fuente de este deber donde tenía que estar, o sea, en la ley.

De esta reseña de decisiones aflora una definición de los deberes del productor que nos coloca en la posibilidad de evaluar la responsabilidad del demandado. Más allá de toda cuestión, la naturaleza de un automóvil es índice de peligros probables, conexos con su construcción defectuosa. Este automóvil fue diseñado para tener una velocidad máxima de 50 millas por hora. El daño era casi seguro si las ruedas no hubieran sido sólidas y en perfecto estado. Consecuentemente, el auto era una cosa tal peligrosa como una locomotora de las ferrovías. El demandado era en conocimiento de este peligro. El sabía también que el auto habría sido usado por personas diversas al comprador. Esto resultaba, evidentemente, de las dimensiones del auto; habían asientos para tres personas. Ello resultaba evidente también del hecho que el comprador era un comerciante de autos, que compraba para revender. El constructor d este auto lo puso en circulación para el uso de adquirentes del comerciante, así como en el caso *Devlin v. Smith* el empresario había aportado la tarima para que viniera usada por los ayudantes del blanqueador. El comerciante, en realidad, era la única persona de la que se podría decir con cierto grado de certeza que no habría usado el auto. Todavía el demandado habría querido que nosotros afirmemos que el revendedor era la única

> persona hacia la cual él se hallaba sujeto a un deber de protección derivada de la ley. Pero la ley no nos conduce a una conclusión tan ilógica. Los casos precedentes, que se han sucedido desde los tiempos de los viajes con la diligencia no se adecuan al estado actual de las comunicaciones. El principio según el cual el peligro debe ser inminente no cambia, cambian en su lugar las cosas sujetas a su aplicación. (...)
> No hay nada de anómalo en una regla que pone a cargo de A, que ha celebrado un contrato con B, un deber en relación de C y D y otros, según que sea visible o no, el hecho que el objeto del contrato está destinado a ser usado por ellos.
> (...) El modo en el cual se ha configurado la responsabilidad del demandado no es, en lo absoluto, incompatible con las teorías de responsabilidad que han motivado el juicio. Es verdad que la corte dijo a los jurados que "un automóvil no es un vehículo necesariamente peligroso". Ello significa, sin embargo, que no se deben esperar riesgos cuando un vehículo venga diligentemente construido. La corte ha afirmado a los jurados el deber de indagar si el demandado habría podido prever que si el auto hubiese sido construido negligentemente se habría convertido en "inmediatamente peligroso". Los demandados delinean sutiles diferencias entre las cosas "inmediatamente peligrosas": pero este juicio no se apoya en esas sutilezas verbales. Si se debía esperar razonablemente un peligro, existía un deber de control, sea que el peligro hubiere sido definido como "esencial", sea que el peligro hubiera sido definido 'inmediato' (...). Nosotros sostenemos que el demandado no se libera del deber de controlar el producto por el simple hecho de haber comprado las llantas de un constructor de buena fama. Aquí subsiste responsabilidad por el producto terminado. No hay libertad de introducir en el mercado el producto terminado sin someter las partes componentes a verificaciones simples y comunes (...). Cuanto más es probable el peligro, más lo es la necesidad de prestar atención".

La sentencia del juez Cardozo constituye una decisión épica en la evolución de la disciplina de la responsabilidad civil del productor porque establece claramente una brecha con respecto a los esquemas tradicionales asentados en criterios formalistas, a través de los cuales se ve la responsabilidad en términos de una transferencia bilateral de la riqueza, mientras que en esta innovadora resolución se aprecia la tendencia a evaluar el modo de repartir los riesgos ineliminables en todo sector de la industria y mercado.[40] No obstante ello, se reconoce a esta decisión el haber introdu-

[40] Cfr. Bessone, Mario, *Tipicità e <<atipicità>> dell'illecito, colpa e responsabilità oggettiva come formule di politica del diritto, en Macioce, La responsabilitá della non sistemi di cammon law*, Pedova, 1979 p. 67 ss.

cido un modelo de razonamiento lógico-jurídico aplicable a muchos otros casos, pues pone en crisis el principio fundamental del *common law* expresado mediante el *stare decisis*, teniendo lugar de ese modo los primeros rasgos de la influencia del movimiento del "realismo jurídico" en la jurisprudencia norteamericana.[41]

En síntesis, el juez Cardozo extendió los extremos de la excepción formulada a la regla de la relatividad contractual cuando la cosa era "inherentemente peligrosa" y fue en tal modo seguida en casos posteriores, hasta que la regla tradicional en sí misma se consumiera.

Una evolución equivalente se produce en el derecho inglés con el caso *Donoghue v. Stevenson* (*House of Lords*, 1932)[42] Por tanto, en ambos países, las víctimas que no se hallaban en relación contractual con el demandado (inclusive los *bystanders* – terceros-) formulaban sus demandas de resarcimiento basadas tanto en la existencia de defectos de fabricación como de diseño. El demandado no podía ya defenderse alegando los límites de una relación contractual para construir una inmunidad con respecto a la responsabilidad extracontractual. Si bien es cierto, el caso *McPherson* representó una revaloración del *tort of negligence* (responsabilidad estracontractual por culpa) luego de haberse superado la regla aplicada en el caso *Winterbottom* así como su aplicación a diversos aspectos de la fabricación y distribución de productos, lo es también que no constituye el punto máximo del desarrollo que determinó las características modernas del tratamiento de esta materia tanto en los Estados Unidos y más tarde en el derecho comunitario europeo. En efecto, la fuente del tratamiento particular en el moderno derecho norteamericano sobre la responsabilidad del productor se atribuye a un momento no suficientemente claro de la evo-

[41] En efecto, con Cardozo se produce una interacción entre la teoría del derecho y la praxis jurisprudencial que antes bajo el marco de los dogmas tradicionales, no se daba. Ciertamente, no se puede decir que su posición coincida con la de los realistas pero reconoce el valor de sus enseñanzas. La influencia de los realistas en el derecho en acción o deber vivo norteamericano va más allá de la afinidad con Cardozo, más allá del tema del *stare decisis*. Se propone una nueva perspectiva conforme a la cual, la argumentación jurídica debe proceder partiendo de las razones sustanciales de determinado enfoque de un problema o de una determinada solución de un caso, esto es, prestando atención a los efectos de ello. Efectos que se entienden de naturaleza económica. Así, se ponen en evidencia los criterios que se consideran fundamentales en la literatura norteamericana y sobre los que se trata de fundamentar todo el problema de la responsabilidad. Se afirma la relevancia del criterio de eficiencia económica. Cfr. Castronovo, Carlo, *Products Liability* e *Legal Realism. Prassi giurisprudenziale e teoria giuridica*, en *Studi urbinati*, 1973-74, p. 322 ss.

[42] Donoghue v. Stevenson, A.C. 562, 1932.

lución en el terreno contractual de la garantía implícita. Momento éste en que deberes estrictos ingresan al ámbito de los *torts* como consecuencia del abandono de la regla de la relatividad contractual en las demandas basadas en las llamadas garantías implícitas de comerciabilidad (*implied warranty of merchantability*).

En el siglo XIX la garantía de calidad tenía una naturaleza esencialmente contractual, pues los jueces la consideraron implícita en los contratos de compraventa de bienes. Hacia fines de ese siglo, cuando había ya echado raíces la doctrina de la relatividad contractual, ésta se convierte luego en parte de lo que más tarde podría llamarse el "derecho clásico de las garantías", según la cual, sólo la parte vinculada contractualmente con el vendedor podía gozar de protección. En el siglo XX se rompe con aquel clásico concepto de la garantía, pues le son atribuidas nuevas características, en el sentido fundamentalmente de alcanzar a terceros, como consecuencia de lo cual, se convierte en una que podría denominarse "garantía no clásica, noción que se apartó de la regla de la relatividad contractual y de otros atributos de la clásica garantía. En el derecho inglés, en cambio, no se produjo una semejante evolución de modo que se mantuvo la noción tradicional de garantía.[43]

[43] El derecho inglés presenta una evolución del tratamiento normativo de la responsabilidad del productor, pero con características diversas a las que distinguen el derecho norteamericano. En efecto, a diferencia de este último, la evolución no presenta una separación con respecto al esquema tradicional que mas bien se extiende por largo tiempo, lo cual impide una innovación inmediata en las normas sobre la responsabilidad del prodcutor. Será una sentencia la que marca un hito trascendente en dicha evolución. Nos referimos al caso *Donoghue v. Stevenson* (A.C. 562, 1932) que se concretaba a la circulación de productos defectuosos. Cuando se estaba por comer un helado, sobre el cual se había versado unas gotas de licor, la atención de la consumidora fue atraída por los restos de un caracol en descomposición que estaban en el interno de una botella. A ello siguió el shock de la mujer y subsiguientes disturbios psicosomáticos. Consecuentemente, la víctima demanda judicialmete el resarcimiento de los daños al productor del licor. La acción de la víctima fue admitida por la *House of Lords* que estableció que cuando se introducen en el mercado productos que llegarán al consumidor sin haber pasado previamente por los repectivos controles intermedios será responsable el fabricante de los daños generados a la persona y a las cosas por haber sido negligente ante el público.

Se reconoce importancia a esta sentencia porque por una parte, representa el momento en en cual se supera el principio de la relatividad contractual, después de casi cinquenta años del caso *Winterbottom*, de otra, establece una norma general de diligencia que se conoce como el deber de cuidado (*duty of care*), a la cual debe someterse el fabricante para tutelar a todo aquél que sea destinatario de sus productos. Pero además, un punto que destaca de esta sentencia es que al introducir el principio

según el cual, cada uno debe prever las consecuencias dañosas de sus propios actos, se amplía la gama de ilícitos típicos que hasta el momento habían distinguido la estructura del *common law*. Se configura un ilícito que da lugar a una responsabilidad por culpa, el cual consiste en la violación de un deber general de diligencia que todos deben respetar en el ejercicio de actividades que puedan ocasionar daños a otros.

La sentencia del caso *Donoghue* trasciende en el tiempo, en efecto, una serie de sentencias que le sucedieron evocaron los principios que en ella se elaboraban por vez primera. Así, con los pricipios de responsabilidad de empresa que se establecían en la decisión, la *House of Lords* daba lugar a una serie de controles en el modo de ejercicio de las actividades indusriales, hecho que antes no se había dado.

Con los tres puntos fudamentales que se destacan de la sentencia, el derecho inglés, apartándose de la tradición, establece las bases para una nueva disciplina de la circulación de productos defectuosos.

A continuación se presentan algunos de los pasajes de la sentencia recaída en el caso *Donoghue*:

"*Lord Atkin*: Señores míos, la única cuestión que se debe determinar en este caso que tiene naturaleza jurídica es la siguiente: Las pretensiones que expresa la actora en su demanda, si correspondientes a la verdad, ¿pueden fundar su requerimiento de risarcimento? No considero necesario referirme a los hechos. La cuestión es si el fabricante de una bebida vendida al distribuidor en circunstancias tales de impedir al distribuidor, al último adquirente o al consumidor, descubrir cualquier defecto, está sujeto a un "deber jurídico", frente al último adquirente o consumidor, consistente en la observancia de un comportamiento diligente, en modo que el artículo sea libre de todo defecto idóneo a causar daño a la salud (...). En el derecho inglés debe existir, y existe, una regla general que comprende diversas situaciones en las cuales surge un "deber por ley" de observar un comportamiento diligente (...). La regla moral según la cual, se debe amar al prójimo, traducida en términos jurídicos es "no se debe causar daño al prójimo". A la preguta del jurisperito: quién mi prójimo? se responde generalmente en sentido estricto. Se debe observar una diligencia razonable para evitar actos y omisiones que puedan dañar que conforme a una previsión razonable, puedan resultar fuentes probables de daño para el prójimo. Pero, ¿quién es mi prójimo? La respuesta parece ser: las personas que están relacionadas con mis actos en modo tal que yo he debido razonablemente tenerlas en cuenta porque se hayan expuestas a daños probables en el momento que me dispongo a realizar los actos o las omisiones en cuestión (...).

Un fabricante introduce un producto alimentario en un contenedor sabiendo que será abierto por un consumidor. No puede haber control de parte del consumidor. Culposamente, en el curso de la preparación, él deja que el contenido se mezcle con veneno. Se ha dicho que el derecho inglés, como el escosés, establecen que el consumidor envenenado no tiene ningún remedio contra el productor negligente. Si ello se debiera inferir de las decisiones fundamentales, yo debería considerar este resultado un defecto grave de la ley (...). Quisiera sin embargo, precisar que reexaminando las decisiones fundamentales sobre la materia, el consumidor no sólo no tendría remedio alguno respecto del fabricante, sino non lo tendría respecto de cualquiera, porque según las circunstancias de hecho, no puede haber culpa de parte de nadie, sino sólo de parte del fabricante; y si el consumidor no fuese ni siquiera adquirente de la mer-

cadería (...) ningún contrato, ninguna garantía (...) podría protegerlo (...). Por lo tanto, no se debería negar el resarcimiento del daño sólo al consumidor que haya sufrido los daños por el consumo de la cerveza, o chocolate envenenado, por culpa del productor, sino también al usuario de una medicina inocua (que se ha convertido en peligrosa), un ungüento, u jabón, un líquido para limpiar. Me limito a considerar los artículos de uso común en las casas, de los cuales, cada uno (incluso el fabricante) sabe que serán usados por personas diversas del último adquirente, y, especialmente, de los miembros de su familia, de sus domésticos y, en cualquier caso, de los huéspedes. No pienso cosas tan malas de nuestra jurisprudencia para hipotizar que los principios que ella acoge son tan lejanos de las exigencias de una sociedad civil y de los requerimientos comunes que provienen de sus miembros, para rechazar un remedio jurídico cada vez que se verifica un obvio "ilícito social".

(...) Siempre es un motivo de satisfacción para un jurista inglés el tener la posibilidad de confrontar los principios fundamentales del *common law* a la luz de la evolución de las teorías de los juristas de las cortes de los estados Unidos. En ese país se puede verificar que las normas han evolucionado en el sentido que he señalado. El ratón ha salido a la superficie de la botella de *ginger-beer* en los estados Unidos mucho antes que en Escocia, pero en los Estados Unidos ha sido causa de responsabilidad del productor. No puedo hacer de menos en este largo juicio, que referirme al juicio brillante de Cardozo, manifestado en el caso *McPherson v. Buick Motor Co.*, (...), en el cual define los principios jurídicos en el modo que yo quisiera definirlos (...)

Señores míos, si Uds. aceptan el punto de vista según el cual, esta demanda concierne a un fundamento jurídico de relieve para el resarcimiento del daño. Uds. pueden afirmar que en el caso de los escoceses y de los ingleses el productor de bienes, vendidos en forma tal que pruba que ellos pretndían destinarlos al último consumidor en la misma forma en que ellos lo dejaron, sin que quedara la posibilidad razonable de control intermedio y con el convencimiento que la ausencia de una diligencia razonable en la preparación o en la confección del producto, se resuelve en una lesión a la vida o a las cosas en propiedad del consumidor, tiene el deber de observar un comportamiento razonablemente diligente frente al consumidor" (...).

Lord MacMillan: [a favor] (...) No es suficiete verificar si el demandado ha cometido negligencia en el proceson de producción. La pregunta es: "¿él tiene el deber de ser diligente, y frente a quiénes debe observar ese deber?". Ahora, yo no dudo en afirmar que una persona que por un fin de lucro emprende la actividad de producir bienes alimentarios y bebidas para que sean consumidas por el público en las mismas condiciones en que llegan a éste, tiene el deber de de fabricar con diligencia estos productos. Este deber debe ser observado frente a todo aquél que el fabricante pensaba podía consumir tales productos (...).

Lord Tomlin: [a favor].

Lord Thankerton: [en discordia] (...) No se puede sostener que ha sido culpable quien no tiene deber alguno de observar un comportamiento diligente. A menos que el consumidor no llegue a establecer una relación particular directa con el productor, es claro, en mi opinión, que ni la ley inglesa ni la escosesa podr´n considerar al productor investido de un deber de diligencia frente al consumidor.

Lord Buckmaster [en discordia] (...) El principio general que se infiere de la jurisprudencia es que un sujeto que por contrato haya asumido deberes de diligencia

La separación del derecho norteamericano con respecto al derecho inglés, en la evolución que se viene siguiendo, halla un acento particular en el caso *Mazetti v. Armour & Co* (1913).[44] En este caso, se permite a la víctima que no se encuentra en relación contractual con el vendedor (último comprador) de pasar sobre el minorista y demandar directamente al productor sobre la base de la garantía implícita por los daños ocasionados por productos alimenticios en mal estado. El caso fue resuelto en un período en que se establecían en los Estados Unidos una serie de estándares para los alimentos. La sentencia fue seguida luego por algunos casos que trataban sobre bebidas y alimentos que justificaban el abandono del requisito de la relatividad contractual a través de una serie de mecanismos, entre los cuales la consideración popular creada por la corte del Mississipi en 1927, según la cual, la garantía implícita corre con el producto del fabricante al usuario así como las obligaciones contractuales corren con el terreno hacia los beneficiarios que no están cubiertas por la relatividad contractual.[45] Algunos años después, en el caso *Baxter v. Ford Motor Co.* (1934)[46] fueron extendidos al último comprador los efectos de las garantías expresas (*express warranties*).

---

frente a la contraparte en función a la fabricación y a la reparación de un artículo no es responsable de los daños generados si el artículo es defectuoso (...)".
[La *House of Lords* acogió la demanda de resarcimiento de la actora con una mayoría de 3 a 2]. Cfr. Stapleton, Jane, *op. cit.*, p. 21 ss.

[44] *Mazetti v. Armour & Co.*, 135 P633 (1913). Prosser, W., *op. cit.*, p 690.

[45] Cfr. Guillam, C., *'Product Liability in a Nutshell'* , 37 Ore LR, 1957, p. 153 ss.

[46] *Baxter v. Ford Motor Co.*, 12 P 2d 409; 15 P 2d 1118 (1932), 35 P 2d 1090 (1934). En este caso, el demandado adquirió del distribuidor un automóvil marca Ford., fabricado por la demandada. En los folletos publicitarios del auto, que leyó el actor, aparecía expresamente que el vehículo tenía "un parabrisas irrompible Triplex, hecho de manera tal que no se rompiera ni aún bajo el impacto más fuerte" y que "éste es un factor de seguridad importante porque elimina el peligro del desprendimiento de astillas de vidrio, causa de la mayoría de las lesiones producidas en accidentes automovilísticos". Algunos meses después de la adquisición, mientras el demandante manejaba el auto, un guijarro golpeó contra el parabrisas y éste se destrozó. Las astillas ocasionaron serias lesiones al actor. Baxter demandó al vendedor y al fabricante argumentado que las declaraciones en los folletos de publicitad del vehículo constituían una garantía expresa cuyo incumplimiento había generado el daño. La Ford Motor Co. se defendió sosteniendo que no podía existir garantía expresa o implícita donde no hay relatividad contractual y que las garantías corrspondientes a la venta de bienes no se incorporaban sino que se transmitían sucesivamente a la venta del bien. La corte resolvió favorablemente al actor y expresó: "Desde los días en que la regla *caveat emptor* fue formulada por primera vez, grandes cambios han ocurrido en las estructuras económicas de los pueblos anglófonos. (...). Sería injusto reconocer una regla que que permitiese a los fabricantes de bienes crear una demanda para sus productos repre-

No obstante esa evolución hacia la *aclassical warranty*, la tendencia no fue aceptada pacíficamente. En efecto, la Corte de Apelaciones de Nueva York, incluyendo al juez Cardozo, denegó la demanda hecha por una víctima que no están cubiertas por la relatividad contractual basándose en la "garantía implícita" (*implied warranty)*, aplicando la regla de la relatividad contractual.[47] El significado doctrinal del desarrollo alcanzado en el caso *Mazetti*, no fue destacado como hubiera debido ser. Prosser, quien más tarde habría promovido la tesis de la responsabilidad objetiva para las víctimas que no están cubiertas por la relatividad contractual el derecho del futuro, subrayó los beneficios de la "garantía tradicional" para las víctimas en relatividad contractual.[48]

El reconocimiento doctrinal más importante del abandono de la relatividad contractual se produce a instancia del caso *Escola v. Coca-Cola Bottling Co of Fresno.*[49] En este caso, una camarera, víctima de la explosión de una botella de coca cola acciona en *negligence* contra el productor. El juez Traynor sostuvo que se debía permitir a las víctimas como la del caso, demandar en la vía extracontractual sobre la base de la responsabilidad objetiva del productor y que, se debía destacar la política de la "garantía implícita de comercialidad (*implied warranty of merchantability)* para construir una independiente responsabilidad objetiva del productor.

Pero fue hacia los años 1950 que se vuelve la mirada a la "garantía no clásica" (*aclassical warranty).* Ciertamente, el caso *McPherson*, que remueve la barrera de la relatividad contractual, despertó una ola de demandas basadas en la *negligence*, suscitándose lógicamente dificultades de prueba que los jueces trataban de salvar a través de la aplicación del *res ipsa loquitur* o exigiendo un estándar de cuidado más elevado. Todo lo cual representaba para el demandado un peso mayor que el que representaría la aplicación de la responsabilidad objetiva a través de la responsabilidad por la garantía no tradicional a lo que a fin de cuentas no era tan extraño (pues los vendedores estaban acostumbrados a los deberes estrictos con respecto a la calidad bajo la ordinaria "responsabilidad por la tradicional garantía". Ante ello, las cortes aplicaron la "garantía no tradicional" más allá de los casos de alimentos y bebidas, a los de productos personales de uso externo.[50]

---

sentando que poseen cualidades que, de hecho, no tienen y luego, porque no hay relación contractual entre el fabricante y el consumidor el derecho a ser indemnizado por los daños resultantes de la ausencia de aquellas cualidades...".

[47] Chysky v. Drake Bros Co., 1939, 139 NE 576.

[48] Prosser, W., *op. cit.*, p. 692.

[49] Escola v. Coca Cola Bottling Co of Fresno, 150 P 2d 436 (1944).

[50] Schwartz, G., *'New Products, Old Products, Evolving Law, Retroactive Law'*, 58 NYULR 1983, p. 796.

4 *Hacia la afirmación de la responsabilidad objetiva del productor: La 'strict products liability'. Los casos Henningsen (1960), Greenman (1963). La S. 402 A del Restatement Second of Torts.*

A este punto es bastante clara la definición de una etapa en la evolución de la responsabilidad civil del productor caracterizado por favorecer a la víctima. En efecto, la tendencia jurisprudencial a la aplicación de una responsabilidad objetiva para reparar el daño sufrido por quien hubiera comprado o utilizado un producto defectuoso se había afianzado en cierto modo a través del recurso a la llamada "garantía no tradicional".

Al mismo tiempo, el desarrollo de la doctrina corrobora la tendencia a una responsabilidad objetiva del productor y manifiesta un interés particular por la sustitución de la instrumentalización que hasta el momento se había venido siguiendo de la llamada garantía implícita, pretendiendo colocar en su lugar una regla más general relativa a la responsabilidad objetiva. En este sentido, se manifiesta Prosser en un famoso artículo que se publica e 1960, *"The Assault Upon the Citadel (Strict liability to the Consumer)"*, el mismo que destaca por la influencia que ejerce en el debate doctrinario que le siguiera así como en el posterior *case law.*[51] En ese artículo, el autor describe la evolución de la jurisprudencia en el abandono de la regla de la relatividad contractual en las causas basadas en la "garantía implícita". En el año en que se escribe el artículo, la responsabilidad objetiva del productor no se había instaurado aún oficialmente, por ende, el autor hace una descripción de lo que hasta entonces había venido siendo lo concerniente a las acciones por daños generados por productos defectuosos. Destaca que el asalto a lo que él llama ciudadela de la relatividad contractual procedía en modo acelerado. Señala que son dos los grandes frentes que la defienden, la culpa y la responsabilidad objetiva. El primer asalto se había ya producido, podemos decir exitosamente, en el sentido que las acciones de responsabilidad por productos defectuosos basadas en la culpa habían superado las barreras del contrato para alcanzar a terceros víctimas de los daños; el segundo asalto se producía contra la fortaleza de la responsabilidad objetiva.

En efecto, esta evolución se aprecia con mayor claridad en el caso de la responsabilidad del proveedor de víveres para el consumo humano, respecto a lo cual destaca la tradición anglosajona desde tiempos remotos por la reglamentación estricta sobre la materia.[52] La construcción teórica

[51] Prosser, W., *"The Assault Upon The Citadel (*Strict liability *to the Consumer)"*, en Yale L.J., v. 69, 1960, p. 1099ss.

[52] V. Melick, The Sale of Food and Drink 1, 7, 1936.

que estaba en la base de una responsabilidad especial por "garantía" para el caso de los alimentos tuvo en el derecho anglosajón orígenes remotos.[53] Las primeras decisiones americanas encontraron así en la "garantía" un nombre para la responsabilidad objetiva que imponían al vendedor de alimentos. Pero todo ello se refería sólo a las ventas directas al consumidor-víctima. La extensión de la responsabilidad objetiva a terceras personas con quienes el vendedor no había contratado se produce en el presente siglo bajo la influencia de un ferviente movimiento nacional contra los alimentos en mal estado.[54] Entre los fundamentos argumentados en algunas sentencias a favor de la aplicación de la responsabilidad objetiva sin la necesidad de la relatividad contractual, se pueden citar el de la protección del interés público, el de la representación implícita de que el producto era seguro, entre tantas otras teorías[55] hasta llegar a la teoría de la "garantía" en 1927,[56] al sostener la Corte del *Mississipi* que la garantía seguía a los bienes del productor al consumidor. Este fundamento tuvo gran aceptación y casi todos los casos posteriores a la decisión adoptaron la teoría de la "garantía". El proceso de aceptación y difusión de la *responsabilidad objetiva* en los casos de alimentos fue acelerado conforme lo demuestran las sentencias y *statutes* que siguieron. No había duda que el derecho en adelante en materia de alimentos sería el de la responsabilidad objetiva sin relatividad contractual.[57]

Como se ha señalado, la teoría que ampliamente sirvió a los jueces para fundamentar la responsabilidad objetiva sin relatividad contractual en las decisiones fue la de la "garantía implícita". Prosser hace énfasis en el hecho que la no certeza y peculiaridad de la naturaleza y del carácter de la "garantía" facilitaron su instrumentalización. Él destaca el origen híbrido de la "garantía", según el cual, no se puede afirmar clara y abier-

[53] V. sents. en Prosser, *op. cit*, p. 1105.

[54] Regier, *The struggle for Federal Food and Drugs Legislation*, 1 *Law & Contemp. Prob.* 3, 1933. Motivo de fuerte agitación fue la *Federal Food and Drug Act* de 1906, la cual cerró el comercio interestatal de los productos alimenticios y farmacéuticos adulterados. A su vez, esta normativa fue seguida de numerosas *food and drug acts* en el mismo sentido. A todo ello siguió un fuerte movimiento político y generalizado basado en la filosofía según la cual, el público debe ser protegido contra el *"big business"*. Cfr. *Ibidem*, p. 1106.

[55] V. Guillam, C., *Products liability in a Nutshell*, 37 *Ore. L. Rev.*, 1957, p. 119. Donde el autor llega a hacer una relación de 29 fórmulas jurídicas que han sido utilizadas por los jueces para fundamentar una responsabilidad civil del productor sin necesidad de una relación contractual.

[56] *Coca-Cola Bottling Works v. Lyons*, 145 Miss. 876, 111 So. 305, 1927.

[57] Prosser, *op. cit.*, p. 1110.

tamente que fuese o en el ámbito de los *torts* o en el de los contratos. En efecto, originalmente pareciera ser que el origen fuera extracontractual, si se considera que en un primer tiempo se entendía que el vendedor se obligaba sólo por lo expresamente declarado,[58] posteriormente, no obstante emanar de la voluntad expresa, dejó de ser necesariamente consensual. De todo ello, deduce que "si la "garantía" es una cuestión de *torts* como de contratos, y si ella puede surgir sin ninguna intención de hacerla una cuestión contractual, entonces ella no necesita de un contrato". No obstante esta lógica, Prosser destaca las desventajas y dificultades teóricas y prácticas que acompañan a la aplicación de la "garantía",[59] para sostener que "a menos que exista la relatividad contractual, la responsabilidad frente al consumidor debe ser en *tort* y no en contratos". Es así que sobre la base de las políticas que se hallan a la base de la responsabilidad objetiva, propone una independiente y general responsabilidad objetiva en *tort* por los daños generados por productos defectuosos desechando de este modo que lo que en realidad es responsabilidad objetiva extracontractual, se le deje ser como tal, sin una máscara contractual ilusoria.[60]

La tendencia a la aplicación de la responsabilidad objetiva sin relatividad contractual no se detuvo en los productos alimenticios, se extendió velozmente a productos diversos.[61]

La responsabilidad objetiva basada en las "warranties". El caso Henningsen v Bloomfield Motors Inc. (1960)

En 1960 tiene lugar una importante decisión de la Corte Suprema de Nueva Jersey recaída en el caso *Henningsen v Bloomfield Motors Inc.* (1960)[62]. Además de reconocerse a esta sentencia el haber enunciado una serie de reglas adecuadas a las exigencias de la contratación de masa conforme a una política de tutela del consumidor[63], se destaca en la misma la afirma-

[58] Ames, *History of Assunpsit, 2 Harv. L. Rev.*, 1888, p. 1 ss.

[59] Entre las dificultades que se señalan en el texto se halla la que en el *Uniform Sales Act* promugado en 1906, codificación de las normas del *common law*, referido a la compraventa comercial, se prevé que no existen *waranties* de calidad salvo las que esa normativa establece.

[60] Prosser, *op. cit.*, p. 1134.

[61] V. *Ut Supra.* Ya el *Uniform Commercial Code*, par. 2-318 (1958 ed.) y una ley del Estado del *Connecticut*, par. 42-14 (1958) extendieron la resposbilidad por *"garantía"* del minorista a todos los miembros de la familia del comprador.

[62] *Henningsen v. Bloomfield Motors Inc.*, 1960, 32 N.J 358, 161 A. 21 69, 75 A.L.R. 2d 1.

[63] Efectivamente, la sentencia del caso *Henningsen* establece que: a) en la contratación de masa las garantías inherentes a los productos no se circunscriben a las individuales

ción de los principios de la responsabilidad objetiva y la superación de la regla de la relatividad contractual con la aplicación de la teoría de la "garantía implícita de comercialidad". Con este caso la "garantía tradicional"se hace extensiva a toda clase de productos. Parafraseando a Prosser, se puede afirmar con certeza que la fecha de la caída de la ciudadela de a relatividad contractual puede ser fijada en mayo de 1960, fecha en que el Supremo Tribunal del estado de Nueva Jersey pronuncia la sentencia del caso *Henningsen.* Lo que ha seguido entonces ha constituido la más veloz y espectacular convulsión en la completa historia del derecho de *torts* de una regla tradicionalmente enraizada, como lo es la regla de la relatividad contractual.[64]

Los hechos del caso pueden resumirse en los siguientes términos:

> Chrysler Corporation fabrica un automóvil y lo vende al intermediario Bloomfield Motors. Bloomfield, a su vez, lo vende a Henningsen. Mientras la esposa de Henningsen estaba manejando, "algo iba mal" con la dirección, siendo así que el auto terminó directamente en el lado derecho de una pared. La acción para el resarcimiento de los daños fue dirigida contra el fabricante y el intermediario.
>
> Cuando el Sr. Henningsen compra el auto, suscribe un contrato dejando de leer una parte del mismo. La minuta contenía una cláusula en la que se preveía que el productor y el comerciante no habrían garantizado ni expresa ni implícitamente, salvo otorgar la garantía de sustituir en fábrica cualquier parte que hubiera resultado defectuosa dentro de los 90 días de la entrega del auto al adquirente originario, o dentro del período correspondiente al recorrido de 4000 millas.
>
> El tribunal no discute la cuestión en términos de culpa, sino la somete al jurado circunscribiéndola a los problemas relativos a la "garantía implícita de calidad". El juicio fue favorable para el actor. Los demandados apelan y la causa va a la Corte Suprema.

---

relaciones contractuales de la cadena de ventas por la que pasa la mercadería, sino que vinculan directamente la empresa con el último consumidor; b) el fabricante responde de todos los daños sufridos por el consumidor a causa de los productos defectuosos aún en la ausencia de culpa; c) la empresa no puede insertar en el contrato de compraventa cláusulas que limiten o excluyan la garantía, porque el hecho de valerse de condiciones generales del contrato, para circunscribir el área de los riesgos en desventaja del contratante débil, es contrario al interés público; d) razones de exigencia social llevan a la introducción en los contratos de compraventa de una garantía implícita de adecuación al uso de los productos vendidos. *Henningsen v. Bloomfield Motors,* 1960, 32 N.J. 358, 161 A. 21 69, 75 A.L.R. 2d 1.

[64] Prosser, W., *"The fall of the Citadel* (Strict liability *to the Consumer)"*, en Minnesota L. R., vol. 50, 1965-1966, p. 791 ss.

Algunos de los pasajes de la motivación de la sentencia son como sigue:

> "(...) Si el comprador en modo explícito o implícito da a conocer al vendedor la finalidad específica para la cual el objeto es requerido y resulta que él ha confiado en esa capacidad (...), surge entonces una razonable garantía de idoneidad para ese finalidad (...). El *Uniform Sales Act* contiene una disciplina de compraventa menos rigurosa para el comprador ; en parte, el objetivo era el de moderar el principio del *caveat emptor*, poniendo a cargo del vendedor un deber de diligencia (*caveat venditor)*. El significado fundamental de esta ley reposa en el hecho que las obligaciones a cargo del vendedor son impuestas por la ley, por tanto, su existencia no depende más de un acuerdo expreso de las partes (...).
> Mientras el *Uniform Sales Act* y la interpretación en sentido "liberal" de parte de los tribunales extendía este velo de protección sobre el comprador, las decisiones en muchos Estados denunciaron el hecho que muchos productores tomaban ciertas medidas para no asumir deberes de garantía cada vez más rigurosos. Basándose en el hecho que el *Act* disciplinaba las relaciones entre el comprador y vendedor, comenzaron a sustraerse de una relación directa con el consumidor. Dejaron de vender sus productos al público a través de los propios dependientes y de estipular contratos en primera persona. En sustitución de este sistema se creó una organización de comerciantes independientes; los productos de la empresa se vendían a los comerciantes, los que a su vez trataban con el público de los adquirentes, en modo muy claro sólo en calidad de revendedores. (...) Pero como se verá de ahora en adelante, tales prácticas de ventas, junto a la publicidad a gran escala promovida por los productores para invitar al público a la adquisición de los bienes a través de los minoristas o intermediarios, aportaron la base para afirmar la existencia de garantías explícitas e implícitas, aún si el productor no era parte en el contrato de compraventa (...)".

En la motivación de la sentencia, los jueces examinan la validez y eficacia de las cláusulas de garantía contenidas en los contratos estándar:

> "Partiendo de estas consideraciones, iniciamos el examen de la garantía expresa impresa en la parte posterior del contrato de adquisición firmado por Claus Heningsen. Se puede observar que la garantía había sido ofrecida sólo por el productor, y que en base a las cláusulas del contrato ella producía efectos directamente con respecto a Claus Henningsen. Sobre la base de los hechos expuestos, la garantía debía ser ofrecida por el intermediario en calidad de agente de la Chrysler Corporation. Lo que más interesa subrayar es que para que surgiera esa garantía, la adquisición del producto que hizo el adquirente final fue del intermediario (...).

Las cláusulas de garantía constituyen un triste comentario de la práctica de ventas efectuada por los productores de automóviles. Se trata de garantías desarrolladas por la ley para tutelar al consumidor común y corriente, del que no se puede esperar tenga los conocimientos, la capacidad y hasta la ocasión de efectuar un control adecuado de los instrumentos mecánicos, como los autos, y de decidir por sí solo si esos son razonablemente idóneos al fin (...). Pero el ingenio de la Asociación de los productores de Automóviles, a través de los formularios estandarizados, ha transformado la garantía en un instrumento para limitar la responsabilidad del constructor (...).

Naturalmente, se ha establecido hace mucho tiempo que en caso que el comprador o un miembro de su familia, que conduzca el auto con permiso del primero, sufra daños como consecuencia del negligente diseño o fabricación del vehículo, existe responsabilidad del productor (...). Pero en este caso, luego de haber precisado que las partes defectuosas serán sustituidas en fábrica, el acuerdo relativo a la cláusula de garantía (...) dispone que los deberes del productor se limitan sólo a este empeño; y además, que esta garantía se sustituye a las demás garantías (...), y a todas las obligaciones asumidas precedentemente.

No hay duda que, según los principios tradicionales del *common law*, en materia de responsabilidad contractual, sólo aquellas personas que eran parte del contrato, podían recurrir en juicio por incumplimiento de la garantía. Sin embargo, en tiempos más recientes, diversas jurisdicciones han elaborado una regla muy importante para superar el principio de relatividad del contrato (*privity of contract*) en los casos de compraventa de mercadería reconociendo de este modo un fenómeno que se reproduce por doquier. El hecho es que el comerciante y el comprador no adquieren (...) bienes, sean alimentarios o automóviles, para consumo o uso propio (...)

Con el advenimiento de las operaciones de masa, el productor se ha alejado del adquirente, las ventas se perfeccionan entre los intermediarios y los consumidores, la demanda del producto es promovida por los anuncios publicitarios. En ese sistema económico es obvio que el consumidor es el sujeto a quien se debe proteger. Y claramente, el contenido del término "consumidor" es más amplio que el contenido del término "comprador". Aquél hace referencia a una persona de la que, conforme a una previsión razonable de las partes de la compraventa, se puede esperar que use el producto. Así, en caso que los productos vendidos sean de tal naturaleza susceptibles de poner en peligro, si son construidos con defectos, la vida o la integridad física, entonces, los intereses sociales sólo pueden ser protegidos si se supera el dogma de la relatividad contractual entre el constructor, intermediarios y la persona de la que se espera razonablemente use en último lugar el producto. En ese modo, el peso de las "pérdidas" que son consecuencia del uso de artículos defectuosos es

soportado por aquellos que se hallan en posición tal de controlar el peligro o de operar una justa repartición de las pérdidas cuando éstas se verifican".

Las consideraciones conclusivas de los jueces fueron:

"(...) La evolución que se ha verificado en la disciplina del contrato sugiere inevitablemente que el formulario de cláusulas de garantía que formaban parte del contrato de compraventa estipulado entre Henningsen ha sido pensado para ser utilizado generalmente por la industria automovilística como posible medio para evitar las consecuencias de la regla jurisprudencial bastante difundida, según la cual, las garantías, sean expresas o tácitas, produce efecto sólo con respecto al consumidor. A la luz de esas argumentaciones, qué efecto podría atribuirse a la garantía expresa en cuestión, que tiende a limitar la responsabilidad del productor a la sustitución de las partes defectuosas, excluyendo toda otra garantía (...)? Para llevar a cabo este examen se debe hacer referencia al principio general según el cual, en ausencia de dolo, una persona que prefiere no leer el contrato antes de firmarlo no puede sustraerse luego a los deberes que derivan para ella (...).

Y al aplicar aquel principio, se debe tener presente el "dogma" de a libertad de las partes en la conclusión del contrato. Pero en la estructura de la vida moderna y en la praxis comercial tales reglas no puede ser aplicadas en modo riguroso (...).

En una sociedad como la nuestra, en la cual el automóvil es un bien común y necesario en la vida cotidiana, y donde su uso es fuente de peligro para los conductores, pasajeros y pasantes, el productor es sujeto a una obligación especial, en relación a la construcción, a la actividad publicitaria y a la venta de los auto vehículos. En consecuencia, los tribunales deben tener en consideración muy atentamente los contratos de adquisición, para verificar si el consumidor y el interés público reciben una protección adecuada. ¿Qué incidencia tendrían estas circunstancias en el efecto de la garantía introducida por la Chrysler en el contrato de compraventa? Como se ha señalado, las garantías han sido creadas para proteger al comprador y no así, para limitar la responsabilidad del productor o del vendedor. En cambio, parece que el motivo de la cláusula era el de evadir las garantías que normalmente son contempladas en los contratos de compraventa (...). En cambio, respecto al iluso remedio de sustitución de las partes defectuosas en la fábrica, se ha dicho que el comprador ha aceptado la exclusión de la responsabilidad del productor por daños a la persona, derivados de la inobservancia de la garantía y que se ha consentido en la eliminación de toda otra garantía explícita o tácita. (...) La cláusula de garantía que se examina es una formula estándar pensada para ser utilizada por el público. Ella es impuesta al usuario del automóvil. O la acepta o no compra el auto, por tanto, está obligado

> a aceptarla (...). Ya que su poder contractual está en desigual (con respecto al de la contraparte), no le es consentido contratar. (...) Por ello, en este caso, a la luz de las circunstancias y de las decisiones examinadas, somos de la opinión que el pretendido rechazo de parte de la Chrysler de una garantía tácita de calidad comercial y de las obligaciones que nacen de ella es contrario al interés público, susceptible de determinar la invalidez de la cláusula".

Como se desprende de los fundamentos de la sentencia del caso *Henningsen*, destaca en ella el hecho que modifica completamente la normativa que hasta entonces había venido imperando en las relaciones contractuales entre el productor con el consumidor, en efecto, establece una relación directa entre el productor y el público en general destinatario de sus productos. Siendo así que las garantías, sean de calidad o de adecuación a la utilidad del bien para la que fue creado, pueden referirse directamente al contrato de compraventa celebrado por el productor y alcanzar sus efectos al último consumidor-adquirente que sufra daños derivados del uso del producto.

De este modo, la "garantía tradicional" se aplicaba con respecto a un producto que no calificaba ya como alimenticio. El empleo de este instrumento para la integración del contrato de parte de los jueces fue generalizado apuntándose a una tutela más eficaz del consumidor. Era claro que a través de este mecanismo las cortes llevaron adelante una forma radical de intervencionismo en las relaciones contractuales aduciéndose como fundamento la corrección - *fairness* -.

El caso Greenman v. Yuba Power Products Inc (1963)

El reconocimiento judicial de la naturaleza extracontractual de la responsabilidad objetiva de productor tiene lugar en una conocida sentencia pronunciada con el voto unánime -apoyando el voto del juez Traynor- de los miembros de la Corte Suprema del estado de California, recaída en el caso *Greenman v. Yuba Power Products Inc.*[65] A partir de este momento se acepta claramente la naturaleza objetiva de la responsabilidad del productor sin tenerse que recurrir a ficciones o a la "máscara contractual" a que alude Prosser cuando dirige sus críticas a la teoría de la "garantía" postulando en su lugar una pura teoría de responsabilidad objetiva.[66]

---

[65] *Greenman v. Yuba Power Products Inc.*, 59 Cal. 2d 57; 377 P. 2d 827; 27 Cal. Reptr. 696, 1963.

[66] Prosser, *op. cit.*, p. 1134.

Los hechos de la sentencia se resumen como sigue a continuación:

> El actor interpuso acción contra el vendedor minorista y el fabricante de una herramienta eléctrica que podía ser utilizada en varios modos, en la carpintería como sierra, un taladro o un torno. El actor había asistido a una demostración del utensilio que efectuara el vendedor y leído un folleto preparado por el fabricante. Había manifestado que deseaba una herramienta como esa para su taller, siendo así que su esposa la adquirió y se la obsequió como regalo de navidad en 1955. En 1957, el actor adquirió los accesorios necesarios para poder usar la herramienta como un torno, para poder trabajar un pedazo de madera que quería modelar en forma de cáliz. Después de haber trabajado varias veces la madera sin ningún problema, repentinamente ésta se desprendió del torno y golpeó fuertemente al demandante en la frente, generándole serias lesiones. Diez meses después del accidente, la víctima notificó al vendedor y al productor el incumplimiento de las garantías del contrato de compraventa e interpuso demanda alegando la violación de las obligaciones contractuales y negligencia. El productor se defendió alegando que la notificación del incumplimiento de la garantía no le había sido efectuada según lo requerido por el *Uniform Sales Act*. En el proceso se demostró que los daños fueron causados por un defecto en el diseño de la herramienta, pues se habían utilizado tornillos inadecuados para unir las diversas partes del instrumento, por lo cual la vibración determinó que la cabeza del torno se separase del pedazo de madera y con ello que éste saliera despedido. El defecto desmentía la garantía expresa escrita en el folleto del fabricante.

A continuación algunos de los pasajes de la motivación de la sentencia:

> "*Gibson Ch. J.* Entre las partes del contrato de compraventa la necesidad de la notificación es una regla útil cuyo fin es el de tutelar al vendedor de las demandas de resarcimiento de daños que no son aceptables. Pero, si se aplica a las lesiones personales y ella debe destinarse al primero, lejano vendedor, entonces se transforma en una trampa para los desproveídos. (...) Por lo tanto, se debe concluir que aunque si el actor no ha comunicado en tiempo útil al productor la inobservancia de las garantías de la compraventa, su demanda (...) no debe ser rechazada.
> (...) El productor es objetivamente responsable (conforme a las reglas de responsabilidad extracontractual si al poner en circulación un producto en el mercado, él sabe que será usado sin ningún control de calidad, y el producto resulta ser peligroso para la salud humana. Reconocida ya desde antes en los casos de productos averiados, una responsabilidad de este tipo debe extenderse a todos los tipos de productos, sin distinción (...).
> (...) En muchos casos, la responsabilidad objetiva ha sido fundada en la teoría de la garantía implícita que va del productor al consumidor, supe-

rándose los presupuestos que establecían como requisito la existencia de una relación contractual directa entre ellos, sobre la base que, la responsabilidad no deriva del contrato sino de la ley (...). El hecho que le sea excluida la posibilidad al fabricante de delimitar los confines de su responsabilidad, abona a favor de una naturaleza legal y no contractual de esta responsabilidad objetiva (...).

El objeto de esta responsabilidad consiste en asegurar que los costos de las lesiones que derivan de productos defectuosos sean soportados por los productores que introducen esos productos en el mercado y no por las personas que han sufrido los daños y no tienen posibilidad alguna de defenderse de aquel peligro. Las garantías de la compraventa realizan este fin en mejor modo (...). En el presente caso, en efecto, el actor podía probar fácilmente la existencia de una garantía expresa sólo por el hecho que había leído (y se había confiado en las) las expresiones referidas a la bondad del producto que se hallaban impresas en la documentación que acompañaba a la herramienta (...). En cambio, la garantía según la cual, el instrumento podía ser empleado, sin ocasionar daño, en trabajos varios, se hallaba implícita en el hecho mismo que aquél había sido puesto en el mercado (...). Para afirmar la responsabilidad del productor era suficiente que el actor probase que ha sufrido un daño mientras utilizaba una herramienta en una de las formas en las cuales se entendía que podía usarse, como consecuencia de un defecto de diseño y de fabricación (del que el actor no se hallaba al corriente) que determinaron que la herramienta fuera completamente inadecuada para el uso al que estaba destinada ".

"Es verdad que en muchos de estos casos la corte ha invocado las definiciones que sobre la garantía prevé el *Uniform Sales Act* (Cal. Civ. Code par. 1732, 1735) para determinar la responsabilidad del demandado pero lo ha hecho no porque así lo requiriesen los *statutes*, sino porque ellos preveían estándares adecuados a las presentes circunstancias que la corte adoptara "[67].

La sentencia del caso *Greenman* ejerció efecto inmediatamente en las decisiones sucesivas que resolvieron los conflictos de intereses suscitados por los daños generados por los productos defectuosos [68]. Se convierte en

[67] 59 Cal. 2d 61, 377 P.2d 899-900, 27 Cal. Rptr. 699-700.

[68] Son numerosos los casos que en los años inmediatos sucesivos fueron resueltos en el sentido de una *strict tort liability*. Entre ellos se pueden mencionar: Crane v Sears Roebuck & Co., 218 Cal. App. 2d 855, 32 Cal. Rptr. 754 (Dist. Ct. App. 1963); Suvada v. White Motor Co., 32 Ill. 2d 612, 210 N.E.2d 182 (1965); Greeno v. Clark Equip. Co., 237 F. Supp. 427 (N.D. Ind. 1965) (Indiana Law); Long v. Flanigan Warehouse Co., 79 Nev. 241, 382 P 2d 399 (1963); Wights v. Staff Jennings, Inc., 405 P 2d 624 (Ore. 1965); Goldberg v. Kollsman Instrument Corp., 12 N.Y. 2d 432, 437, 191 N.E. 2d 81, 83 (1963).

un precedente del *common law* norteamericano. En adelante, las cortes reconocen que no es propiamente la teoría de la "garantía", con todo lo que ella implicaba, vale decir, el recurso a las garantías implícitas del contrato de compraventa, lo que en realidad fundamenta la responsabilidad del productor, sino simplemente una llamada responsabilidad objetiva desvinculada del régimen contractual.

Se debe señalar que este límpido reconocimiento de una responsabilidad objetiva en materia de daños por productos defectuosos no representaba al momento en que se pronuncia la sentencia *Greenman*, un cambio en la sustancia de la tendencia jurisprudencial, pues la técnica de las "garantías", de la cual hasta estos momentos se había venido haciendo uso, consolidaba en cierta medida una responsabilidad objetiva aunque si, dentro de un esquema contractual. En cambio, en el caso en referencia, es nítido el reconocimiento que la responsabilidad no viene asumida por acuerdo entre las partes de un contrato sino, es impuesta por la ley. Se rechaza la posibilidad que el productor pueda definir los límites de su propia responsabilidad, lo que evidencia que la responsabilidad no está sujeta a lo estipulado a través de las garantías contractuales toda vez que viene regida por el derecho de la responsabilidad objetiva extracontractual.

Es importante hacer énfasis, con respecto al *leading case Greenman* de la jurisprudencia norteamericana, que es sobretodo a partir del presente caso, que las cortes y estudiosos reconocen que el aspecto o tema central en la adopción de la responasbilidad objetiva del productor lo constituye la noción de "defecto", concepto que se convierte en la piedra angular de esta responsabilidad y que no obstante la frenética fuerza expansiva que ha tenido el tratamiento de ésta, conforme se verá en el desarrollo de este trabajo, incluyendo la posición de un sector de la doctrina, aunque minoritario, que pretende hasta la eliminación de dicha noción. En particular, se adhiere a la posición que defiende su permanencia como tal, a los efectos de establecer los límites al régimen de la responsabilidad civil del productor.[69]

Las cortes norteamericanas pueden a partir del presente caso, tomar como fundamento para pronunciarse a favor de una acción de responsabilidad objetiva del productor, la razón que subyace en la sentencia, según la cual, "el propósito de esa responsabilidad es asegurar que los costos de los daños resultantes de los productos defectuosos recaigan sobre los productores que han colocado los productos en el mercado en lugar que permanezcan sobre las víctimas que se ven ya disminuidas para pro-

[69] V. Segunda parte, Capítulo II.

tegerse a sí mismas".[70] Sin embargo, se critica a esta sentencia el hecho de no ofrecer un criterio objetivo o un estándar que permita determinar cuándo un producto es en realidad defectuoso.[71] Veremos que esta imprecisión conceptual se mantiene en el transcurso de los años, no es subsanada por los desarrollos posteriores, al contrario, es latente la confusión sobre la defectuosidad, lo que a su vez es origen de ulteriores imprecisiones y contradicciones conceptuales, las que vienen a afectar lógicamente, la determinación del criterio de imputación aplicable -si objetivo o subjetivo- y la delimitación del área de la responsabilidad civil del productor.

Sección 402 A del Restatement (Second) of Torts (1965). El inicio de una revolución en el derecho de "torts".

Dos años después del caso *Greenman*, la orientación de la jurisprudencia norteamericana se vio reforzada a través de la compilación de los principios jurisprudenciales en materia de responsabilidad por acto ilícito realizada por el *American Law Institute.* El ALI promulga en 1965 el *Restatement (Second) of Torts*[72] y es bajo iniciativa del *Reporter* de esa institución, William Prosser, que se incluyó una nueva sección, 402A, cuya versión definitiva fue adoptada en 1964 y publicada por el ALI en 1965. Prosser ejerció una notable influencia en la elaboración de la sección destinada a regular la responsabilidad del productor, en efecto, él fue capaz de extender su proyecto inicial del año 1991, en el cual establecía una nueva responsabilidad para el sector de los alimentos, a todos los productos (*final draft* 1964). El texto de esta parte del *Restatement* es como sigue:

> "402A Special Liability of Seller of Product for Physical Harm to User or Consumer.
> (1) One who sells any product in a *defective condition irrazonablemente peligroso* to the user or consumer or to his property is subject to liability for physical harm thereby caused to the ultimate user or consumer, or to his property, if
> (a) the seller is engaged in the business of selling such a product, and

[70] 59 Cal. 2d 63, 377 P.2d 901, 27 Cal. Rptr. 701.

[71] Twerski, *"From defect to cause to comparative fault -rethinking some product liability concepts"*, en Marquette L. Rev., 1977, p. 297.

[72] El *Restatement* es una compilación ordenada de la orientación del *common law* de los Estados Unidos, incluyendo en él, no sólo el derecho desarrollado por las decisiones judiciales sino también, el derecho generado de la aplicación por las cortes de los *statutes*.

(b) it is expected to and does reach the user or consumer without substantial change in the condition in which it is sold.
(2) The rule stated in Subsection (1) applies although
(a) the seller has exercised all possible care in the preparation and sale of his product, and
(b) the user or consumer has not bought the product from or entered into any contractual relation with the seller (énfasis agregado).

La promulgación de la sección 402A señaló el inicio de una orientación revolucionaria de la jurisprudencia norteamericana, caracterizada por la nota pro-víctima, hacia la consagración de una responsabilidad objetiva del productor (*responsabilidad objetiva*), que es, por cierto, la síntesis de una tendencia señalada por los jueces y estudiosos, se puede indicar de manera aproximada, en el desarrollo que siguiera al famoso caso *MacPherson* (1916), movimiento que corresponde a lo que llamamos más adelante, la "primera generación de la evolución del debate doctrinario" producido en los Estados Unidos en la materia que ocupa nuestro particular interés.

Como se ha señalado precedentemente, con el caso *Greenman* se llega a introducir en el sistema de la responsabilidad civil del productor un nuevo fundamento para accionar por los daños generados por los productos defectuosos. Una acción por responsabilidad objetiva (*responsabilidad objetiva*) teniendo como base la defectuosidad del producto, noción ésta última que no resulta clara de la sentencia recaída en el referido caso, lo que es más, no se lega a encontrar una luz al respecto en los estudios inmediatos que le siguieron y se llega en estas condiciones a la sección 402A del *Restatement (Second) of Torts*, que lejos de precisar el concepto de producto defectuoso, introduce en cambio una nueva y extraña terminología, "condición defectuosa irrazonablemente peligrosa" (*defective condition irrazonablemente peligroso).* En fin, no se propone un concepto preciso de "defecto", lo que marcará el inicio de una confusión a nivel de cortes y doctrina y que continuará incidiendo negativamente en los nuevos casos que se presentan, sobretodo con los que tienen que ver con la determinación, no de los defectos de fabricación sino, de los defectos de diseño (*desing defect*).

En efecto, los problemas de la definición de "defecto" se complican dado que una misma locución viene utilizada para describir nociones diversas. Así, cuando hablamos de los llamados **defectos de fabricación,** aludimos a aquellos que resultan de los errores no voluntarios en que incurre el productor como resultado previsible del propio proceso de elaboración. Aquí, el significado del término "defecto" no crea mayor difi-

cultad, pues, el bien es examinado en función de los estándares o parámetros de producción que se desprenden fácilmente de toda la línea de productos igualmente creados.[73] Mientras que, cuando hablamos de los llamados **defectos de diseño,** se alude al proyecto que el productor ha querido realizar. En este caso, lo que se impugna es la opción elegida por el productor, el diseño del producto, alegándose que dicho diseño crea riesgos irrazonables de daño. En este caso, no es que se impugna el producto en sí mismo considerado cuanto la proyección del mismo, vale decir, la idea que motivó la elaboración de la línea productiva. En consecuencia, la expresión introducida por la sección 402A *del Restatement (Second)*, "condición defectuosa irrazonablemente defectuosa" (*defective condition irrazonablemente peligroso)*, crea serios problemas en el análisis de la defectuosidad conforme surgen nuevos y numerosos casos que son llevados ante las cortes norteamericanas.

Se puede señalar que hasta que se establece como regla la responsabilidad objetiva, los casos de responsabilidad del productor no habían presentado mayor problema en el análisis, sin perjuicio, claro está, de las dificultades para la víctima a los efectos de obtener el resarcimiento de los daños, en efecto, el examen se llevaba a cabo según las reglas de la negligencia, y lógicamente, se tenían presentes todas las circunstancias concurrentes en la producción del daño. En cambio, las dificultades en el examen orientadas a establecer la responsabilidad, se multiplican al instaurarse una regla de responsabilidad objetiva que convierte en eje de la misma a una nueva noción, el "defecto". Ciertamente, al momento de la consagración de la nueva regla de responsabilidad, la atención de los propulsores de la misma no podía sino hallarse influenciada por la simplicidad conceptual que comportaba el llamado "defecto de fabricación". Consagrada la regla de la responsabilidad objetiva, y ante los numerosos y más complejos casos que surgían, no se dejaron esperar los difíciles problemas en el examen destinado a la determinación del defecto del producto, iniciándose una complicada y peligrosa tarea de extensión de la responsabilidad objetiva a las nuevas nociones de defecto,[74] hecho que tendría serias consecuencias en el impetuoso desarrollo de la responsabilidad del productor a partir de este momento, dado que la inexistencia de

[73] El Juez Traynor cuando se refiere a los defectos de fabricación alude a ellos como la desviación de la norma, *"deviation - from - the - norm test"*. Cfr. Traynor, R., *"The ways and meanings of defective products and Responsabilidad objetiva"*, en *Tenn. L. Rev.*, vol. 32, 1965, p. 363.

[74] La responsabilidad objetiva 'se encontró con serios problemas de aplicación cuando se la extiende a los defectos de diseño y a los llamados "warning defects".

límites concretos daba luz verde a la extensión de la responsabilidad objetiva mucho más allá de cuanto se pudo haber pensado.

En sustancia, el cambio que representa la sección 402A en la responsabilidad civil del productor consiste en el punto de llegada, el defecto del producto, luego de una larga tradición basada en la culpa.[75] En el recorrido que ha tenido esta responsabilidad, la orientación jurisprudencial seguida de la doctrina muestra el paso de la culpa a la "garantía" para llegar luego a la responasbilidad objetiva del productor.[76] Alcanzado este punto, se observa que paralelamente no hay uniformidad o consenso en las nuevas definiciones, criterios, parámetros para la evaluación de la responsabilidad que se establecía, en las que puedan confiar tanto los usuarios y consumidores como víctimas de daños derivados de producto defectuoso, cuanto los fabricantes y distribuidores de productos como demandados para el resarcimiento de los daños y por último, quienes deben decidir judicialmente los casos que se les presentan. Como se puede apreciar de esta primera y superficial aproximación al presupuesto de la defectuosidad, el problema que venía a crearse no se refería tanto a la regla de responsabilidad objetiva que se establecía sino más bien a la noción de "defecto".

De una parte, las cortes han aceptado una motivación cuyo origen es de índole social, cual es el hecho que las víctimas de productos defectuosos deben obtener el resarcimiento de los daños que han sufrido sin tener que verse limitadas por lo que pueda ser previsto por el derecho que

---

[75] V. Keeton, *"Product Liability and the Meaning of Defect"*, en *St.Mary's L.J.*, vol. 30, 1973, p. 30 ss. El autor señala que "el cambio en el derecho sustancial con respecto a los fabricantes de productos y a otros vendedores en la cadena comercial, ha sido que se ha ido de la culpa al defecto. La víctima no se le pide que impugne la conducta del productor, sino se le pide que impugne el producto".

[76] Desde el momento en que se aplica la responsabilidad objetiva del productor, ésta ha sido vista como un tipo de responsabilidad en *torts*, vale decir, extracontractual, respecto de la cual, las cortes han insistido en destacr que no se trata de una imposición de una responsabilidad absoluta (*absolute liability*).

> "Algún crítico puede alegar que se trata de una responsabilidad sin culpa. No lo es ..... La víctima que hace uso de la regla debe probar que el defecto es imputable al productor y la relación causal entre el defecto y el daño sufrido. Cuando lo ha hecho en ese modo, es entonces y sólo así que puede obtener el resarcimiento contra el fabricante del producto defectuoso. Piercefield v. Remington Arms Co., 375 Mich. 85, 98-99, 133 N.W. 2d 129, 135 (1965); Dippel v. Sciano, 37 Wis. 2d 443, 459-60, 155 N.W. 2d 55, 63 (1967). V. BIRBAUM, Sheila L., *"Unmasking the Test for Defectos de diseño: From Negligence [to Warranty] to Responsabilidad objetiva to Negligence"*, en *Vand. L.Rev.*, vol. 30, 1980, n. 32.

regula la compraventa comercial, y sin tener que hacer frente a la difícil carga de la prueba inherente a los casos de responsabilidad por culpa. De otra parte, aunque las cortes son de la opinión que los productores se hallan en grado de mejor distribuir los costos de los daños, no llegan a proponer que ellos se conviertan en aseguradores de todos los daños que puedan resultar del uso de los productos. No basta pues, a los efectos de conceder el resarcimiento, la mera necesidad de la víctima frente a los daños sufridos, es fundamental la existencia de una razón para el desplazamiento de los costos generados de una persona a otra, de lo contrario ese desplazamiento deviene en pérdida para la sociedad debido a los costos de atribución de responsabilidad, vistos desde una perspectiva económica y sociológica.[77]

Con la focalización de la atención en la "condición del producto" en lugar de la conducta del productor, las cortes han pretendido alcanzar un punto medio, a través del cual, se evita la culpa como criterio de imputación de responsabilidad, esto por un lado, y por otro, se evita la rigurosidad de una responsabilidad absoluta. En este intento, las cortes han incurrido en imprecisiones semánticas llevando a confusión al jurado que es en última instancia, en el sistema norteamericano, quien lleva adelante la evaluación de los hechos. Otras cortes, en cambio, han preferido evitar que sea el jurado el que examine la defectuosidad, avocándose ellas esta tarea. En síntesis, no obstante los años transcurridos de elaboración jurisprudencial, las cortes no sólo no han alcanzado una definición adecuada de "defecto" en los casos de los llamados *desing defects* sino que la confusión conceptual ha tocado en general las nociones de responsabilidad objetiva, culpa, "garantía" y responsabilidad absoluta.[78]

Del comentario presentado por los compiladores del *Restatement* podemos extraer, a modo de esquema, los fundamentos que sostienen la sección 402A y dan a conocer la naturaleza y ámbito de aplicación de la responsabilidad del productor:

Naturaleza y fundamento

> Conforme se desprende del comentario "a", la sección establece una regla de responsabilidad objetiva. Señala el comentario que "la regla es una de responsabilidad estricta, haciendo al vendedor sujeto de responsabilidad frente al usuario o consumidor aún cuando haya ejercido todo el cuidado posible en la preparación y venta del producto. (...) La regla

[77] V. Keeton & O'Connell, *Basic Protection for the Traffic Victim*, 1965, p. 242, *cit.* por BIRBAUM, *op. cit.*, p. 601.
[78] Cfr. Birbaum, *op. cit.*, p. 601.

prevista no es exclusiva, en el sentido que no precluye la posibilidad de fundar la responsabilidad del vendedor en la culpa, siempre que la culpa sea probada".

El comentario "m" precisa que la regla establecida es una de responsabilidad objetivaextracontractual; y mientras que no hay nada en la sección que impida a una corte referirse a ella bajo la denominación de una "garantía", se debe entender que una tal garantía es una cosa muy diversa de lo que usualmente se conoce en la venta directa de bienes, y que no se halla sujeta a las reglas del contrato que han dado lugar a dichas ventas. En síntesis, precisa el comentario que "debe darse a la "garantía" un nuevo y distinto significado si el término es usado en conexión con esta sección. Es más sencillo mirar la responsabilidad que aquí se establece simplemente como una de responsabilidad objetiva extracontractual".

El fundamento de esta regla se halla en el hecho que "el vendedor, al comercializar su producto para el uso y el consumo, asume una responsabilidad especial frente a cualquier miembro del publico consumidor que puede ser dañado por éste; que el público tiene el derecho de esperar, en el caso de productos que necesita y por los cuales se ve forzado a confiar en el vendedor, que los vendedores reputados respaldarán sus productos; que el orden público demanda que el peso de los daños causados por accidentes ocasionados por productos de consumo sea puesto sobre aquellos que los comercializan, y tratado como un costo de producción susceptible de ser asegurado; y que el consumidor de tales productos tiene derecho a la máxima protección, a costa de alguien, y las personas adecuadas para soportarla son quienes comercializan los productos".

El requisito de defectuosidad

El vendedor sólo responde si el producto era defectuoso. En efecto, conforme al comentario "g", "la regla establecida en esta sección se aplica sólo cuando el producto se encontraba, al tiempo en que sale del control del vendedor, en una condición no contemplada por el consumidor final que será irrazonablemente peligrosa para él.

El comentario "i" establece que "el artículo vendido debe ser peligroso en un grado mayor al que sería contemplado por el consumidor ordinario que adquiere el producto, con el conocimiento ordinario común en la comunidad respecto a sus características".

Conforme al comentario "h", la defectuosidad debe definirse en función del uso o consumo normal del producto. "Si el daño resulta e un uso (...) o consumo anormales (...) el vendedor no es responsable. Cuando, sin embargo, tenga razones para prever que un peligro puede resultar de un uso particular del producto (...) deberá proporcionar las advertencias sobre el peligro (...) y un producto vendido sin tales advertencias se halla en condición defectuosa".

Respecto a las instrucciones y advertencias, el comentario "j" establece que "con el fin de evitar que el producto sea irrazonablemente peligroso", el vendedor puede ser obligado a dar indicaciones o advertencias , en el envase, sobre su uso (...) Cuando se proporcionen advertencias, el vendedor puede asumir razonablemente que serán leídas y seguidas; y un producto que lleve tales advertencias, el que es seguro si ellas son seguidas, no se halla en una condición defectuosa, ni es irrazonablemente peligroso".

El comentario "k" excluye la defectuosidad en los casos de los productos inevitablemente peligrosos -*unavoidably unsafe products*-, definiendo como tales "aquellos productos que en el estado actual del conocimiento humano, no es posible que hayan sido hechos seguros para el uso ordinario y para el cual fueron creados. (...) Ese producto, adecuadamente preparado, y acompañado de las indicaciones y advertencias apropiadas, no es defectuoso, ni *irrazonablemente peligroso*". Una regla similar es aplicada con respecto a aquellos productos, en especial, medicinas experimentales, respecto a las cuales, "por falta de tiempo y oportunidad para su experimentación médica suficiente, no puede haber certeza de seguridad (...) pero la experiencia que existe aconseja su uso y comercialización (...) no obstante el riesgo reconocible". Esos productos, a condición de ser preparados adecuadamente y comercializados con las advertencias correspondientes, no resultan defectuosos.

Responsables

(...) La regla no se aplica, claramente, a aquellos que son vendedores ocasionales de tales productos y no desarrollan esta actividad como actividad profesional a la que se dedican. Por ello no se puede aplicar al ama de casa que, en una oportunidad, vende a su vecina un frasco de mermelada o un kilo de azúcar. Ni al propietario de un automóvil que lo vende a su vecino o a un vendedor de autos usados, no obstante que el vendedor ocasional pueda saber que el intermediario, a su vez, venderá el auto a terceros".

Sujetos protegidos

La regla se aplica con respecto al usuario o consumidor. "No es necesario que el último usuario o consumidor haya adquirido el producto directamente del vendedor (...) Puede haberlo adquirido de uno o más intermediarios (...) Puede ser un miembro de la familia del adquirente final, o su empleado, o un huésped en su mesa, o un mero donatario del comprador (...)

(...) El consumo incluye todos los últimos usos para los que el producto es destinado (...) "Usuario" comprende a todos los que pasivamente disfrutan de los beneficios del producto, como en el caso de los pasajeros en

automóviles o aviones, como aquellos que lo utilizan para realizar trabajos en él, como el caso del empleado del último comprador que hace reparaciones en el auto que ha comprado".

Así como el *Restatement* omitió pronunciamiento con respecto al fabricante de piezas, partes y productos intermedios, igualmente no se pronunció sobre la responsabilidad frente a los terceros no consumidores ni usuarios, nos referimos a los llamados terceros (*bystanders).* Como se precisa en el comentario "o", "puede no haber razón para esencial para que tales demandados no sean introducidos dentro del ámbito de la protección establecida (...) Pero la presión social que ha sido grandemente responsable del desarrollo de la regla establecida ha sido una presión de parte de los consumidores, y no existe la misma demanda para una protección para los extraños casuales. El *Institute* no expresa aprobación o desaprobación de una extensión de la regla para permitir el resarcimiento a tales personas".[79]

La sección 402A del *Restatement of Torts (Second)* fue rápidamente adoptada por la gran mayoría de las jurisdicciones estatales que hicieron de ella el texto sobre el cual basar los pronunciamientos que en adelante tendrían lugar, llevando adelante, de acuerdo a la nueva regla, el desarrollo de la responsabilidad del productor. Ciertamente, podemos afirmar que esta sección 402A consolida "el inicio de una revolución", tomando la expresión destacada por George Priest,[80] en la evolución de la responsabilidad del productor en el derecho norteamericano, caracterizado por la declarada nota de objetividad del criterio de imputación.

Estando a las consideraciones expuestas, vale destacar sobretodo, el hecho que a partir de este *Restatement* se inicia un desarrollo galopante en la presente materia, pasándose de un sistema de responsabilidad por garantía a una enorme fuente de litigio en términos procesales. En lo que respecta a los problemas conceptuales en torno a la "defectuosidad", éstos no pasan desapercibidos, al contrario, las consecuencias de ello llevarán a las cortes y estudiosos a la toma de posiciones oscilantes y varias, con la lógica repercusión en la delimitación de esta responsabilidad. El tema de los defectos de diseño o elaboración *–desing defects–* así como la sub-especie, llamados defectos de advertencia *–defecto de advertencia–* no fue abordado directamente en el *Restatement,* fue la jurisprudencia la que en

[79] The American Law Institute, *Restatement of the law (Second), Torts,* 2d, vol. 2, St. Paul Minn., 1965, p. 348 ss.

[80] Priest, G., *"Strict Products Liability: The Original Intent"* , en Cardozo L. Rev., vol. 10, N° 8, 1989, p. 2301.

adelante se vio frente a la posibilidad de aplicar la nueva regla a estos casos. No obstante, la jurisprudencia se mostró orientada a continuar aplicado a estos casos el tradicional estándar de responsabilidad, la culpa.[81] Como se verificará más adelante, los pasos sucesivos en esta evolución, no estuvieron precisamente en la mente de quienes proyectaron la sección 402A, de los fundadores del moderno régimen de *torts*.

5 *Notas marcadas por la jurisprudencia en los años que siguieron en la aplicación del nuevo régimen consolidado por la sección 402A del Restatement (Second) of Torts*

Hasta aproximadamente 1980, los avances llevados a cabo por la jurisprudencia norteamericana se revelaron sustancialmente a favor de la víctima. Se afianza la regla de la responsabilidad objetiva. Pero, lo que resulta significativo en esta evolución es que se presta gran atención a un orden diverso de defectos con respecto a los defectos de fabricación. En efecto, se atiende a los defectos de elaboración y a los defectos de indicación o advertencia, a los que una opinión autorizada de la doctrina[82] prefiere referirse bajo la denominación de "riesgos genéricos de producto" (*generic product hazards)*, vale decir, riesgos que se hallan en la elaboración y en el mercadeo de lo producido. Se lleva a cabo una separación analítica de estos tipos de defectos.[83] Y es precisamente la impensable aplicación de la sección 402A al ámbito de los defectos de elaboración o diseño que da lugar al carácter explosivo de la responsabilidad del productor en los Estados Unidos, con la consiguiente diversidad e incertidumbre respecto al criterio de imputación aplicable.

Durante los años 70, la flexibilidad de la noción de "defecto" se hace manifiesta a través de resoluciones de la propia Corte Suprema del estado de California –la Corte que se hiciera famosa con el caso *Greenman* instaurando la regla de la responasbilidad objetiva del productor–. También la flexibilidad de las nociones se hace notar respecto a las denominadas defensas[84] y a la aplicación del concepto de causalidad, siendo respecto a esta última que surgen casos en que se pone el problema de la identificación del responsable.

---

[81] *Ibidem*, p. 2303.

[82] Henderson, J. A. Jr., *"Judicial Review of Manufacturers' Conscious Design Choices: The limits of adjudication"*, en Colum. L. Rev., vol. 73, 1973, p. 1531 ss.

[83] Priest, G., op. cit., *"Strict Products Liability: The Original Intent"*, 1989, p. 2330.

[84] Se llaman así en el derecho del *common law* a los medios sustantivos de los ue se vale el demandado para contradecir una acción interpuesta contra él.

En este período surgen nuevas teorías de carácter económico y moral,[85] a través de las cuales se trata de justificar el sistema de la *strict products liability.* Se produce un exacerbado incremento de los litigios que se llevan a los tribunales motivado por los cambios en las reglas de la responsabilidad y por razones de índole cultural. Entre los efectos a los que esta nueva situación daba lugar se hallan una revisión de los fundamentos de la responsabilidad objetiva aplicada a esta materia, formulándose soluciones de carácter administrativo; la bancarrota de diversas empresas; y lo que es más, se atribuye en gran parte a dicho incremento de los litigios procesales a la crisis del 1975-76 que sufriera el campo de los seguros de responsabilidad del productor[86] y más impresionante aún, la crisis de seguros en general que tuviera lugar en 1986, la que generara el alza de precios o el retiro de algunos bienes y servicios del mercado. La mayoría de estados legisló para establecer límites al resarcimiento[87] pero se dejó intacto el sistema de la responsabilidad estricta del productor.

En síntesis, todo ello evidenciaba que una reforma en el sentido de uniformidad era necesaria. En esta línea, surgen propuestas que confían en el desenvolvimiento del mercado en sí mismo, sobre la base de la contratación, así como otras que sugieren la reglamentación a través del sistema de *torts* o el administrativo.

En la década de los '80 se aprecia una variación significativa en el tratamiento de la responsabilidad del productor. En efecto, hasta aquí la visión de los estudiosos y los jueces norteamericanos había sido tendencialmente generosa con la víctima. Pero serán los efectos de la propia evolución que llevaron a adoptar una actitud cada vez más prudente cuando se trataba de atribuir el resarcimiento a la víctima de los daños derivados de producto defectuoso. Se asiste de este modo, según una calificación otorgada por un sector importante de la doctrina norteamericana,[88] a una etapa "a favor del demandante" en esta evolución, esto es, se retorna a

[85] Uno de los juristas más representativos, Calabresi, G., *The costs of accidents* (1970).

[86] Estas preocupaciones, de uno u otro modo se vieron reflejadas con la dación del *Model Uniform Product Liability Act* 1979 (MUPLA) del que se esperó fuese adoptado por una mayoría de estados, al fin de uniformar los diversos pronunciamientos sobre las pólizas de seguros y sobre la creación de certeza en los incentivos. V. Schwartz, *"The Uniform Product Liability Act-A Brief Overview"*, en *Vand. L. Rev.*, vol. 33, 1980, p. 579 ss.

[87] V. Priest, G., *"The Current Insurance Crisis and Modern Tort Law"*, en Yale L. J., vol. 96, 1987, p. 1521 ss.

[88] Henderson, J. - Twerski, "Closing The american Products Liability Frontier: The Rejection of Liability Without defect", en N.Y. L. Rev., vol. 66, 1991, n.° 5, p. 1271 ss.

una visión favorable al demandado, en este caso, el productor.[89] Con el renacimiento de un tipo de orientación conservadora a nivel social y gubernamental, en esta década se siente ya la pérdida de entusiasmo judicial y legislativo por la doctrina difundida por la sección 402A, calificada como una doctrina "a favor del consumidor", la cual comienza a perder fuerza.

Esta nueva orientación conservadora se manifiesta claramente con respecto a los casos de defectos de elaboración *(desing defects)*, cuando las cortes reemplazan el *consumer expectations test* con el *risk utility test*, basado este último en un examen de los costos y beneficios que reporta un producto para determinar si es o no defectuoso.[90] No obstante el interés de las cortes por determinar nuevos estándares de responsabilidad y en cuestionar la aplicación de la responsabilidad objetiva a ciertos contextos en que resulta más apropiado aplicar la culpa, todo ello no significa el regreso a la situación que precedió la explosión de la revolución, pues las circunstancias son ahora otras, lo que sí es verdad es que los esfuerzos estaban puestos en reajustar el desbande a que había llegado la evolución de la responsabilidad objetiva del productor. A este proceso de reajuste Henderson ha llamado con razón la *"quiet revolution"*,[91] una suerte de contrarrevolución al interno de este proceso - lo que explicaremos en la siguiente sección de este capítulo -, que se hace evidente a través de una reducción notoria de los litigios que llegan a las cortes federales norteamericanas, en especial, en el período que va del 1985 al 1990.[92] Ahora bien, si de un lado era claro que el derecho se había orientado decididamente hacia la protección de la víctima, de otro lado, la jurisprudencia expresa su rechazo hacia la aplicación de un criterio de responsabilidad absoluta del productor y en esta línea de tendencia se considera indispensable la presencia de un "defecto" al fin de imputar la responsabilidad.[93]

---

[89] En la jurisprudencia norteamericana es evidente el reajuste de la que había venido siendo una sorprendente evolución. En este sentido se puede citar el caso *Brown v Superior Court (Abbot Laboratories)*,751 P 2d 470, 1988, en materia de productos medicinales.

[90] D. Owen, *"Products Liability Law Restated"*, en South Carolina L. Rev., vol. 49, 1998, p. 273.

[91] Queriendose significar por *"quiet resolution"* una respuesta silenciosa a un proceso de resolución anterior. Henderson - Eisemberg, *"The Quiet Revolution in Products Liability: An Empirical Study of Legal Change"*, en UCLA L. Rev, vol. 37, 1980, p. 479 ss.

[92] *Ibidem*, p. 518

[93] Se tratará en el tercer capítulo sobre la importancia de la determinación de la defectuosidad a los efectos de establecer la responsabilidad del productor. Se defiende esta posición.

Las discusiones doctrinarias en torno al régimen de la responsabilidad del productor, motivadas por lo que sucedía en el sistema norteamericano en este período, son útiles o más bien, interesan al medio Europeo, en cuanto la Directiva CEE de 1985[94] que regula la responsabilidad del productor adopta en gran parte el modelo, si así podemos referirnos al sistema, norteamericano en esta materia, y no en cuanto a los detalles que atienen a las características del mercado estadounidense, bastante complejo y por ello demandante de soluciones varias e inmediatas a los momentos de la llamada crisis que se presencia en los años'80. Pero, el interés en conocer las diversas posiciones interesan desde una perspectiva más general, como es, el verificar que el descontento con el moderno régimen de la responsabilidad del productorno podía atribuirse sólo a él sino al sistema más general de la *torts liability*. No obstante, el debate doctrinario norteamericano refleja una atención por tratar los daños derivados de productos defectuosos como problema completamente desligado del sistema más amplio y general de *torts*, lo que los propios estudiosos de ese sistema han calificado de no positivo y que aún siendo tal la situación, Europa acoge el modelo instaurado con la sección 402A del *Restatement (Second) of Torts.*

6 *El Restatement (third) of Torts: Products Liability*

Atendiendo a las dimensiones de la expansión de la *responsabilidad del productor* luego de la promulgación de la sección 402A del *Restatement (Second) of Torts* en 1965, el *American Law Institute* anunció en 1991 que el primero de los nuevos *Restatements* sería el *Restatement (Third) of Torts: Products Liability.* En 1992, los profesores James A. Henderson y Aaron D. Twerski, publicaron un artículo en el cual, se llamaba la atención para la sustitución de la sección 402A,[95] inmediatamente después, fueron seleccionados por el ALI para asumir la tarea de elaboración del proyecto, siendo así que empezó el proceso de conversión de una simple sección, la sección 402A del segundo *Restatement* en un completo e independiente *Restatement*,[96] en efecto, se realiza todo un volumen dedicado a la presente materia.

---

[94] V. *infra*, Capítulo II de la Segunda Parte.

[95] J. Henderson - A. Twersky, "A Proposed Revision of Section 402A of the Restatement (Second) of Torts", en Cornell L. Rev., vol. 77, 1992, p. 1512 ss.

[96] Antes de la publicación de la última versión del *Restatement (Third) of Torts: Products Liability* en 1998, el *American Law Institute* publicó un total de 12 proyectos referentes a

La estructura del *Restatement* es la siguiente:

El llamado *Responsabilidad del productor Restatement* se divide en 4 capítulos, los que a su vez se dividen en sub-títulos (20 secciones). La piedra angular del *Restatement* está constituida por el primer capítulo, titulado *"Liability Rules Aplicable to Products Generally"*. En esta parte se establecen los principios fundamentales referentes a la imputación de la responsabilidad, al precisarse los llamados estándares de responsabilidad así como los métodos de prueba. Las primeras dos secciones contienen los principios de responsabilidad, basados en el concepto de "defectuosidad", los que se aplican a todos los productos en general. La tercera sección describe la doctrina de la llamada "prueba circunstancial", que se asemeja a la *res ipsa loquitur*, a través de la cual se establece la defectuosidad cuando el modo en que el accidente se ha producido revela que ha sido causado por un producto defectuoso. La cuarta sección describe el efecto que tiene el hecho que un producto viole los estándares normativos referentes a la seguridad de un producto.

Las secciones comprendidas entre la quinta y la octava establecen los principios que rigen la responsabilidad de los vendedores de tipos particulares de productos: partes componentes, productos medicinales, alimentos y productos usados. Las secciones comprendidas entre la novena y la décimo cuarta se refieren a otros deberes especiales: falsa representación (*misrepresentation*), deberes post-venta de informar y hasta retirar el producto del mercado, y las responsabilidades que deben asumir las empresas que suceden a otras. Las secciones comprendidas ente la décimo quinta y la décimo octava se refieren a las materias de causalidad y a las defensas positivas que se fundan en el hecho del usuario y cláusulas de exclusión de responsabilidad contractual. Las últimas secciones, de la décimo novena a la vigésimo primera, contienen definiciones de "producto", "vendedor" y "daño".

Nos interesa en modo especial a los efectos del presente estudio -referido a la naturaleza y límites de la responsabilidad del productor-, poner de relieve las tres primeras secciones del citado *Restatement (Third)*, en cuanto que son ellas que contienen los fundamentos del moderno régimen de responsabilidad del productor en el sistema de los Estados Unidos. Ellos pueden sintetizarse en el siguiente corolario: "Las empresas

varias partes del trabajo. El último proyecto fue aprobado por unanimidad de los miembros del ALI y publicado el 1° de abril de 1997. El ALI se reúne anualmente en mayo de cada año para debatir las modificaciones a los mencionados proyectos. Después de la reunión de mayo del '97 se hicieron enmiendas al proyecto final, siendo luego publicado a mediados de 1998.

comerciales son responsables por los daños causados por los defectos de los productos que ellas venden".

El capítulo I del citado *Restatement*[97] se titula "Responsabilidad de los vendedores comerciales de productos basada en los defectos de productos al tiempo de la venta"; el primer tópico titulado "Las reglas de responsabilidad aplicables a los productos en general", contiene las directivas fundamentales sobre las que se erige toda la normativa en materia de responsabilidad del productor en el sistema norteamericano. A continuación se transcribe las dos primeras secciones que ocupan nuestro interés:

> "S 1. Responsabilidad del vendedor comercial o distribuidor por daño causado por los productos defectuosos.
> (a) El que se haya comprendido en la actividad de venta de productos y vende un producto defectuoso está sujeto a la responsabilidad por el daño a las personas o a la propiedad generado por el defecto de los productos.
> (b) Un producto es defectuoso si, al tiempo de la venta, ése contenía un defecto de fabricación, o es defectuoso en la elaboración, o es defectuoso por las inadecuadas instrucciones o advertencias.
> S 2. Categorías de producto defectuoso
> Un producto es defectuoso cuando, al tiempo de la venta o distribución, contiene un defecto de fabricación (manufacturing defect), es defectuoso en el modelo (desing defect), o es defectuoso por instrucciones o advertencias inadecuadas (warning defect). Un producto:
> (a) contiene un defecto de fabricación cuando el producto de aleja del modelo original aún cuando se haya ejercitado todo el cuidado posible en la preparación y marketing del producto;
> (b) es defectuoso en el modelo cuando los riesgos previsibles de daño que genera el producto pueden ser reducidos o evitados, a través de la adopción de un modelo alternativo razonable (reasonable alternative desing), por el vendedor u otro distribuidor, o un antecesor en la cadena distributiva comercial, y la omisión del modelo alternativo haga que el producto no sea razonablemente seguro;
> (c) es defectuoso por inadecuadas instrucciones o advertencias cuando los riesgos de daño previsibles generados por el producto han podido ser reducidos o evitados con el ofrecimiento de instrucciones y advertencias razonables de parte del vendedor u otro distribuidor, o un antecesor en la cadena distributiva comercial, y la omisión de las instrucciones o advertencias haga que el producto no sea razonablemente seguro".

[97] American Law Institute, *Restatement of The Law of Torts (third): Productos Liability*, publicado por el American law Institute Publishers, St. Paul, Mn, 1998.

Como se puede apreciar, la sección 2 de este *Restatement* acoge expresamente la conocida clasificación tripartita de los defectos, afianzada y difundida por la doctrina y jurisprudencia norteamericanas, nota que la distingue de su antecesor, la sección 402A del *Restatement (Second) of Torts*, no obstante que desde la adopción de éste, a mitad de la década del '60, se vio la necesidad de adoptar perspectivas distintas para el análisis de cada uno de tales defectos, diferencia que fue aceptada como axioma desde entonces. Se establecen de este modo tres estándares de responsabilidad en los que ha de basarse el moderno derecho de la responsabilidad del productor.[98]

Constituye ésta, la parte estructural del nuevo *Restatement*, y si bien, no se trata de un dispositivo legal, representa la directiva más importante que en adelante tendrá la jurisprudencia norteamericana en la decisión de los casos de responsabilidad del productor. Después de tantos años de opiniones encontradas en lo que respecta a los casos de defectos de diseño y defectos de advertencia o información, porque como es sabido, este preciso tema no fue abordado por el *Restatement* anterior, el *American Law Institute* asume una posición en este tema. No obstante existir un pronunciamiento respecto al criterio normativo de imputación con respecto a los defectos de elaboración o modelo, el debate doctrinario continúa, pues el *Restatement* ha acogido la opinión de sólo un sector de la doctrina, ésta como se verá más adelante no es unánime. Las críticas a la nueva sección 2 del *Restatement Third* son múltiples. Habiendo llegado a este punto, se puede afirmar que éste es, en sustancia, el estado actual de la responasbilidad del productor en Estados Unidos.

Finalmente, por lo que consideramos pertinente destacar, la sección 3 ha previsto un método para determinar la defectuosidad, aplicable a los casos en que la prueba específica contemplada en las definiciones de la sección 2, haya sido destruida en accidente o, de otro modo, no sea disponible. En tales casos, esta sección permite inferir de las circunstancias del accidente que éste tuvo lugar por causa de un producto defectuoso. Así se lee en esta sección:

> "S. 3. Prueba circunstancial como base de la inferencia de un producto defectuoso
> Puede inferirse que el daño sufrido por la víctima fue causado por un producto defectuoso existente al tiempo de la venta o distribución, sin probarse un defecto específico, cuando el accidente que dañó a la víctima:

[98] Owen, D., *"Products Liability Law Restated"*, en South Carolina L. Rev., vol. 49, 1998, p. 281.

(a) fue del tipo que sucede ordinariamente como resultado de un producto defectuoso; y
(b) no fue solamente, en el caso en particular, el resultado de causas distintas al producto defectuoso al momento de la venta o distribución".

Esta sección contempla una aplicación del principio *Res Ipsa Loquitur*. Se ha señalado que en esta sección ha sido acogida la doctrina llamada *"malfunction doctrine"*,[99] en virtud de la cual, cuando lo aconseja la lógica y la equidad, se pone solución a diversos problemas de prueba que afronta la víctima cuando no se dispone de un medio directo de prueba de un específico defecto.

Sin perjuicio de retomar en la siguiente sección y en el último capítulo de este trabajo, el examen de algunas de las nociones fundamentales que sostienen la moderna *American Products Liability*, se destacará sólo en esta parte, algunos de los aspectos de la estructura de este último *Restatement*.

No obstante que el *Responsabilidad del productor Restatement* marca un estadio importante de la evolución en esta materia, lo hace en forma no del todo clara. En efecto, en un primer plano establece, en la primera sección, un solo principio de responsabilidad por la venta de "productos defectuosos", enseguida, en la siguiente sección, prevé la distinción de los defectos. Así, conforme al principio general, la responsabilidad del productor se funda en la existencia de un "producto defectuoso", no así en la culpa como criterio de imputación, en consecuencia, podría pensarse que se ha consagrado un principio de responsabilidad objetiva, la que ha dominado la materia durante las últimas tres décadas. Sin embargo, se debe notar, que bajo la denominación "defecto" se abraza también al llamado defecto de diseño y al defecto de advertencia, que sustancialmente exigen el criterio subjetivo de imputación. Es a este punto, que interviene la segunda sección para establecer estándares diversos para cada defecto: la sub-sección 2(a) define la responsabilidad por los defectos de fabricación en términos de una verdadera responsabilidad objetiva, las otras dos sub-secciones 2(b) y 2 (c) definen la responsabilidad por los defecto de diseño y defecto de advertencia en términos de culpa, sin dejar de notarse que todos ellos se hallan bajo la etiqueta "defectuosidad".

Con respecto al estándar de responsabilidad contemplado para los casos de defectos de fabricación, la aplicación de la responsabilidad objetiva ha sido pacífica, lo revelan así los debates llevados a cabo en el

[99] La *"malfunction doctrine"* ha sido adoptada expresamente por un buen número de estados en norteamérica, y ha sido aplicada implícitamente por otros. V. Owen, *op. cit.*, p. 281.

ALI.[100] La situación se presenta diversamente con respecto a los otros casos de defectos. El estándar de responsabilidad no es más aquél aplicado tradicionalmente de acuerdo a la responsabilidad objetiva ni de acuerdo a la tradicional culpa. El *Restatement (Third)* ha formulado dichos estándares en términos de la disponibilidad de un modelo o instrucciones o advertencias alternativas razonables para los defecto de diseño y defecto *de advertencia* respectivamente (desponibilidad de algún diseño o información razonablemente alternativo). Conscientes de la naturaleza particular de estos defectos, los redactores del último *Restatement* han optado por un método "funcional"[101] de adecuación de los tests de responsabilidad, considerando que en la teoría se pretende la aplicación de la responsabilidad objetiva, mientras que la práctica exige manejar el lenguaje de la culpa. Siendo oscilante la situación de la doctrina, se centró la atención en lo que había venido siendo la orientación de las cortes en sus sentencias, que por cierto no era unívoca, y de ello resulta la opción por lo que hoy se halla previsto en el *Restatement (Third)*.

La presencia del criterio subjetivo de imputación en las subsecciones 2(b) y 2(c) es revelada por las nociones de "previsibilidad" y "razonabilidad" que ellas contienen, pues, se trata de conceptos de los que tradicionalmente se ha hecho uso para llevar a cabo el examen de la culpa. Claramente, el *Restatement (Third)* ha abandonado la teoría de la *responsabilidad objetiva* para estos dos casos de defectos. El llamado "Test de las expectativas del consumidor" que, bajo la S. 402A del *Restatement (Second)*, era utilizado a los fines de establecer la defectuosidad del producto,[102] viene relegado en el actual *Restatement*, despertándose las críticas de quienes se presentan en defensa de los intereses del consumidor.[103] No obstante este cambio en las definiciones, se reconoce que este desplazamiento de la responsabilidad objetiva hacia una "recuperación" de algunos principios de la responsabilidad por culpa, no representa sino lo que, en los hechos, las cortes norteamericanas han venido desarrollando en la resolución de los casos concretos, aunque si bien no en forma clara y precisa, pues la producción jurisprudencial proclamaba de una parte la

[100] Owen, D., *op. cit.*, p. 284.

[101] Owen, D., *"Defectiveness Restated: Exploding the "Strict" Products Liability Myth"*, U. Ill. L. Rev., 1996, p.743.

[102] El comentario g del *Restatement (second) of Torts* S 402A (1965) definía la "condición defectuosa" como la condición no contemplada por el último consumidor, la cual será irracionalmente peligrosa para él".

[103] V. Little, J. W., *"The Place of Consumer Expectations in Product* Strict liability *Actions for Defectively Designed Products"*, en Tenn. L. Rev., vol. 61, 1994, p. 1189.

teoría de la responsabilidad objetiva para los casos de defecto de diseño y defecto de advertencia, pero del contenido de las resoluciones resultaba que los jueces aplicaban el llamado test costo-beneficio -basado en un examen de costo-beneficio-, así como las renombradas nociones de previsibilidad y razonabilidad.[104]

El *Restatement (Third)*, como se infiere de la evolución del debate doctrinario que se examina en la sección siguiente, no establece un nuevo derecho de la responsabilidad del productor en los Estados Unidos, más bien recoge en forma ordenada el momento de desarrollo del derecho ya existente en esta específica materia, asumiendo, por cierto, posición con respecto a determinados aspectos con referencia a los cuales no hay consenso. Dada la naturaleza propia del *Restatement of the Law*, investido de la autoridad que le confiere el hecho de tratarse de una producción del *American Law Institute*, su influencia en la evolución del derecho es indiscutible.

A este punto, torna útil remitirnos, por cuanto ilustrativo, al cuadro esquemático que presentan dos estudiosos norteamericanos Steven P. Croley y Jon D. Hanson, sobre la evolución que ha tenido, desde el siglo pasado hasta la presente década, el tratamiento de la responsabilidad civil del productor.[105] En su brillante artículo *"Rescuing The Revolution: The revived Case for Enterprise Liability"*, cuya traducción sería "Al rescate de la revolución: el redescubrimiento de los fundamentos para una responsabilidad de empresa", los autores presentan un esquema de cómo la responsabilidad del productor ha pasado de un extremo dado por una responsabilidad absoluta del consumidor a otro, el de una responsabilidad absoluta del productor. En el tránsito de uno al otro extremo, tiene lugar la intervención de la negligencia, la llamada *res*ponsabilidad objetiva como los criterios o estándares de responsabilidad que se suman a los precedentemente mencionados.

Se puede caracterizar el régimen del siglo pasado como uno de responsabilidad absoluta del consumidor. *Winterbottom v. Wright* (1840) representa el clásico caso en este sentido.

---

[104] En este sentido se coloca un sector importante de la doctrina norteamerican. V. J. Henderson - A. Twerski, *"Doctrinal Collapse in Products Liability: The Empty Shell of Failure to Warn"*, en N.Y.U.L. Rev., 1990, p. 265 ss.; S. Birnbaum, *"Unmasking the Test for Design Defectos de diseño: Fron Negligence (to Warranty) to Responsabilidad objetiva to Negligence"*, en *Vand. L. Rev.*, vol. 33, 1980, p. 593 ss.

[105] S. Croley - J. Hanson, "Rescuing the Revolution: The Revived Case for Enterprise Liability", en Mich. L. Rev., vol. 91, 1993, p. 683 ss.

El caso *MacPherson*, cuya difusión se debió fundamentalmente al hecho de haber constituido un hito en la superación de la regla de la relatividad contractual, representa el desplazamiento de la responsabilidad absoluta del consumidor al criterio o estándar de la negligencia, haciendo extensiva su aplicación no sólo a aquellos casos que se refirieran a los productos "inminentemente peligroso" sino siempre que un producto pusiera en peligro la vida o la salud de una persona. Siguiendo el esquema que llamaremos en adelante Croley-Hanson, el nuevo criterio de responsabilidad, la culpa, puede ser variado mediante contrato, sólo en tanto se aplique al comprador. Por tanto, este caso significa sólo un cambio de criterio de responsabilidad.

El caso *Henningsen* desplazó el criterio de responsabilidad a la responsabilidad objetiva. Conforme se desprende de la sentencia, el estándar de responsabilidad que permite la atribución de los riesgos del producto no era susceptible de modificación por la vía contractual, por ende, se trataba ahora de una cuestión que se refería al ámbito extracontractual (*torts*).

El caso *Greenman* representa la consolidación de la responsabilidad objetiva, hasta la cual se había llegado en cierta forma con *Henningsen.*

Sucesivamente, el *American Law Institute* (ALI) promulgó el *Restatement (Second) of Torts.* La sección 402 del segundo *Restatement* instaura la nueva doctrina de la responsabilidad objetiva. De esta manera se reflejaron y se afianzaron los cambios que mediante los clásicos casos de la jurisprudencia norteamericana habían tenido lugar. No obstante el punto de desarrollo alcanzado, no ha sido simple la comprensión de la sección 402A, a la cual, bien puede ubicársele, siguiendo el esquema Croley-Hanson en el rubro de la responsabilidad por negligencia impuesta por la ley, vale decir, sin posibilidad de ser negociada por las partes de un contrato, y en el de la responsabilidad objetiva. En efecto, si de una parte los términos de la sección 402A señalan que un fabricante de un producto "irrazonablemente peligroso" será considerado responsable por los daños causados por su producto sea que haya sido o no el fabricante negligente, de otra, resulta que en los hechos, para determinar cuándo el producto debe ser "irrazonablemente peligroso" o "defectuoso", se debe hacer referencia a un estándar que el producto debe alcanzar, que puede ser equivalente a la sujeción del fabricante al estándar de la negligencia. La regla así articulada no se aplica a los productos cuyo riesgo es evidente, ni a los "inevitablemente inseguros" ni a los productos de cuyo riesgo los consumidores han sido advertidos.

En todo caso, la sección 402A no alcanza el último criterio o estándar del esquema que se ha tomado como referencia, cual es la responsabilidad absoluta del productor. La revolución de la responsabilidad del pro-

ductor no llegó a este último nivel. Los primeros años de la misma mostraron el desplazamiento de la responsabilidad absoluta del consumidor a la negligencia para llegar a la responsabilidad objetiva. Y, recientemente, puede decirse que la expansión hacia la responsabilidad absoluta del productor ha cesado, no es más en esa dirección. La doctrina y jurisprudencia norteamericanas demuestran que en los tiempos actuales, las cortes parecen volver la mirada hacia el criterio de la negligencia. Dejamos puesta la pregunta: ¿Se regresa entonces, en el sistema norteamericano, al criterio subjetivo de responsabilidad, la culpa? La posible respuesta podrá desprenderse de cuanto se examina sustancialmente en la sección siguiente de esta investigación.

CAPÍTULO II

El debate académico y las varias teorías en la moderna *"American Products Liability"*

En esta parte se examinan fundamentalmente las razones que han impulsado el desplazamiento de un tratamiento tradicional hacia la que se conoce como la moderna *Products Liability*. El primero caracterizado, como se ha apreciado en la sección precedente, por el exacerbado rigor del principio de relatividad contractual (*privity of contract)* y el reconocimiento de un régimen de responsabilidad basado en la culpa. El segundo, en cambio, siguiendo la evolución de los acontecimientos hacia los años '60s en adelante, viene marcado por la adopción de un régimen objetivo de responsabilidad y la prescindencia del principio de la relatividad contractual en ámbito de la responsabilidad del productor. A este estadio de la evolución conceptual se refiere en doctrina como la "revolución de la *products liability"*, cuyas consecuencias fueron mucho más allá de lo esperado por quienes impulsaron la reforma.

No se puede dejar de reconocer que en el desarrollo no pacífico de las ideas y teorías sobre la responsabilidad del productor, como lo es en toda la materia de daños (*Torts)*, el rol de la jurisprudencia es y ha sido determinante. Como Epstein ha señalado, actualmente se reconoce cada vez más que el derecho de *Torts* representa una forma de reglamentación gubernamental que en este caso, ha partido de los propios jueces, y todo ello, como parte de un complejo sistema de control social [1]. En el derecho de la *products liability,* antes de la explosión de la llamada revolución, ya existían antecedentes que apuntaban a la modernidad de las teorías. La sección anterior muestra que la llamada responsabilidad objetiva es el producto de toda una evolución que se evidencia sea a través de las varias excepciones a la doctrina de la relatividad contractual, sea a través de una serie de modos y vías para conceder el resarcimiento de los daños a las víctimas de productos defectuosos así como con la orientación hacia la expansión de la responsabilidad del productor. El impacto que ha tenido

---

[1] V. Epstein, R. A., *"The Unintended Revolution in Product Liability Law"*, en Cardozo L. Rev., vol. 10, n.° 8, 1989, p. 2193 ss.

la llamada "revolución" se ve reflejado en la frecuencia y severidad de las acciones judiciales, las que han sido masivas[2]. El incremento de los casos de responsabilidad del productor ha sido impresionante y se reconoce preponderantemente a la labor de los jueces el haber propulsado dicha explosión. De este modo, la acción legislativa no es protagonista ni artífice de la reforma del conspicuo desarrollo de la *products liability*, la que se ve desplazada a un plano secundario, ocupado por la reglamentación concerniente a las medidas de seguridad de los productos. Como destaca Epstein, "se ha perdido el verdadero sentido de la adecuada distribución de poderes entre las cortes y la legislatura".[3]

1 *Primera generación del debate doctrinario. La consagración y defensa de la Strict Lliability o Responsabilidad objetiva*

El debate a nivel de doctrina en los Estados Unidos se intensifica a medida que la jurisprudencia consolida la regla objetiva de responsabilidad del productor. Nos ubicamos en el período de la evolución de los años 60. El cambio que se produce significa para la industria norteamericana importantes innovaciones a nivel de legislación y a nivel económico. Entre los cambios en materia de responsabilidad civil, pueden citarse la tendencia a la distribución de la responsabilidad, las dificultades de individualización del responsable conducen a la creación de nuevas teorías que expliquen la relación causal en términos probabilísticos[4], la posibilidad de una atribución retroactiva de responsabilidad[5]. Todo ello va acompañado del énfasis en una interpretación extensiva de las garantías contractuales y la exaltación del *res ipsa loquitur*, que no es sino la expresión latina de que las cosas hblan por sí mismas.

Ciertamente, el desarrollo que experimenta el área de la *responsabilidad del productor*forma parte de una más amplia y general convulsión de las ideas en el campo de la responsabilidad civil norteamericana. Así, cabe citar el área de los daños derivados por la contaminación ambiental, los

[2] Así, "el número de los casos de *products liability* que llegaron a las cortes de los distritos federales se incrementaron de 1,579 en 1974 a 13,554 en 1985, esto es, un incremento del 758 por ciento". En *The Product Liability Reform Act*, S. Rep. N° 422, 99th Cong., 2d Sess. 6 (1986).

[3] Epstein, R. A., *op. cit.*, p. 2194.

[4] Por ejemplo, en ámbito de productos medicinales surge y se difunde la teoría de la *"Market share liability"*, entre otras.

[5] V. Schwartz, G., *"New Products, Old Products, Evolving Law, Retroactive law"*, en N.Y.L.R., vol. 58, 1983, p. 796 ss.

que se generan en ámbito laborativo, la evolución de los llamados daños punitivos, y las demás consecuencias del desarrollo industrial. Diversas han sido las explicaciones que los estudiosos han dado a esta evolución del ordenamiento norteamericano. Si bien, cada una de ellas responde a una base teórica con examen de las consecuencias lógicas en cada caso, es posible desprender de los varios estudios que los cambios experimentados en el caso norteamericano, entre los cuales nos interesa en particular, la categoría de la responsabilidad del productor, son un reflejo de la necesidad de un mayor control gubernamental y del incremento de la responsabilidad individual[6], en un contexto de desarrollo industrial que demanda una adecuada política de atribución de los costos en el sistema de producción[7]. En sustancia, es este reconocimiento que se lee en los que asumen la defensa de un régimen de responsabilidad objetiva del productor. En particular, se hará referencia a la teoría de la llamada *"Enterprise liability"* o responsabilidad de empresa que el Prof. Priest[8] reconstruye sobre

[6] V. Lester W. Feezer, *"Tort Liability of Manufacturers and Vendors"*, en Minn. L. Rev., vol. 16, 1925

[7] Cfr. Shavell, S., "Strict liability *versus Negligence"*, en J. Legal Studies, vol. 9, 1980.

[8] V. Priest, G.,*"La scoperta della responsabilità d'impresa: una storia critica delle origini intellettuali del moderno sistema di responsabilit´civile"*, trad. a cura di Giulio Ponzanelli e Chiara Somarè, en Resp. civ. e prev., 1985, p. 275. Puede señalarse que la responsabilidad de empresa viene a configurarse como una teoría luego de los esfuerzos de Fleming James y Friedrich Kessler, quienes iniciaron sus trabajos en ese sentido, independientemente, en los años '40 y '50. Se reconoce a James el haber puesto de relieve en su propuesta de reforma del derecho de Torts el mérito que tiene la distribución de los riesgos -risk spreading -, en un sistema de internalización de los costos de la actividad, en el modo más extenso posible, sea a través del mecanismo de precios, a modo de hacerlos imperceptibles. La posición de James lo llevó a ser cada vez más crítico con respecto al sistema de la culpa, precisando que la atribución de a responsabilidad por los daños en cabeza de quien se comportó culposamente no habría ejercido influencia en la conducta del mismo, y que en cambio, los esfuerzos de las grandes empresas como las compañías de seguros habrían contribuido a la prevención de los accidentes. Su perspectiva apuntaba a un sistema de seguridad social. Su razonamiento lo conduce ciertamente a mostrarse favorable no sólo a un sistema de responsabilidad objetiva sino hasta preferir uno de absolute liability, notando que la expansión de los mecanismos de seguros habían hecho obsoleto el sistema de la culpa. V. F. James, *"Contribution Among Joint Tort Feasors: A Pragmatic Criticism"*, en Harv. L. Rev., vol. 54, 1941, p. 1156; F. James, *" Accident Liability Reconsidered: The Impact of Liability Insurance"*, en Yale L. J., vol. 57, 1948, p. 568 ss. Es importante subrayar que James consideraba necesario demostrar que sus propuestas, orientadas a una mayor distribución de los riesgos, debían ser sustentadas por los propios hechos, así , se remitía a los estudios que se publicaban en materia de indemnización por accidentes automovilísticos

la base de algunos trabajos precedentes en doctrina y de las decisiones de la jurisprudencia norteamericana. Se trata, no de un enfoque diverso de los elementos estructurales determinantes de los cambios que presenta la experiencia norteamericana, sino más bien, puede calificarse como un esfuerzo de organización sistemática y coherente concepción de un método orientado a un adecuado control de los daños derivados de la actividad industrial.

El caso *Greenman* representa el punto de llegada de este desarrollo hacia la responsabilidad objetiva, consagrando el "defecto" como noción central de la misma, pero a su vez, representa el punto de despegue de aquella llamada "revolución conceptual" que experimenta no sólo la *responsabilidad del productor*sino todo el sistema de la responsabilidad civil norteamericano[9]. Se reconoce en definitiva, que la adopción de la sección 402A del *Restatement (Second) of Torts* en 1965 inicia, se puede decir en cierto modo oficial, una significativa reforma en el derecho norteamericano de daños. En efecto, según el texto del *Restatement*, el estándar de responsabilidad era en adelante, el de la responsabilidad objetiva por productos defectuosos e irrazonablemente peligrosos, con lo cual, se transformaba el terreno de la responsabilidad del productor de un ámbito definido por la *warranty* o responsabilidad por garantía a uno bastante amplio y general, fuente de la litis moderna. Todo ello representa un complejo modelo de responsabilidad cuya instauración comportó efectos que sobrepasaron los límites de lo esperado, como ya nos adelantáramos a mencionarlo en la sección anterior.

El conocimiento de las motivaciones que impulsaron el movimiento a favor de la responsabilidad objetiva permitirá comprender, en un segundo momento, las posiciones que surgen en su contra en el debate doctrinario de los últimos tiempos.

Se seguirá la organización que presentan Croley y Hanson, con respecto a las justificaciones de un régimen de responsabilidad objetiva al que se refieren con la denominación de *"enterprise liability"* (responsabilidad de empresa), siendo la aplicación de éste el que conducirá hacia la expansión de la responsabilidad del productor en los Estados Unidos[10]. Los

en el *"Report of the Columbia Commitee to Study Compensation for Automobile Accidents"*, (1932).

[9] Priest, G., *op. cit.*. .

[10] Cfr. S. P. Croley - J. D. Hanson, *"Rescuing The Revolution: The Revived Case for Enterprise Liability"*, en *Mich. L. Rev.*, vol. 91, 1983, p. 683. Las justificaciones al régimen de la *responsabilidad objetiva* han sido formuladas en términos diversos, pero en sustancia son compartidas por la mayor parte de la doctrina. En esta línea, G. Priest, *"La scoperta della responsabilità d'impresa, op. cit.*, p. 320 ss; Schwartz organiza la clasificación

defensores de este régimen centraron su preocupación en la necesidad de superar las características negativas del mercado de productos. Son fundamentalmente tres las motivaciones más difundidas, que concentran incluso otras justificaciones[11] que sirvieron a la expansión del sistema de la responsabilidad del productor en la experiencia norteamericana.

1.1 *La información imperfecta del consumidor*

Los defensores de la expansión de la responsabilidad del productor adujeron como uno de los argumentos principales para sustentar su posición

de las justificaciones en 6 presupuestos. V. A. Schwartz, *"The Case Against Responsabilidad objetiva*, en *Fordham L. Rev.*, vol. 60, 1992, p. 819.

[11] Un elenco más extenso de las motivaciones que se hallan a la base de la *responsabilidad objetiva* y que describe la política llevada adelante a través de las resoluciones por los jueces norteamericanos, es presentado por Owen en el modo siguiente:

"(1) Los productores ponen en conocimiento del público en forma general una cierta calidad del producto, a través del uso de prácticas publicitarias y de mercadeo, infundiendo confianza en la protección de los consumidores, gracias a la técnica y a la experiencia de la comunidad de productores.

(2) Los consumidors no tienen la capacidad de protegerse a sí mismos en modo adecuado de los defectos de los productos, debido al vasto número y cantidad de producos que se "consumen" para poder ubicarse en la sociedad moderna.

(3) Los vendedores están por lo general, en una mejor posición con respecto a los consumidores, para poder identificar el potencial de riesgo de los productos, para determinar los niveles aceptables de riesgo y para delimitar los riesgos a esos niveles.

(4) La mayoría de accidentes derivados de productos, no generados por un uso abusivo del producto, son atribuidos por lo general, a los actos u omisiones negligentes de los productores en alguno de los niveles de producción o del proceso de mercadeo, y más aún, las dificultades para descubrir y probar la negligencia son siempre insuperables.

(5) La responsabilidad por culpa es generalmente insuficiente para inducir a los productores a poner en el mercado productos seguros.

(6) Los vendedores, casi invariablemente, se hallan en una mejor posición que los consumidores para absorber y difundir los costos de los accidentes derivados de productos.

(7) Los costos de los productos que se derivan de los riesgos típicos inherentes a los productos puede ser colocado justamente en las empresas que mercadean los productos como un costo de la propia actividad, asegurando en ese modo que las empresas pagarán por los beneficios que obtienen de ello en la sociedad."

V. D. Owen, *"Rethinking the Policies of strict Products Liability"*, en Va. L. Rev., vol. 33, 1980, p. 684 - 685.

a favor de la responsabilidad objetiva la situación de desventaja del consumidor en el mercado dada la falta o inadecuada información sobre los riesgos de los productos. Ello debido en parte a que los productores o ponían a disposición información imprecisa o fomentaban el "optimismo" de los consumidores hacia la adquisición de los productos[12]. Este argumento estuvo presente en algunas de las decisiones más conocidas en la historia de la *products liability*. Así, en el caso *Escola*[13], el juez Traynor justificó el régimen de la responsabilidad objetiva en el modo siguiente:

> "El consumidor no cuenta con los medios o la destreza necesaria para investigar por sí mismo sobre el estado de un producto, aún cuando éste no se halle contenido en un paquete cerrado, y el control previo haya sido minimizado por los esfuerzos sensatos de los productores para crear confianza en la publicidad y en los mecanismos de mercadeo como el caso de las marcas".

Se destaca desde esta perspectiva el hecho que en los mercados no sujetos a una reglamentación adecuada, el consumidor se ve tranquilizado por las estrategias de los productores, y consiguientemente no se halla en grado de llevar a cabo decisiones precedidas de una adecuada información.

En el caso *Henningsen*[14] la corte dio especial énfasis a este aspecto del mercado de consumo, y señaló en este sentido:

> "El productor moderno ... no sólo procesa [su producto] logrando que se presente apetitoso, sino que se vale de los diarios, las revistas, los anuncios publicitarios, y la radio para crear toda una sicología de la adquisición y consumo de sus productos". ... "Bajo las modernas condiciones el lego ordinario, al responder a la intermediación de la atractiva publicidad, no tiene la oportunidad ni la capacidad de inspeccionar o determinar la adecuación de un automóvil para el uso al que ha sido pensado; él debe confiar en el productor que estuvo a cargo del control en la elaboración".

[12] El "optimismo" de los consumidores venía representado por el hecho de subestimar los riesgos de los productos y de consecuencia, no demandar un seguro así como productos adecuados para el consumo, debido a la falta de una correcta información. V. G. Calabresi, *The Costs of Accidents*, 56, 1970.

[13] *Escola v. Coca Cola Bottling Co.*, 150 P. 2d 436, 443 (Cal. 1944) (Traynor, J., *concurring*).

[14] *Henningsen v. Bloomfield Motors*, 161 A. 2d 69, 77, 83-84 (N.J. 1960).

Como en el caso anterior, precisamente con respecto a la opinión del juez Traynor, aquí fue la corte la que reconoció la falta de información de los consumidores para efectuar decisiones de consumo y que los productores se aprovechan de ello haciendo publicidad y utilizando técnicas de mercadeo orientadas a la tranquilidad del consumidor.

Se piensa, en este sentido, que haciendo responsable objetivamente al productor, es posible dar una solución al problema de la falta de información del consumidor. En efecto, si los productores tienen que pagar por los daños que causan sus productos, no sería tan fácil aprovecharse de la ignorancia del consumidor en el mercado. Esta responsabilidad determinaría que los productores pongan en práctica mecanismos para lograr una mayor seguridad de los bienes y para poder prever los riesgos. De ello se infiere el corolario según el cual, la situación de un consumidor desinformado exige que se pueda confiar en el productor, en modo que se justifique la inversión en costos de seguridad en el diseño y elaboración de los productos.

1.2 *La disparidad del poder contractual en el mercado*

En efecto, los productores cuentan con una mayor capacidad de negociación para poder resolver los problemas que suscitan los productos defectuosos. Ellos pueden reducir los costos que generan los hechos dañosos derivados de los productos invirtiendo sus recursos para elevar los niveles de seguridad de los productos, mejorar los controles de calidad, mientras que de la otra parte, esto es, de los consumidores, se aprecian las dificultades obvias para lograr tales resultados[15]. Es sobretodo la figura del "contrato de adhesión", a través del cual se realiza una difusión masiva de los productos, que fue tomada como base por los defensores de la expansión de la responsabilidad objetiva, considerándolo un medio de explotación de los consumidores, debido a la clara suscripción de cláusulas desfavorables a estos últimos, hasta la exoneración de responsabilidad en caso de productos inseguros.

La referencia a una teoría de la explotación por medio del contrato es atribuida al estudioso de origen alemán Friedrich Kessler, quien en su clásico artículo intitulado "*Contracts of Adhesion - Some Thoughts About Freedom of Contract*", Kessler criticó la amplísima difusión de los contratos estándar. Así señaló que "los contratos estándar son típicamente utiliza-

[15] V. G. Priest, "*La scoperta della responsabilità d'impresa ...*, op. cit., p. 278.

dos por las empresas con un gran poder de negociación. La parte más débil, que necesita de los bienes y servicios, no se encuentra en la facultad de negociar en mejores términos, sea ya porque el autor del contrato estándar tiene el monopolio (natural o artificial) o porque sus concurrentes utilizan las mismas cláusulas. Su voluntad contractual es casi una sujeción voluntaria en los términos dictados por la parte fuerte, términos cuyas consecuencias son entendidas en modo bastante vago, casi totalmente. De este modo, los contratos estandarizados son generalmente contratos de adhesión ..."[16].

Las ideas de Kessler, aunque si no afrontaron directamente el argumento de la responsabilidad del productor[17], ejercieron notable influencia en el moderno derecho contractual norteamericano y de consecuencia, en el pensamiento de los estudiosos y jueces que se ubican en la primera generación del debate académico sobre la *products liability*. En efecto, además de las teorías relativas a la internalización de los costos y a la distribución de los riesgos[18], una nueva visión del derecho de los contratos ha representado una parte fundamental en el suceso de la consagración de la responsabilidad objetiva.

La observación de Kessler sobre los cambios que se producían en la economía occidental del siglo XIX y que venían a dar nuevas connotaciones a la realidad socio-económica del siglo XX, pone en evidencia cómo el Derecho va al encuentro de nuevas soluciones que se ajusten a las exigencias que plantean los nuevos acontecimientos. En este sentido, el Profesor de origen alemán, de la Universidad de Yale, destacó que la noción de independencia e igualdad entre los comerciantes del siglo pasado había sido reemplazada por una noción, en el presente siglo, de consumidor desinformado, incapaz de ejercer influencia sobre la conducta del productor y por ello, dependiente sólo de la protección que pueda obtener de las cortes, ya que no le es ofrecida por el derecho contractual. La libertad individual, exaltada en el siglo XIX, como consecuencia de los profundos cambios, se ve amenazada y en la práctica minimizada con el crecimiento de los grupos de poder industrial que asumen las riendas de una socie-

[16] F. Kessler, *"Contracts of Adhesion - Some Thoughts About Freedom of Contract"*, en Colum. L. Rev., vol. 43, 1943, p. 629.

[17] En realidad, fue en 1967 que el autor escribe un artículo específicamente sobre la *products liability* bajo este título en la *Yale L. J.*, vol. 76, 1967, p. 887. Pero la influencia de su pensamiento en la formación y "éxito"de la *"enterprise liability"* se debió sobretodo a su filosofía sobre el derecho de los contratos, convenciendo paradójicamente de la inutilidad de las reglas del contrato para la solución de los problemas sobre productos defectuosos.

[18] V. n. 146.

dad de masa. "La declinación del sistema de libre mercado fue uno de los efectos de una tendencia innata del capitalismo concurrencial hacia el monopolio"[19].

Si con la libertad de contrato, en el sistema de libre mercado, la libertad individual hallaría el medio propicio de desarrollo, con el ímpetu del desarrollo industrial, la misma libertad se convierte en instrumento de sujeción de la parte débil en el extenso medio de contratación de masa. En este clima de superioridad e inferioridad generado por los contratos estándar, "la libertad contractual coloca a los empresarios en la posibilidad de legislar a través del contrato, y lo que es más importante, de legislar en un modo sustancialmente autoritario sin emplear, aparentemente, formas autoritarias". Kessler sintetiza esta parte de su pensamiento con un aforisma, según el cual, "el ejercicio de la libertad contractual" se había convertido en "el ejercicio del poder con el contrato"[20].

Partiendo de la consideración del contrato como la más importante fuente legal, las propuestas de Kessler para la reforma de los sistemas sociales modernos, incluyendo los métodos de control del autoritarismo ejercido de parte del gran industrial, se basaron fundamentalmente en la reglamentación del poder contractual, centrando su atención en la noción de "precio justo"[21] y en la constatación de la posición de inferioridad en que se halla el consumidor. Destacó el rol de la jurisprudencia a los fines de la aplicación de los principios de buena fe y corrección, lo que permitiría controlar el ejercicio arbitrario del poder de la parte económicamente más fuerte[22]. Esta última conclusión que se infiere del pensamiento de

[19] Kessler, *"Contracts of Adhesion ..."*, p. 640. Es notable, entre los cambios que se producen en la economía, el incremento de la integración vertical e la contratación y el desarrollo de técnicas sofisticadas para el control de la distribución de los productos. Primero, eran las empresas capaces de controlar y regular la distribución de los bienes entre los productores y consumidores, luego, con el incremento de la intermediación, es cada vez más difícil ver que un mismo empresario sea a la vez distribuidor y mayorista. La sociedad del pequeño empresario, del pequeño comerciante y artesano del siglo pasado, para los cuales estuvo pensado el derecho contractual de esa época, hoy ha sido superada. Los estudios que llevó a cabo sobre esta materia, condujeron a Kessler a la conclusión que el derecho de los contratos era el principal instrumento para alcanzar el control vertical de la distribución y al mismo tiempo, una amenaza a la libertad. Para que la industria pudiera desarrollarse era necesario que el sistema legal garantizara la libertad de contrato. *Ibidem*, p. 632 ss.

[20] *Ibidem*, p. 642.

[21] *Ibidem*, p. 637.

[22] Kessler, F., *"Culpa in Contrahendo, Bargaining in Good Faith, and Freedom of Contract: A Comparative Study"*, en Harv. L. Rev., vol. 77, 1964.

Kessler pone énfasis en que, si las cortes eran las que asumían una gran responsabilidad en la protección del consumidor, resultaba que el derecho contractual no manifestaba ser un óptimo instrumento para realizar la libertad individual. Además, siendo que el derecho contractual habría permitido el resarcimiento del daño del primer comprador conforme a las garantías previstas para el producto, quedaba fuera de consideración el llamado *bystander* o tercero no parte contractual a quien la jurisprudencia habría concedido resarcimiento en la vía extracontractual. La tutela del consumidor se vería de consecuencia disímil, de acuerdo a la aplicación de regímenes de responsabilidad diversos.

En tales condiciones, se hacía necesario examinar las bases contractuales para permitir un adecuado resarcimiento de los daños al consumidor, antes que se asistiera al triunfo del derecho de daños o de la responsabilidad extracontractual. A ello apuntaba el pensamiento de los defensores de esta primera generación del debate académico norteamericano[23]. Se consideró que el régimen de responsabilidad objetiva posibilitaría colocar a los consumidores en paridad de condiciones en las negociaciones con los productores, evitándose con ello que se llevaran con éxito atribuciones de riesgos de los productos en cabeza de la parte débil de la negociación.

El rechazo del contrato como instrumento de tutela de la víctima de daños causados por productos defectuosos fue ampliamente aceptado por la jurisprudencia norteamericana de los años '60, con la consagración del régimen de la responsabilidad objetiva. Los célebres casos *Henningsen v. Bloomfield Motors* y *Greenman v. Yuba Power Products Co.* establecieron dos proposiciones que se hallan muy relacionadas históricamente, a saber: el rechazo de la llamada "libertad contractual" y la adopción de la responsabilidad objetiva. En ambos casos se ataca el citado principio de la libertad contractual aplicado en el área de los daños derivados de producto,

[23] La corte de Nueva Jersey en el caso *Henningsen*, reflejando la influencia del razonamiento de Kessler, destacó la inferioridad en que se hallaba el consumidor en la negociación contractual. En este sentido, precisó: "El contrato tradicional es el resultado de la libre negociación de las partes que se juntan por el juego del mercado, y que se encuentran en condiciones económicas aproximadas de igualdad. En una sociedad como ésa, no existe el peligro que la libertad contractual amenace el orden social íntegramente. Pero en la actual vida comercial ha hecho aparición la contratación de masa. Y ésta es utilizada fundametalmente por las empresas que gozan de un fuerte poder de negociación y posición". *Henningsen v. Bloomfield Motors*, 161 A. 2d 69, 86 (N.J. 1960). La influencia de Kessler estuvo presente en las ideas de los años '40 y '50 y así reflejada en el citado caso. V. R. Epstein, *"The Unintended Revolution in Products Liability Law"*.

toda vez que sobre la base de esa libertad se estipulaban en el contrato limitaciones a las "garantías" y al resarcimiento, siendo en consecuencia que los productores se desentendían de los efectos dañosos de los bienes que colocaban en el mercado. En *Greenman*, el juez Traynor expresó lo siguiente: "... el reconocimiento de que la responsabilidad no es asumida por acuerdo sino impuesta por la ley, y el rechazo al hecho que el productor pueda definir la finalidad de su propia responsabilidad por productos defectuosos pone en claro que la responsabilidad no se halla gobernada por el derecho contractual de garantía sino por el derecho de la responsabilidad extracontractual objetiva"[24]. La Corte Suprema del estado de California sentó los principios fundamentales de un sistema de responsabilidad objetiva para los supuestos de daños a la persona derivados de productos defectuosos. La conclusión llegada en este caso acerca de la aplicación del criterio objetivo de responsabilidad en materia de responsabilidad del productor dominó en adelante esta área del derecho de daños, y será consolidada en la S. 402 del *Restatement (Second) of Torts*[25].

Los efectos de ambos casos han sido evaluados positivamente, pues dieron una solución inmediata a los problemas que planteaba el régimen de la culpa y la norma tradicional de la relatividad contractual. Y sobretodo, el espíritu anticontractualista que se desprende de los mismos tuvo consecuencias devastadoras en los años que les sucedieron, en lo que vino en la evolución del sistema de la responsabilidad del productor[26].

La "revolución conceptual"- para utilizar la difundida expresión del Prof. Priest - que se había iniciado en este modo, comportó para la jurisprudencia un rol trascendente y prácticamente la asunción de responsabilidad en la elaboración de los términos y condiciones que debían reunir los productos que se ponían en el mercado y claramente las transacciones que lo hacían posible. En los hechos, ese rol alcanzó el nivel de una centralización del poder en la jurisprudencia, con las mismas consecuencias de una reglamentación que parte del gobierno, vale decir, con la tendencia a no ser correspondiente al ritmo del desarrollo de la tecnología y a la demanda de cambios. Y como toda forma de monopolio, los efectos negativos no se dejaron esperar.

---

[24] *Greenman*, 59 Cal. 2d 61, 377 P.2d 901, 27 Cal. Rpr. 701.

[25] V. *supra*, Capítulo I.

[26] R. A. Epstein, *"The Unintended Revolution in Product Liability Law"*, en Cardozo L. Rev., vol. 10, 1989, p. 2201.

En palabras de Epstein[27], "el sistema de la *responsabilidad del productor*- fue despojado de sus poderes de auto corrección". Y la incapacidad de los propios agentes del mercado de hallar soluciones a los propios problemas de negociación contractual, debido a que imperaba un sistema de control judicial, no esperó demasiado para revelar sus costos, en tanto la reforma judicial en materia de daños manifestó consecuencias atributivos diversas a las que podían haberse esperado de las modestas pretensiones de los casos *Henningsen y Greenman*. Los cambios introducidos apuntaban en la misma dirección: la negación de la regulación contractual en favor de un explícito control gubernamental. Ha sido aceptado que el desplazamiento de un régimen de mercado a uno de regulación estatal –en el que las cortes asumen el rol de controlar las decisiones de los consumidores– presenta notas mucho más profundas que las que caracterizan el desplazamiento de la responsabilidad por culta por la responsabilidad objetiva[28]. No obstante, este último desplazamiento atrae la atención por los efectos que desencadena y la presión posterior de una reforma. La norma de la

[27] Epstein se mostró sumamente crítico al poder que adquirían las cortes para la regulación de la *products liability*. Partiendo de la consideración que habiédose instaurado como norma jurisprudencial la *strict products liability*, la innovación en adelante en esta materia estaba en manos de la jurisprudencia, justamente donde los vacíos técnicos y de información alcanzan su nivel mayor. Y todavía, sostuvo, "no hay alternativa, salvo mediante legislación, para desconocer las resoluciones cuando se han revelado erróneas; en realidad, no hay modo de descubrir cuándo es que son erróneas completamente". La orientación anticontractualista de las decisiones jurisprudenciales se atribuía fundamentalmente al temor frente a los contratos de adhesión o al hecho que era costoso para los consumidores adquirir la información necesaria para poder negociar ciertas cláusulas limitativas de responsabilidad que fuesen eficientes. Argumentos de este tipo han recibido el apoyo de quienes confían en la regulación que viene del gobierno, así como, de parte de quienes defienden las instituciones del mercado en un contexto tradicional de la economía y el derecho. *Ibidem*, p. 2202 ss; Cfr. W. Landes & R. Posner, *"A Positive Economic Analysis of Products Liability"*, en *J. Legal Stud.*, vol. 14, 1985, p. 535 ss.

[28] En un primer momento, las normas tuvieron en general una tendencia a proteger el mercado, pero sí, centraron su atención en la adecuada transmisión de información que debía ofrecer el productor vendedor al consumidor, quien entonces podía realizar elecciones precedidas de una adecuada información, especialmente por cuanto respecta a los defectos ocultos y a los latentes. En un momento sucesivo, hacia los años '70, el derecho no sólo se preocupó por insistir en una adecuada información, pues el sistema prácticamente había sido diseñado para anular las elecciones que había sido hechas por los consumidores, aún debidamente informados, fundándose en que las cortes se hallaban en la capacidad de realizar tales elecciones por los individuos. R. A. Epstein, *"The Unintended Revolution ..."*, *cit.* n. 164.

responsabilidad objetiva viene a ser aplicada por las cortes en forma uniforme, y justamente en ello estaba el riesgo, en desatender la circunstancia según la cual, no todos los casos de responsabilidad del productor debían obedecer a una misma rígida regla de imputación. En efecto, era factible aplicar la regla de la responsabilidad objetiva a los casos de defectos en los productos que venían distribuidos en envolturas selladas, mientras que para los defectos de diseño o elaboración y para los casos de defectos de información o advertencia, resulta conveniente la aplicación de una forma menos simplista de atribución de los riesgos.

1.3 *Distribución de los riesgos*

Los defensores de la responsabilidad objetiva, utilizaron como argumento para sostener su posición la consideración del hecho que dejar pesar sobre unos cuantos consumidores desafortunados los costos de los daños derivados de productos defectuosos era injusto como ineficiente. Ante ese reconocimiento, los jueces y estudiosos de la llamada primera generación, se propusieron como objetivo que, con la aplicación de ese régimen de responsabilidad se alcanzase la distribución de los costos entre todos los consumidores.

W. Prosser, en su famoso artículo intitulado *"The Assault Upon The Citaldel"*[29], precisó que la llama distribución de los riesgos *(risk-spreading)* constituía el argumento de fuerza en la defensa de la responsabilidad objetiva de productos defectuos. En efecto, se sostiene que los productores, como grupo e industria, deben absorber las pérdidas inevitables que pueden derivarse del uso de sus productos, pues, ellos se encuentran en una mejor posición para hacerlo posible, así, a través de los precios de sus productos, pueden trasladar las pérdidas a la comunidad en pleno. La opinión del juez Traynor expresada en la sentencia recaída en el clásico caso *Escola v. Coca Cola Bottling Co.*, que ya en el año 1944 anunciaba el "éxito" de la responsabilidad objetiva y que más tarde habría sido el contenido de los principios que adoptara la Corte Suprema del estado de California y la mayor parte de las jurisdicciones de los Estados Unidos durante la década sucesiva, puede ser considerada, como ha señalado el Prof. Priest, "el antecedente más significativo del régimen moderno"[30], y

[29] W. Prosser, *"The Assault Upon The Citaldel (*Strict liability *to the Consumer)", en Yale L. J.*, vol. 69, 1960, p. 1120.

[30] G. Priest, *supra cit.*

puede decirse que sintetiza la confianza de los sostenedores de la primera generación en la distribución de los riesgos. En este sentido, el juez Traynor escribió lo siguiente:

> "Aquellos que sufren daños derivados de productos defectuosos no tienen la preparación necesaria para hacer frente a las consecuencias. El costo de un daño y la pérdida de tiempo o la salud puede significar una arrolladora desaventura para la persona perjudicada, y a su vez, innecesaria, porque el riesgo puede ser asegurado por el productor y distribuido entre el público como un costo de la actividad. Es de interés general desalentar el comercio de productos que tengan defectos que representan una amenaza para el público. Si esos productos hallan la vía en el mercado es de interés general colocar la responsabilidad por cualquier daño que ellos puedan causar en el productor, quien, aún cuando no sea negligente en la fabricación del producto, es responsable por alcanzar el mercado. No obstante que, tales daños pueden ocurrir intermitentemente y que pueden desencadenarse por azar, el riesgo de que sucedan es constante y general. Contra ese daño debe haber una protección general y permanente, y es el productor que mejor se halla para poder afrontar esa protección"[31].

El Prof. Priest atribuye en gran medida la expansión de la responsabilidad del productor al intento de los estudiosos que se ubican en la primera generación de promover la distribución de los riesgos. Destacó en este sentido el trabajo de Fleming James[32], estructurado fundamentalmen-

[31] *Escola v. Coca Cola Bottling Co.*, 24 Cal. 2d 453, 462, 150 P.2d 436, 441 (1944). La primera cita de este caso fue hecha por Fleming James, en su artículo intitulado *"Proof of The Breach in Negligence Cases"* (que incluye el principio res ipsa loquitur), publicado en *Va. L. Rev.*, vol. 37, 1951, p. 179. En este artículo se cita la opinión que había sostenido la extensión del principio *res ipsa loquitur*. Si bien en otras partes del artículo James discute la evolución del principio *res ipsa loquitur* como paso hacia un sistema de *responsabilidad objetiva* y hacia uno de seguridad social, las que son justamente ideas primordiales en Traynor, James las desconoce, de lo que se podía inferir que en aquel tiempo, no tuvieron mayor difusión las ideas del juez Traynor sobre la responsabilidad de empresa.

[32] Las ideas de James sobre la responsabilidad de empresa se desprenden sobretodo de 4 artículos que escribió presentanto reformas para el sistema de *torts*. Estas publicaciones fueron las siguientes: *"Last Clear Chance: A Transitional Doctrine"*, en *Yale L. J.*, vol. 47, 1938, p. 704; *"A Pragmatic Criticism"*, en *Harv. L. Rev.*, vol. 54, 1941, p. 1156; *"Contribution Among Tort Feasors in the Field of Accident Litigation"*, en *Utah B. Bull.*, vol. 9, 1939, p. 208; *"Review of Charles O. Gregory, Legislative Loss Distribution in Negligence Actions*, en *U. Chi. L. Rev.*, vol. 4, 1936, p. 158. El hilo conductor de sus reflexiones está dado por la importancia atribuida al rol de los juicios en materia de daños a la persona que deberían constituir la base para la construcción de una sistema de seguridad social.

te sobre la base del principio de distribución de riesgos, y reconoce en el mismo la manifestación de las ideas centrales sobre la responsabilidad de empresa.

Según James, "donde las pérdidas pueden ser unificadas para dar forma a una actividad, sus costos podrían ser distribuidos entre aquellos que se benefician de dicha actividad y en cambio, no pesar sobre aquellos sobre los cuales caen en primera instancia, sobretodo cuando éstos representan una clase social que no se halla en la capacidad de soportar los gastos"[33]. Se reconoce a este sistema el hecho de favorecer la ganancia social porque reduce el riesgo y la incertidumbre que son factores que inhiben las actividades deseadas, sustituyendo pequeños y calculables costos en el lugar del riesgo de pérdidas significativas para el individuo. En este enfoque saltan a la luz dos ideas fundamentales: De una parte, la idea de internalizar los costos de una actividad dada con el fin de incentivar el desarrollo de la actividad misma; de otra, que con la aplicación de dicho sistema se puede alcanzar un beneficio importante para la sociedad, cual es, la distribución de estos costos en la forma más extensa posible, hasta hacerlos imperceptibles a cada sujeto que lleve a cabo una actividad dada[34]. El énfasis que James daba a la distribución de los riesgos, lo llevaba a ser cada vez más crítico respecto al sistema de la culpa[35],

[33] Fleming James, *"Last Clear Chance: A Transitional Doctrine"*, en Yale L. J., vol. 47, 1938, p. 716.

[34] James señaló expresamente que "la existencia de una regla de derecho que tienda a adistribuir la pérdida sobre un largo segmento de la sociedad debería quitar el espacio a la regla que determina, en cambio, una menor distribución, a menos que no exista una específica y buena razón que lo justifique". Concretamente, criticó aquellos aspectos del sistema de *torts* que reducían la probabilidad de tutela de la víctima del daño, sobretodo cuando los demandados eran empresas que tenían la ventaja de ser beneficiadas con la distribución de los riesgos. V. James, *supra cit.*, n. 171.

[35] Las críticas de James al sistema de la culpa, partían de la intención declarada de garantizar el resarcimiento a las víctimas de daños y al mismo tiempo de pretender la máxima distribución de las pérdidas. Considera que el demandado que se halla en una mejor situación económica tiene la capacidad para alcanzar una distribución más extensa de las pérdidas. Criticó la culpa por ser derivada de nociones arcaicas de comportamiento. En su opinión, la atribución de responsabilidad a quien por su culpa se produjo el daño, no modificaría e modo alguno la conducta de los que provocaron dicho daño. En cambio, serían las grandes empresas que, al promover programas de información sobre la seguridad, contribuirían en la prevención de los accidentes. V. James, *"Last Clear Chance ..."*, *op. cit.*, p. 709 ss. Después del año 1950, James se ubicó aún en una posición más extrema, se mostró más orientado a un sistema de responsabilidad absoluta que uno de responsabilidad objetiva, si los programas de seguridad pueden ser llevados a cabo en mejor medida por las grandes empresas y por el

cuya característica es la individualidad en la responsabilidad, y a propiciar firmemente el logro de un nivel de seguridad social.

Citando una idea fundamental de Fleming James, el juez Traynor en el renombrado caso *Greenman*[36] justificó la aplicación de la responsabilidad objetiva en base a argumentaciones de distribución del riesgo. En este sentido, la Corte de California precisó lo siguiente:

> "La finalidad de la responsabilidad objetiva es asegurar que los costos de los daños derivados de productos defectuosos recaigan sobre los productores que colocan los bienes en el mercado en lugar que recaigan sobre las víctimas de los daños que no se hallan en grado de protegerse a sí mismas"[37].

En fin, la primera generación de los estudiosos de la responsabilidad del productor abogó por la imputación de la responsabilidad objetiva a los fabricantes por los daños generados por sus productos, pues el hecho de responsabilizar al productor por los costos de los accidentes, representa una vía para difundirlos entre toda la comunidad. Siendo de este modo que se configura una suerte de seguro, de otro modo, difícilmente disponible a muchos consumidores.

En síntesis, las ideas que sustentaron el afianzamiento del régimen de responasbilidad objetiva por productos defectuosos en los Estados Unidos, se gestaron y evolucionaron, se reconoce, en un período aproximado de treinta años - entre las décadas de 1930 y 1960 -, en los que se produjo progresivamente un entusiasta debate académico, cuestionándose la obsolescencia de la culpa como criterio de imputación de responsabilidad por los daños generados, con respecto a los cambios que se producían en la economía - la explosión industrial -, con repercusiones inevitables en toda la estructura social de la época. Si bien, la referencia a la responsabilidad por productos defectuosos no era una constante en los primeros trabajos de los estudiosos de la época, pues en aquel entonces el mayor índice de

gobierno, para los casos de daños derivados de accidentes automovilísticos. V. F. James - John Dickinson, *"Accident Proneness and Accident Law"*, en *Harv. L. Rev.*, vol. 63, 1950, p. 769 ss.

[36] Greenman v. Yuba Power Prods., Inc., 377 P.2d 897, 901 (Cal. 1963).

[37] La consideración que "el consumidor se encuentra en inferiores condiciones para soportar las desastrosas consecuencias del defecto de un producto" fue también contenida en la motivación de la sentencia recaída en el caso *Henningsen v. Bloonfield Motors*, 161 A.2d 69, 87 (N.J. 1960).

accidentes se reflejaba en el área de accidentes automovilísticos[38], las ideas de base sirvieron luego a los estudiosos norteamericanos para referir ese razonamiento al área de los daños derivados de productos defectuosos[39].

Es así como se alcanza la elaboración de una teoría de responsabilidad de empresa (*Enterprise liability*), o responsabilidad de empresa, respecto de la cual, el Prof. George Priest[40] destaca que "ha sido inventada por

[38] Sin embargo, pueden citarse algunos trabajos que en la primera mitad de este siglo se ocuparon de la responsabilidad del productor, a saber: L. W. Feezer, *"Tort Liability of Manufacturers"*, en *Minn. L. Rev.*, vol. 19, 1935, p. 752; Lindsey R. Jean Blanc, *"Manufacturers' Liability to Persons Other than their immediate Vendes"*, en *Va. L. Rev.*, vol. 24, 1937, p. 134; F. James, *"Products Liability"*, en *Tex. L. Rev.*, vol. 39, 1955, p. 44; James, *"General Products - Should Manufacturers be liable Without Negligence?"*, en *Tenn. L. Rev.*, vol. 24, 1957, p. 923. En este último artículo, James formula argumentaciones en favor de un sistema de *compensation*, auspiciando la adopción de un modelo de *enterprise liability*, que si bien es perfectamente funcionable en ámbito de los daños derivados de accidentes automovilísticos, que son aquellos que ocuparon mayormente la atención de los juristas de la época, llega a sostener factible la extensión de esos principios también al campo de los daños derivados de productos defectuosos. Después de 1957, la *products liability* llega a ser parte importante del debate jurídico en el marco de la responsabilidad civil.

[39] En este sentido, F. Kessler, *"Products Liability"*, en *Yale L. J.*, vol. 76, 1967, p. 887. Donde el autor, a diferencia de sus trabajos precedentes, en que no tocó el tema de la *products liability*, expresa sus ideas expresamente con respecto a este tema, manifestándose a favor de una solución contractualista.

[40] G. Priest, *"La scoperta della responsabilità d'impresa ..., op. cit.*, p. 320. Donde se precisan como presupuestos de la *"Enterprise liability"* los siguientes: 1) El seguro como mecanismo difusor de los riesgos; 2) la superioridad del poder del productor con respecto al consumidor; 3) la internalización de los costos. Conforme hace énfasis en autor, estos tres aspectos constituyen el fundamento de la teoría de la *"Enterprise Liability"* y han sido los resultados más importantes de los trabajos de Kessler y de James. Sobretodo, la importancia del mecanismo del seguro ha sido puesta de relieve por James, mientran que la disparidad de condiciones en que se hallan productor - consumidor, ha sido destacada por Kessler. Y ambos destacaron la importancia de la internalización de los costos del daño. Según el autor, la responsabilida de empresa comienza a ser una teoría luego de los esfuerzos realizados por James y Kessler entre los años 1940 y 1950.

El estudio de Priest, que examina primero desde un punto de vista histórico cómo se llega a la teoría de la responsabilidad de empresa, tiene por objeto demostrar que tanto esta teoría como el derecho de la responsabilidad civil, derivan de presupuestos empíricos específicos relativos al mercado de productos y de seguros, a las posiciones de poder en la contratación y al nivel de información de los consumidores. Y con ello, pretende poner en evidencia los fundamentos del moderno derecho de la responsabilidad civil norteamericano.

hombres brillantes que buscaban perfeccionar el mundo en el que vivían y que creían en las propias propuestas que derivaban inevitablemente de su conocimiento empírico del mundo". Sin embargo, examinado los presupuestos e implicancias de esa teoría, el profesor de la Universidad de Yale, siendo consciente de los cambios en el mundo, reconoce que hoy las características del mercado han evolucionado, en el sentido que los monopolios no son más el desenlace natural del capitalismo, el rol del consumidor en el mercado ha sido revalorizado y las características del mercado de los seguros han variado, de consecuencia, propone un re-examen de la teoría cuyos presupuestos constituyeron la base del moderno régimen de responsabilidad norteamericano[41]. Y si bien, surgen variaciones de pensamiento sobre dicha teoría, ha contado con gran aceptación. Igualmente, no obstante que su desarrollo y aplicación en el medio norteamericano ha conducido a la generación de ciertos efectos negativos, estudiosos, como Hanson y Croley[42], tratan de rescatar las ideas de base de la llamada responsabilidad de empresa para proponer un renovado enfoque de la misma.

En esta línea de evolución, tales ideas, que representan postulados, ejercieron influencia en la doctrina inicial de la responsabilidad de empresa y sirvieron de refuerzo a las grandes decisiones de la jurisprudencia norteamericana -el caso *Henningsen* y el notable *Greenman* - que vienen a marcar el paso de las cortes en el sentido de la aceptación acrítica de la responsabilidad objetiva del producto. Sin embargo, el hecho que el pensamiento de los estudiosos norteamericanos se viera reflejado en las resoluciones de las cortes, no significaba que sin él dichas decisiones, renovadoras y revolucionarias en el sistema de entonces, no hubieran tenido lugar, pues, el momento histórico en que se producen exigía una adecuación a las circunstancias, de consecuencia, los cambios y el desarrollo de la moderna *responsabilidad del productor*se habrían producido aún sin la prevaleciente influencia del pensamiento que exaltaba los presupuestos de la responsabilidad de empresa, tal como James o Kessler, entre otros estudiosos pusieron de relieve. En este sentido, se ha pronunciado el Prof. David Owen[43]. al comentar la visión histórica que sobre esta gran evolu-

[41] G. Priest, *op. cit.*, p. 328.

[42] S. Croley - J. Hanson, *"Rescuing the Revolution: The Revived Case for Enterprise Liability"*, en Mich. L. Rev., vol. 91, 1993, p. 683 ss.

[43] D. Owen, *"The Intellectual Development of Modern Products Liability Law: A Comment on Priest's View of the Cathedral's Foundations"*, *en J. Legal Stud.*, vol. 14, 1985, p. 529 ss. A juicio del Prof. Owen, fue el sólido consenso social, más que el pensamiento de dos hombres, el que forjó el triunfo de la moderna teoría y doctrina de la products liabi-

ción de las ideas, dio a conocer el Prof. Priest. Y para consolidar el desarrollo así alcanzado, no podría faltar la referencia a la adopción de esta línea de pensamiento recogido expresamente por los relatores de la sección 402A del *Restatement (Second) of Torts*, en cuyo comentario "c", se refleja parte del razonamiento del juez Traynor. Así, en dicho comentario se precisa lo siguiente:

> " ... que el público tiene el derecho de esperar que el vendedor asuma la responsabilidad por los daños, en el caso que ellos deriven de los productos que el público adquiere para satisfacer las propias necesidades, depositando su confianza en el vendedor; que el interés general demanda que el peso de los accidentes provocados por los productos destinados al consumo graven sobre aquellos que los ponen en circulación, y sea considerado como costo de producción contra el cual, el vendedor se puede asegurar; en fin, que el consumidor de tales productos debe tener la máxima protección, y las personas que se la pueden garantizar son aquellos que comercian esos productos".

2 *La* responsabilidad objetiva de productos defectuosos (*strict products liability): la intención original de los propulsores de la reforma de la responsabilidad civil del productor norteamericana. La preocupación central de sus creadores: qué entenderse por responsabilidad objetiva (strict liability) y qué por "defecto". El advenimiento de la extensión del nuevo régimen de responsabilidad*

Se ha precisado que la consagración de la responsabilidad objetiva en la sección 402A del *Restatement (Second) of Torts* dio inicio a un cambio profundo en el sistema de dañosnorteamericano. Constituyó el punto de partida de múltiples debates a nivel doctrinario, y en campo jurisprudencial, los jueces adoptaron las nuevas ideas y desarrollaron otras nuevas que determinaron la expansión y desborde de la idea original.

En el punto precedente, se ha explicado cuál ha sido, en sustancia, la motivación que impulsó a los reformadores hacia un moderno régimen de *products liability.* A continuación se tratará de establecer lo que se pretendió inicialmente con la instauración de un régimen de responsabilidad objetiva, las dificultades a que tuvo que hacer frente la jurisprudencia en

lity. Así también, si bien reconoce el valor del estudio de Priest, insiste en que, en la construcción de la moderna doctrina intervinieron tantos otros estudiosos, otros conceptos, otro tipo de desarrollo sociopolítico que no se deben ser dejados de lado en el examen. En este sentido, destaca que no se puede desconocer la importancia de la raíz contractual de la strict products liability.

la aplicación de ese régimen a los diversos y múltiples casos de daños derivados de productos defectuosos y consecuentemente, el despliegue de esa responsabilidad a hipótesis de daño no considerados en la concepción original. La importancia de una precisión de las ideas a este respecto, reside en el hecho que permitirá tenerlas en cuenta en la confrontación con el régimen de responsabilidad del productor establecido para la Comunidad Europea en 1985 [44], tomando como experiencia de base para la comparación, el sistema italiano [45].

Se debe iniciar por precisar que la pretensión de los autores de la sección 402A era simple y limitada en cuanto que, a lo que apuntaban era a una expansión de lo que había venido siendo básicamente un régimen jurisprudencial de un derecho de "garantía", se confirmaba en términos expresos lo que en los hechos se delataba ya como una tendencia al reconocimiento de la responsabilidad objetiva. Como señala el Prof. Priest[46], "dada la subsiguiente explosión en *products liability*, la intención de los fundadores ha parecido ingenua o, a los lectores menos escépticos, simplemente incomprensible".

Se ha hecho mención en la sección precedente de este capítulo que, los redactores de la sección 402A no imaginaron que el régimen de responsabilidad civil del productor que establecieron pudiera haber dado lugar a un cambio profundo en la tendencia y desarrollo de la jurisprudencia a partir de ese momento, dejando a salvo, los casos típicos - tal el caso *Henningsen, Greenman,* para citar algunos ejemplos - que se hicieron famosos por sentar jurisprudencia en esta materia contrariamente a lo que había venido siendo la posición tradicional. En efecto, los redactores pensaron que el nuevo régimen sería aplicable a un sector reducido de casos. En sustancia, lo que para ellos representaba este cambio, era en realidad, el haber facilitado el resarcimiento de los daños derivados de productos defectuosos, eliminándose los argumentos de defensa de que podía valerse el productor para evadir su responsabilidad bajo el sistema de las garantías, no reconociendo la importancia que representaba el haberse consagrado expresamente un nuevo estándar o criterio de imputación de responsabilidad.

[44] Directiva del Consejo de la Comunidad Europea de fecha 25 de julio de 1985, N° 85/374, publicada en la G.U. del 12 de setiembre de 1985, N. 215 BIS.

[45] La ley de aplicación de la Directiva CEE N° 85/374 en Italia es el Decreto del Presidente de la República N° 224 de fecha 24 de mayo de 1988, publicado en la G.U. el 23 de junio de 1988, N. 146 - Suppl. Ord.

[46] G. Priest, *"Strict Products Liablity: The Original Intent", en Cardozo L. Rev.*, vol. 10, 1989, p. 2303.

2.1 *Eje del moderno régimen de products liability: de la noción vaga y unitaria de defecto a una tipología de defecto*

En el momento en que es aprobada la referida sección del *Restatement (Second) of Torts*, el estado general de la evolución alcanzado por la doctrina y jurisprudencia en la *products liability*, área del derecho de daños que hacia los años '60s se encontraba en la etapa del primer desarrollo, de consecuencia, a este punto se tenía en mente una noción bastante general sobre el "defecto"; no se había alcanzado una teoría sobre los diferentes tipos de defectos que podían afectar los productos que se colocaban en el mercado. Las nociones que sobre el "defecto" se tenían podían ser referidas sea a la peligrosidad, a una insuficiente seguridad, a la "no defectuosidad" sin explicar de preciso el por qué.

Es en este estado que se arriba a la aprobación de la referida sección 402A, partiéndose fundamentalmente de una noción que en sustancia denota la consideración del "defecto de fabricación", baste apreciar los pasajes de las resoluciones más aclamadas que cambiaron el rumbo de la jurisprudencia norteamericana[47] y lo mismo de desprende de una primera lectura de los propios comentarios a la sección 402A, en los cuales se advierte la prescindencia de dicha distinción, siempre que sean interpretados a la luz de lo que originalmente pretendieron los autores de la reforma. A ese punto, no se podía decir que existiese ya una teoría de clasificación de los defectos en aquellos de fabricación *(manufacturing defects)*, de diseño o elaboración *(desing defects)* y de advertencia o información *(defecto de advertencia)*, distinción que progresivamente era revelada inevitablemente cuando las cortes entre los años 1960 y los '70s aplicaron los principios de la sección 402A, diferenciación que se convertiría en el eje del moderno régimen de la responsabilidad civil del productor norteamericana. No obstante ello, en doctrina no se desconocía la existencia de los *desing defects* [48], pues había consenso entre los propulsores del nuevo régimen de responsabilidad en que este tipo de defecto debía ser regulado

[47] Se remite a los casos *Greenman, Henningsen*, referidos en la primera sección de este capítulo.

[48] Si bien en la época de la aprobación de la sección 402A del *Restatement (Second) of Torts* no se había aún perfilado una distinción clara y detallada de los diversos tipos de defectos, los llamados *defectos de diseños* no eran desconocidos para la doctrina, y más bien el consenso era por la aplicación del régimen de la *negligence* respecto a estos casos. En este sentido, Fleming James, quien no obstante haber orientado su trabajo hacia la responsabilidad objetiva, cuando se refería a los *defectos de diseños* lo hacía en términos de culpa, expresando: "el productor debe usar un cuidado razonable y des-

conforme a las normas tradicionales de la culpa, del mismo modo se pensó para los casos de los llamados *defecto de advertencia.*

Esta interpretación de la sección 402A, atendiendo a la limitada perspectiva de sus creadores, en cuanto a los inesperados efectos de su aplicación, es la que permite explicar que el movimiento expansivo, hasta explosivo, de la responsabilidad del productor tiene lugar con posterioridad a la adopción de dicha sección del *Restatement,* vale decir, cuando la jurisprudencia lleva adelante la aplicación del régimen de la responsabilidad objetiva, no sólo con respecto a los casos de defectos de fabricación sino a todo tipo de defecto, sea el defecto de diseño o elaboración y el de advertencia o información. Es decir, las cortes consideran aplicable la responsabilidad objetiva a todo caso de daño generado por un defecto del producto, distanciándose de lo que pudieron prever los creadores de este nuevo régimen de responsabilidad. En opinión del Prof. Priest, "si las modernas interpretaciones y aplicaciones de la responsabilidad objetiva hubieran sido planteadas a sus creadores en 1964, cada uno de los fundadores, excepto Fleming James, se hubiera opuesto firmemente a ello"[49].

Como precisa el Prof. D. Owen, la sección 402A del *Restatement (Second)* trató de definir la responsabilidad en términos globales, sin hacer referencia a los distintos tipos de producto defectuoso, o sea que "el concepto de responsabilidad objetiva por la venta de productos defectuosos era concebido como un concepto global y unitario que reflejaba el triunfo de la libertad del consumidor sobre la opresiva explotación de parte de los productores"[50]. Luego, ya con la aplicación de la nueva regla de responsabilidad que llevó a cabo la jurisprudencia, se vino a aceptar como axioma la distinción entre los tipos de defectos. Y será durante todo este

treza en el diseño del producto; debe hacer el producto seguro para los usos "probables y previsibles"; y debe considerar lo evidente del peligro y la probabilidad de que pueda ser apreciado cuando se tomen las medidas de precaución". V. James, *"Products Liability"*, en *Tex. L. Rev.*, vol. 34, 1955, p. 44.

De otro lado, Dix Noel trabajó sobre los *defectos de diseños*, a los cuales dedicó tres trabajos publicados entre 1962 y 1966 que confirmaban que la culpa constituía el mejor modo para evaluar los defectos de diseño o elaboración.

[49] Siendo Priest un continuador y defensor de la teoría de la *"Enterprise Liability"*, y alimentndo su obra en gran parte sobre la base de las ideas de Fleming James, cuyo pensamiento apuntaba a un régimen de *"absolute liability"* incluso, sostuvo que este jurista, cuya obra data de la primera mitad de este siglo, hubiera visto el nuevo enfoque dado a la responsabilidad como un triunfo, pero u triunfo que no habría podido imaginar en 1965. V. G. Priest, *"Strict Products Liability: The Original Intent"*, en *Cardozo L. Rev.*, vol. 10, 1989, p. 2304.

[50] D. Owen, *"The Graying of Products Liability Law: Paths taken and Untaken in the New Restatement", en Tenn. L.* Rev., vol. 61, 1994, p. 1263.

tiempo, tres décadas hasta que se adopte el nuevo *Restatement (Third)* en 1997[51], que jueces y comentadores del *Restatement* precedente son conscientes de la necesidad de desarrollar un tratamiento diversificado para los defectos de fabricación *(manufacturing defects)* y para los llamados (defecto de diseño) y (defecto de advertencia o información), pudiéndose apreciar el despliegue de sus esfuerzos en ese sentido a través de sus resoluciones y comentarios. Considerando la intención original y limitada en la creación de la sección 402A, se explica que inicialmente, la noción de "defecto" sea bastante ambigua, y ello se refleja en las propias sentencias de las cortes que no muestran un razonamiento uniforme sobretodo para la evaluación de los casos de *desing defects"* a través de la implementación de los estándares de costo-beneficio *(cost-benefit)* o riesgo-utilidad *(risk-utility).*

¿Por qué se dice que fue limitada la intención de los creadores del régimen de la responsabilidad objetiva consagrándola en la sección 402A del *Restatement (Second)*? A grandes rasgos, la respuesta ha venido tomando forma. En efecto, originalmente los esfuerzos estaban orientados a facilitar que el consumidor pudiera obtener el resarcimiento por los daños personales sufridos a consecuencia de la mala elaboración de un producto. Se apuntó a que el resarcimiento fuera automático en tales casos[52]. Ciertamente, esa finalidad encontraba sustento en una serie de teorías que venían desarrollándose conforme a los intereses de aquel entonces, así, la teoría de la distribución del riesgo, la de la internalización de los costos, las ideas sobre reducción de los accidentes, entre otras[53]. Estas ideas, tal vez con predominio de la distribución del riesgo, sirvieron a un sector de

[51] V. *infra*, punto 5.3.

[52] Con la instauración del régimen de la *responsabilidad objetiva* se pretendió la superación de los obstáculos que las víctimas de daños derivados de productos defectuosos debían afrontar bajo un régimen de responsabilidad contractual, en que primaba la regla de la *relatividad contractual*,o en otros casos de responsabilidad extracontractual basada en la prueba de la culpa del productor. Véase la sección primera de este capítulo, en el que se explica esta evolución.

[53] Inicialmente, las cortes se encuentran de frente a un nuevo régimen de responsabilidad del productor, por tanto, adoptan la nueva doctrina. En esta fase, los comentarios y las resoluciones jurisprudenciales se hallaban firmemente influenciadas por las ideas de William Prosser, plasmadas en sus dos famosos artículos, *"The Assault Upon the Citadel"* y *"The Fall of the Citadel"*, trabajos publicados en el *Yale L.J.*, vol. 69, (1960) y en el *Minn. L.Rev.*, vol. 50, (1966), respectivamente. Se remite al punto 1 de esta segunda sección del presente capítulo.

la doctrina para fundamentar la tendencia hacia la expansión del nuevo régimen de responsabilidad[54].

De otro lado, los estudiosos que destacan en el proceso de gestación y difusión del *Restatement,* como William Prosser[55], Page Keeton, Wex Malone, Dix Noel entre otros, fijaron su atención en aquellos casos en los que la víctima merecía un resarcimiento inmediato por los daños personales que había sufrido. Los casos a los que hacían referencia eran aquellos que trataban de lo que se viene a conocer como "defecto de fabricación", es decir, el defecto que representa una desviación de los propios estándares de fabricación o de control de calidad del productor [56]. Es comprensible entonces que del propio *Restatement (Second)* no se desprenda una referencia distinta, o sea, a otros tipos de defectos, igualmente, de sus comentarios.

2.2 *Se afronta la noción de responsabilidad objetiva y la de defecto*

En sustancia fueron dos los puntos que los creadores de la sección 402A debían afrontar. El referido al por qué la elección de la responsabilidad objetiva y qué podía o debía entenderse por "defecto".

En cuanto al primer punto, se puede señalar que el nuevo régimen de responsabilidad civil del productor viene a salvar de una serie de dificultades que había generado ya el progresivo deterioro del concepto tradicional de la culpa y la vieja regla de la relatividad contractual. En este

---

[54] Entre los que recomendaban la extensión de la responsabilidad civil del productor hacia un sistema de compensación general: Fleming James, *"Accident Liability: Some Wartime Developments"*, en *Yale L. J.*, vol. 55, 1946, p. 365; Albert Ehrenzweig, *"Products Liability in the Conflict of Laws -Toward a Theory of Enterprise Liability under 'Forseeable and Insurable Laws'"*, en *Yale L. J.*, vol. 69, 1960, p. 794; y Robert Morris, *"Enterprise Liability and the Actuarial Process -The Insignificance of foresight"*, en *Yale L. J.*, vol. 70, 1960-61, p. 558.

[55] William Prosser fue el redactor del segundo *Restatement of Torts,* y entre sus principales asesores se cita a Wex Malone, Page Keeton, Clarence Morris, Fleming James, Roger Traynor, y más tarde, John Wade. Ya hacia los inicios de 1960, había consenso en que el régimen de responsabilidad por los productos defectuosos debía ser uno de *responsabilidad objetiva.* Los juristas norteamericanos reforzaron su posición al interno del *American Law Institute,* publicando paralelamente sus trabajos apoyando su perspectiva. V. Priest, *"La scoperta della responsabilità d'impresa ...", cit.*

[56] Cfr. Keeton, P., *"Manufacturer's liability: the meaning of "defect" in the manufacture and design of products"*, en Syracuse L. Rev., vol. 20, 1969, p. 559 ss.

sentido, Prosser había precisado que "el estándar de responsabilidad objetiva para el caso de los productos defectuosos, venía a introducir poquísimos cambios en el derecho"[57], pensó más bien en la superación de los obstáculos que el derecho de la "garantía" ponía a los efectos de la reparación de los daños.

En cuanto al segundo punto, sobre qué entender por "defecto", Prosser consideró que se trataba de una noción no controvertida, no trató mayormente el problema de conceptualización, no obstante, sus referencias e interpretaciones sobre esta noción, llevan a deducir que partía de la consideración del "defecto de fabricación". Así se puede inferir de los propios comentarios a la sección 402A[58]. Lo que es más importante aún, es que en las ilustraciones o ejemplos de cómo sería aplicado el nuevo régimen de responsabilidad, no se da un ejemplo claro de responsabilidad objetiva por *desing defects.* Todo lo contrario, se cita normalmente como caso ejemplar y precedente de aplicación de la responsabilidad objetiva el referido a productos alimenticios, calificados reiteradamente como casos de defectos de fabricación[59]. Y más bien, los propios comentarios al *Restatement* contienen una serie de pasajes que admiten pacíficamente interpretaciones extensivas de la responsabilidad objetiva[60].

En cambio, quienes asesoraron y siguieron a Prosser en la redacción de la sección 402A sí pensaron necesario explicar el concepto de "defecto", tarea que emprendieron a través de diversos artículos sobre el punto.

---

[57] Prosser, *"The Assault upon the Citadel ..."*, *cit.* Puso en relieve que "una responsabilidad objetiva por producto defectuoso era esencialmente el equivalente a la responsabilidad por culpa: de una honesta evaluación debe resultar que no hay un caso en cien en que la responsabilidad objetiva termine en el resarcimiento donde la *negligence* no".

[58] Lo que los creadores de la sección 402A pretendieron se desprende del propio tenor de ella y los comentarios que la acompañan refuerzan esa interpretación, en el sentido que la responsabilidad objetiva estaba pensada para ser aplicada a los casos de defectos de fabricación.

[59] La cuestión que se bebe resolver en los casos de defectos en los productos alimenticios consiste en determinar si fue utilizado algún ingrediente dañino y desconocido, que fuera introducido erróneamente en el producto o si los esfuezos de control de calidad en el procesamiento del bien no alcanzaban a detectar el desperfecto. No se trata de una cuestión de prescripción para la preparación del producto, lo que respondería a una calificación de defecto en el diseño. V. James, *"General Products -Should Manufacturers Be Liable Without Negligence?"*, en *Tenn. L. Rev.*, vol. 24, 1957, p. 923.

[60] Sobre cómo los comentarios de la sección 402A del *Restatement (Second) of Torts* daban lugar a interpretaciones diversas, por la vaguedad de sus términos, véase *infra*, n.. 3.4.

Ciertamente, era justa la preocupación de parte de los estudiosos, dado que el nuevo cuadro de responsabilidad presentaba como característica precisamente un eje central, el "defecto".

En esta línea de razonamiento, P. Keeton, quien constituye tal vez la figura más representativa, entre los demás asesores de Prosser, se ocupó en modo especial del requisito de "defecto", siendo que una serie de artículos escritos durante los trabajos preparatorios del *Restatement*, trató de explicar qué era lo que se buscaba alcanzar a través de la consagración de dicho requisito[61]. Luego de iniciado el proceso de proyección de la sección 402A, en 1963 publica un artículo centrando su atención en el punto. En él examina la expansión que ha tenido el principio *res ipsa loquitur*, calificándolo positivamente por haber facilitado la tarea de establecer la culpa del productor. Piensa como Prosser, en el sentido que dice: "El modo más efectivo para establecer la negligencia del vendedor era mostrar que el producto era defectuoso. Así, si el estándar para el resarcimiento era desplazado de la negligencia a la existencia misma de un defecto, la carga para la víctima sería reducida porque los diversos argumentos de defensa no impedían más el resarcimiento"[62].

Posteriormente, Keeton publica otro artículo en ese mismo año, en el que insiste con mayor dedicación en el estándar o criterio de "defecto", defendiendo la posición del proyecto de la sección 402A de 1962, el cual extendía la aplicación de la responsabilidad objetiva a los productos alimenticios y a los de uso corporal. Haciendo énfasis en el hecho que ningún producto es completamente seguro, reconoce que si las cortes han de aplicar la responsabilidad objetiva en lugar de la responsabilidad por culpa, se hace necesario adoptar un principio que la delimite y que así, sustituya a la *negligence*[63]. El *Restatement*, en efecto, consagra el requisito del producto defectuoso para que opere la responsabilidad.

Keeton señala que son dos los tipos fundamentales de productos defectuosos. El primero, que responde a lo que hoy se conoce como

[61] En un artículo escrito en 1961, antes del primer proyecto del *Restatement*, Keeton hizo una revisión con la respectiva crítica de las diversas defensas que existían en los casos de *products liability*. Apreció la forma en que se había logrado la extensión de las *warranties* para conceder un resarcimiento inmediato a la víctima y sugirió otros modos para superar las limitaciones del contrato y la *negligence* en ese aspecto. V. P. Keeton, *"Products Liability -Current Developments"*, en *Tex. L. Rev.*, vol. 40, 1961, p. 193.

[62] P. Keeton, *"Products Liability -Proof of the Manufacturers Negligence", en Va. L. Rev.*, vol. 49, 1963, p. 675.

[63] P. Keeton, *"Products Liability -Liability Without Fault and the Requirement of a Defect", en Tex. L. Rev.*, vol. 41, 1963, p. 855.

"defecto de fabricación", resulta de un"ingrediente o condición del producto" que el productor desconocía al momento de la venta. Así, el producto viene a ser distinto de los demás de la misma clase. Se trata de un desperfecto en el proceso de producción o un deterioro del producto, y para ello cita como ejemplo, casos de productos alimenticios en mal estado[64]. El segundo tipo, viene a ser lo que después se conoce como productos inevitablemente peligrosos *(unavoidably unsafe products)*. Se trata de los defectos que son conocidos por el productor al tiempo de la venta. No se trata de los defecto de diseño. En efecto, los ejemplos que cita el autor se refieren a los cigarros, cosméticos y medicinas, es decir, productos de los que se sabe contienen algún ingrediente dañino pero que no puede ser eliminado[65]. Según, el jurista norteamericano, la responsabilidad objetiva es aplicable sólo respecto al primer caso de productos defectuosos. Mientras que para el segundo caso, establece que debe aplicarse la regla de la responsabilidad por culpa, para cuya evaluación utiliza como criterio la cantidad de individuos afectados por el producto para luego poder determinar si de ello resulta que el producto era "irrazonablemente peli-

[64] John Wade, uno de los asesores de W. Prosser en la redacción de la sección 402A, en el origen de esta sección definió el "defecto" como defecto de fabricación describiéndolo, más o menos en los términos de P. Keeton, así precisa que se trata "de un error en el proceso de fabricación, sea porque por ejemplo, el producto ha sido adulterado o una de sus partes se ha roto o deteriorado o porque no estaba adecuadamente pegado". En la misma línea, consideró que la responsabilidad objetiva debe ser aplicada sólo a los productos de esta naturaleza. Como Keeton, pensó también que las mayores dificultades se presentan cuando un producto no se ha desviado de las especificaciones del productor o de sus estándares de calidad, sino que se perfila como un bien peligroso, sea que el producto es inevitablemente peligroso *(unavoidably dangerous)*o incorpora un diseño peligroso. En tales casos, el autor señala que el problema consiste en determinar si se está frente a un producto que es irrazonablemente peligroso *(unavoidably dangerorous)*, que la noción de defecto puede alcanzarlo, pero que lo que se ha de examinar es aquí la conducta del productor: "¿obró razonablemente al colocar el producto en el mercado?", lo que es otro modo de formular la pregunta de si el producto era o no razonablemente seguro, considerando ésta última la mejor manera de presentar la cuestión. Y en estos casos, la responsabilidad objetiva no tiene significado independientemente de la culpa. V. Wade, *"Strict Tort Liability of Manufacturers"*, en *Sw. L. J.*, vol. 19, 1965, p. 5.

[65] Los ejemplos que cita Keeton en esta categoría de productos están conformados por los cigarros, las medicinas o los cosméticos que son seguros para la mayoría de usuarios, sin perjuicio de un sector que por razones de alergia u otra sensibilidad particular, resulta dañino. Examina los casos judiciales sobre el tabaco, constatando que de dicho examen no resulta uno solo en que se haya condenado al resarcimiento de los daños al productor. V. Keeton, *op. cit.*, p. 863 ss.

groso" *(irrazonablemente peligroso)*, como previsto en la sección 402A del *Restatement (Second) of torts.*

Convencido de la no aplicación del régimen de responsabilidad objetiva a los casos de defectos de diseño o elaboración, como fuera la tendencia de las demás figuras que trabajaron en torno a los proyectos del *Restatement*, Dix Noel[66] escribe entre 1962 y 1966 tres artículos en los que manifiesta su posición al respecto. En el primero de ellos[67], publicado a mitad del proceso de preparación del *Restatement*, el jurista norteamericano distinguió cuatro tipos de defectos de diseño o elaboración que podían causar daño: los peligros ocultos (dando como ejemplo la silla de salón fabricada en aluminio cuya bisagra produce un corte en la mano del consumidor); la falta de mecanismos de seguridad; composición defectuosa; y la falta de advertencias o informaciones adecuadas. La cuestión a dilucidarse en estos casos era saber si el diseño hacía el producto irrazonablemente peligroso (*irrazonablemente peligroso*); la corte debía verificar si el productor conocía de la existencia del defecto al momento en que puso el producto en el mercado, qué diseño alternativo[68] se hallaba disponible en aquel momento, la intensidad del peligro, en fin, todas consideraciones que implican un examen de culpa. Por último, en el mismo artículo, el autor, revisando la potencial aplicación del régimen de la responsabilidad objetiva a los casos de defecto de diseño, lo propone sólo con respecto a los casos de alimentos defectuosamente preparados[69].

En esta perspectiva, el juez Roger Traynor considera que la *strict liability* de la sección 402A se aplica sólo a los casos de defectos de fabrica-

[66] Dix Noel fue uno de los estudiosos que participó en el proceso de gestación del *Restatement (Second) of Torts*, pero no fue asesor de W. Prosser en la tarea de redacción de la sección 402A. En los trabajos de Noel se aprecia una suerte de crítica al régimen de responsabilidad objetiva. V. D. Noel, *"Manufacturers Negligence of Design or Directions for Use of a Product"*, en *Yale L. J.*, vol. 71, 1962, p. 877. Posteriormente, Noel ratifica su posición con respecto a la aplicación de la *responsabilidad objetiva* sólo para los casos de *manufacturing defects*. V. Noel, *"Recent Trends in Manufacturers' Negligence as to Design, Instructions or Warnings"*, en *Sw. L. J.*, vol. 19, 1965, p. 43; *"Manufacturers' Liability for Negligence"*, en *Tenn. L. Rev.*, vol. 33, 1966, p. 33.

[67] D. Noel, *op. cit.*, p. 816.

[68] Se tenga e cuenta que "el diseño alternativo" es considerado el criterio de evaluación para los llamados *defectos de diseños* y para los *defectos de advertencia*por el *Restatement (Third) of Torts.*

[69] Sin perjuicio de haberse decidido la aplicacón de la responsabilidad objetiva a los casos de productos alimenticios, progresivamente, aún antes que fuera aprobado el *Restatement (Second)*, se extiende esu aplicación primero a los productos de uso corporal personal y luego a todos los demás productos.

ción. Sin embargo, su opinión en el famoso caso *Greenman v. Yuba Power Products, Inc.*[70] ha sido malentendida, en el sentido que tratándose del caso que por vez primera aplicaba firme y claramente el estándar de la responsabilidad objetiva, posteriormente viene a difundirse como un caso de defecto de diseño, pero de la motivación de la sentencia puede desprenderse que en lo que el juez Traynor estaba pensando era el "defecto de fabricación". Su posición en cuanto al tipo de defecto involucrado en el citado caso, aunque si más adelante es obviada en la marcha expansiva de la responsabilidad objetiva, y en cuanto a la definición de "defecto de fabricación" es corroborada por cuanto se lee en su artículo *"The Ways and Meanings of Defective Products and Strict Liability"*, donde define un "producto defectuoso" como aquél que no llega a alcanzar el nivel promedio de calidad o aquél que se desvía de la norma del producto [71]. Además, se destaca que Traynor fue uno de los que afrontó seriamente las difíciles cuestiones que suscitaba la posibilidad de extender la responsabilidad objetiva a los casos de los defectos de diseño o elaboración.

Como bien se puede apreciar, la noción de defecto que tuvieron en mente los creadores de la sección 402A es diversa a la que vino a desarrollarse posteriormente hasta alcanzar la difusa clasificación en tres tipos de defectos (*manufacturing defect, desing defect y warning defect).* En aquel momento, no se pensó en la aplicación de la responsabilidad objetiva a los denominados defecto de diseño, al menos de cuanto se puede inferir de los propios trabajos de los juristas norteamericanos que se ha venido considerando. De los que se desprende asimismo que no era muy claro en ellos el problema de los llamados defecto de diseño.

El Prof. Priest destaca que si tal era la intención original de los creadores del nuevo régimen de responsabilidad civil del productor, es decir, aplicar la responsabilidad objetiva sólo a los casos de defectos de fabricación, se puede entender entonces la formulación de sus objeciones a la

[70] 59 Cal. 2d 57, 377 P. 2d 897, 27 Cal. Rptr. 697 (1963). *Greenman* se refiere a la aplicación de la *responsabilidad objetiva* tanto a los defectos de fabricación como a los de diseño o elaboración.

[71] R. Traynor, *"The Ways and Meanings of Defective Products and Responsabilidad objetiva"*, en *Tenn. L. Rev.*, vol. 32, 1965, p. 363. En este artículo, el autor presenta diversos problemas sobre la determinación de a qué productos se debía aplicar el régimen de la responsabilidad objetiva, muestra preocupación porque se aplique la nueva regla a los casos de productos inevitablemente inseguros *(unavoidably unsafe products)*, tal el caso de los productos medicinales y la sangre. En su opinión, la nueva regla de responsabilidad, resuelve solamente los casos más simples.

aplicación de la *warranty* y de la *negligence law* [72]. Del mismo modo, resulta simple comprender que se haya considerado pertinente llevar a cabo la reforma a través del *Restatement* y no a través de una disposición legislativa [73]. En realidad, los pioneros de este nuevo régimen no consideraron en esa época, que el problema de los daños derivados de productos defectuosos fuera uno de grandes y revolucionarias implicancias para la sociedad. Considerando que los resultados en los casos que se llevaban a las cortes no cambiarían lo que en la práctica venía sucediendo, sus expectativas eran, en suma, modestas, diverso el caso del área de los daños por accidentes de tránsito y los generados en el ámbito laboral. Por tanto, la revisión del derecho ya existente comportaba un aporte a nivel técnico en la materia bajo examen, porque venían a salvarse una serie de obstáculos al resarcimiento de daños e imprecisiones contenidos en las normas contractuales y en el derecho de daños. Y, siendo ésta la perspectiva que prevalece, al interno del *American Law Institute* no se consideró necesaria la consulta de la reforma a los grupos de interés involucrados, o sea, a los productores y consumidores[74].

2.3 *La vaguedad de los términos en que se formularon los comentarios a la sección 402A del Restatement (Second) of Torts y la extensión de la strict liability*

Del texto de la sección 402A resulta que el régimen de responsabilidad objetiva se aplica a quien vende un producto "en una condición defectuo-

[72] En efecto, cuando el daño ha sido generado por un producto que se desvía de los propios parámetros de producción del fabricante, no tiene sentido tratar de hacer valer argumentos de defensa del tipo la no notificación inmediata del defecto al productor, o que la víctima carece de un recurso contractual contra el vendedor original por falta de la llamada regla de la relatividad contractual, o deber probar que ella ha confiado en la publicidad al comprar el producto, o distinguir entre el producto inminentemente peligroso (*inminently dangerous*) , las limitaciones al resarcimiento a que portaba el criterio de la culpa, y otros. Contra estos argumentos de defensa del productor, los creadores del nuevo régimen de responsabilidad manifestaron su disconformidad objetando el régimen de la garantía y culpa que había imperado hasta entonces. V. G. Priest, *"The Original Intent..."*, *op. cit.*, p. 2316.

[73] G. Priest, "The Original Intent...", op. cit., p. 2315.

[74] El Prof. Priest refiere que en los *meetings* que tuvo el *American Law Institute* en 1962, la industria farmacéutica presentó sus consideraciones sobre la aplicación de la *responsabilidad objetiva* en ámbito de las medicinas, pero no hubo mayor discusión. Al año siguiente, no hubo presentación alguna de parte de ese sector de la industria ante la decisión del ALI de extender la responsabilidad objetiva a todos los productos. V. G. Priest, *"The Original Intent..."*, *op. cit.*, p. 2317.

sa irrazonablemente peligrosa" al usuario o consumidor. Los comentarios de la sección referidos a estas dos expresiones "condición defectuosa" e "irrazonablemente peligrosa", expresan las ideas de los estudiosos que se ha citado precedentemente[75].

La noción de "condición defectuosa" viene explicada por el comentario g[76] en sentido afirmativo y por el comentario h[77] en sentido negativo, es decir, cuando el producto no es defectuoso. Desde que el comentario g considera "condición defectuosa" a aquélla "no contemplada por el último consumidor que será irrazonablemente peligrosa para él", no se da luz suficiente para distinguir entre el defecto de fabricación y el de diseño o elaboración, vaguedad ésta que dará pie a interpretaciones diversas. Por su parte, el comentario h, al señalar que un "producto no se haya en condición defectuosa cuando ofrece seguridad para su uso y consumo", mantiene la ambigüedad en la distinción entre los tipos de defectos. Las referencia en este comentario a la procedencia de la "condición defectuosa" sea de los ingredientes dañosos no característicos del producto, como su presencia y cantidad, de los objetos extraños contenidos en el producto, del vencimiento o deterioro antes de la venta o del modo en que el producto es preparado o empaquetado, indica una descripción del "defecto de fabricación".

El requisito de "irrazonablemente peligroso" *(irrazonablemente peligroso)*[78] es definido en el comentario[79]. Con él, se trata de establecer un límite a la responsabilidad cuando un producto causa daño, en el sentido que no se aplica la responsabilidad objetiva cuando el consumidor tiene conocimiento del potencial dañoso del producto, como por ejemplo en el caso del alcohol y del tabaco. Este comentario se ha basado en la distinción entre el "defecto de fabricación" y los productos "inevitablemente peligrosos" *(unavoidably dangerous products)*, distinción que fuera sujeta a discusión por los estudiosos Keeton, Noel y Wade, conforme se ha señalado anteriormente. Prosser explicó que a través de este requisito se trató de evitar que el productor respondiese automáticamente por los daños cau-

[75] Se remite al pensamiento de W. Prosser, P. Keeton y J. Wade.

[76] V. *supra* texto en n. 4 Cap. I.

[77] V. *Ibidem*.

[78] Si se considera aisladamente la expresión de "irrazonablemente peligros", pareciera denotar una comparación de los riesgos y beneficios referidos a un determinado producto defectuoso. En este sentido, Noel, *"Manufacturers Negligence of Design and Directions for Use of a Product"*, en *Yale L. J.*, vol. 71, 1962, p. 816.

[79] V. *supra* texto en n. 4 Cap. I.

sados por ese tipo de bienes [80]. En esta misma línea, el comentario k se refiere explícitamente a este tipo de productos inevitablemente peligrosos, precisando que no son defectuosos ni irrazonablemente peligrosos, en la medida que sean acompañados de la debida advertencia *(warning)*.

Si bien es cierto que los demás comentarios de la sección 402A no hacen una referencia más específica a la noción de "defecto", también lo es que de los mismos, mediante los ejemplos que los redactores utilizaron en los diversos comentarios, se desprende que la atención estuvo puesta en la aplicación de la responsabilidad objetiva por defectos de fabricación. No hay un solo ejemplo ilustrado en dichos comentarios que se refiera a los defectos de diseño o elaboración [81].

Sin embargo, cabe señalar que, en el comentario j se reconoce la fuente de lo que en los años sucesivos a la adopción de la sección 402A, vino a conocerse como defecto de advertencia o información [82], los que tuvieron

[80] W. Prosser, "Strict liability *to the Consumer in California*", *en Hastings L. J.*, vol. 18, 1966, p. 9.

[81] G. Priest presenta el elenco de los ejemplos que se dan en cada uno de los comentarios a la sección 402A, del que no resulta referencia directa a un caso de defecto de diseño o elaboración. No obstante, destaca que de los 54 ejemplos, 6 de ellos no son claros respecto al tipo de defecto, tal vez porque el comentario apunta a precisar la extensión de la responsabilidad objetiva a los usuarios y a los llamados terceros *(bystanders)* (el comentario d cita como ejemplo de aplicación del régimen, el automóvil, el aeroplano, el calentador de agua, una silla, un insecticida, entre otros, sin dar mayor explicación respecto al defecto del producto, pues se refiere además a otros productos que puedan causar daño físico en el sentido de este comentario. V. texto *supra*, n. 4.3); 11 de los ejemplos aluden a los casos de productos inevitablemente inseguros a los que no se aplica el régimen de responsabilidad objetiva (el comentario i excluye de la aplicación de la regla el azúcar para diabéticos, el whisky, el tabaco, la mantequilla en buen estado de conservación, mientras el comentario k excluye las medicinas en general, la vacuna de Pasteur, las medicinas en estado de experimentación); de los ejemplos restantes 5 son excepciones a la aplicación de la nueva regla, que prueban que ésta se aplica a los casos de defectos de fabricación (el comentario j se refiere a las advertencias o indicaciones que debe ofrecer el fabricante para que el producto no sea defectuoso, excluyendo el caso en que aquellos consumidores que presenten alergias comunes a ciertos productos como las fresas, huevos, etc., el del consumo excesivo de alcohol, de grasas, respecto de los cuales, deberán cuidarse por sí mismos). Las demás ilustraciones se refieren a casos de defectos de fabricación (como los granos de café contaminados con el arsénico, alimentos deteriorados, bebidas envenenadas, etc). V. G. Priest, "*The Original Intent: ...*", *op. cit.*, p. 2319 ss.

[82] V. Priest, G., "*The Invention of Enterprise Liability: A Critical History of The Intellectual Foundations of Modern tort Law*", en *J. L. Studies*, vol. 14, 1985, p. 523, donde se citan diverson casos jurisprudenciales que reconocen la existencia autónoma de este tipo de defecto, los llamados defectos de advertencia o información.

un desarrollo explosivo en el derecho de la responsabilidad del productor. En efecto, se precisa que el productor que conoce de la existencia de un grupo de consumidores que presenta cierta sensibilidad a determinados ingredientes de un producto, debe proveer las indicaciones y advertencias pertinentes. Los ejemplos que se ilustran en el comentario, son los que dieron P. Keeton y J. Wade cuando trataron de explicar lo que entendían por productos inevitablemente peligrosos (*unavoidably dangerous products)* [83]. La intención de este comentario era la de constreñir al productor a proporcionar las informaciones necesaria en el producto y la de no cargarlo con una responsabilidad cuando el consumidor no hubiera leído las advertencias que se exponen en el producto. No obstante ello, interpretaciones ulteriores de parte de las cortes, llevaron a la extensión de la responsabilidad del productor [84].

En suma, hasta aquí se ha conocido el objeto que tuvieron en mente los creadores del moderno régimen de la responsabilidad del productor, siendo corroborado por los términos plasmados en los comentarios de la sección 402A del *Restatement (Second) of Torts*. Este estadio de la evolución de la responsabilidad del productor se inspira en las ideas propulsoras de la reforma [85], las cuales, en realidad a este punto, vienen a asumir un rol catalizador en la dirección que empieza a tomar el derecho, ideas que si de una parte no se condicen con la noción del llamado defecto de diseño, tipo de defecto al cual no se pensó originalmente cuando se introduce la responsabilidad objetiva, de otra parte, los conceptos de "distribución del riesgo" y el de "internalización de los costos" ejercerán notable influencia en la evolución de los estándares de evaluación de ese tipo de defectos y

[83] V. *Supra*, n. 4.3.

[84] Las dificultades con que se encontraron los aplicadores del derecho para establecer la responsabilidad bajo el desarrollo de los estándares del llamado defectos de diseño, a lo que se agregaban los costos procesales, condujo a hacer recurso de argumentaciones que se basaban en los defectos de información o advertencia defectos de advertencia. Hacia los años 1970s, se produce una dramática expansión de la responsabilidad civil del productor. Se descubrió que el resarcimiento basado en los llamados defectos de advertencia resultaba en términos prácticos más fácil de alcanzar. Según Priest, ello era así, no tanto por la falta de confianza en la producción técnica de los jueces sino, porque las consideraciones en torno a los defectos de advertencia resultan más coherentes con la teoría de la "Responsabilida de Empresa" que el autor defiende. El fundamento de la responsabilidad en este caso estaba dado por aquella consideración de la superioridad del productor sobre el consumidor, tantas veces sostenida como factor motivante de aquélla teoría. V. G. Priest, *op. cit.*, p. 523-524.

[85] V. *supra* Cap. I.

de los llamados defecto de advertencia. En opinión del prof. Priest[86], la orientación era hacia una responsabilidad absoluta, no obstante, la evolución que prosiguió ha negado la adopción de un régimen de responsabilidad de ese género. Tratándose de un régimen pensado para los "defectos de fabricación", su aplicación, atendiéndose sólo al tal texto del *Restatement*, delató rápidamente su insuficiencia para resolver los casos de los llamados defecto de diseño[87]. Los ejemplos y explicaciones que aportaban los comentarios referidos al requisito de que el producto debe ser irrazonablemente peligroso para encuadrarse en el régimen de la sección 402A, resultaban limitados para resolver el creciente número de casos judiciales que tenían lugar en los Estados Unidos. Así, en el contexto del uso normal de un producto, no resultaba claro explicar por qué cualquier producto que generase daño no podía ser visto como irrazonablemente peligroso. La cuestión de si se trataba de dos requisitos para considerar defectuoso el producto dio lugar a posiciones varias al respecto[88].

[86] V. Priest, G., *"The Original Intent: ..."*, op. cit., p. 2327.

[87] En los primeros casos sobre *defectos de diseños* que tenían que resolver las cortes, se tendió a la protección de los consumidores y de reducir en algún modo el poder de los productores teniéndose en cuenta las expectativas de los consumidores respecto al producto. Así, en el caso *Heaton v. Ford Motor Co.*, 248 Or. 467, 435 P. 2d 806 (1967), la Corte Suprema del estado de Oregon sostuvo que la víctima podía obtener el resarcimiento si el daño fue generado por el diseño del producto menos seguro que el esperado, aún cuando el consumidor no haya podido demostrar de preciso en qué consistía la deficiencia. En otros casos, la Suprema Corte del estado de Oregon, a fin de incrementar la responsabilidad del productor, aplicó el estándar opuesto, es decir, uno que atendía a las expectativas del productor, sosteniendo que "el producto era defectuoso si una persona razonable no habría colocado el producto en el mercado, conociendo de su capacidad para causar daño, agregando que la responsabilidad objetiva impone en los productores un conocimiento constructivo de las condiciones dañinas de sus productos" (*Phillips v. Kimwood Macchine Co.*, 269 Or. 485, 525 P. 2d 1033 (1974)). Aunque si la corte de Oregon señaló que de ese modo se presumía el conocimiento del defecto de parte del productor, destacando que así se distinguía del criterio de la *negligence*, otras cortes consideraron que este último estándar utilizado en los casos de defectos de diseños asemejaba al criterio de la culpa. En 1978, la corte del estado de California al resolver el conocido caso *Barker v. Lull Engineering Co., Inc.*, 20 Cal. 3d 413, 428, 573 P. 2d 443, 453, desarrolló un estándar diverso para proteger a los consumidores de los daños derivados de deficiencias en los productos varias. Así, estableció que un producto es defectuoso en el diseño o elaboración si no alcanza la seguridad que espera el ordinario consumidor, o si cuando el productor no se haya en grado de probar que los beneficios del audaz diseño superaban los riesgos que comportaba.

[88] La discusión sobre si debían concurrir dos requisitos al fin de aplicarse el régimen de responsabilidad objetiva fue afrontada en el caso *Cronin v. J. B. E.Olson Corp.*, 8 Cal. 3d 121, 129-33, 501 P. 2d 1153, 1159-1162, 104 Cal. Rptr. 433 (1972).

Los términos de los comentarios a la sección 402A representaron un terreno fértil para las más diversas interpretaciones, siendo en ente sentido, que una lectura extensiva de los mismos, se mostraba favorable a una expansión de la responsabilidad del productor por los llamados defecto de advertencia o información.

3 *La expansión de la doctrina de la responsabilidad objetiva del productor (strict products liability). De los "defectos de fabricación" a los "defectos de diseño" y a los "defectos de información"*

Según la intención de los pioneros del nuevo régimen de responsabilidad civil del productor en los Estados Unidos, como se ha venido apreciando, no era precisamente revolucionar el derecho en esta área, toda vez que, la reforma en realidad debía reconocer y presentar claramente lo que en los hechos ya se estaba verificando (aunque a través de presunciones e interpretaciones forzadas), vale decir, aceptar que el criterio de imputación de la responsabilidad del productor no era más la culpa, entendida en el sentido tradicional, y que el principio de relatividad contractual no podía establecer un límite, entre otros, al resarcimiento de los daños derivados por productos defectuosos cuando tales se producían al externo de una relación contractual.

La así llamada **revolución** en el derecho de la responsabilidad del productor viene a revelarse como tal, en el curso que tendrá en los años que siguieron al establecimiento del régimen de la responsabilidad objetiva. En efecto, no obstante que éste, fuera originalmente pensado básicamente en función de los "defectos de fabricación", la existencia de otros tipos de defectos, cuya definición y tratamiento no son inicialmente y por largo tiempo afrontados con claridad, sin dejar de considerar la existente imprecisión general de la que ya adolecía la noción de "defecto", como se ha explicado precedentemente, todo ello, determina que la doctrina y jurisprudencia se hallen desprovistas de elementos de juicio necesarios para resolver los múltiples y diversos casos que tenían lugar. En este contexto, la extensión de la responsabilidad objetiva tuvo un curso inesperado.

Debe notarse que el éxito que tuvieron las más conocidas decisiones que sentaron jurisprudencia en el derecho norteamericano, se habla de las recaídas en el caso *Henningsen* y el caso *Greenman*, fue el resultado de los esfuerzos desplegados por años –fundamentalmente el período comprendido entre 1940 y 1970–, tanto de parte de los jueces como del pensa-

miento influyente de los estudiosos de la materia, destacándose en este movimiento ideológico originariamente, el Juez Traynor y el jurista William Prosser, según se ha podido apreciar de la evolución experimentada por el derecho de la *responsabilidad del productor*en los Estados Unidos[89]. Este movimiento se orientaba decididamente a facilitar el acceso a la justicia de las víctimas de daños derivados de productos defectuosos, a lo que se sumaron los esfuerzos del pleno de la comunidad académica norteamericana. Como fruto de esa interacción de la jurisprudencia y de la doctrina, el *American Law Institute* promulga en el año 1965, la sección 402A del *Restatement (Second) of Torts*. Y, la inmediata aceptación por las diversas jurisdicciones norteamericanas de la sección 402A, constituye prueba suficiente del apoyo al esfuerzo de los estudiosos y jueces por instaurar la doctrina de la responsabilidad objetiva. [90]

Mientras a mediados de los años '60, el período de la evolución de la responsabilidad del productor se caracterizó por la adopción de la doctrina de la responsabilidad objetiva, la década de los años '70 constituye el período de su definición y expansión a diversos niveles, así como del examen sobre su naturaleza y de la preocupación por señalar sus límites.

3.1 *La Responsabilidad objetiva del productor: Responsabilidad objetiva v. Responsabilidad por culpa: de la diferencia a la aproximación*

Ciertamente, no obstante que puede decirse que la sección 402A del *Restatement (Second) of Torts* cierra oficialmente un ciclo de la evolución de la responsabilidad del productor consagrando la responsabilidad objetiva, al mismo tiempo abre una fase de definición de esta nueva doctrina, que en realidad, había venido tomando forma desde ya hace algún tiempo atrás, como se ha señalado en precedencia. Y precisamente, la tarea de definir qué cosa entender por responsabilidad objetiva, no era nada fácil. No lo era ya para los propulsores de este *Restatement*, como se ha explica-

[89] Según la teoría del Prof. George Priest, "la adopción de la responsabilidad objetiva no se debe a razones sociales, políticas o económicas, sino al trabajo de unos cuantos juristas cuyo objetivo era la responsabilidad de empresa". V. G. Priest, *"The Invention of the Enterprise Liability ..."*, cit., p. 461.

[90] V. Philip H. Corboy, *"The Not-So-Quiet Revolution: Rebuilding Barriers to Jury Trial in the Proposed Restatement (Third) of Torts: Products Liability"*, *en Tenn. L. Rev.*, vol. 61, 1994, p. 1051 ss.

do en el punto anterior y cabe anotar además que, al momento actual de la evolución, lo que nos remite al momento del *Restatement (Third) of Torts*, existen posiciones varias sobre lo que significa la responsabilidad objetiva, las que varían entre las que sostienen una suerte de responsabilidad absoluta hasta las que la conciben desde una perspectiva moderada que mantiene la noción de culpa, como es la que parece, de acuerdo a un sector mayoritario de la doctrina norteamericana, reflejarse en el último *Restatement*.

En esta fase de búsqueda por arribar a un consenso sobre lo que había que entenderse por la responsabilidad objetiva del productor, la doctrina norteamericana presenta una copiosa literatura, la cual, centra su atención en el "defecto", noción que también atraía la atención en los trabajos preparatorios de la sección 402A[91]. Sin perjuicio de notarse ya la importancia de esta última noción, como se aprecia del despliegue tomado por la presente investigación, dejamos al capítulo tercero la tarea de retomarla para destacar su función de limitar o señalar los confines de la responsabilidad civil del productor.

Sin embargo, se puede extraer de cuanto han escrito los autores sobre la responsabilidad objetiva del productor, que existe consenso en establecer lo siguiente:

En primer lugar, que la responsabilidad objetiva representa una noción de responsabilidad libre de los vestigios del criterio de la culpa como base de la responsabilidad del productor. En esta línea, las cortes han ido eliminando el requisito de la "irrazonabilidad del peligro", por cierto presente en el texto de la sección 402A[92]. Esta tendencia a la exclusión del criterio de la culpa para la imputación de responsabilidad al productor, ha sido notoriamente acentuada por la propia jurisprudencia, y señalada por un sector importante de la doctrina, acaudillada por el Profesor Priest, como la causa de la crisis de los seguros[93].

---

[91] En este sentido léase: John W. Wade, *"On the Nature of Strict Tort Liability for Products"*, en *Miss. L. J.*, vol. 44, 1973, p. 825. Este artículo ha tenido gran influencia sobre la definición del producto defectuoso durante esos años.

[92] Así, en el caso *Cronin v. J. B. E.* Olson Corp., 501 P. 2d 1153, 1162 (Cal. 1972), en el cual se elimina el requisito del "irrazonablemente peligroso", por considerarse que resuena a la negligencia. V. *infra*, p. 87.

[93] La crisis que afronta el medio asegurativo en los años 1975-1976, luego reiterada en 1985, es atribuida a la eliminación de la culpa en la responsabilidad del productor. Así, se destaca en: George L. Priest, *"The Current Insurance Crisis and Modern Tort Law"*, en *Yale L. Rev.*, vol. 96, 1987, p. 1521.

En segundo lugar, existe un sólido sector de la doctrina norteamericana que, apartándose de la posición del Prof. Priest, sostiene en cambio, que la jurisprudencia ha continuado aplicando el criterio de la culpa, si bien, no lo ha hecho siempre en forma clara y directa[94].

Habiendo sido ése el camino seguido por la jurisprudencia, vale decir, el de no haber excluido completamente la culpa de la atribución de responsabilidad al productor por los daños generados por sus productos, pareciera ser que la doctrina de la responsabilidad objetiva no ha tenido éxito como tal[95], y consecuentemente, ello genera un ambiente de incertidumbre. Al respecto, cabe recordar que los esfuerzos de los propulsores de la doctrina de la responsabilidad objetiva estuvieron esencialmente condicionados por el afán de superar las dificultades operativas que debían afrontar las víctimas, con la imputación por culpa de la responsabilidad del productor[96], no tan determinante fue la idea de sustituir el crite-

[94] En este sentido: Sheila L. Birnbaum, *"Unmasking the Test for Defectos de diseño: From Negligence [to Waranty] to Responsabilidad objetiva to Negligence"*, en *Vand. L. Rev.*, vol. 33, 1980, p. 593, donde la autora sostiene que las cortes no sólo no han logrado definir el defecto en los casos de defectos de diseño, sino que tampoco han podido distinguir las nociones de culpa, de la *responsabilidad objetiva*, de la *"garantía"* y de la *absolute liability*; Gary T. Schwartz, *"Forward: Understanding Products Liability"*, en *Cal. L. Rev.*, vol. 67, 1979, p. 435; David P. Griffith, Nota, *"Products Liability -Negligence Presumed: An Evolution"*, en *Tex. L. Rev.*, vol. 67, 1989, p. 851, donde el autor precisa que "varias cortes, al aplicar el derecho de las jurisdicciones que han adoptado la *responsabilidad objetiva*, han preferido aplicar el criterio de la culpa"; William Powers, Jr., *"A Modest Proposal to Abandon Strict Products Liability"*, en *U. Ill. L. Rev.*, 1991, p. 639, donde el autor señala que "el concepto de defecto que emerge de aproximadamente dos décadas de litigio judicial, es tan cerca de la *negligence*, que no vale la pena mantener la distinción que queda por hacer".
Un sector de la doctrina que defiende una posición más liberal, ha calificado esta actitud de las cortes norteamericanas, como un fracaso a la adhesión adecuada a la doctrina de la responsabilidad objetiva. Así: Ellen Wertheimer, *"Unknowable Dangers and the Death of Strict Products Liability: The Empire Strikes Back"*, en *U. Cin. L. Rev.*, vol. 60, 1992, p. 1183, donde la autora califica esa actitud de las cortes como el reflejo de la corrupción de la doctrina de la *responsabilidad objetiva.*

[95] El Prof. Owen ha afirmado en uno de sus trabajos que, "el gran experimento de la *responsabilidad objetiva* ha fracasado". En: David Owen, *"The Fault Pit"*, en *Ga. L. Rev.*, vol. 26, 1992, p. 703.

[96] Keeton, P., uno de los principales artífices de la doctrina de la *responsabilidad objetiva*, explicó que "una de las más importantes justificaciones para eliminar la teoría de la *negligence* es que a través de ella, se eliminan diversas cuestiones complicadas sobre si el productor conocía o debía haber conocido los peligros involucrados en el uso de un producto particular". P. Keeton, *"Products Liability - Inadequacy of Information"*, en

rio subjetivo de imputación por uno objetivo. Así resulta de lo expuesto en el punto precedente de este trabajo referido a la intención original de los pioneros de la sección 402A del *Restatement (Second) of Torts*[97].

En realidad, y atendiendo a la evolución experimentada por la responsabilidad del productor en Estados Unidos, se considera que la distinción de las nociones de responsabilidad objetiva y responsabilidad por culpa puede observarse en dos planos:

Un plano meramente teórico, en el cual, la distinción se presenta clara, pues, en el primer caso, se trata de una noción objetiva de responsabilidad, que no requiere que la víctima del daño pruebe la culpa para obtener el resarcimiento, bastando la prueba del nexo causal. Se podría referir que en este plano uno se encuentra frente a una suerte de responsabilidad objetiva genuina, tomando la expresión del Profesor de la Universidad de California, Gary Schwartz[98], y a este nivel, las diferencias son severamente marcadas.

El plano práctico, en cambio, es el que conduce a lo que en los hechos se ha verificado con respecto a la aplicación de la nueva doctrina de la responsabilidad objetiva. En efecto, con el transcurso del tiempo, lo que se desprende del examen de la evolución del tratamiento de la responsabilidad del productor en el ordenamiento norteamericano, es la constatación de una apertura en la concepción de la culpa hacia la consideración de las circunstancias objetivas del caso, es decir, de cierta flexibilidad, cada vez mayor, en su evaluación, así como la utilización de mecanismos que sobretodo hagan menos engorrosa la vía para la obtención del resarcimiento de la víctima del daño derivado de un producto defectuoso.

La aproximación de estas dos nociones, las que en sentido puro resultan opuestas, se verifica cuando la comparación se hace con una noción de responsabilidad por culpaque se ha adecuado a las exigencias del caso concreto, para lo cual, la jurisprudencia norteamericana se ha valido, además de la dispensa de la relatividad contractual, de la aplicación del principio *res ipsa loquitur* así como de las presunciones, haciéndose extensiva a

Tex. L. Rev., vol. 48, 1970, p. 398; las dificultades de la prueba de la culpa como razón para impulsar la *responsabilidad objetiva*, es destacada por la doctrina mayoritaria. Así: Jonh Wade, *"An Evaluation of the Insurance Crisis and Existing Tort Law"*, en *Hous. L. Rev.*, vol. 24, 1987, p. 81; Roger J. Traynor, *"The Ways and Meanings of Defective Products and Strict Liability"*, en *Tenn. L. Rev.*, vol. 32, 1965, p. 363.

[97] V. Priest, G., "Strict liability *and the Original Intent", en Cardozo L. Rev.*, vol. 10, 1989, p. 2301; Henderson- Twerski, *"Stargazing: The future of American Products Liability Law", en N.Y.U.L. Rev.*, vol. 66, 1991, p. 1270 ss.

[98] V. G. Schwartz, *"Forward: Understanding Products Liability"*, en Cal. L. Rev., vol. 67, 1979, p. 441 ss.

los casos de defectos de diseño del producto. A esta concepción de la culpa fruto de una evolución en la jurisprudencia norteamericana se ajusta la calificación de "régimen de negligencia madura", como la llama el Prof. Schwartz[99].

Asistiéndose a una tamaña aproximación de las nociones materia de confrontación, cabe cuestionarse dónde está el elemento distintivo que hace que ambas mantengan su autonomía. Según una opinión consolidada en el derecho norteamericano, la diferencia que resta entre la responsabilidad objetiva y la responsabilidad por culpacuando se aplican a los casos concernientes a los defectos de diseño –desing– y a los defectos de información –defecto de advertencia o información–, puede verificarse cuando el conocimiento del riesgo o de la tecnología para eliminarlo no era disponible en la industria al momento de la venta del bien. A este punto, surgen dos corrientes: la de quienes sostienen que el defecto del producto debe ser evaluado conforme a los estándares de conocimiento y experiencia disponibles al momento de la venta del producto –tiempo de venta–[100]; mientras que otros consideran que el momento a tener en consideración para ese examen es el del proceso mismo –*time of trial*–[101]. Se remite al Capítulo III donde se trata específicamente sobre las soluciones adoptadas por el derecho norteamericano referidas a este punto.

Atendiendo a las consideraciones precedentes, si se afronta una comparación, ésta debe efectuarse entre un régimen "maduro" de la responsabilidad objetiva –dado que también ésta ha sufrido una evolución con el correr del tiempo en el sentido de la flexibilidad–, y un régimen "maduro" de la culpa, llegándose a señalar que la aplicación de la responsabilidad objetiva llevada a cabo por las cortes ha terminado por configurarse en una regla de responsabilidad por culpaaplicada agresivamente [102], vale decir, la comparación debe ser entre dos nociones que diversas en teoría,

---

[99] *Ibidem*, p. 455.

[100] En este sentido: John Wade, *"On the Effect in Product Liability of knowledge Unavailable Prior to Marketing"*, en *N. Y. U. L. Rev.*, vol. 58, 1983, p. 734, donde el autor afirma que "la responsabilidad no debe ser basada en un fracaso del productor de hacer lo imposible".

[101] La consideración del referido *time of trial* es defendida por P. Keeton " *Products Liability -Inadequacy of Information"*, en *Tex. L. Rev.*, vol. 48, 1970, p. 404, donde señala que "no importa que el vendedor haya sabido o hubiera podido conocer o debiera haber conocido en el ejercicio del cuidado ordinario que existía el riesgo irrazonable".

[102] En este sentido: Schwartz, *"Vitality of Negligence and the Ethics of* Strict liability", en *Ga. L. Rev.*, vol. 15, 1981, p. 963.

en la práctica han tenido un recorrido en el que han observado una aproximación de una hacia la otra.

3.2 *La noción de responsabilidad por culpa(negligence) en el sistema norteamericano de 'torts'. Una construcción teórica sobre la base de la jurisprudencia norteamericana*

Si bien, se asiste a un desarrollo galopante de la responsabilidad del productor a partir que las cortes norteamericanas reconocen la aplicación de la responsabilidad objetiva y la doctrina hace suya la tarea de difundirla, conduciéndose la nueva teoría de responsabilidad del productor por cauces no imaginados por sus creadores, es menester referirse a la teoría de la responsabilidad por culpa , noción que alimenta el desarrollo del derecho de daños en el sistema norteamericano, y que no obstante la esperada y resonante aparición en escena hacia los años 1960 de la responsabilidad objetiva, se le reconoce como la clásica y más importante teoría del resarcimiento de daños en la materia de nuestro particular interés.

Los principios de la teoría de la responsabilidad por culpase hallan presentes a lo largo de la evolución de la jurisprudencia en la resolución de los casos de responsabilidad del productor, el razonamiento de los jueces norteamericanos raramente se aparta de la teoría clásica, aunque una vasta literatura creada por los estudiosos norteamericanos haya focalizado su atención y esfuerzos en la difusión de la responsabilidad objetiva del productor. Las cortes norteamericanas se expresan en sus sentencias a través del lenguaje de la responsabilidad por culpa, mientras el lenguaje de los juristas se manifiesta fuertemente influenciado por las nuevas corrientes de pensamiento nacientes, siendo así posible que la doctrina de la responsabilidad objetiva haya encontrado a este nivel -doctrinario-, el medio apto para su difusión. La fuerza de la teoría de la responsabilidad por culpaen los Estados Unidos ha determinado de una parte, que algunos Estados hayan rechazado la adopción de la responsabilidad objetiva, mientras que en aquellos que la han adoptado, podía darse que razones de prueba llevaran a la víctima a encuadrar su pretensión resarcitoria de acuerdo a la teoría de la *responsabilidad por culpa*[103]. A todo ello, cabe agre-

[103] En el caso *Blacker v. Oldsmobile Div.*, 1995 WL 143123 (E.D.Pa. 1995), en el que se señala la no pertinencia de la prueba de la previsibilidad del riesgo de parte del productor como no admisible bajo una demanda basada en la *responsabilidad objetiva. Cit.* en: D. Owen - John E. Montgomery - W. Page Keeton, *Products Liability and Safety, cases and materials*, 3° ed., Westbury, Nueva York, 1996, Cap. 2.

gar que, muchos jueces han establecido que las bases de la responsabilidad objetiva en los casos de defectos de diseño y de información, es similar, si no idénticas, a la responsabilidad conforme a la responsabilidad por culpa. Y en esta línea, se observa que muchas de las propuestas de "reforma" han hecho un llamado hacia el retorno, ciertamente sobre bases formales, a los principios de la responsabilidad por culpa. Es así que, en algunos Estados norteamericanos, la legislación, algunas cortes, y un texto de gran importancia en el derecho norteamericano, como es el nuevo *Restatement* sobre la *Products Liabilty*, han dado una respuesta en este sentido, es decir, del renacimiento formal de los principios de la responsabilidad por culpaen el derecho de la responsabilidad del productor[104].

La responsabilidad por culpa, como noción en el derecho norteamericano, comporta una falta de ejercicio de los cuidados debidos de parte del hombre cuidadoso y prudente, lo que corresponde a la noción de culpa en el *civil law*, como criterio de evaluación del comportamiento humano. Se trata del estándar de responsabilidad civil que ha regido el ámbito de los accidentesen los Estados Unidos, desde hace más de siglo y medio. Hasta aquí cuanto concierne a la noción, por lo cual, se consideró necesario elaborar una teoría de la responsabilidad por culpaque permitiera explicar su función social así como la de todo el sistema de la culpa en la responsabilidad por *accidents*. En este esfuerzo, un ilustre Profesor de la Universidad de Chicago, Richard Posner[105], elabora esa teoría y la verifica a través de un examen que lleva a cabo de la jurisprudencia norteamericana, tomando como base de análisis el período que va del año 1875 a 1905. No nos extenderemos en el detalle del examen, sobre la base de los diversos casos que tomó Posner para verificar su teoría, pero sí, nos interesa precisar las notas que la distinguen, por cuanto, es ella, la que sería aplicada por las cortes en los años sucesivos a tal elaboración hasta los tiempos actuales.

Posner, da cuenta de la visión ortodoxa del concepto de culpa que hasta el momento, había sido seguida y difundida por los estudiosos e historiadores del derecho norteamericano, y con la cual, se muestra en desacuerdo, surgiendo así, la necesidad de elaborar una teoría que responda a una visión fresca de la función social de la responsabilidad por culpa.

Antes del siglo XIX, un sujeto era considerado responsable por haber causado un daño sin interesar que hubiera o no obrado con culpa; pues

[104] *Ibidem*, p. 32.

[105] V. Posner, R., *"A Theory of Negligence"*, en *J. of Leg. Stud.*, vol. 1, 1972, p. 29 ss.

actuaba bajo su propio riesgo. La imputación de la responsabilidad era claramente objetiva. Con el advenimiento del siglo XIX, el criterio objetivo de imputación es moderado merced a la presión de la expansión industrial y la filosofía individualista, en virtud de la cual, se justificaba el desplazamiento de las pérdidas del daño sufrido por la víctima al causante del daño, sólo si la conducta de éste era reprobable, es decir, si había incurrido en culpa y la víctima no había tenido participación en la generación del daño (concurrencia de culpas). La consecuencia de este proceso de imputación de la responsabilidad, señala Posner[106], era la "externalización" de los costos de los accidentes, de las empresas que los generaban a los trabajadores y a otros que sufrían dichos daños como producto de la actividad de aquellas.

Bien, conforme a la perspectiva ortodoxa, el traslado de los costos de los daños generados por las empresas podía, tal vez, justificarse en un deseo de protección de la industria naciente, a modo de subsidio, y lógicamente, pasado este período de asentamiento de la industria, el sistema de la culpa resulta inadecuado para compensar a las víctimas de los daños. En tanto, se pone de relieve que la necesidad de compensación no es afectada por el hecho de que los que hayan tenido participación en el accidente hayan sido cuidadosos o no, no obstante lo cual, desde esta perspectiva, se critica que el derecho al resarcimiento se condicione a la prueba de la culpa del demandado siempre que no haya tenido culpa la víctima[107].

Posner, en su *"Theory of Negligence"*, extrae los puntos principales de la visión ortodoxa de la culpa, y sobre la base del examen de la jurisprudencia en el período 1875-1905 la critica por no dar una noción clara sobre la culpa.

Con respecto al primer punto de esa visión tradicional, sobre que la adopción de la responsabilidad por culpaconstituyó un subsidio para la expansión de la industria en el siglo XIX, contesta que el hecho que bajo un sistema de responsabilidad por culpa, los costos de los accidentes en trenes serán para la empresa ferroviaria más bajos que bajo un sistema de responsabilidad objetiva, lo que no significa que exista un subsidio, noción que corresponde más bien, al caso en que existiera un tributo a favor de ella. Lo que tampoco puede argüirse porque el sistema de la culpa no implica necesariamente una disminución de las medidas de

[106] V. *Ibidem*.

[107] V. Guido Calabresi, *The cost of Accidents, A Legal and Economic Analysis*, 1970, pts. 4 y 5.

seguridad de parte de la empresa imputada. Y basándose en el examen de la jurisprudencia del período indicado, afirma que, un sistema de culpa, adecuadamente administrado, es coherente con una inversión óptima en la prevención de los accidentes a cargo de la empresa sujeta a dicho estándar.

El segundo punto de la visión tradicional que se puede inferir, es que si el propósito predominante de la responsabilidad civil es compensar a las víctimas por los daños sufridos, entonces, si el sistema de compensación no funciona bien, entonces es un mal sistema. Sin embargo, se ha sostenido, que el criterio de la compensación es ajeno al sistema de la culpa [108], siendo posible que la gente se asegure por cuenta propia contra los accidentes no compensados, no existiendo a la época un esquema estatal de compensación por accidentes. Pero esta opinión, negando meramente la compensación, no dice cuál sería el propósito del sistema de la responsabilidad por culpa.

El tercer punto que Posner infiere de la visión ortodoxa de la culpa es que se le critica de ser un concepto moral, pero no señala cuáles son esas raíces morales de la culpa, limitándose a afirmar que los juicios morales que se realizan en un caso de accidente son criterios anacrónicos y superficiales para determinar el resarcimiento. En realidad, la negación del criterio moral como base de la responsabilidad es conforme a una concepción del sistema de la culpa entendido simplemente como mecanismo de compensación. Posner precisa que, la moral del sistema de la culpa es diversa a la que se entiende ordinariamente. La responsabilidad por culpaes un estándar objetivo. Consecuentemente, un hombre puede ser culpable aunque haya hecho lo mejor para evitar el accidente. Además, diversas reglas sobre la responsabilidad por culpa son difíciles de encuadrar bajo un enfoque moral[109]. La atribución del carácter moral a la negligencia, sólo implica retrasar la investigación sobre esta noción. Para absolver la interrogante de qué es lo que hace que un daño causado por descuido produzca una reacción diferente a aquél que se ha producido como simple accidente inevitable, la visión ortodoxa no da una respuesta.

[108] Posner se refiere al ensayo de Oliver Wendell Holmes, Jr., titulado *"The Common Law"*, (1981), p. 100, *cit.* en R. Posner, *op. cit.*, n. 3.

[109] En esta línea, es posible que los insanos de mente respondan por su negligencia aún cuando son incapaces de comportarse cuidadosamente; los empleadores son responsables por la negligencia de sus empleados. Con respecto a este último caso, en menos del 4% de los casos dados en el período examinado por Posner, el demandado fue consideado negligente; en los demás casos, se le imputó responsabilidad por la negligencia de sus empleados. Este resultado demuestra lo atenuado de la noción moral que se atribuye a la *negligence*. V. *Ibidem*, p. 32.

Es así que Posner arriba a proponer una mayor atención a la función social de la responsabilidad por negligencia. Y halla en la famosa fórmula sobre el estándar de la culpa, elaborada por el Juez Learned Hand, el fundamento para su teoría. En efecto, dicha fórmula le da la clave para dar contenido al concepto de la diligencia ordinaria *–ordinary care–*. Aunque la fórmula del Juez Hand es posterior al período en que Posner basa su examen, sin embargo, no es que haya sido una invención, sino más bien, recoge y refleja lo que las cortes habían venido resolviendo hasta el momento con relación al estándar de imputación que aplicaban.

El Juez Learned Hand precisó en el primer caso que dio a conocer su famosa fórmula del estándar de negligencia, en *Conway v. O'Brien* (1940) lo siguiente:

> "El grado de diligencia requerido a una persona en un determinado momento es el resultado de tres factores; la probabilidad de que su conducta dañará a otros, obtenida de la seriedad del daño si se produce, y balanceada con el interés que ella debe sacrificar para evitar el riesgo. Todos éstos, prácticamente, no son susceptibles de estimación cuantitativa, y los dos segundos no lo son en general, ni siquiera en teoría. Por esta razón, una solución implica siempre alguna preferencia, o elección entre inconmensurables, y ello es encargado al jurado porque su decisión es la que probablemente se adecua más a los estándares ordinariamente aceptados, reales o imaginarios."[110]

En un caso posterior, *United States v. Carroll Towing Co.*, Hand reitera su construcción sobre la diligencia ordinaria señalando:

> "El juez (o el jurado) debe tratar de evaluar tres cosas: la magnitud del daño si se produce; la probabilidad que el accidente ocurra; y la carga de las precauciones que se deben tomar para prevenirlo [111]. Si el producto de los dos primeros términos excede la carga de las precauciones, entonces la falta de haberlas tomado constituye negligencia. Posner [112] reconoce en esta formulación, que Hand anunciaba ya, tal vez inconscientemente, un significado económico de la responsabilidad por culpa . Conforme a este significado, se multiplica el costo del accidente, si ocurre, por la probabilidad que se produzca, lo que da la medida del beneficio econó-

[110] *Conway v. O'Brien*, 111 F.2d 611 (2d Cir. 1940), *cit.* en: Harry Shulman - Fleming James, Jr. - Oscar Gray -, *Cases and Materials on the Law of Torts*, The Foudation Press, Inc., Mineola, N. Y., 1976, p. 171.

[111] La fórmula del Juez Hand, aparece también claramente en el caso *United States v. Carroll Towing Co.*, 159 F.2d 169 (2d Cir. 1947).

[112] V. R. Posner, *op. cit.*, 32.

mico que se anticipa para determinar los costos necesarios para prevenir el accidente. El costo de prevención, es lo que Hand refiere por carga de las precauciones que se deben tomar para prevenir el accidente. Puede consistir en el costo de instalación de equipos de seguridad u otros modos de hacer que la actividad sea segura, o el beneficio a que se renuncia al recortar o eliminar la actividad. Si el costo de las medidas de seguridad o del recorte de la actividad -cualquiera que sea el costo bajo- excede el beneficio de evitar el accidente, obtenido sólo si se incurre en ese costo, la sociedad se encontrará en una situación mejor, en términos económicos, si se renuncia a la prevención del accidente. Una regla que haga responsable a la empresa por los accidentes que se producen en esos casos, no puede ser justificada sobre la base que dicha regla inducirá a la empresa a incrementar la seguridad en sus operaciones. Cuando el costo de los accidente es menor al costo de prevención, una empresa basada en un principio de maximización de la riqueza pagará el resarcimiento de los daños a las víctimas de los accidentes en lugar de incurrir en costos mayores para evitar la responsabilidad. Más aún, el valor económico o el bienestar disminuirá en lugar de incrementarse si se incurre en costos más altos de prevención de accidentes para evitar un accidente cuyo coto es inferior. Si de otro lado, los beneficios de la prevención del accidente exceden los costos de la prevención, la sociedad se hallará en una mejor situación si se incurre en dichos costos y el accidente es evitado, y en este caso la empresa es considerada responsable, en la confianza que su propio interés la incentivará a adoptar las medidas necesarias para evitar un costo mayor en un juicio de responsabilidad.

Posner prosigue la explicación de la teoría económica de la culpa, haciendo referencia a la circunstancia que el accidente pueda ser evitado por la víctima. Señala que "si el accidente puede ser prevenido con la instalación de un equipo de seguridad o el recorte o la discontinuidad de la actividad de parte de la víctima a un menor costo que cualquier medida que el causante del daño podría adoptar, sería antieconómico adoptar una regla de responsabilidad que coloque el peso de la prevención del accidente en este último. Aunque no hay una parte explícita en la fórmula de Hand que se refiera a esta situación, como se verá, se halla implícita en la administración del estándar de la culpa.

"Tal vez, entonces, la función dominante del sistema de la culpa es la de generar reglas de responsabilidad, las que si son cumplidas, comportarán, al menos aproximadamente, un nivel eficiente *–the cost-justified–* de accidentes y de seguridad. ... Debido a que no nos gusta ver desperdiciarse los recursos, un juicio de negligencia tiene sugerencias inevitables de desaprobación moral, por ello quiere decir, que hubo una alternativa más económica que el accidente. Contrariamente, no suscita indignación moral el caso en que el costo de prevención pudo haber excedido el costo

del accidente. Cuando las medidas necesarias para advertir el accidente hubieran consumido en exceso los recursos, no hay ocasión para condenar al demandado por no haberlas tomado".

"Si la indignación tiene sus raíces en la ineficiencia, no tenemos que decidir si la regulación, o compensación, o retribución, o alguna combinación de éstas describe mejor el objeto dominante del derecho de la responsabilidad por culpa. En todo caso, el juicio de responsabilidad depende por último, de un balance de los costos y de los beneficios"[113].

En el período examinado por Posner, 1875-1905, en el cual se da el clásico florecimiento del concepto de la culpa, se toman en cuenta las decisiones de las cortes de apelación norteamericanas[114], para demostrar la hipótesis según la cual, la responsabilidad por negligencia ha reportado un nivel eficiente de accidentes y seguridad. La mayor parte de los accidentes producidos en ese período de tiempo eran accidentes ferroviarios.

De los casos examinados, Posner infiere el marco doctrinario e institucional[115] en el cual se desarrolla el sistema de la negligencia.

---

[113] *Ibidem*, p. 33-34.

[114] En 1875, se puede decir que el sistema de la responsabilidad por culpa alcanza madurez en los Estados Unidos. Antes, existía la negligencia, pero como se le consideraba un criterio nuevo, las decisiones judiciales que la reportaban eran pocas. Y, luego del año 1905, el sistema de dañosnorteamericano ingresa a una fase nueva, en la cual se dicta el primer *Federal Employers Liability Act* (1906) y el primer estatuto de compensación de los trabajadores algunos años después. La nueva normativa recortaba el terreno de la negligencia, llevándola hacia su fin.

Posner examinó las opiniones de las cortes de apelación norteamericanas emitidas en la primera cuarta parte de 1875, 1885, 1895 y 1905. Ciertamente, las decisiones correspondientes a 1875 y 1885 no eran siempre fechadas, de consecuencia, se debía recurrir a aproximaciones. Las opiniones en el período tomado por el autor, equivalen a un 30% del total de opiniones de las cortes de apelación del período. Considera sólo los casos que han llegado en apelación a las cortes, porque los de la instancia inferior, no siempre eran objeto de apelación y porque habría sido imposible en la práctica, basar el estudio en los casos de la primera instancia, pues, no era disponible una información adecuada sobre los hechos de los casos, las decisiones no eran publicadas ni figuraban en índice, todo lo cual, obstaculizaba un examen correcto de los mismos. Se observa que en el período 1875-1905, la mayor parte de de las demandas era resuelta sin mayor litigio, aunque razones existían para ello. V. R. Posner, *op. cit.*, p. 34 - 36.

[115] En cuanto al marco institucional o de procedimiento del sistema de la negligencia, Posner destaca como sus aspectos característicos, el principio del contradictorio, su descentralización y el no ser político. La fuerza motora del sistema está constituida por el propio interés económico de quienes tuvieron participación en el accidente. Posner destaca el rol de información que se despliega en un sistema donde rige el

En el examen de 1494 casos, se parte de una distinción entre los accidentes sufridos por terceros y accidentes sufridos por una parte en una relación contractual u otra forma de negociación. La mayor parte de accidentes corresponde al primer grupo (accidentes ferroviarios o causados por tranvías, en su mayoría). Siendo tal la realidad de los hechos, la función reguladora de la responsabilidad por culpaera importante sobretodo con respecto a los accidentes a terceros, casos en los cuales, los costos de transacción eran altos y un mercado no regulado no podía ofrecer un nivel óptimo de accidentes y seguridad. Mientras que en el segundo grupo, las partes tienen una relación contractual y el impacto de las reglas de responsabilidad es más difícil, pues, las partes son libres de negociar toda hipótesis de responsabilidad. No obstante, también en este último caso, los costos de transacción pueden ser altos, al tratar de detallar la ejecución contractual (sobretodo en los contratos no formales que se celebran en la vida diaria, como comprar un boleto de tren). Así, serán las cortes a decidir qué medidas de seguridad debieron ser tomadas por las partes, si éstas las hubieran negociado. El nivel de seguridad que habrían negociado las partes, habría sido, se presume, un nivel de eficiencia, en el sentido que los pasajeros habrían requerido a la compañía que ofreciera un costo de medidas de seguridad que excediera el costo del accidente, si ocurriera, multiplicado por la probabilidad de su realización. En la eventualidad que se produjese el accidente, y el pasajero-víctima interpusiera

contradictorio que sirve de contrapeso al sistema del *common law* que centra su atención en la decisión del caso individual, y al cual se le critica de no poder alcanzar de consecuencia, estándares de seguridad eficientes. Compara este método del *common law* con el mercado -caracterizado también por su alto grado de descentralización, competitividad y por ser un sistema privado que ejerce fuerte presión para lograr la eficiencia-. Observa que en ambos casos, en un juicio y en el mercado, se crean fuertes incentivos para aportar información.

Otra característica del contradictorio en el sistema de la negligencia, es que el mismo ha sido previsto para incentivar la formulación y aplicación de principios de seguridad, basados en consideraciones de eficiencia.

De otra parte, destaca la división de funciones entre el juez y el jurado, la que es coherente con el objetivo de eficiencia del sistema de la negligencia. El jurado tuvo un rol importante en el desarrollo del sistema de la negligencia. En el pronunciamiento sobre los problemas de la seguridad, aporta en el juicio la experiencia de un más amplio sector de la comunidad -al ser más representativo de la población de las víctimas de daños- que si hubiera dependido sólo de un juez. La función del jurado no consistía sólo en examinar los hechos, sino era responsable de decidir si esos hechos confiruraban negligencia, aplicando la fórmula del Juez Hand, la cual, requería de la aplicación del sentido común del lego que de un juicio técnico del letrado. V. *Ibidem*, p. 48-52.

su demanda, será labor de la corte establecer si la compañía no cumplió con lo pactado, o sea, si cumplió con ofrecer el nivel óptimo de seguridad. Como se observa, el examen resulta ser el mismo con respecto al caso en que las partes fueran extrañas entre sí (primer grupo de casos), y ello, sumándose al hecho que el daño resultante sería también del mismo tipo, explica el porqué las cortes hayan tratado los casos de accidentes resultantes de una relación contractual y los que no lo fueran, sin distinción a los efectos del estándar de la culpa, sin perjuicio de establecer algunas diferencias en los casos de los empleados.

En cuanto a los elementos que constituían el marco doctrinal del sistema de la responsabilidad por culpa, Posner destacó lo siguiente:

La regla general en el sistema de la responsabilidad por culpa es que el imputado por el daño ocasionado tiene frente a la víctima un deber de ejercer los cuidados ordinarios del hombre cuidadoso y prudente *–duty to exercise due care–*. La violación de ese deber constituye negligencia. A esta regla correspondían dos excepciones: Una primera, conforme a la cual se exigía un deber mayor, de la más elevada diligencia practicable –deber de evitar la culpa más leve–, era requerida al conductor (que en el período examinado era mayormente el conductor de tren) frente a los pasajeros a bordo[116]. Una segunda excepción a la diligencia ordinaria consiste en la exigencia sólo de evitar el daño conocible, no requiriéndose el uso de la diligencia debida, sino un deber de cuidado atenuado. Esta excepción se aplicaba a los ocupantes de terrenos, que en el período bajo examen eran sobretodo la ferrovía. Aquí, la regla venía justificada por un sistema del derecho de propiedad diseñado sobre la protección exclusiva de la posesión, en una época en que las invasiones de terrenos eran difíciles de evitar *(trespassers)*, de consecuencia, se consideraba que la utilidad de una

[116] La excepción parece razonable si se le considera una aproximación a lo que las partes pudieron acordar en el contrato de transporte. Pero, estrictamente hablando, señala Posner, no tiene sentido hablar de una estándar más elevado del de la diligencia debida. Así, una empresa o invertirá $100 en medidas de seguridad para evitar un costo de accidente de $90 cuando bien puede satisfacer sus obligaciones pagando esta última suma en juicio. La regla según la cual, los conductores tienen un deber más alto de diligencia frente a sus pasajeros significa que éstos esperan un nivel más elevado de seguridad –porque la ferrovía tiene una equivalente ventaja en la prevención de accidentes– (en realidad, los pasajeros no son capaces de advertir el accidente) y porque una colisión o descarrilamento es capaz de causar la muerte o dañar seriamente. Estos factores son ausentes o atenuados cuando el accidente se produce en el terreno de la estación ferroviaria –sea al tratar de subir al tren– o el pasajero que sufre un daño al interno de un vehículo, donde el estándar de la más elevada diligencia no resulta aplicable. V. R. Posner, *op. cit.*, p. 38.

invasión era menor al costo que representaría la prevención de invasión, si se tomaba en cuenta los derechos de la ferrovía.

Habían dos principios que hacían posible la implementación del estándar de la negligencia. Uno era referido a la violación de una disposición legal –*statute*– que prescribe un deber de diligencia hacia el sujeto que viene protegido por la norma, configurándose la negligencia. El interés teórico de este principio es que potencialmente desplaza la función de las cortes para evaluar los casos de negligencia, al legislador, quien al establecer parámetros mínimos de comportamiento, serían las cortes a aplicarlos. Posner sugiere que podría pensarse que los legisladores utilizan la fórmula de Hand para establecer los deberes de diligencia en los estatutos, pero las bases teóricas para pensar que ello fuera de ese modo no estaban a favor. Otro principio se refería al peso atribuido a los usos de la industria. Así, si bien podría considerarse una defensa para el demandado el haber cumplido con la práctica comercial promedio, habían casos en que el sistema de la negligencia no optimizaba la seguridad, y esta circunstancia es apreciada por Posner, quien nota que en el período que analiza, las cortes no consideraron ese principio una defensa.

Otro principio característico del sistema de la negligencia de la época bajo examen, era el de la concurrencia de culpas, llamado en Norteamérica *contributory negligence*. De acuerdo a este principio, si la víctima no había faltado al ejercicio del deber de cuidado (*duty of care*), no tenía derecho a resarcimiento, aún si el demandado se hallaba en culpa. Esto resulta, según Posner, directamente de la aplicación de la fórmula del Juez L. Hand. En efecto, precisa, existen casos en los que es la víctima quien se haya en la mejor situación para prevenir el daño -*the cheapest accident preventer*- y por ello debe responder. Pero el principio, como su propio nombre lo indica es generalmente aplicado cuando el demandado fue también negligente, en cuyo caso se cuestiona por qué no debería responder también el demandado. Una respuesta podría ser que sería imposible demostrar si permitiendo el resarcimiento en casos en que cualquiera de las partes podía evitar el accidente, se optimizaría el nivel de los accidentes y seguridad. Pues, en este razonamiento no se tiene en cuenta el caso en que el demandado habría podido prevenir el accidente a un costo menor que el costo del accidente multiplicado por la probabilidad de que ocurra, siendo el costo de prevención para el demandado inferior que para la víctima. En este caso, una regla económica correcta nos dice que el que causó el daño debe responder, aún cuando la víctima haya concurrido con su culpa en la producción del mismo. Esta corrección de principio, precisa Posner, que si bien no fluye expresamente de los casos que revisa, puede inferirse sí de ellos, observando en este sentido que, son pocas las

veces en que el derecho exige de la víctima un esfuerzo particular para evitar un accidente, más lo exige del imputado.

De otra parte, se exigía la prueba del nexo de causalidad entre la violación del deber de diligencia y el daño. Sin esta prueba, precisa Posner, no se puede hablar de costo de los accidentes. Si el demandado fue negligente pero el accidente se habría producido de cualquier modo, no sería correcto afirmar que los costos del accidente son una consecuencia de su negligencia desde que ellos no habrían podido ser evitados con el ejercicio de la diligencia debida. Pero siendo el demandado negligente, Posner sugiere que cabe otorgar un resarcimiento con la finalidad de punirlo por haber faltado a su deber, incentivándolo a cumplir en un futuro con los requisitos de la eficiencia. La punición del demandado –consistente en una exacción que es mayor a los costos sociales (costos de los accidentes) que es impuesta por la violación de un deber–, señala Posner, es necesaria cuando no se puede individualizar al responsable, pero esta situación, en el período examinado o era excepcional o no se daba, por lo que normalmente, los denominados daños punitivos no venían concedidos en los casos de negligencia. El jurista norteamericano, se muestra a favor de este resarcimiento punitivo, destacando su importancia a los efectos de la optimización de la seguridad, bajo el sistema de la negligencia [117].

Las cortes norteamericanas, en el período examinado, han aplicado la doctrina de la causa próxima –*'proximate cause'*–, conforme a la cual, se dispensaba de responsabilidad al demandado por las consecuencias imprevisibles de la negligencia. Posner atribuye dicho resultado al estándar económico de la negligencia, pues si por ella se entiende "la falta de adopción de las medidas para evitar la producción de un tipo de accidente cuyo costo, descontado (multiplicado) por la frecuencia con que se produce, excede el costo de esas medidas", entonces, tiene sentido no exigir precauciones contra los accidentes que ocurren extraordinariamente, siendo que el beneficio de la prevención es próximo a cero[118].

Como se observa, el criterio de la previsibilidad está presente en el juicio de responsabilidad a los efectos de la imputación del hecho dañoso, generado por negligencia. Se trata de la fase de la construcción del hecho dañoso que portará a la determinación de la responsabilidad del sujeto imputado. A partir de este momento, es posible atribuir las consecuencias de ese hecho dañoso previamente determinado. Y es con respecto a este momento del juicio de responsabilidad, que Posner ilustra cómo el derecho norteamericano -basándose en los casos examinados- presenta como

[117] *Ibidem*, p. 40-41.

[118] *Ibidem*, p. 42.

característica del derecho de daños que, "el demandado responde por todos los daños sufridos por la víctima, aún cuando la extensión de los mismos no pudo ser prevista"[119]. Esta afirmación pareciera contradecir el principio de imputación de responsabilidad por negligencia fundado en un criterio de previsibilidad, pero se trata de dos aspectos diferentes. Así, precisa Posner, uno es referido al hecho dañoso *–fact of injury–* y el otro, a la extensión del resarcimiento y que lo que "se quiere es la completa responsabilidad por negligencia de los demandados equivalente al costo total de los accidentes que han generado"[120].

El período de florecimiento de la teoría de la negligencia en los Estados Unidos, estuvo caracterizado por la producción de la mayor parte de accidentes en el centro de trabajo y los accidentes ferroviarios. En pocos casos, el demandado resulta ser personalmente negligente, si bien, responde sí por los hechos dañosos cometidos por sus subordinados frente a terceros en ejercicio de la actividad. En este sentido, las demandas se basaron en la doctrina del *'Respondeat Superior'*. La doctrina pareciera contradecir la teoría económica de la negligencia, pues el empleador responde sin interesar su diligencia en evitar los descuidos de sus subordinados. Pero la contradicción es más aparente que real, pues precisa Posner que, "haciendo a la ferrovía responsable por los daños ocasionados por sus empleados en el ejercicio del trabajo ...el derecho crea un mecanismo por el cual, la ferrovía puede decidir por sí misma, cuánto invertir para evitar que sus trabajadores sean negligentes. ... Habrán casos en los que ningún gasto razonable habría evitado el accidente y donde, el efecto de la doctrina del *'Respondeat Superior'* es trasladar las pérdidas sin afectar el nivel de seguridad. La alternativa habría sido sólo que las cortes habrían tenido que regular en detalle los métodos de selección, supervisión y disciplina de los trabajadores" [121].

[119] *Ibidem*, p. 47.

[120] *Ibidem*, p. 48.

[121] La interpretación de la doctrina del *'respondeat superior'* halla sustento, conforme señala Posner, en la distinción que hacían las cortes del período examinado, entre los empleados y los contratistas independientes que realizaban su trabajo bajo propia responsabilidad. Esta diferencia era defendible desde un punto de vista económico.
Sin embargo, las cortes norteamericanas no aplicaron esa doctrina a la familia, donde los padres eran responsables de los actos de sus hijos solamente si habían sido negligentes en cuidarlos. Una regla objetiva de responsabilidad parental habría tenido un efecto regulatorio ínfimo y habría sido contrario a lo que infiere Posner, de los casos examinados, sea la característica del sistema de la *negligence*, puesto que en muchos casos los padres habrán sido incapaces de controlar la conducta de sus hijos a un costo razonable. *Ibidem*, p. 43.

Sin embargo, continuando en el plano de accidentes industriales –como venían llamados siempre que tuvieran que ver con el trabajo– cuando la víctima era un trabajador, las cortes crearon una variedad de doctrinas, siendo la más importante, aquélla que considera no aplicable a estos casos la doctrina del *'Respondeat Superior'*. Así, no resultaba responsable el empleador ante sus empleados por los daños que le hubieren ocasionado los compañeros de trabajo. También, con respecto a esta regla, Posner infiere la lógica de la esencia económica del sistema de la negligencia, pues, los trabajadores se hallan en mejor posición para identificar al trabajador negligente, más aún si trabajan al mismo nivel, al menos, aproximadamente[122].

En los casos de accidentes de trabajo, cuando el dependiente demandaba al empleador, se aplicó la regla de la concurrencia de culpas *-contributory negligence-*. Una doctrina que se relaciona a la ya citada, la de la "asunción del riesgo", fue también aplicada en muchos de los casos examinados por Posner. En virtud de la última de las citadas, el trabajador no obtenía resarcimiento cuando el accidente había sido producto de un riesgo que le resultaba conocido u obvio. Aquí se halla también una justificación económica, considerándose que las actitudes frente al riesgo no deben ser distribuidas uniformemente entre todos los miembros de la sociedad. Esta doctrina, en realidad, permite a quien elige el riesgo someter esta posibilidad a negociación en el mercado[123].

De esta manera, Richard Posner ilustra cómo las doctrinas aplicadas por las cortes norteamericanas sobre la culpa sostenían una teoría económica de ella.

3.3 *Expansión de la responsabilidad objetiva por productos defectuosos*

La sección 402A del *Restatement (Second) of Torts* fue inmediatamente adoptada como norma sobre la materia por las diversas jurisdicciones norteamericanas. La expansión del régimen de la responsabilidad objetiva

[122] Se trata de la llamada teoría de los compañeros de trabajo (*fellow-servant rule*), que se configura como excepción a la doctrina *respondeat superior*. Tal excepción, aporta un instrumento de incentivo a la seguridad industrial, sobretodo si se combinaba -como fue en realidad- con la regla que hacía responsable al empleador por los daños sufridos por uno de sus dependientes por la negligencia de otro de ellos, si tenía conocimiento de la reiterada negligencia de este último. *Ibidem*, p. 44.

[123] *Ibidem*, p. 45-46.

se verifica a través de su aplicación por los tribunales, marcando la distancia con lo que sus propulsores pensaron originalmente[124].

Esta expansión de la responsabilidad objetiva no consistió en un mero acrecentamiento del deber de diligencia o cuidado impuesto al vendedor. Se trató más que nada de un esfuerzo por eliminar los obstáculos que representaba para la víctima llevar la causa hasta el jurado[125]. Así, pueden citarse entre los obstáculos más importantes que se logran superar con el tiempo, de un lado, la "regla del peligro patente" *–patent danger rule–*, conforme a la cual, la víctima no era resarcida si el defecto era tan evidente que debía haberlo previsto, siendo esto cuanto había sido contemplado en el comentario a la citada sección 402A. Es la jurisprudencia, que posteriormente decide la no aplicación de dicha regla[126], cuando las críticas se agudizaban con respecto a la aplicación del Test de la expectativa del consumidor *(consumer expectations test)*, criterio adoptado por el Segundo *Restatement* para la determinación del defecto. De otro lado, se supera la también llamada regla del tercero *(bystander)*, sujeto que no es ni consumidor ni usuario, pero que de algún modo, las circunstancias lo han colocado en contacto con el producto defectuoso, resultando víctima del mismo[127]. A todo ello, abonaba a favor del acceso al jurado de parte de las víctimas que planteaban sus demandas, la circunstancia que se haya adoptado en la mayor parte de jurisdicciones la regla de la concurrencia de culpas *–comparative responsabilidad por culpa–*, conforme a la cual, cuando la víctima ha tenido ingerencia con un hecho propio en la producción del daño, se le confiere un resarcimiento parcial[128].

La aplicación de la nueva doctrina al terreno de los defectos de diseño *(desing defects)*, es siempre considerada como la más significativa expansión del derecho de la *res*ponsabilidad del productor[129]. Con ello, no se deja de reconocer que aún antes de la introducción de la responsabilidad objetiva, las víctimas eran también resarcidas a la luz de la teoría de la

[124] V. *supra*, punto 2 de esta sección segunda del capítulo I, sobre "... la intención original ...".

[125] V. James A. Henderson Jr. & Theodore Eisenberg, *"Quiet Revolution in Products liability: An Empirical Study of Legal Change", en U.C.L.A. L. Rev.*, vol. 37, 1990, p. 479.

[126] Véase las críticas al *consumer expectations test, infra*, n. 339, 313 y textos.

[127] V. *supra*, n. 327.

[128] V. sobre la *"Contributory and Comparative Negligence"*: Gary T. Schwartz, *"Contributory and Comparative Negligence: A Reappraisal", en Yale L. J.*, vol. 87, 1978, p. 696.

[129] V. Henderson & Twerski, "Closing the American Products Liability Frontier: the Rejection of Liability Without Defect", en N.Y.U.L. Rev., vol. 66, 1991, p. 1263.

culpa[130], observándose que progresivamente a como se vencían las dificultades que debían afrontar en juicio las víctimas, un mayor número de productores debía responder de los daños generados por los defectos de diseño, ante lo cual, un sector importante de la doctrina norteamericana considera que el criterio de imputación en tales casos ha sido siempre la culpa[131], y que el efecto de haberse superado los obstáculos ha sido más bien corroborativo de dicho criterio. De este modo, se confirma la tesis de la aproximación que ha operado entre las nociones de responsabilidad objetiva y responsabilidad por culpa, a la que se dedica el punto precedente (3.1) de la presente sección.

Siempre en el área de los defectos de diseño, la tendencia expansiva de la responsabilidad objetiva ha encontrado terreno fértil en un determinado sector de casos, que presentan como característica la circunstancia que, el riesgo irrazonable no era conocible al momento de la puesta en circulación del producto en el mercado. Se trata de casos que ponen el problema del efecto del "transcurso del tiempo" en el descubrimiento del riesgo de un producto y de saber qué momento es correcto considerar para la determinación del conocimiento de ese riesgo, si el llamado tiempo de venta (*time of sale)* o el llamado tiempo de corte (*time of trial*)[132]. Pero, como se decía, se trata de "ciertos casos", ya que en realidad, raramente sucede que los productos en venta presenten riesgos desconocidos al momento de la transferencia. Las cuantas decisiones judiciales que han adoptado el criterio del tiempo de corte (*time of trial)*, a través de n examen retrospectivo –*hindsight*– se refieren a los casos de *asbestos*[133], siendo la orientación

[130] V. Schwartz, "*Forward: Understanding Products Liability*", en *Cal. L. Rev.*, vol. 67, 1979, p. 438, donde el autor destaca que en el período que comprende los años 1944 a 1963, las víctimas en la jurisdicción de California obtenían resarcimiento de los productores sea conforme a la teoría de la culpa que de la garantía, incluyendo los casos de defectos de diseño.

[131] En este sentido: Croley & Hanson, "Rescuing the Revolution: The Revived Case for Enterprise Liability", en Mich. L. Rev., vol. 91, 1993, p. 702.

[132] V. *supra*, n. 254, 255 y texto.

[133] En este sentido se cita el *leading case: Beshada v. Johns-Manville Prods. Corp.*, 447, A. 2d 539 (N.J. 1982).

A la luz de la historia de la industria de la sustancia mineral llamada *asbestos*, sustancia no incendiable usada para proteger del fuego o del calor-, se observa que es más probable que la ausencia de prueba del conocimiento del riesgo de parte del demandado, se atribuya más a una deficiencia de prueba de las víctimas que al propio conocimiento científico. Así en *In re Hawaii Fed. Asbestos Cases*, 699 F. Supp. 233 (D. Hawaii 1988), se precisó que "era casi indiscutible que la industria tenía -y cesó- conocimiento del riesgo del *asbestos* ya desde los años 1930. *Cit.* en: Philip H. Corboy, "*The not so*

jurisprudencial norteamericana la de rechazar el examen retrospectivo, aplicando en cambio, el criterio de la culpa[134].

Progresivamente, como se ha dicho antes, suprimiéndose los obstáculos –que implicaba el acceso a los tribunales–, resultaba cada vez más factible para las víctimas de daños derivados de productos defectuosos esperar el resarcimiento de los mismos[135]. La presencia de la figura del jurado en el sistema judicial federal norteamericano[136], tuvo por cierto, un rol importante en la fase de expansión de la responsabilidad objetiva derivada de porductos, debiendo examinar los hechos sobre la base de la prueba que le presentaban las víctimas, para luego emitir su veredicto. Conformado por miembros de la comunidad, el jurado viene instruido por el juez sobre cómo se aplica el derecho en la evaluación de los hechos que llegan a su conocimiento. El jurado hace justicia sobre la base de una investigación minuciosa, siendo flexible en la evaluación de las circunstancias de los individuos. Se le reconoce la función de construir la discreción, flexibilidad y equidad en un sistema legal[137].

Quiet Revolution: Rebuilding Barriers to Jury Trial in the Proposed Restatement (Third) of Torts: Products Liability", en *Tenn. L. Rev.*, vol. 61, 1994, n. 88.

En realidad, una solución más adecuada para estos casos, habría sido la de invertir la carga de la prueba sobre el demandante, prueba que consistiría en demostrar la no factibilidad tecnológica y desconocibilidad del riesgo. Por ejemplo, sugiere el Prof. G. Schwartz que, el caso *Barker v. Lull Eng'g Co.*, 573 P. 2d 443 (1978), parece haberse orientado en esta dirección probatoria, aunque no es un caso sobre *asbestos*, resulta ilustrativo ya que permite que la víctima pruebe su pretensión rde resarcimiento de los daños sobre la base del producto defectuoso determinado al momento del proceso *-time of trial-*, desplazando al demandado la prueba de la imposibilidad de hacer un producto seguro al moento de la vente *-time of sale-*. V. Schwartz, *"Forward: Understanding Products Liability"*, *cit.*, p. 31.

[134] V. *ibidem*, p. 1057.

[135] Si bien la eliminación de los obstáculos para alcanzar los tribunales ha sido la meta principal de responsabilidad objetiva, de otra parte se considera que ello no es más que un progreso meramente técnico y procesal. Sostienen en este sentido quienes han llegado a cierto consenso de que la responsabilidad objetiva como experimento ha fracasado. V. D. Owen, *"The Fault Pit"*, en *Ga. L. Rev.*, vol. 26, 1992, p. 703; William Powers, *"A Modest Proposal to Abandon Strict Products Liability"*, en *U. Ill. L. Rev.*, 1992, p. 642, donde el autor sostiene que la distribución del riesgo y los incentivos de seguridad de los productos, no justifican por sí solos un estándar especial para los casos de productos defectuosos.

[136] La corte por jurado, constituye un derecho fundamental en los Estados Unidos, así reconocido en el enmienda VII (1791) de la Constitución de ese país. Para los abogados que defienden ante los tribunales, la corte por jurado canaliza la necesidad humana fundamental de que la justicia sea administrada por la propia comunidad. V. Philip H. Corboy, *"The Not-So-Quiet Revolution: ..."*, *cit.* p. 1058.

[137] Eisenberg, T., en *Cornell L. Rev.*, vol. 77, 1992, p. 1124.

Si bien es cierto que se destacan como políticas –*policies*– que estaban a la base del derecho de la responsabilidad objetiva derivada de productos, el resarcimiento de los daños (*compensation*) y la prevención de los mismos (*deterrence*), considerándoseles motores del desarrollo de la nueva doctrina[138], también lo es que, se reconoce a ese mismo derecho el valor de haber fomentado el acceso de las víctimas al proceso por un jurado, derecho constitucionalmente reconocido. Acceso que se viera facilitado con la introducción de la responsabilidad objetiva, pero que ya hacia mediados de los años 1980, sería considerado por un sector de la doctrina como parte importante del problema de la crisis de los seguros[139]. Así transcurre sobretodo la década que va de la mitad de los años 1970 a mitad de los 1980 en los Estados Unidos[140]. Década en la cual, no se puede dejar de mencionar la aparición de nuevas teorías como la "responsabilidad del mercado competitivo (*Market share liability)* o la "responsabilidad alternativa" (*Alternative liability)*, que se apartan de la noción tradicional de la relación causal, para facilitar la vía a las víctimas de los casos DES para obtener el resarcimiento de los daños consecuencia de la sustancia defectuosa que fuera ingerida por las madres de las respectivas víctimas[141]. En este proceso de expansión, la figura de la responsabilidad de la sociedad sucesora se constituye en un obstáculo al productor para evadir su responsabilidad por los productos defectuosos al cambiar de

---

[138] Joseph A. Page, *"Generic Product Risks: The Case Against Comment k and for Strict Liability"*, en *N.Y.U. L. Rev.*, vol. 58, 1983, p. 882, donde el autor presenta la discusión existente en torno a las *policies* que subyacen a la doctrina de la *strict products liability.*

Precisamente, las críticas que se han formulado al sistema de los *torts*, parten señalando la tensión entre las políticas – comprensación y deterrencia- que rigen la responsabilidad objetiva derivada de productos, haciendo notar que tales metas no han sido logradas. Así, surgen quienes señalando que si son esas en realidad la única justificación del sistema de la responsabilidad del productor, proponen la sustitución del sistema de responsabilidad civil, sea en forma total o parcial, a través del mecanismo masivo de seguridad social emparejado con la regulaición administrativa de la seguridad de los productos. Estos esquemas reemplazarían a la "justicia individual" del sistema vigente de daños-del cual el jurado es un instrumento fundamental- con la corrección (*fairness)* , que se definiría en términos de eficiencia, consistencia y previsibilidad. V. P. Corboy, *"The Not-So-Quiet Revolution: ..."*, *cit.*, p. 1059.

[139] G. Schwartz, *"The Beginning and the Possible End of the Rise of Modern American Tort Law"*, en *Ga. L. Rev.*, vol. 26, 1992, p. 601.

[140] Eisenberg & Henderson, *"Inside the Quiet Revolution in Products Liability"*, *en U.C.L.A. L. Rev.*, vol. 39, 1992, p. 731.

[141] Cfr. Page, J., *"Generic product risks: the case against comment k and for* strict liability", en N.Y.U.L.Rev., n. 4, 1983, p.855.

forma societaria[142]. A todo ello, acompañaba una mayor flexibilidad de las normas procesales en materia de prueba, caracterizándose el período indicado como una fase netamente a favor de las víctimas.

La extensión de la responsabilidad objetiva preocupa en modo particular –por los efectos que se producirían–[143], suscitándose, tanto a nivel judicial como a nivel de interpretaciones doctrinarias, la más seria confusión conceptual y perplejidad ante los esfuerzos por definir el "defecto"[144], noción que en realidad, había sido manejada inicialmente sin la atención que mereciera[145], las demandas judiciales basadas en los riesgos inherentes al diseño de un producto no podían basarse en resultados fiables de casos precedentes, pues, los jueces se encontraban frente a la difícil tarea de determinar en oportunidades varias, el objeto que tendría la responsabilidad del productor en cada caso.

Ciertamente, en los años que siguieron a la aprobación de la sección 402A, y cuando debía hacerse una referencia al defecto, las cortes contaban solamente con los términos previstos en el *Restatement* y los empleados por el juez Traynor en el caso *Greenman*[146].

3.4 *Sobre las dificultades de evaluación o creación judiciales de los estándares de seguridad de los productos y la aplicación de la nueva doctrina de la "responsabilidad objetiva" a los defectos de diseño*

La atmósfera de confusión conceptual que venía a configurar el trasfondo en toda resolución judicial relativa a la responsabilidad del productor,

[142] V. Jerry J. Phillips, *"Products Line Continuity and Succesor Corporation Liability", en N.Y.U. L. Rev.*, vol. 58, 1983, p. 906.

[143] V. *supra*, n. 272.

[144] Efectivamente, se considere que en el caso *Greenman*, al resolver la aplicación de la *responsabilidad objetiva*, el juez Traynor se refirió indistintamente al defecto de diseño *(defectos de diseño)* y al defecto de fabricación *(manufacturing defect)* del cual la víctima no tenía conocimiento que hacían del producto uno inseguro con respecto al uso para el que fue creado (59 Cal. 2d. 57, 64, 377 P.2d 897, 901, 27 Cal. Rptr. 697, 701 (1963). La sección 402A del *Restatement (Second) of the Law* no da luz sobre la noción de defecto, y más bien se refiere a dos expresiones que parecen contemplarse como requisitos concurrentes: la "condición defectuosa" e "irracionalmente peligrosa".

[145] Así, en el caso *Escola*, la opinión mayoritaria aludió al defecto del producto, explicándolo en un contexto de una discusión sobre el tema de la culpa *res ipsa* (24 Cal. 2d 453, 459, 461, 150 P.2d 436, 439, 440 (1944). Y en términos generales, el juez Traynor aceptó la terminología adoptada por la mayoría.

[146] V. *supra*, n. 240.

motivó que se tomara conciencia entre los académicos y jueces norteamericanos del hecho que las cortes no eran idóneas para crear y establecer los estándares de seguridad en los casos sobre responsabilidad del productor. Consecuentemente, recurrieron a mecanismos de elaboración extrajudicial de dichos estándares, vale decir, en algunos casos de índole legislativo o administrativo. No obstante, en algunos casos, cuando la presión sobre las cortes les demandaba un pronunciamiento, y las dificultades se presentaban en modo tal de poder ser superadas, los jueces trataron de establecer tales estándares de seguridad, lo que importaba la extensión de sus esfuerzos más allá de la tarea cotidiana. Esta situación es particularmente notoria y complicada en los casos de los "defectos de diseño" *(desing defects)*, aquellos que obedecen a elecciones conscientes del productor y que por ello mismo, no pasan desapercibidos. Situación que se ha visto acentuada por la falta de un oportuno reconocimiento de los límites en la competencia judicial para la creación de estándares de seguridad de los productos que sirvan a la resolución de los casos de responsabilidad del productor, generándose una confianza desmesurada en las soluciones a que podían llegar las cortes.

En realidad, inicialmente no se ha dado una merecida atención a este aspecto de la materia de la responsabilidad del productor, los escritores norteamericanos se habían orientado más a indagar sobre qué normas debían regularla. Muy pocos han dedicado atención a la cuestión de si las cortes se hallan en grado de desarrollar e implementar las reformas en la materia, y quienes lo han hecho, ha sido para criticar la intervención judicial en ese sentido[147]. Y quienes han cuestionado la capacidad de las cortes para llevar a cabo la tarea de elaborar estándares de seguridad, en su mayor parte, se han aproximado superficialmente al problema, así, criticando a las cortes de constituir organismos gubernativos –o bien llamados en U.S.A. agencias *(agencies)*– que deben esperar que los casos lleguen a ellos, que sólo pueden afrontar el problema de la seguridad del producto caso por caso, que son incapaces de investigar y comprender problemas complejos y que imponiendo estándares diversos, generan una indeseable disparidad de tratamiento. Si bien, de alguna manera se trata de afrontar el tema de la naturaleza y límites de las resoluciones judiciales, no se alcanza, según se desprende de las críticas que se citan, a examinar

[147] Se ha criticado que las cortes no deben tratar de sustituir a los expertos que trabajan en la industria, que actuando en ese modo se incrementaría la cantidad de litigios, y se obstaculizaría el mercado al requerirse a los productores realizar amplios y onerosos cambios. V. Jenkins, *"Product Liability of Manufacturers: An Understanding and Exploration"*, en *Akron L. Rev.*, vol. 4, 1971, p. 135 ss.

el modo, el contenido, las motivaciones en base a los cuales se ha llevado a cabo la decisión judicial.

El Profesor Henderson, redactor del actual *Restatement of Torts (Third): Responsabilidad del productor*[148], a los efectos de analizar en modo claro y concreto el problema de la limitada capacidad de los jueces para crear y establecer estándares de seguridad al fin de resolver los casos atinentes a los defectos de diseño, con especial énfasis de las decisiones adoptadas por el fabricante en la elaboración de sus productos, y llamando la atención hacia un control de la tendencia a demandar cada vez más de parte de los jueces, más allá de las propias posibilidades, realiza un estudio del modo en el cual, las cortes norteamericanas han venido afrontando estos casos, a través de una revisión de las decisiones judiciales que, en el intento de aplicar genéricos **estándares de razonabilidad o aceptabilidad** del producto, establecen implícitamente estándares de seguridad específicos[149].

Debe notarse que, en cierta manera, un pronunciamiento basado en la aceptabilidad o razonabilidad de un producto o del proceso de fabricación comporta el establecimiento de un relativo estándar normativo en cuya función será evaluado el producto o la actividad. Y si las cortes se orientan en esa dirección, deberán aceptar y aplicar los particulares estándares que fueron creados o en su defecto, desarrollar otros nuevos. Sin embargo, las propias cortes han revelado sus limitaciones para el establecimiento de dichos parámetros específicos de evaluación de la seguridad de los productos, trámite la aplicación de genéricos tests de razonabilidad para determinar la comerciabilidad de los mismos. En cambio, observa el Prof. Henderson, que las cortes sí se han mostrado en grado de reforzar los sistemas de responsabilidad del productor siempre que hubieren contado con un parámetro de referencia extrajudicial, esto es, aplicando los estándares de seguridad establecidos sea por un dispositivo legal o administrativo –el caso de la aplicación de los estándares establecidos por las llamadas agencias federales de regulación (*federal regulatory agencies*)–, o en casos en que no se requería de un estándar en particular –técnica esta última que se ve concretada en la aplicación de la responsabilidad objetiva a los casos de defectos de fabricación–.

---

[148] El *Restatement of Torts (Third): Products Liability* ha sido aprobado en el mes de mayo de 1997, por el *American Law Institute*.

[149] Henderson, J. A. Jr., *"Judicial Review of Manufacturers'Conscious Design Choices ..."* cit., p. 1531ss.

La creación de específicos estándares de seguridad para el diseño y fabricación de un producto no es tarea simple, ya desde un punto de vista estrictamente técnico, pues el fabricante debe considerar una serie de elementos que se entrelazan y exigen recíprocamente para luego adoptar una decisión que respecta a los métodos de fabricación y diseño del producto; así también, los jueces, a menos que puedan evitar el establecimiento de estándares de seguridad, y que se encuentran frente al problema de resolver un caso de responsabilidad del productor, es evidente que afrontarán el mismo grado de dificultad que el fabricante en la adopción de una decisión al respecto[150]. En efecto, una decisión de esa índole presupone la consideración de una serie de factores que permitirán evaluar y verificar en qué medida un producto puede alcanzar determinado nivel de seguridad. Las elecciones que se realicen se hallan entrelazadas unas a otras. Respuestas inteligentes a la pregunta "¿cuán seguro debe ser un producto?" –que es la que se tiene presente en toda la materia de la responsabilidad del productor–, podrán ser dadas únicamente luego de un proceso de balance que contemple factores tales, como el precio del mercado, utilidad funcional del producto, estética, medidas de seguridad[151]. Y últimamente, precisa Henderson, la pregunta se reduce a la siguiente: "¿qué proporción de los recursos limitados de la sociedad serán destinados a la seguridad, dejando por tanto, menos recursos para el logro de otros objetivos sociales?"[152].

Esa interdependencia de los factores para configurar un determinado resultado, digamos el estándar de seguridad de un producto, explica el Prof. Henderson, a su vez basándose en el razonamiento de Fuller, corresponde a un concepto de policentrismo *(polycentricity)*[153], noción que se

---

[150] El establecimiento de estándares de seguridad de un producto no representa un problema menos "policéntrico" que aquél que afronta el entrenador de un equipo de fútbol para asignar las posiciones a sus jugadores. Es el ejemplo concreto de un *"polycentric problem"*, a través del cual, Henderson ilustra su explicación. V. Henderson, *op. cit.*, p. 1137.

[151] A este proceso de consideración y balance de los diversos factores que corresponden a diversos intereses, Calabresi y Hirschoff, entre otros, han llamado "análisis de costo-beneficio". V. Calabresi & Hirschoff, *"Toward a Test for Responsabilidad objetiva in Torts"*, en *Yale L. J.*, vol. 81, 1972, p. 1055 ss.

[152] Henderson, *op. cit.* p. 1540.

[153] El Profesor Fuller ha estudiado acuciosamente el problema de los límites en la capacidad de resolución de los jueces. En diversos trabajos ha explicado que determinados problemas que son llevados a las cortes, a los cuales califica de *"policentric"*, no son susceptibles de ser resueltos judicialmente. Analiza la naturaleza del proceso o razonamiento para llegar a una decisión judicial, p. 1535.

refiere a la situación en que existiendo diversos problemas –problemas policéntricos *(polycentric problems)*– cada aspecto de ellos que debe ser resuelto se encuentra vinculado a los demás, en modo tal que, omitiéndose cualquiera de ellos se generaría la necesidad de un reajuste de la relación entre todos los demás, pudiendo surgir una infinidad de variaciones para el enfoque del problema. Un problema con esa característica, es bastante genérico y complejo, no halla un punto de referencia o parámetro de valoración claro, su examen comporta un alto grado de incertidumbre, de todo ello, resulta justamente, la dificultad para ser resuelto mediante una decisión judicial[154], pues para adoptar una solución a un problema de esa

[154] En efecto, la característica de la mayor parte de los problemas que los hace justiciables, es el modo único en que los diversos temas presentados en el caso se hallan relacionados entre sí, atendiendo a una lógica. Frente a un problema legal, las partes al presentar sus pruebas y argumentaciones, pueden considerar los aspectos del problema por separado, siguiendo una secuencia, aunque ellos no estén necesariamente desconectados únos de otros. Así, por ejemplo, cuando una persona sigue una causa contra otra para obtener el resarcimiento del daño por incumplimiento contractual, están en juego una serie de aspectos del problema (sea la oferta, el plazo, la aceptación, incumplimiento y medida del resarcimiento). No obstante tratarse de diversos puntos a examinar, el derecho sustantivo de los contratos ha previsto todos esos aspectos y los ha interrelacionado en modo que permite a las partes presentar sus argumentaciones sobre cualquiera de dichos puntos que considere conveniente a su pretensión. Permitiéndoseles de este modo, considerar independientemente, cualquiera de ellos según su interés, y llegarse a una decisión judicial favorable sin la necesidad de atender a los demás aspectos.

> En cambio, si todos los aspectos o elementos de un problema que es llevado a los tribunales se hallasen en forma tal interrelacionados entre sí, que haga imposible al litigante basar su pretensión en uno de ellos, sin consideración de los demás, la argumentación inicial de la parte en litigio, referida a un aspecto particular del problema, variaría sustancialmente dependiendo de cómo la corte pueda enfocar cada uno de los demás elementos del problema. De consecuencia, el caso que tenga tantos elementos interdependientes, puede presentar tantos cambios en el análisis, que las partes deberán afrontar. Una participación de las partes en la decisión judicial, a través de sus argumentaciones y prueba, como descrito en el caso anterior, sería imposible. Ellas no serían capaces de fundamentar lógicamente sus pretensiones, de frente a una cadena indesligable de razonamiento, ni de confiar que la corte se halla vinculada, bajo la norma aplicable, a aceptar cualquiera de las posibles aproximaciones al tema con exclusión de las demás. Al final del proceso, la corte tendría que dar una solución al caso, sin basarse ni ser influenciada por las argumentaciones de las partes ni por el derecho. Así, la participación de los litigantes resulta anulada por la naturaleza misma del problema sometido a decisión de los jueces. V. Henderson, *op. cit.*, p. 1536.

naturaleza, los jueces no encuentran apoyo en el derecho sustantivo, que es el que define las bases de los derechos y deberes en modo que, el policentrismo en las controversias, resulta casi eliminado.

Si bien ese tipo de problemas que presentan elementos interdependientes entre sí, no son fácilmente susceptibles de ser resueltos vía una decisión judicial, por la mayor confusión y caos a que ello daría lugar, no se está afirmando que no sean pasibles de una solución racional y *ad hoc*. En efecto, existen otras vías que más se ajustan a una solución adecuada a ese tipo de casos "policéntricos". La decisión judicial es uno de los varios procesos sociales de decidir un problema. Enseña el Prof. Henderson que, existen otro tipo de vías, como la negociación contractual o el ejercicio de la autoridad de gestión, que se presentan como más idóneas para ese propósito. Así, por medio del acuerdo entre las partes interesadas es más factible arribar a una solución satisfactoria de un problema "policéntrico", y el derecho de los contratos delega una gran responsabilidad al proceso de negociación orientado al logro de ese objetivo. Igualmente, quien ejerce un poder de dirección y gestión de determinada actividad, se encuentra en grado de realizar con éxito dicha finalidad, ciertamente, a diferencia de los jueces, no se halla vinculado a una determinada norma para decidir sobre un problema, lo hará en función de las circunstancias y sólo para el caso en particular. En realidad, ambos procesos de decisión van en la práctica combinados, es decir, no se da por ejemplo, una autoridad de gestión sin que exista un acuerdo o balance de intereses concernientes en el problema[155].

No se niega sin embargo, a la vía judicial la capacidad de dar una solución a este tipo de problemas "policéntricos", pero sí se reconoce que ella se ve limitada por la naturaleza misma de esos casos, decidiendo sobre la base de la **razonabilidad** de los diseños o métodos de fabricación sometidos a examen. Cuanto más policéntrico es el problema, mayor será la limitación para una solución en este ámbito, lo que no significa que no pueda darse, ante la presión que ejerce una demanda para un pronunciamiento judicial, alguna respuesta emanada de las cortes, bajo el riesgo de afectar el íntegro proceso de resolución judicial, basado en la participación de las partes litigantes en el proceso social de resolución, garantizado a su vez por el derecho sustantivo[156]. Y si las cortes convierten en una rutina el hecho de decidir cuestiones con alto grado de "policentrismo", como el establecimiento de estándares de seguridad de los productos, se estará afectando íntegramente la naturaleza del proceso judicial, haciendo

[155] Henderson, *op. cit.*, n. 24.
[156] V. *supra* n. 249.

del mismo sólo una máscara, en el sentido de no permitir la participación de los litigantes como tales, sino como simples suplicantes de una decisión, la más librada a la arbitrariedad judicial. En cambio, no se discute el hecho que, las cortes en la formulación de su decisión, adopten y apliquen estándares específicos establecidos por otros procesos de decisión –extrajudicial– más adecuados a ese fin.

3.4.1 *El "cuidado razonable" (reasonable care) como criterio genérico de evaluación*

Ciertamente, por más de un siglo, cuando los jueces han aplicado los conceptos de culpa, en los casos no concernientes a productos, han establecido estándares de seguridad, y con ello han debido hacer frente a las dificultades propias de los problemas del tipo que se ha venido describiendo –*polycentric problems*–. Hablar de culpa, corresponde a referirse al hecho de no haberse comportado según el estándar del cuidado razonable, de consecuencia, un concepto bastante general, aportando mínimas direcciones para la decisión del caso concreto. Desde que los jueces deciden aplicar el concepto de negligencia para la resolución de los casos de responsabilidad civil del productor, se debe hacer frente a las dificultades de imprecisión e incertidumbre. Y tales dificultades tenían lugar dentro del contexto determinado por dos instituciones: De una parte, el parámetro del hombre razonable, determinado por sus cualidades morales, en base al cual, los hombres de derecho canalizaban la solución de problemas policéntricos, lo que era viable hasta cierto punto, en la medida que en tiempos pasados, los problemas no presentaban particularmente, aspectos estrictamente técnicos que resolver[157]. Y de otra parte, el jurado[158], que en

[157] Que la limitación de la capacidad de decisión sobre cuestiones de índole técnica, a que se refiere el Prof. Henderson, ha influenciado la actitud de los jueces frente a los casos en que deben resolverse según el concepto de negligencia, se ve corroborado con una revisión que realiza el citado jurista de los casos no atinentes al terreno de los productos, como la *malpractice*, en el cual el desarrollo de la tecnología coloca a los jueces frente a serias dificultades para resolver un problema determinado. Desde un inicio, los jueces han delegado el establecimiento de estándares específicos en los casos de *malpractice* a la autoridad pertinente en el área médica. Ello, debido al alto nivel de policentrismo de los problemas inherentes al sector de la ciencia. Con este paragón, el jurista justifica su posición frente a la necesidad de evitar que los jueces creen sus propios estándares de evaluación en cuestiones estrictamente técnicas. V. Henderson, *op. cit.*, p. 1542.

[158] V. James, *"Functions of Judge and Jury in Negligence Cases"*, en *Yale L. J.*, vol. 58, 1949, p. 667.

el sistema del proceso norteamericano debe evaluar y pronunciarse sobre las cuestiones de hecho en un caso determinado, al cual, viene delegada la responsabilidad de decidir sobre las cuestiones atinentes al estándar del hombre razonable (*reasonable man standard).* Esas dos instituciones han servido a las cortes para afrontar las dificultades de los primeros casos en la materia. No obstante, la administración de una noción como la culpa en los últimos cien años ha dejado notar signos de gran confusión[159].

3.4.2 *Defectos de fabricación - defectos de diseño - defectos de información*

Se trata de la conocida división de los defectos que difundiera la doctrina norteamericana. No obstante que existen opiniones que se oponen a una clasificación de ese género, por considerarse que sustancialmente no se dan diferencias nítidas entre los referidos defectos[160], la tendencia mayoritaria va orientada al reconocimiento de la existencia de notas que distinguen en cada caso la configuración del defecto, condicionando la aplicación de un criterio de imputación de responsabilidad diverso. Ello precisamente, conduce a considerar de una parte, los llamados defectos de fabricación (*manufacturing defects* o *manufacturing flaws)* y de otro lado, los productos genéricamente peligrosos[161], siendo entre estos últimos que

[159] Un ejemplo clásico de la imprecisión de los límites de la noció de la negligencia viene dada por el conocido pricipio de *res ipsa loquitur.* Reconoce W. Prosser que "la doctrina ha sido fuente de grande problemas para las cortes que el simple uso de la frase se ha convertido en un obstáculo para cualquier pensamiento claro ...". V. W. Prosser, *The Law of Torts,* 4a. ed., 1971, p. 211 ss.

[160] En el caso *Thomas v. General Motors Corp.,* 13 Cal. App. 3d 81, 88, 91 Cal. Rptr. 301, 305 (1970), se ha precisado que "no existe una distinción racional entre el diseño y la fabricación, desde que un producto puede ser igualmente defectuoso y peligroso si el diseño somete a personas protegidas a un riesgo irrazonable así como puede hacerlo su fabricación"; en el caso *Cronin v. J. B. E. Olson Corp.,* 8 Cal. 3d 121, 501 P2d 1153, 1163, 104 Cal. Rptr. 433, 443 (1972), se señaló: "Aunque es más fácil ver el 'defecto' en un solo producto mal elaborado que en la entera línea mal concebida, no es sostenible una distinción entre defectos de fabricación y de diseño". No obstante, señala al respecto el Prof. Henderson, que en tales casos, debe hacerse notar a las cortes que ellas han estado examinando casos *borderline,* en los cuales, la utilidad de la distinción se ve especialmente reducida. V. Henderson, *op. cit.,* n. 37.

[161] La clasificación en estos dos grupos de defectos, los de fabricación y los "productos genéricamente peligrosos", viene siendo considerada con mayor atención por un sector importante de la doctrina norteamericana, así representada por J. Henderson. V. Hederson, *op. cit.,* p. 1543 ss.

pueden verificarse los defectos de diseño *(desing defects)* y los llamados defectos de información *(defecto de advertencia)*.

Los defectos de fabricación consisten en imperfecciones que presenta un producto, las cuales se distinguen por su inevitabilidad y constancia en un porcentaje mínimo de los bienes que corresponden a un diseño determinado, y por tener lugar como resultado de la falibilidad del proceso de producción. Se considera incluido en este tipo de defectos, aquellos que pueden derivarse del proceso de inspección, así vendrán consideradas como tales, las impurezas del bien. El producto que presenta este tipo de defecto, no es conforme al diseño y de consecuencia, se diferencia de los demás productos fabricados de acuerdo a éste. Se caracteriza por no ser, en la mayor parte de los casos, descubrible hasta el instante en que el producto se revela no útil para el fin al cual fue destinado.

A diferencia del caso anterior, los productos genéricamente peligrosos resultan "inusualmente"[162] peligrosos por el modo en que han sido diseñados o introducidos en el mercado. Como la propia expresión sugiere, se trata de productos que se conforman al diseño, en el sentido que todos presentan las mismas connotaciones y han sido introducidos en el mercado del mismo modo[163]. En determinados casos, este tipo de defecto puede ser creado inadvertidamente, así se estaría frente a una subespecie de los productos genéricamente peligrosos, a los que Henderson llama errores de diseño que pasan inadvertidos (*inadvertent desing errors*), en otros casos, el productor puede deliberadamente introducir en el mercado un producto a sabiendas que se trata de un producto genéricamente peligroso, por ejemplo, un arma, de la que se sabe que su utilidad supera los riesgos que puede crear, a los que el jurista norteamericano se refiere como productos en los que hay una elección consciente del diseño (*conscious desing choices*).

Desde la perspectiva del consumidor, es más fácil que éste pueda notar los riesgos inherentes a los productos genéricamente peligrosos, mientras no así, los riesgos ocultos de los productos que presentan defectos de fabricación. De consecuencia, en el primer caso, existiendo un conocimiento de los riesgos del producto, ello puede jugar un rol determinante en las decisiones sobre la adquisición del mismo.

---

[162] No se quiere referir con esta calificación a los productos "ilegalmente" peligrosos. Henderson, *op. cit.*, n. 41.

[163] Cfr. Henderson, J. A. Jr., & A. Twerski, *"Doctrinal collapse in products liability: the empty shell of failure to warm"*, en *N.Y.U.L.Rev.*, vol. 65, 1990, p. 265; Geistfeld, M., *"Inadequate product warnings and causation"*, en *Univ. of Mich. Journal of L. Reform*, vol. 30, 1996, p. 309 ss.; Diamond, J., *"Eliminating the "defect" in design strict products liability theory"*, en *Hastings L. Journal*, vol. 34, 1982-1983, p. 529 ss.

De consideraciones como éstas, se infiere que, son diversas las dificultades para precisar los límites de la noción del defecto de diseño. Es especialmente, con respecto a esta última categoría de defectos en los productos que, el panorama de la doctrina y jurisprudencia se presenta bastante impreciso y vago, de allí la presión a que deben hacer frente los jueces en la resolución de casos con un alto índice de policentrismo[164].

3.4.3 *El estándar de seguridad en los casos de responsabilidad del productor por los defectos de fabricación*

Los primeros casos de responsabilidad del productor que se sometieron a la resolución de los jueces en los Estados Unidos, concernían a problemas de defectos de fabricación. Conforme se produce un rápido desarrollo de la tecnología, nos ubicamos a fines del siglo XIX e inicios del XX, las cortes se ven frente al problema de hallar un modelo de referencia en base al cual poder juzgar en qué condiciones el producto había generado el daño. No obstante las iniciales dificultades, con respecto a los defectos de fabricación, los jueces no se ven en la necesidad de crear o establecer un estándar de valoración determinado, ya que en estos casos, el estándar viene dado por el diseño mismo del producto[165].

Sin embargo, las dificultades sí se producían en términos de evaluación del control de calidad del producto. En efecto, las víctimas de los daños derivados de los defectos de fabricación en el producto, invocando el concepto de negligencia, pretendieron que las cortes evaluaran el nivel del control de calidad y establecieran los estándares correspondientes, lo que habría significado enfrentarse a serios problemas de evaluación, del tipo que se ha explicado precedentemente –los llamados problemas policéntricos (*polycentric problems*)–[166], para dar una respuesta a la pregunta

[164] V. *supra*, para la noción de policentrismo, n. 249.

[165] Se recuerde que los defectos de fabricación constituyen los desperfectos en el producto generados durante el proceso de fabricación, por lo cual, no respnden al modelo o diseño original. V. *supra*, n. 259. Aún bajo la regla de la *responsabilidad objetiva* contemplada por la sección 402A del *Restatement (Second) of Torts*, en teoría las cortes deberían requerir que se establezca en juicio que la "condición defectuosa" es "irrazonablemente peligrosa". Ante ello, muchas cortes han obviado este requisito cuando se ha tratado de daños personales causados por defectos de fabricación. En este sentido, por ejemplo, *Cronin v. J. B. E. Olson Corp.*, 8 Cal. 3d 121. 501 P. 2d 1153, 1158-63, 104 Cal. Rptr 433, 438-43 (1972).

[166] V. *supra*, n. 249.

de "¿qué nivel de calidad es suficiente?". Frente a esa demanda, los jueces optaron por no avocarse a la absolución de dicho problema, evadiéndolo bajo la consideración que no había un "deber de cuidado" *–duty of care–* fuera de una relación contractual, en fin, se aplicaba la tradicional regla de la relatividad contractual. De este modo, los jueces adoptaron una posición de indiferencia al principio de relatividad contractual *(no duty-privity)* frente a la demanda de pronunciarse sobre la **razonabilidad** de los esfuerzos del productor aplicada en el control de calidad, paradójicamente, no aplicándola. Ello significaba que las decisiones sobre el control de calidad quedaban libradas al mercado, ante la demanda misma de los consumidores, pero el proceso de negociación en el mercado, en el que confiaron las cortes, no era favorable a la protección de los intereses del consumidor[167].

Pero como es sabido, la regla de la relatividad contractual fue superada con el caso *MacPherson v. Buick Motor Co.* y consiguientemente, los jueces habrían debido afrontar las dificultades del establecimiento de un estándar para poder evaluar la negligencia del fabricante, cuyo producto había ocasionado un daño. Ante ello, las cortes recurrirían a estándares creados extrajudicialmente, como los establecidos por los usos de la industria. Y como dicho recurso no era el óptimo, se incentivó el desarrollo de la responsabilidad objetiva por daños generados por defectos de fabricación. Los efectos de la nueva regla eran positivos, pues, con respecto a la capacidad resolutiva de los jueces para el establecimiento de estándares de seguridad, no exigía el pronunciamiento de los mismos sobre la razonabilidad de los esfuerzos del productor destinados al control de calidad, por estos mismo, se le equipara a la solución precedente, dada bajo una regla de "negación del deber de cuidado" *–no duty of care–* [168].

[167] El grupo de productores que decidía sobre las medidas para el control de seguridad hizo un uso abusivo de su posición con respecto al consumidor, en efecto, siempre se ha pensado que la comunidad de productores haría prevalecer sus propios intereses en el establecimiento de los estándares de calidad. El primero y más resonante movimiento para eliminar los abusos de parte del sector industrial tuvo lugar a inicios de este siglo y con respecto a los alimentos y medicinas. V. Cowan, *"Some Policy Bases of Products Liability"*, en *Stan. L. Rev.*, vol. 17, 1965, p. 1077.

[168] No obstante, con el establecimiento de la *responsabilidad objetiva* viene a operar una sustitución de un régimen de responsabilidad del productor en lugar del que venía siendo uno de inmunidad, lo cual, halla reconocimiento desde un punto de vista de la política sustantiva. Así, se destaca en el nuevo régimen la virtud de facilitar la tarea de la internalización de los costos de la actividad productiva, sino además, la de facilitar la función resolutiva de los jueces, al evitarles la tarea de establecer nuevos estándares de seguridad.

3.4.4 *El estándar de seguridad en los casos de productos genéricamente peligrosos*

A diferencia de los casos concernientes a los defectos de fabricación, respecto de los cuales la responsabilidad objetiva se ha mostrado inmediatamente viable, no así en cambio, se ha presentado el panorama con respecto a su aplicación a los casos de los defectos de diseño o a los defectos de información, a los que el Prof. Henderson llama productos genéricamente peligrosos y cuya denominación se sigue en el presente trabajo. Si bien, las cortes se mostraron bastante favorables a la responsabilidad del productor por los diseños o informaciones culposos, no hubo acuerdo sobre si se podía superar el criterio tradicional de la culpa[169].

La evolución de la doctrina y de la jurisprudencia, con respecto a los defectos de diseño, y más adelante, con respecto a aquellos de información, tuvo un desarrollo bastante polémico, por las posiciones diversas sobre la atribución de la responsabilidad y la evaluación de lo que representa el producto defectuoso, sin considerar que la mayor parte de los casos de responsabilidad del productor se refieren a este tipo de defectos[170], todo ello daba como resultado un estado de gran confusión y aletargamiento del desarrollo de las reglas o criterios a adoptarse con respecto a estos casos de defectos. La dificultad a que deben hacer frente las cortes, sobretodo cuando no es clara la "noción del defecto"[171], y la presión que ejercen quienes les demandan una solución al caso concreto, en fin, con ello, los jueces se ven de frente a la necesidad de valerse de parámetros de valoración de la seguridad del producto, y si no los hallan en la legislación o previstos a través de medidas administrativas, a los efectos de emanar una resolución, deber "crear un estándar de seguridad", y en esta tarea, uno se coloca ante un problema que excede la capacidad de los jueces, llámese un problema policéntrico (*polycentric problem)*, el cual ha sido descrito en precedencia.

En efecto, a diferencia de los defectos de fabricación, donde los jueces cuentan con el parámetro de comparación del producto defectuoso constituido por la matriz o diseño que originalmente se quiso realizar, en cam-

---

[169] V. Keeton, *"Products Liability-Inadequacy of Information"*, en *Texas L. Rev.*, vol. 48, 1970, p. 398.

[170] En tales casos, las cortes han dejado la tarea de evaluar en base al criterio de **razonabilidad** el modo en que el productor ha diseñado o puesto el producto en el mercado.

[171] Sobre la distinción entre defectos de fabricación y defectos de diseño, se vea: Harper y James, *The Law of Torts*, 1956, p. 1558.

bio, cuando el defecto se halla insito del diseño mismo del producto, los jueces deben buscar o crear el parámetro, test o estándar de comparación, aplicando el criterio de la **razonabilidad**, de allí las dificultades para una solución *equa* del caso.

Siguiendo la división del Prof. Henderson, los defectos de diseño pueden tener una doble configuración[172]. Así, puede tratarse de un defecto que ha pasado inadvertido en su diseño *–inadvertment desing error–*, sea por no haber apreciado adecuadamente el fabricante las implicancias de los elementos que constituyen su diseño[173] o por no haber utilizado las técnicas normalmente reconocidas para lograr el diseño pretendido, en síntesis, porque los medios utilizados para la realización del diseño esperado eran insuficientes. O bien puede consistir el defecto de diseño en un riesgo de daño que se origina en una decisión consciente del fabricante, en el cual, el productor acepta los riesgos de su diseño considerando que los beneficios serán superiores, o una reducción de los costos que justifica ciertos riesgos, en cuyo caso el diseño resulta contrario a los intereses de la colectividad.

Lo común que existe entre los defectos de fabricación y los defectos de diseño que consisten en un inadvertido error de diseño, es sobretodo la no voluntariedad con que se han producido, porque si al menos hubieran sido descubiertos por el fabricante, éste no los habría puesto en circulación[174]. Se trata de defectos ocultos para el consumidor o el usuario. Y no son susceptibles de ser superados a través del uso de adecuada información al ser introducidos en el mercado.

De otro lado, los defectos de diseño que responden a una elección consciente del fabricante, son voluntarios[175] y por ello mismo, no interfieren directamente con las funciones generales del productos, por ejemplo, el caso de un instrumento de seguridad que debe acompañarlo. En otros casos, tales defectos se relacionan a ciertas formas de uso no esperadas de parte del consumidor. Una característica importante de este tipo de defec-

[172] Henderson, *op. cit.*, p. 1548 ss.

[173] Ejemplo: la utilización de un vidrio delicado para el diseño de una botella.

[174] Esta característica de la no voluntariedad ha llevado a un sector de la doctrina norteamericana a sostener que no existen diferencias sustanciales entre los defectos de fabricación y los de diseño. V. Prosser, *Law of Torts*, 4a. ed., 1971, p. 659.

[175] El examen de la elección consciente del fabricante es objetivo, pues no se trata de saber qué es lo que sabía o pretendía que fuera el diseño del producto, sino qué es lo que uno puede asumir **razonablemente** observando el producto mismo, de lo que el creador racional del bien pudo haber pretendido que fuera. V. Henderson, *op. cit.*, n. 69.

tos es que son susceptibles de ser notados por el consumidor. Por ello, pueden con mayor razón, ir acompañados de la debida información, para prevenir posibles daños en el uso del producto.

Los llamados errores inadvertidos en el diseño son objeto del mayor número de casos con los que se encuentran las cortes para resolver. Este tipo de defectos ha sido generalmente invocado por las víctimas a los efectos de obtener un pronunciamiento de los jueces basado en la **razonabilidad** del diseño del producto. Pero la naturaleza misma de este defecto de diseño, al no responder a una elección voluntaria, consciente del productor, ha permitido a las cortes no tener que crear o imaginar estándares de seguridad, con los cuales confrontar el producto que ha ocasionado un daño, a los efectos de verificar si es o no defectuoso. Pues, en estos casos, habiéndose valido el productor de medios insuficientes para lograr el diseño deseado –aquél diseño pretendido que servirá al mismo tiempo para la confrontación con el diseño existente y defectuoso– quiere decir que existe un modelo factible y para conocerlo basta recurrir al auxilio de los usos de la industria o del mercado. Lo que destaca en este tipo de defectos es que los jueces para resolver, requieren contar con los llamados estándares extrajudiciales[176], los que les permiten evitar las dificultades inherentes a la creación de un estándar determinado para el caso concreto, aplicando aquellos que se hallan disponibles para pronunciarse sobre la existencia del defecto[177]. Es pues, tal objetividad de los estándares lo que permite a los jueces delegar la tarea de establecerlos al propio sector de la industria o empresa.

[176] La existencia de determinados estándares supone la existencia de consenso sobre los medios adecuados para el logro de determinado diseño. El hombre razonable puede tener una visión diversa sobre el diseño pretendido, como resultado de la utilización de los medios necesarios, pero normalmente hay consenso sobre los medios para alcanzarlo. De modo que habiendo ese consenso y si un productor ha faltado a ello, uno se halla frente a un defecto de diseño determinado por la inadverdencia del mismo. Si no existiera tal consenso, sería el productor que elige conscientemente y deliberadamente un diseño determinado.

[177] Los ejemplos de casos de defectos de diseño cuya característica es la de no responder a una elección consciente del productor, son múltiples. Así los que conciernen a los aviones que no pueden despegar (*United Aircraft Corp. v. Pan American World Airways*, 57 Del. 322, 199 A.2d, 758 (1964)), la explosión de productos o balones de gas (*Moore v. Jewel Tea Co.*, 46 I11. 2d 288, 263 N.E.2d 103 (1970)) caso de una secadora, el colapso de una máquina durante el uso o cuando ciertos mecanismos que se hallan conectados a un producto se quiebran (*Cronin v. J. B. E. Olson Corp.*, 8 Cal. 3d 12, 501 P.2d 1153, 104 Cal. Rptr. 433 (1972)), los casos e que los frenos de un auto no funcioan repentinamete (*Schield Bantum Co., Inc. v. Greif*, 161 So. 2d 266 (Fla. App. 1964)).

Las dificultades que afronten los jueces en los casos que conciernen a este tipo de defectos, no atienen al problema de la creación de un estándar de seguridad para determinar la existencia del defecto, como es el caso de los defectos que responden a una elección consciente del productor, sino esas dificultades conciernen al problema de establecer qué fue lo que causó que el producto no haya servido a la finalidad para la cual se diseñó, para ello, se ha de recurrir a los parámetros o estándares de valoración existentes, de los que se valdrán los jueces para establecer si el producto que ocasionó el daño era defectuoso.

Es realmente con respecto a los defectos de diseño que responden a una elección consciente del productor que se presenta para los jueces el problema de la creación de estándares de seguridad. Un vasto sector de la doctrina[178] ha considerado que este tipo de defectos ha conducido al incremento de la labor judicial, ejerciendo presión para obtener un pronunciamiento que en los hechos se concreta en la creación de dichos estándares, no obstante la resistencia de los jueces a ceder ante tales requerimientos. En este tipo de defectos, lo que las víctimas atacan en sus argumentaciones son precisamente, el resultado –el diseño– propiamente dicho, no así, como en la situación anterior –de los errores de diseño inadvertidos– los medios para lograr el diseño. Por ello, la evaluación judicial supondrá un balance de los intereses y demás elementos que dan lugar al diseño del producto. No existiendo un estándar, un parámetro objetivo de comparación, y existiendo dudas sobre la imparcialidad de un mecanismo extrajudicial, los jueces mismos se avocan la tarea de crear ese estándar de seguridad para evaluar el producto defectuoso.

Ante la presencia de los casos concernientes a este tipo de diseño, en los que hay una elección consciente del productor, los jueces han reaccionado adoptando soluciones diversas. Las soluciones son, en línea de máxima, las mismas que las dadas por las cortes para resolver los casos concernientes a los defectos de fabricación.

1. Pueden sostener una responsabilidad absoluta (*responsabilidad absoluta).*

2. Pueden sostener que el productor no tiene un deber de cuidado (*no duty)* para proteger a las víctimas de los daños generados por un producto en las condiciones señaladas.

---

178 V. Keeton, *"Manufacturer's Liability: The Meaning of Defect" in the Manufacture and Design of Products"*, en Syr. L. Rev., 1969, p. 559; Katz, *Liability of Automobile Manufacturers for Unsafe Design of Passenger Cars"*, en Harv. L. Rev., 1956, vol. 69, p. 863; Note, *"The Role of the Courts in Technology Assessment"*, en Cornell L. Rev., vol. 55, 1970, p. 861.

3. Por último, pueden sostener que el productor tiene un deber de hacer un diseño **razonable**, tarea en la cual, los jueces deberán adoptar y aplicar estándares de seguridad de los productos.

1. No obstante que la llamada responsabilidad absoluta se postula como una de las alternativas que pueden adoptar los jueces para establecer la responsabilidad en estos casos de defectos de diseño, y cuya ventaja sería la de evitar el pronunciamiento judicial sobre la **razonabilidad** del diseño del producto[179], existe unanimidad en la jurisprudencia norteamericana en no resolver conforme a ella, considerándose básicamente que el productor no es asegurador de los riesgos que pueda generar con la elección o decisión sobre el diseño[180].

2. La posibilidad de una solución opuesta a la responsabilidad absoluta, como es, la de negar la responsabilidad del productor por la elección consciente del diseño[181]- evita que las cortes deban avocarse la tarea de crear estándares de seguridad, con la consecuencia que se libra a las negociaciones del mercado la determinación de cuándo un producto es o no suficientemente seguro[182]. Téngase en cuenta que se trata de defectos no ocultos, por ende, asume importancia la decisión del consumidor de adquirir el producto. Siendo esto así, las cortes en algunos casos han creado, supliendo la falta de responsabilidad por la elección consciente del producto, un deber de advertencia o información –*duty to warm*–, a través del cual se pueda minimizar los riesgos del diseño del producto, imponiendo al productor el deber de poner en conocimiento del consumidor los riesgos en el uso del producto que no resultan obvios a éste, cuya

[179] En un régimen de responsabilidad absoluta, para que la víctima obtenga el resarcimiento de los daños, bastaría que pruebe sólo que el daño fue consecuencia del producto, no habría ni siquiera la necesidad de establecer que el producto era defectuoso. Como todo producto en cierta manera es riesgoso, todo productor respondería de esos riesgos, para lo cual, se vería obligado a establecer sus propios estándares de seguridad, bajo propi costo y riesgo, proque es para su beneficio. V. G. Calabresi, *The Costs of Accidents*, 1970, p. 18.

[180] En sentido contrario a la responsabilidad absoluta se ha resuelto en diversos casos, así por ej.: *Badorek v. General Motors Corp.*, 11 Cal. App. 3d 902, 90 Cal. Rptr. 305 (1970); *Dudley Sports Co., v. Schmitt*, 279 N.E. 2d 266 (Ind. App. 1972).

[181] Así como en los primeros casos de responsabilidad referida a los defectos de fabricación indiferencia al principio o relatividad contractual, V. *supra* n. 265.

[182] En esta solución dada en algunos casos por las cortes en forma satisfactoria, no habiendo estándares de seguridad establecidos sea por vía legal o administrativa, ellas delegan la tarea de establecerlos a los mecanismos de negociación en el mercado, y a los efectos de mantener la integridad del proceso, imponen al productor el deber de informar al consumidor sobre los riesgos que no son visibles.

inobservancia –para la cual los jueces evalúan si las instrucciones dada eran adecuadas–[183] y no porque el diseño no era conforme al criterio de razonabilidad, acarrearía su responsabilidad[184].

Se trata de la solución tradicionalmente acogida por los jueces norteamericanos. Sin embargo, con respecto a este tipo de soluciones, no todos los casos presentan una clara distinción sobre cuál es el fundamento preciso de la responsabilidad del productor, si el diseño **irrazonable** o el no haber dado al consumidor una información adecuada sobre los riesgos ocultos. Los jurados muestran una tendencia a valerse del primer fundamento para favorecer el resarcimiento de los daños[185]. Ciertamente, el criterio de la **razonabilidad** es lo suficientemente lato para permitir la creación de un estándar de seguridad, con los riesgos consiguientes a nivel de límites en la capacidad de resolución de los jueces, como se ha explicado precedentemente[186].

---

[183] Las cortes han negado el resarcimiento de los daños cuando las instrucciones sobre los riesgos del producto eran adecuadas: *Helen Curtis Indus., Inc. v. Pruitt*, 385 F2d 841 (5th Cir. 1967), *cert. denied*, 391 U.S. 913 (1968), caso en el cual, la cabellera de la víctima resulta quemada por la aplicación no profesional de tinte y colorante; el producto había sido vendido *"For Professional Use Only-Not for Public Sale"*.

[184] Casos en los que se ha resuelto por la responsabilidad del productor por defectos de diseño, cuyos riesgos eran ocultos y las instrucciones inadecuadas: *McCormack v. Hankscraft Co.*, 278 Minn. 322, 333, 154 N. W. 2d 488, 497 (1967), en el cual una joven sufre quemaduras por el agua caliente que caía sobre ella y "el jurado podía concluir que ... una gran parte de usuarios no podía conocer la temperatura del agua ni imaginar los peligros potenciales"; en *Morris v, Shell Oil Co.*, 467 S.W.2d 39 (Mo. 1971), la víctima sufre daños en las manos por el contacto con el solvente cáustico. Ejemplos citados en Henderson, *op. cit.*, n. 129.

[185] V.Katz, "Liability of Automobile Manufacturers for Unsafe Design of Passenger Cars", en Harv. L. Rev., vol. 69, 1956, p. 863 ss. Se ha resuelto en este sentido en: Dudley Sports Co. v. Schmitt, 279, N.E. 2d 266 (Ind. Ct. App. 1972).

[186] Las dificultades que se suscitan con la evaluación conforme a un criterio de **razonabilidad** del defecto de diseño se aprecian en los diferentes casos jurisprudenciales, así en: *Gray v. General Motors Corp.*, 434 F.2d 110 (8th Cir. 1970), en el cual, la corte admitió el testimonio de los expertos de los demandados respecto al desarrollo tecnológico, basado en una extensa experimentación del producto cuya defectuosidad era bajo examen.

> En estas circunstancias, el examen judicial hará uso de los estándares que ofrezca el mercado, lo que no es siempre convincente, siendo que la libre negociación en el mercado naturalmente tiende a la satisfacción de sus intereses, pudiendo ácilmente descuidar los de la comunidad de consumidores, si no se cuenta con otros mecanismos de tutela.

Lo que sucede normalmente en estos casos de defectos de diseño, en que los jueces llegan a combinar las teorías del diseño **irrazonable** y la de la falta de información sobre el producto, a los efectos de conceder el resarcimiento de los daños, es que en la resolución del caso, predomina la segunda de las nombradas, dada su concreción frente a la escasa claridad de la primera. Es difícil aún una separación conceptual de ambas nociones. Cuando los jueces deben decidir sobre la **razonabilidad** del diseño, se deberá examinar la elección efectuada por el productor, sin referirse a cómo ha sido introducido en el mercado (informaciones o instrucciones sobre el producto). El examen conducirá a verificar, no si los riesgos eran ocultos o no se dio una información adecuada, sino si los riesgos inherentes del diseño del producto habrían sido **razonables** gracias a una adecuada información. Este razonamiento en la evaluación del defecto de diseño desplaza el examen de la razonabilidad del diseño hacia la determinación si ha existido una adecuada información de los riesgos inherentes al producto[187].

Existe una tendencia de las cortes a resolver en base a la falta de una adecuada información sobre los riesgos del producto, pues e muchos casos, las víctimas no responden conforme a tales instrucciones sobre el producto para evitar el daño. Sólo, cuando ha sido suficientemente claro que la víctima no podía evitar el daño, a pesar de las indicaciones, las cortes han procedido a la revisión de la **razonabilidad** del diseño en sí mismo[188], afrontando las limitaciones propias de este análisis para crear los estándares de seguridad.

3. En cuanto a la posibilidad con que cuentan los jueces de aplicar estándares de seguridad que les permitan pronunciarse sobre la existencia del defecto en el producto, pueden disponer para algunos casos de parámetros o criterios ya establecidos o por vía legislativa[189] o por los usos de

[187] Pocos casos presentan el análiis de la razonabilidad del diseño separadamente del de la existencia de una adecuada información de los riesgos del producto. Así, en el caso resuelto por la Corte Suprema del Estado de Nueva Jersey, *Bexiga v. Havir Mfg. Corp.*, 60 N.J. 402, 411, 290 A.2d 281, 286 (1972), en el cual, la corte precisa que ambos temas deben ser tratados individualmente, iniciándose con el más difícil: "Si el jurado debe resolver sobre la base del defecto o negligencia e el diseño de la máquina, la siguiente pregunta debe ser si el demandado fue negligente al no agregar a la máquina las instrucciones sobre el peligro en su operación sin el mecanismo protectivo". *Cit.* en Henderson, *op. cit.*, n. 135.

[188] Se citan normalmente, los casos de trajes inflamables.

[189] En los Estados Unidos los estándares de seguridad de los productos vienen establecidos por organismos gubernamentales llamados *agencies*, a los cuales por ley les

la industria o mercado. Y si tales criterios no existen para el caso concreto, se verán obligados a la difícil tarea de crear un estándar de seguridad ad *hoc* al caso concreto. Si bien se presenta positiva la aplicación por los jueces de estándares establecidos por disposiciones legales o administrativas, éstas no dan una óptima solución al problema al no cubrir la totalidad de hipótesis de defectos de diseño, dejando siempre la posibilidad que se pretenda de los jueces una resolución para la cual, habrán de idear un parámetro de valoración. En cuanto a los estándares establecidos por los usos de la industria[190], pueden ser también adoptados y aplicados por los jueces, y si bien se discute sobre su imparcialidad, constituyen una posibilidad para no crear ellos mismos sus propios estándares de seguridad. Pero la tendencia de las cortes ha sido a rechazar estos estándares destinados al examen de la **razonabilidad** de las decisiones en cuanto a la seguridad del producto[191].

3.4.5 *Cuando los jueces deben establecer el estándar de seguridad*

En defecto de las dos últimas alternativas –disposiciones legales o administrativas o los usos de la industria– para resolver conforme a los están-

viene delegada esa tarea. Pero esos estándares representan parámetros mínimos de valoración, dejando la decisión a los jueces de cuándo será defectuoso un producto. Dichos estándares pueden ser establecidos por ley –*statute*– o vía administrativa. V. W. Prosser, *Law of Torts*, 1971, p. 203. V. otros autores citados en Henderson, *op. cit.*, n. 101. Se trata de la alternativa que goza del favor de los jueces en la medida que les permite no avocarse la resolución de problemas policéntricos, como es, la creación de estándares de seguridad.

[190] Los usos de la industria o del mercado pueden establecer estándares de seguridad como producto de un proceso de negociación en el mercado, y requerirán de la intervención judicial para su exigibilidad. Por lo general, en los Estados Unidos estos estándares se hallan codificados, lo que simplifica la labor de los jueces para su adopción, labor que equipara en este aspecto, las ventajas de los estándares ya establecidos por ley o por normas administrativas. Sin embargo, la desventaja de este tipo de estándares es que no resultan muy confiables, en cuanto fijados sólo por un grupo interesado, siendo así susceptibles de parcialidad y consiguientes abusos. Conforme a las conclusiones de un informe publicado por la *National Commission on Product Safety*, en 1970, refiriéndose a la regulación librada a la propia industria, señaló que " En ningún procedimiento de establecimiento de estándares de seguridad, puede decirse que el consumidor haya tenido participación sustancial... La seguridad ha sido una consideración secundaria en el proceso normal de desarrollo de los estándares voluntarios...". V. Henderson, *op. cit.*, n. 108.

[191] En este sentido: *Canifax v. Hercules Powder Co.*, 237 Cal. App. 2d 44, 46 Cal. Rptr. 552 (1965); *Garst v. General Motors Corp.*, 207 Kan. 2, 484 P.2d 47 (1971).

dares de seguridad existentes, los jueces se hallan frente a la dificilísima tarea de tratar de establecerlos. Esta posible alternativa implica que los jueces deben crear un estándar de seguridad según las características del caso, al fin de determinar si la elección consciente del diseño realizada por el productor era **razonable**. Ello naturalmente, daría lugar a soluciones múltiples y diversas. Se critica a esta alternativa, el ser susceptible de afectar la integridad judicial, facilitándose las soluciones arbitrarias y relegando a un plano ulterior la aplicación del criterio de la **razonabilidad** en la evaluación del defecto del producto, situación que despertaría la desconfianza en la resolución judicial.

No obstante las serias dificultades, los jueces viéndose ante la necesidad de emitir un pronunciamiento, lo han hecho de acuerdo al criterio de la **razonabilidad** del diseño[192], especialmente, cuando las circunstancias abonan a favor del resarcimiento de la víctima del daño.

Ante dichas circunstancias, en la mayoría de casos, las cortes han rechazado esta solución[193]. En los casos en que ha sido adoptada, las cor-

[192] Las enormes dificultades dificultades para la determinación de qué nivel de seguridad debe tene un producto para no ser defectuoso, pueden ser apreciadas en las observaciones en la resolución de la Corte Suprema del Estado de Kansas, recaída en el caso *Garsp v. General Motors Corp.* (207 Kan. 2, 484 P. 2d 47 (1971)):

> Las víctimas eran tres empleados que hacían una excavación en una represa. Ellos fueron atropellados por una máquina excavadora, guiada por otro empleado. La acción fue basada en el hecho que los frenos y la dirección de la máquina habían sido diseñados negligentemente. Las características eran obvias y conocidas por el operador de la máquina y las víctimas, por lo que el teme de la falta de información quedaba fuera de lugar. La Corte Suprema del Estado de Kansas sostuvo que la prueba sobre la negligencia e el diseño del producto era insuficiente.
>
> En este caso, se trató el problema de la negligencia en el diseño de la dirección de la máquina excavadora, en el sentido de tener en cuenta la consideración de una serie de factores, como la seguridad, la utilidad funcional y la factibilidad de modelos alternativos. Además, no existiendo estándares pre-establecidos sea por los usos de la industria sea por la ley, fue bastante difícil de afrontar.
>
> Las argumentaciones de las víctimas y del demandado, apoyadas por los testimonios de los expertos, versaron sobre la falta de seguridad en el diseño del producto, lo que delataba ya las dificultades que los jueces debían enfrentar para arribar a un pronunciamiento sobre la razonabilidad de las elecciones conscientes sobre el diseño.
>
> En vista de todas esas dificultades, los jueces difícilmente resolverían a favor de la víctima. V. Henderson, *op. cit.*, p. 1570 ss.

[193] Generalmente, cuando las víctimas basan sus demandas de resarcimiento en la irrazonabilidad del diseño del producto o de sus partes componentes, los jueces han tendido a rechazar dichas pretensiones, por las dificultades que el análisis presenta.

tes han revelado sus limitaciones a los efectos de establecer un estándar de seguridad. Estos últimos casos comprenden en su mayor parte la categoría de los automóviles[194] y la de la maquinaria industrial[195], donde la presión encaminada a obtenerse un pronunciamiento de los jueces es notoria, precedida de la crítica referida a que el mercado no es el medio adecuado para proteger los intereses del consumidor.

En esos mismos casos, sin embargo, los jueces se han valido, en la medida que las circunstancias del caso lo han permitido, de algunos de los medios utilizados para resolver, como se ve de las soluciones precedentes, los que les permiten hacer frente a las dificultades que comporta

---

Uno de los más claros ejemlos de tales dificultades, concernientes a su naturaleza y a su fuente, ha sido afrontado en el caso *McClung v. Motor Co.*, 333 F. Supp. 17, 20, 21 (S.D. W. Va. 1971), *cert. denied*, 93 S. Ct. 2779 (1973):

"¿Qué estándares de deber o de razonabilidad de diseño pueden requerir las cortes? ¿Quién debe determinar los estándares de diseño? Los problemas que presentan una propuesta de ese tipo requerirían la consideración y evaluación de un número de factores, técnicos y económicos, y es un tema que debería ser resuelto apropiadamente por los cuertpos creadores del derecho que son directamente responsables ante la gente que conforma esta República. ...

Mientras la seguridad es un factor vital, se halla limitado por el actual estado de la tecnogía, por consideracioes económicas y por características funcionales. A cierto punto, las consideraciones sociales deseadas deben ceder ante los factores económicos y políticos existentes ... La mayor parte de las cortes no a considerado adecuada la aplicación del concepto de responsabilidad absoluta al campo de la responsabilidad del productor,

... Sin perjuicio de la equidad en el caso concreto, ... el derecho debe conservar cierta uniformidad, factibilidad y razonabilidad si la estabilidad de nuestras instituciones debe sobrevivir".

[194] Se citan los siguientes casos: *Gray v. General Motors Corp.*, 434 F 2d. 110 (8th Cir. 1970); *Brandenburger v. Toyota Motor Sales U.S.A., Inc., - Mont. -*, 513 P.2d 268 (1973), entre otros.

Esta categoría de productos tiende a dañar a sujetos que no pueden ni siquiera calificarse como compradores o usuarios, los riesgos que ellos comportan van más allá de tales sujetos, de allí la presión sobre las cortes para intervenir a los efectos de tutelar a las víctimas de los daños automovilísticos.

[195] Se citan los siguientes casos: *Elder v. Crawley Book Mach. Co.*, 441 F.2d 771 (3d Cir. 1971); *Green v. Sanitary Scale Co.*, 431 F.2d 371 (3d Cir. 1970); *Byrnes v. Economic Mach. Co.*, 41 Mich. App. 192, 200 N.W. 2d 104 (1972); *Palmer v. Massey-Ferguson, Inc.*, 3 Wash. App. 508, 476 P.2d 713 (1970).

Con respecto a esta categoría de productos, las víctimas son mayormente los empleados de las empresas adquirentes de esos productos, en el desempeño de su labor.

el tener que crear un estándar de seguridad[196]. En otros casos, el simple hecho de centrar la atención en la inclusión o exclusión de algún mecanismo de seguridad en el producto, ha aliviado en cierto modo la difícil tarea de evaluación de los jueces[197].

En síntesis, se puede decir que, los casos de responsabilidad del productor generados por defectos en el diseño del producto, especialmente cuando se cuestiona la elección consciente del diseño efectuada por el productor, demuestran una tendencia en los jueces norteamericanos para evitar en lo posible avocarse a la difícil tarea que implica el crear o establecer estándares de seguridad para el caso concreto. La evolución operada en la jurisprudencia norteamericana, desde que se cuenta con la nueva regla de responsabilidad, la responsabilidad objetiva del productor, muestra cómo el área que comprende los daños que se derivan de los defectos del diseño en el producto, no se permite hacer recurso de un mecanismo de responsabilidad basado solamente en la verificación del nexo causal entre el daño y el producto. Desde que el producto debe ser "defectuoso", el examen viene a ser con respecto a los "defectos de diseño" mucho más complicado, que con respecto a los "defectos de fabricación".

Se ha podido verificar que, los jueces norteamericanos, frente a los casos de "defectos de diseño", si no cuentan con estándares preestableci-

[196] Por ejemplo, en el área de la maquinaria industrial, las cortes han aplicado una combinación de los usos de la industria y las disposiciones existentes, reduciendo de ese modo la ambigüedad y dificultad que presupone resolver conforme a la **razonabilidad** de los diseños del demandado. Así, el problema ha pasado de ser uno en que se debía resolver si el productor viola su deber frente a la víctima dependiente (del empleador) por no haber incorporado el mecanismo de seguridad al diseño del producto, es decir, si ese mecanismo debía ser parte del producto, a uno en que se trata de establecer quién (el productor o el empleador) es responsable de tal omisión, lo que reduce notableblemente las dificultades de evaluación y creación que supondría decidir de acuerdo sólo a la razonabilidad. En *Bexiga v. Havir Mfg. Co.*, 60 N.J. 402, 411, 290 A. 2d 281, 286 (1972), se dijo: " Mientras el productor demandado pudo haber pensado que el empleador de la víctima ha debido tomar las precauciones necesarias para proteger a sus empleados ... [instalando mecanismos de seguridad], nosotros no pensamos que el [demandado] tenga derecho a asumir que esos mecanismos se proporcionarían".

[197] V. *supra*, n. 297. Pero con respecto a los automóviles, no se ha pasado de la cuestión de determinar si la parte componente o mecanismo de seguridad debía o no ser incluida en el producto, a la cuestión de saber quién debe responder de su exclusión, sino las cortes han preferido sostener al productor responsable sólo cuando se trata de defectos obvios según las reglas del mercado, calificando el diseño de irrazonablemente peligroso.

dos sea por ley, vía administrativa o por los usos de la industria, hacen lo posible, ya sea valiéndose de modelos alternativos de comparación, o a través de la combinación de mecanismos de los cuales es posible deducir algún parámetro objetivo de comparación, para reducir las dificultades que representa la elaboración de un estándar de seguridad. No obstante las presiones hacia la extensión de la responsabilidad del productor[198], y con ello pretendiéndose que los jueces, para los casos de defectos de diseño -aquéllos que obedecen a una elección consciente del productor- elaboren estándares de seguridad según las circunstancias del caso, son relativamente pocos los casos en que los jueces han llevado a cabo la ardua tarea de verificar si el diseño del producto se conformaba a un criterio de **razonabilidad**[199], prefiriéndose mayormente no apartarse de aquella ten-

[198] Con respecto a los defectos de fabricación y a los llamados "errores inadvertidos en el diseño", las cortes norteamericanas no han tenido la necesidad de crear estándares de seguridad, pues para esos casos se cuenta con parámetros de comparación pre-establecidos. En modo que las soluciones que ha venido dando la jurisprudencia norteamericana en tales casos se adecúan a la política social de expansión de la responsabilidad del productor, en la adopción del régimen de responsabilidad objetiva.

[199] Y esta será, en futuro, la tendencia de las cortes norteamericanas, según la autorizada opinión del Prof. Henderson. Según el jurista, "lo más probable será que la intervención de la acción legislativa operará para reducir la presión sobre las cortes", es decir, estableciendo niveles de seguridad de los productos. Ello revela una cierta confianza en la labor legislativa. Esta tendencia se viene verificando ya con respecto al área automovilística y dela maquinaria industrial, respecto de las cuales, el Congreso de los Estados Unidos ha creados las llamadas *"administrative agencies"* para avocarse la tarea de establecer y exigir la observancia de estándares relativos a los diseños de estos productos. En este sentido: el *Ocupational Health and Safety Act*, 29 U.S.C. par. 651 (1970). Con ello, se verá reducida la presión sobre las cortes para pronunciarse a ese respecto. Lo importante a destacar en la opinión del Prof. Henderson es que, se debe ser consciente que las llamadas *agencies* no darán necesariamente una solución a todos los problemas, estableciendo las normas sobre la seguridad de los productos, así, la vía judicial deberá afrontar los casos en que sea necesario la elaboración de un independiente estándar de diseño, que exijan las circunstancias concretas del caso. Pero, esta tarea viene aliviada con la acción legislativa y administrativa. V. Henderson, *op. cit.*, p. 1574 ss.

Además del rol de la acción legislativa en la reducción de las dificultades para las cortes en la resolución de los casos de defectos de diseño, a través de la imposición de estándares de seguridad, sustituyéndose de ese modo a la acción de las fuerzas del mercado, con alguna forma de supervisión de parte del gobierno, también puede corregir los estándares que resulten de los procesos de negociación en el mercado, cumpliendo así una función tradicional como es, la de corregir los impases del mercado. Este proceso permite reforzar la confianza de las cortes en los mecanismos de negociación del mercado, las que por su parte, como respuesta

dencia a verificar si el productor ha cumplido con su deber de informar sobre los riesgos ínsitos y no visibles en el producto

Concluyendo el presente sub-título, se puede afirmar que, a pesar de las dificultades que comporta la evaluación y determinación del defecto de diseño, los jueces norteamericanos han afrontado el problema, si bien, no en modo uniforme –ciertamente, la uniformidad no se destaca como una característica de la evolución de la Responsabilidad del productor en Estados Unidos[200]–, pero es claro que las cortes norteamericanas han rechazado la tesis del Prof. Henderson referida a la incapacidad judicial para decidir sobre un estándar de diseño de un producto[201]. La ardua tarea de definir y evaluar los contornos del defecto de diseño continúa, es materia de confusos debates[202] que obscurecen, a través de la interpretación del derecho de casos (*case law)*, la orientación mayoritaria de la jurisprudencia, se habla en este sentido, del "mito de la indeterminación"[203]. Y, como ya anunciado, dicha tarea de definición tiene lugar, en el contex-

a ello, tenderán a la expansión y desarrollo de los deberes del productor con respecto, no al diseño del producto, sino al *marketing*. De esa manera, se vislumbra una reducción de la presión sobre las cortes para pronunciarse sobre la base de estándares que ellas mismas deben crear, conforme a la **razonabilidad** del diseño. *Ibidem*, p. 1577.

[200] En este sentido, Marshall S. Shapo, "*In search of the Law of Products Liability: The ALI Restatement Project*", en *Vand. L. Rev.*, vol. 48, 1995, p. 631 ss. El autor resalta la naturaleza inestable de la responsabilidad del productor.

[201] V. *infra*, punto 4 de esta segunda sección.

[202] Así, abogando por la aplicación del examen de los riesgos y beneficios para los defectos de diseño: S. Jankowski, "*Focusing on Quality and Risk: The Central Role of reasonable Alternatives in Evaluating Design and Warning Decisions*", en Tex. L. Rev., vol 36 S., 1995, p. 283. Criticando el tratamiento basado en la culpa que presenta el Restatement para estos casos de defectos: Jerry J. Phillips, "*Achilles'Heel*", en *Tenn. L. Rev.*, 1994, p. 1265. Para una posición más equilibrada: David G. Owen, "*Defectiveness Restated: Exploding the "Strict" Products Liability Myth*", en *U. Ill. L. Rev.*, 1996, p. 743. Confundiendo el tema del estándar para los defectos de diseño con temas no directamente conexos como preguntarse si el diseño es conforme a la tecnología disponible al momento de la venta del producto, en este sentido: John F. Vargo, "*The Emperor's New Clothes: The American Law Institute Adorns a "New Cloth" for Section 402A Products Liability Defectos de diseños - A Survey of the States Reveals a Different Weave*", en *U, Mem. L. Rev.*, vol. 26, 1996, p. 493, donde el autor confunde el requisito de diseño alternativo razonable y el tema de si se debe imputar al vendedor el conocimiento del riesgo al momento del proceso (time of trial).

[203] V. Henderson & Twerski, "*Achieving Consensus on Defective product Design*", en *Cornell L. Rev.*, vol. 83, 1998, p. 872 ss.

to de la división tripartita de los defectos en: defectos de fabricación, defectos de diseño y defectos de información (*defecto de advertencia*)[204].

3.5 *Problemas de interpretación y definición sobre la noción de "defecto": Incertidumbre creada en el caso Cronin v. J. B. E. Olson Corp. (1972)*

En 1972, la corte del estado de California en el caso *Cronin*[205], al afrontar la noción de "defecto", adopta dos soluciones:

En primer lugar, abandona la expresión adoptada por Traynor en el caso *Greenman*, la referida "al uso para el cual fue intencionalmente creado" el producto, y adopta el parámetro dado por el criterio de la "razonable y previsibilidad" *(reasonably foreseeable)* en el uso del producto, dejando de lado el criterio de la no intencionalidad o inadecuación en el uso.

En segundo lugar, se sostuvo que el estándar determinante de la responsabilidad debía estar dado por el "defecto" en lugar de "defecto irrazonablemente peligroso" *(irrazonablemente peligroso defect)*. Con respecto a este segundo aspecto, la corte se pronunció en el sentido que la calificación de "irrazonablemente peligroso" era superficial, desde que si lo que se pretendía con ella era negar la posibilidad de una responsabilidad automática –temida por Prosser–, ello se lograba con la sola referencia al "defecto"[206]. Asimismo, agregó que dicha expresión era potencialmente inmoral, desde dos puntos de vista: desde un punto de vista literal, la expresión "irrazonablemente peligroso" es incorrecta porque "suena a negligencia"; igualmente, la corte halló que ese lenguaje era susceptible de malinterpretarse en el sentido de poder exigir a la víctima un doble paso en la prueba, así, exigiéndole no sólo la prueba de la existencia del defecto, sino además, que el defecto hacía que el producto fuera "irrazonablemente peligroso". Criticó a este respecto, el comentario i[207] a la sec-

[204] V. Henderson & Twerski, "*Doctrinal Collapse in Products Liability: The Empty Shell of Failure to Warm*", en *N.Y.L. Rev.*, vol. 65, 1990, p. 265. El autor trata sobre las dificultades conceptuales y problemas doctrinales en la aplicación del criterio de la culpa a los casos de defectos de información.

[205] *Cronin v. J. B. E. Olson Corp.*, 8 Cal. 3d 121. 501 P. 2d 1153, 104 Cal. Rptr 433 (1972).

[206] En teoría, según la sección 402A del *Restatement (Second) of Torts*, las cortes deberían determinar a los efectos de la responsabilidad del productor, que la condición defectuosa es "irrazonablemente peligrosa". No obstante ello, la mayor parte de las cortes han obviado este requisito para el caso de los "defectos de fabricación". Así, posterior al caso *Cronin*, se ha resuelto en *Glass v. Ford Motor Co.*, 123 N.J. Super. 599, 304 A. 2d 562 (1973).

[207] V. *supra* n. 231.

ción 402A, vale decir, la determinación de lo que es "irrazonablemente peligroso" a la luz del Test de la expectativa del consumidos (*consumer expectations test)*, toda vez que su aplicación determinaba que se negase la responsabilidad del productor cuando el nivel de las expectativas del consumidor fuera bajo, así, en el caso que el defecto fuera obvio.

Esta decisión se produce nueve años después del caso *Greenman*, y durante ese lapso de tiempo las cortes de California han extendido el objeto de la responsabilidad objetiva. Así por ejemplo, se ha impuesto la responsabilidad a los distribuidores y a los terceros (*bystanders*)[208], no ha habido mayor discusión judicial en torno a la determinación de la noción de "defecto", y cada vez más las cortes de diversas jurisdicciones de los Estados Unidos han ido adoptando los términos de cuanto se hallaba previsto en el texto de la sección 402A del *Restatement (Second) of torts.*

Pero no existiendo una definición de "defecto", *Cronin* fue asumido como tal en otras jurisdicciones norteamericanas y por la doctrina[209]. Todos los casos que, hasta este momento, se basaban en riesgos inherentes al diseño del producto venían resueltos por las cortes, teniéndose en consideración diversos parámetros de evaluación, sin que ello, obviamente, inspirase una confianza en la actitud de las cortes de frente al problema de delimitar la extensión del objeto de la responsabilidad del productor en tales casos. De consecuencia, ésta representa una fase de gran confusión conceptual, sobretodo cuando las cortes han de afrontar los casos referentes a los *desing defects*, ¿sobre la base de qué estándar se debía examinar o establecer el defecto?, era la constante interrogante[210].

3.6 *El caso Barker v. Lull Engineering Co. Inc. (1978)*

La Incertidumbre creada con el caso *Cronin* en lo concerniente a la noción de "defecto" viene a preparar el terreno para una próxima resolución de

[208] En el caso *Elmore v. American Motors*, (451 P 2d 84, 1969), se extiende la aplicación de la *responsabilidad objetiva* a los *bystanders.*

[209] V. P. Keeton, *"Product Liability and the Meaning of Defect", en St. Mary's L. J.*, vol. 5, 1973, p. 30; J. Wade, *"On the Nature of Strict Tort Liability for Products", en Miss. L. J.*, vol. 44, 1973, p. 825.

[210] En algunos casos se utilizó como parámetro de evaluación el diseño alternativo *(alternative design)*, así la víctima debía aportar la prueba de la existencia de ese medio de comparación que pudiera ofrecer mayor seguridad a un costo aceptable. Así en *Barker v. Chrysler Corp.*, 55 Cal. App. 3d 710, 716, 127 Cal. Rptr. 745, 749 (1st Dist. 1976).

importancia. En el caso *Barker v. Lull Eng'r Co.*[211], la corte del Estado de California intentó, finalmente, una explicación de la noción de "defecto". Este caso afronta la delicada tarea de determinar los criterios o parámetros para establecer si el producto presenta un "defecto de diseño", de saber si con respecto a este tipo de defecto, la noción de la culpa viene considerada a los efectos del análisis y si la referencia a la "irrazonabilidad del peligro" debe ser mantenida atendiendo a su previsión en la sección 402A del segundo *Restatement of Torts*, y contrariamente a lo establecido en el caso *Cronin*.

En *Barker*, la víctima-empleada resultó seriamente dañada mientras manejaba una máquina tractor en el lugar de la construcción, máquina que el demandado había fabricado y luego dado en leasing al empleador de la víctima. La víctima se hallaba sustituyendo al titular de la tarea que estaba realizando, el cual no se encontraba en el lugar de trabajo. Cuando el empleado saltó de la máquina, pero ésta se hallaba en una parte pendiente del terreno. En juicio, la víctima basó sus acusaciones contra el productor en un defecto en el diseño del producto.

> Aunque si el caso *Cronin* generó un estado de gran confusión, pues, en realidad, hizo referencia a lo esencial del defecto, mas no se ocupó de precisar en qué consistía la noción, y más bien, rechazó la consideración de la "irrazonabilidad del peligro" del producto, en *Barker* los jueces instruyen al jurado de considerar esta condición en el examen del defecto. El resultado fue que el jurado dio la razón al productor. La víctima apeló y obtuvo pronunciamiento favorable, basándose en que la corte había ignorado lo establecido en el caso *Cronin*. El productor recurrió ante la Corte Suprema, sosteniendo que en casos complicados como los que se refieren a los defectos de diseño –y sobretodo, cuando está en discusión la omisión de un mecanismo de seguridad en el producto– la simple y sola referencia al "defecto" no aporta una guía adecuada al jurado; por

[211] *Barker v. Lull Engineering Co. Inc.*, 20 Cal. 3d 413, 432, 573 P.2d 443, 456, 143 Cal. Rptr. 225, 238 (1978). Esta sentencia tuvo lugar 15 años después del famoso caso *Greenman*, y a este punto, las cortes han venido aplicando el régimen de la responsabilidad objetiva por productos defectuosos. Pero, aún la noción de "defecto" no es clara. En el caso *Cronin*, la corte de California destacó que la responsabilidad del productor se basaba en el defecto, pero no lo definió. En modo que el presente caso, representaba la oportunidad para explicar en qué consistía dicha noción. Recuérdese que los problemas en torno a determinar qué se quiere significar por "defecto" se inician con la promulgación del segundo *Restatement of Torts*, en que la sección 402A consagra la responsabilidad objetiva del productor, y contiene entre sus presupuestos, el concerniente al "defecto". En *Barker* se retorna a la consideración de la "irrazonabilidad del peligro" del producto, la que fuera dejada de lado en *Cronin*.

ello, halla significado la referencia a la "irrazonabilidad del peligro". El productor sostuvo su posición abogando por el retorno a lo previsto por la sección 402A del segundo *Restatement.*

La Corte Suprema confirmó su opinión precedente en el sentido que la "irrazonabilidad del peligro" no es parte de la definición de "defecto" en California. Sin embargo, la corte consideró, conforme a lo aducido por el productor, que la palabra "defecto" por sí sola, era inadecuada como guía en los casos de responsabilidad objetiva referentes a los defectos de diseño. Ante dichas circunstancias, la corte del Estado de California elabora un modelo de evaluación basado en un test basado en un estándar dual.

Desde que en el caso *Cronin* se elimina la consideración de la "irrazonabilidad del peligro", la noción de defecto quedó priva de contenido, pues hasta entonces, no se había logrado una definición de "defecto". Se explica en consecuencia, la confusión que se plasmaba en las resoluciones posteriores, las que sin otros medios de apoyo, debían regresar a la instrumentalización del concepto de culpa[212].

En este estado de cosas, el caso *Barker* intenta cambiar la orientación de las últimas decisiones, y así, afronta el problema del significado y evaluación del defecto de diseño de un producto. La palabra "defecto", ya desde un punto de vista simplemente lingüístico, lleva en sí la noción de

[212] En este sentido los siguientes casos: En *Culpepper v. Volkswagen of America, Inc.* 33 Cal. App. 3d 510, 109 Cal. Rptr. 110 (1973), la corte aplicó el criterio de la previsibilidad, propio del examen de la culpa, para imponer la *responsabilidad objetiva* a un productor de autos. La corte observó: "... la víctima pudo o no pudo haber volteado a 18 grados, pero su acto de voltear violentamentamente para evitar una situación peligrosa era un hecho normal, y el jurado pudo haber determinado que ello era un factor previsible y que los que diseñaron el VW debieron así haberlo considerado en el diseño del auto". En *Self v. General Motors Corp.*, 42 Cal. App. 3d 1, 116 Cal. Rptr 575 (1974), la corte siguió la línea del caso *Cronin*, así evitó utilizar la expresión "irrazonablemente peligroso", empleando en su lugar el estándar del "excesivo riesgo evitable". La corte se vio precisada a considerar la razonabilidad del productor en la toma de precauciones para evitar el riesgo excesivo. Así, precisó: "Se exige al productor que en el diseñodel vehículo minimice los riesgos irrazonables de daño y de muerte". En *Buccery v. General Motrors Corp.*, 60 Cal. App. 3d 533, 132 Cal. Rptr. 605 (1976), la corte revisó las decisiones precedentes, pero como no pudo encontrar un test comprensible para determinar el defecto, recogió lo que pudo de los casos anteriores y señaló: "... cualquier producto diseñado en modo de causar daño cuando es usado o mal utilizado en forma previsible es defectuoso si las características del diseño que causó el daño crearon un riego que era fácilmente evitable a través del empleo de la tecnología existente a un costo adecuado al uso económico del producto".

comparación. Es decir, un producto será considerado defectuoso, desde que es posible verificar de acuerdo a un modelo de lo que debería ser, cómo debería ser el producto sin una imperfección o defecto. Esta exigencia de llevar a cabo una comparación, conduce a la necesidad de contar con los llamados estándares de comparación, o criterios o parámetros, como se prefiera llamarlos, los que permitirán en el caso de establecer la defectuosidad de un producto, si éste alcanzaba o no el nivel de seguridad configurado en el estándar. Y, aceptada esta exigencia, surge el problema de cómo debe ser conformado dicho estándar, quién lo establece, cuáles son los criterios que pueden ayudar a su conformación, etc. Problema éste que, decididamente remite, a los efectos de tenerlo en especial consideración, a cuanto se ha explicado en precedencia, siguiendo el razonamiento del Prof. Henderson[213], en torno a las dificultades con que se hallan los jueces para establecer un estándar de seguridad que se conforme a las circunstancias del caso concreto, cuando dicho parámetro de comparación no se halla a disposición, sea a través de la vía legal, administrativa o del propio mercado.

En síntesis, en el presente tratamiento, se parte de la premisa que el tema de los defectos de diseño suscita dificultades en su análisis, lo que no quiere decir que deban ser extraídos del ámbito de la responsabilidad del productor para ser afrontados, como algunos han propuesto, por las normas administrativas[214]. El problema debe ser afrontado por las normas de la responsabilidad civil del productor, y para alcanzar resultados satisfactorios en los procesos que tienen como objeto la reparación de daños provocados por los defectos de diseño, el derecho debe ofrecer los criterios de evaluación para la determinación de su existencia. Estos criterios han venido siendo formulados por la jurisprudencia norteamericana en diversos modos, en la presente investigación, se destacan los casos que han marcado una línea de tendencia en el derecho norteamericano, sin perjuicio de la existencia de las oscilaciones que naturalmente confirman la regla.

[213] V. *supra*, sobre las dificultades en establecer el estándar de seguridad, p. 70 y ss.

[214] Algúnos han señalado que los casos atinentes a los defectos de diseño deben ser dejados al ámbito de la normativa administrativa. Contrariamente a esta propuesta, ha sido contestada sobre la base que, el derecho de *torts* cumple una función preventiva de los accidentes, y es precisamente con respecto a las decisiones adoptadas por los productores para el diseño de sus productos que la respondabilidad del productor asume importancia. V. G. Schwartz, *"Forward: Understanding Products Liability"*, *cit.*, p. 450.

En esta orientación, manifestando su adhesión al principio conforme al cual, "en las acciones sobre responsabilidad del productor, el examen debe centrarse en el producto, y no así en la conducta del productor, siendo así que la víctima no necesita, para vencer en juicio, probar que el productor actuó irrazonablemente o con negligencia"[215], la corte del Estado de California propuso el siguiente estándar o test dual:

> "En los casos de defectos de diseño, una corte puede correctamente instruir al jurado que un producto tiene un defecto de diseño si (1) la víctima prueba que el producto no alcanzó a ser tan seguro como el consumidor ordinario habría esperado siempre que haya sido utilizado en la manera para la cual fue pensado o en la manera razonablemente previsible, o (2) la víctima prueba que el diseño del producto aproximadamente causó el daño y el productor no logra probar, a la luz de los factores relevantes, que conforme a un balance, los beneficios del diseño sobrepasan los riesgos del peligro inherente a semejante diseño"[216].

La primera parte del test previsto en la sentencia recaída en el caso *Barker*, se basa en el llamado Test de la expectativa del consumidor (*consumer expectations test)*, presente en la sección 402A del segundo *Restatement of torts*, que a su vez halla fundamento en la teoría de las garantías de adecuación o de comerciabilidad[217]. En *Barker,* se deja de lado la expresión "irrazonablemente peligroso", en su lugar se aplica el concepto del comentario i a la referida sección 402A. Este estándar es entendido por la corte norteamericana, sólo como un límite mínimo para la evaluación del defecto del producto[218]. Así, si la víctima prueba que el producto no satis-

---

[215] *Barker v. Lull Engineering Co. Inc.*, 20 Cal. 3d 418, 573 P.2d 446, 143 Cal. Rptr. en 229 (1978).

[216] *Ibidem*, en 426-27, 573 P. 2d 452, 143 Cal. Rptr. en 234.

[217] Se reconoce en el *"consumer expectations test"* un legado del derecho de las garantías a la responsabilidad objetiva. V. Fischer, *"Products Liability-The Meaning of Defect"*, en *Mo. L. Rev.*, vol. 39, 1974, p. 339. La noción de las expectativas del consumidor contenida en el comentario i de a sección 402A del segundo *Restatement* se halla inspirado en la teoría de las *warranties*. V. *supra*, p. 33.

En *Barker* se precisa que la parte del test referido a las "expectativas del consumidor ordinario" es "algo análogo a la garantía de adecuación y de mercadeo prevista e el *Uniform Commercial Code*". 20 Cal. 3d en 430-31, 573 P. 2d en 454, 143 Cal. Rptr. en 236.

[218] La corte tomó en consideración la crítica formulada por Wade a este tipo de test, en *"On the Nature of Strict Tort Liability for Products"* (publicado en: *Miss. L. J.*, vol. 44, p.825, 1973), según el cual, en muchos casos, el consumidor no sabría qué espera acer-

face las expectativas ordinarias del consumidor, el producto es considerado defectuoso y el demandado responderá responsabilidad objetiva por los daños resultantes. Sin embargo, la determinación de lo que se entiende por "consumidor ordinario" no resulta clara, según se desprende de algunas sentencias que además han aplicado el Test de las expectativas del consumidor, no precisamente como límite mínimo de evaluación como en *Barker*, sino como concluyente del defecto de diseño. En efecto, en diversos casos se ha creado confusión al atribuir una connotación subjetiva al criterio del "consumidor ordinario"[219]. Pero, aún cuando el criterio fuera objetivo, el estándar del "consumidor ordinario" presenta limitaciones, en cuanto de un lado, obsta el resarcimiento en los casos de riesgos patentes o evidentes al consumidor ordinario[220] y de otro, surge la interrogante de saber cuáles son las expectativas razonables del consu-

ca de la seguridad de un producto. 20 Cal. 3d en 425-26 n. 7, 143 Cal. Rptr. en 233 n. 7. La corte señaló que dada la complejidad tecnológica de tantos productos, ésta reduce las posibilidades del consumidor para saber cuán seguro debe ser un producto, así, exonerar al productor porque el consumidor no sabe lo que espera de preciso del producto, puede amenazar la tutela que se le pretende dar a través de la responsabilidad objetiva.

Si bien en *Barker* el Test de las expectativas del consumidor es contemplado como un límite mínimo a tenerse en consideración para determinar la existencia de un defecto de diseño, alguas cortes lo han considerado como decisivo a tal efecto.

[219] En el caso *Vincer v. Esther Williams All-Aluminum Swimming Pool Co.*, (69 Wis. 2d 326, 230 N.W.2d 794 (1975). Siguiendo el comentario i de la sección 402A del segundo *Restatement*, la corte expresó que "si un producto contiene un defecto irrazonablemente peligroso depende de las expectativas razonables del consumidor ordinario relativas a las características de este tipo de producto. Si el consumidor promedio anticiparía razonablemente la condición peligrosa del producto y apreciaría plenamente el esperado riesgo de daño, aquél no sería irrazonablemente peligroso ni defectuoso. Este es un test objetivo y no depende del conocimiento del particular consumidor, aunque su conocimiento puede se prueba de una concurrencia de culpa según las circunstancias".

[220] Así, como la naturaleza evidente del carácter del diseño no debería impedir el resarcimiento del daño, cuando es factible y **razonable** eliminar el riesgo, se insiste que puede darse que ciertas expectativas del consumidor son **irrazonables**, y entonces surge la interrogante: "¿qué estándar independiente puede llevar a los jueces a establecer que tales expectativas eran **irrazonables**?". Si la respuesta es que un consumidor razonable puede esperar un nivel razonable de seguridad en el diseño del producto, entonces, el test aplicado se vale del examen de los riesgos y beneficios (*risk-utility test*), del que el test de las "expectativas del consumidor" trata de desvincularse. Mientras que de acuerdo al examen del riesgo-beneficio, si le resulta posible al productor eliminar el riesgo, entonces responderá aunque el riesgo fuese evidente al consumidor ordinario.

midor[221]. En fin, son varias las objeciones a la utilización de este tipo de test, cuya pretensión es basarse exclusivamente en las expectativas del consumidor, para determinar el defecto de diseño, siendo el hecho que su aplicación puede contradecir la perspectiva no instrumental –de justicia– del derecho de daños en la cual se funda[222], por lo que conviene evitarlo[223].

[221] Siendo los jueces que valorarán en cada caso sobre las expectativas del consumidor ordinario y no siendo en todos los casos que el consumidor conoce muy bien qué es lo que espera de un producto respecto a la seguridad.

[222] V. *infra*, p. 99.

[223] S. Birnbaum, "Unmasking the Test for Defectos de diseño: ...", cit., p.618.

Además, en los casos de defectos latentes, vale decir, aquellos que se descubren con el pasar del tiempo, y en los casos de diseños complejos, situaciones que son una gran mayoría, dado el avance de la tecnología, no se puede decir con certeza qué es lo que el cosumidor esperaba de un determinado producto, porque es natural que carezcan de la información precisa sobre la seguridad de un producto, claro está, si ésta no le ha sido proporcionada. Si esto es así, el jurado, que a su vez es un consumidor ordinario, arribará a una conclusión subjetiva de lo que pueden ser aquellas expectativas ordinarias, ergo, el test alcanza así su máxima subjetividad.

Algunas cortes norteamericanas, para salvar los defectos del Test de la expectativa del consumidor han tomado como base el llamado Test riesgo-beneficio. De este modo, tomando como base una consideración de los riesgos y beneficios para la aplicación del comentario i de la sección 402A del *Restatement*, se ha reconocido necesario determinar qué factores se deben considerar para identificar el parámetro objetivo de las expectativas del consumidor ordinario. Así, una corte ha establecido que las expectativas razonables del consumidor ordinario incluyen, " ...el costo relativo del producto, la gravedad del daño potencial derivado del defecto y el costo y factibilidad en la eliminación o minimización del riesgo" (*Seattle-First Nat'l Bank v. Tabert*, 86 Wash. 2d en 154, 542 P. 2d en 779). Factores que recuerdan el tradicional examen empleado para probar la irrazonabilidad en los casos de defectos de diseño.

Pero, esta solución, consistente en reducir dos exámenes en un solo test, prolongando innecesariamente el examen, conduce a confusiones mayores. Así, un test riesgo-beneficio basado en las expectativas del consumidor ordinario supone que se trata de un solo estándar, no dual como en *Barker*. Así, para determinar si un producto es inseguro más de lo que puede esperar el consumidor ordinario, se debe considerar cuál es lo que este último puede razonablemente esperar. Para saber cuáles son las expectativas razonables del consumidor ordinario, se debe llevar a cabo un examen de los riesgos y los beneficios (*risk-utility test*) del diseño. Con este test se corre el peligro de introducir en el balance de los riesgos y beneficios nociones que impliquen asunción del riesgo en los casos de defectos evidentes, reduciendo al máximo la objetividad de un puro *risk-utility test*. V. S. Birnbaum, *op. cit.*, p. 616.

El test propuesto en *Barker* consta de dos partes, siendo el examen de cada una de ellas independiente una de la otra. Así, si la víctima no logra probar que el producto no alcanzaba las expectativas del consumidor ordinario, en *Barker* se propone un segundo examen al fin de poderse determinar la defectuosidad del producto, el llamado Test del riesgo-beneficio (*risk-utility test)*, en el cual, no se considera el modelo de "las expectativas del consumidor ordinario". Aquí, el análisis no consiste en el tradicional test del riesgo-beneficio de la culpa. La diferencia se da en que, en la responsabilidad objetiva el examen centra su atención en la condición del producto, mientras que en el examen de la culpa, la atención es puesta en el comportamiento del productor[224]. La corte del Estado de California señaló explícitamente que este tipo de test no es uno que "suena a culpa". En efecto precisó:

> "Nosotros consideramos que el test para los defectos de diseño establecido en precedencia, es adecuado a la luz del fundamento y de los límites de la doctrina de la responsabilidad objetiva, por ello, somete a responsabilidad al productor cuando hay algún "desperfecto" en el diseño del producto -sea porque el producto no logra alcanzar las expectativas de seguridad del consumidor ordinario o, porque según un balance, el diseño no es tan seguro como lo debería ser, llevando al productor a convertirlo en un asegurador de todos los daños que pueden resultar del uso del producto. Además, este test orienta la atención del juzgador en lo adecuado del producto en sí mismo, en lugar de la conducta del productor, y coloca sobre el productor, antes que sobre la víctima, la carga de establecer que por la complejidad del proceso de diseño y compromisos implícitos en el mismo, un producto que produce daño no debería ser considerado defectuoso"[225].

Sin embargo, de acuerdo a lo que se desprende de las expresiones vertidas en el parágrafo precedente, en el razonamiento que lleva a cabo la corte de California subyacen indicios de un examen basado en la culpa, en el cual, es inevitable el análisis costo-beneficio (*risk-utility analysis)*[226], revelándose con éste, una fuerte deuda de la doctrina de la responsabilidad objetiva al principio de la culpa del derecho de *Torts*, el cual, históricamente se ha referido a un balance de los riesgos y benefi-

[224] V. Prosser, *"The Assault Upon the Citadel (Strict Liabilty to the Consumer), en Yale L.J.*, vol. 69, (1960).

[225] 20 Cal. 3d en 432, 573 P.2d en 456, 143 Cal. Rptr. en 238.

[226] Sobre la conveniencia de adoptar el test de los riesgos y beneficios para la determinación del defecto de diseño, véase n. 348.

cios. En síntesis, el caso *Barker* revela las notas fundamentales de las bases de la responsabilidad objetiva, a saber, la llamada garantía *(warranty)* y la culpa[227].

Lo innovativo del test introducido en el caso *Barker* es el desplazamiento de la carga de la prueba al demandado[228], en el sentido que una vez que la víctima aporta una prueba *prima facie*, demostrando que el daño fue consecuencia de la causa próxima dada por el diseño del producto, entonces, el productor debe probar que su producto no es defectuoso, teniendo en cuenta las circunstancias particulares del caso. Dicho desplazamiento de la carga de la prueba se funda de preciso, en la consideración que es el productor quien tiene la capacidad para conocer las cuestiones técnicas que comporta el diseño de un producto[229]. No obstan-

[227] El principio de la culpa en el ámbito de la responsabilidad del productor, no tiene en cuenta si existe o no una relación contractual entre el productor y el consumidor, siendo así, que impone en cabeza del productor un deber de cuidado (*resonable care*). Este deber, a su vez, se funda por una parte, en un pincipio de equidad (*fairness*), según el cual, el potencial victimario no puede basar egoístamente su propio bienestar en el de otros, y de otra parte, se funda en un principio de prevención de los accidentes, conforme al cual, una parte debe ser desincentivada de comportarse en modo tal que los riesgos de su conducta superen los beneficios que pueda obtener de esa conducta. V. G. Schwartz, *"Foreword: Understanding Products Liability"*, en *Cal. L. Rev.*, vol. 67, 1979, p. 449. En cambio, el derecho de las garantías (*warranties*) es diseñado en un contexto contractual, de relación entr el productor y el consumidor. En este caso, se apunta a dar efecto a las expectativas razonables que derivan entre las partes, sobretodo para el consumidor; en fecto, se asume que "las propias partes de un contrato de compraventa, si lo hubieran pensado, habrían estipulado una garantía de mercadeo". *Hauter v. Zogarts*, 14 Cal. 3d 104, 117, 534 P.2d 377, 385, 120 Cal. Rptr. 681, 689 (1975), *cit.*, en *Ibidem*.

[228] La inversión de la carga de la prueba sobre el demadado en los casos de responsabilidad del productor, constituye una de las políticas fundamentales de la responsabilidad objetiva del productor, distinguiéndose de la doctrina de la culpa. En casos anteriores a *Barker* se había venido aplicando para el examen del defecto de un producto el análisis costo beneficio, así en: *Byrns v. Riddell, Inc.*, 113 Ariz. 264, 550 P. 2d 1065 (1976); *Aller v. Rodgers Mach. Mfg. Co.*, 268 N.W. 2d 830 (Iowa 1978); *Cepeda v. Cumberland Eng'r Co.*, 76 N.J. 152, 386 A. 2d 816 (1978).

[229] De acuerdo a este examen de la condición del producto, entre las circunstancias o factores que se pueden tener en cuenta para determinar el balance de los beneficios del diseño con respecto al riesgo de peligro inherente al mismo, se pueden mencionar "la gravedad del peligro que presenta el diseño, la probabilidad que ese peligro pueda ocurrir, la factibilidad de un diseño alternativo más seguro, el costo de un diseño sin prueba y las consecuencias adversas que pueden resultar del diseño alternativo para el producto y para el consumidor". 20 Cal. 3d en 431, 573 P. 2d en 455, 143 Cal. Rptr. en 237.

te de cuanto se desprende del presente caso, el tema del desplazamiento de la carga de la prueba no parece ser una cuestión clara y exacta, pues queda abierta la interrogante de cuál es la prueba, o mas bien, conformándose al presente caso, cuál es el mínimo de prueba que la víctima debe aportar para satisfacer la prueba *prima facie*[230].

Si bien se sigue la línea fijada en el caso *Cronin*, de no adoptar la expresión "irrazonablemente peligroso" –prevista en la sección 402A– para explicar el defecto de un producto, sin embargo, no ofrece certeza respecto a la cuestión relativa a si en términos prácticos, el estándar dual propuesto en la sentencia recaída en el caso *Barker* abandona las notas del examen de la culpa y si realmente introducía cambios significativos en la carga de la prueba de la acción de responsabilidad objetiva. En cuanto a lo primero, si bien es cierto, se exige al jurado fijar su atención en el producto, también lo es que, en los hechos, evaluará el conjunto de factores para luego pronunciarse respecto de la conducta del productor. De ello, el jurado podrá decidir si el riesgo de daño superaba la utilidad del diseño, con lo cual está diciendo que al haber elegido un determinado diseño, el productor ha expuesto al consumidor a un riesgo de daño mayor que el debido. Conceptualmente, este examen no es otro que el de la responsabilidad por culpa[231]. Siendo a propósito que se ha señalado que, dado que el requisito para que opere la responasbilidad objetiva del productores el defecto, la nueva regla puede también ser vista después de todo, como

[230] En el caso *Korli v. Ford Motor Co.*, (84 Cal. App. 3d 895, 149 Cal. Rptr. 98 (1978), "... la hija de la víctima que iba montada en la parte posterior del auto, trató de mover elseguro fijo de la puerta en esa parte del auto y luego sale despedida siendo atropellada por otro auto ...". En la acción de *responsabilidad objetiva*, la víctima sostuvo que el auto tenía un defecto de diseño en la puerta posterior. El veredicto del jurado favorable a la víctima, fue invertido en la corte de apelación, la cual señaló que "la prueba en el caso no ha establecido que el auto en cuestión tuviera un defecto de diseño". La Corte Suprema de California dispuso el reenvío del caso a la corte de apelación para que tuviera en consideración lo resuelto en *Barker*. Si bien la corte de apelación analizó las dos alternativas de examen establecidas en el caso*Barker*, afirmó su posición inicial. Así, con respecto al primero de los test propuestos en *Barker* – Test sobre la expectativa del consumidor-, sostuvo que desde que el auto no dejó de ser según lo que el consumidor ordinario podría esperar , la víctima no tenía fundamento en esta parte del test. Con respecto a la segunda parte del test, la corte precisó que "la víctima debe hacer mucho más que probar simplemente que el daño fue consecuencia del uso del producto. Lo que se requiere es una prueba *prima facie* que alguna característica del producto y no una simple cualidad genérica causó el daño en momentos en que el producto era destinado a realizar el uso razonablemente previsible ... ". *Ibidem*, en 104.

[231] A propósito, un sector de la doctrina y jurisprudencia norteamericanas reconoce que las bases de la responsabilidad por *negligence* y la *responsabilidad objetiva* es fundamentalmente la misma. V. W. Prosser, *"The Assault upon the Citalel ..."*

una de culpa, con la diferencia que desplaza la atención del comportamiento del productor a la culpa en el producto mismo[232].

La intención en la resolución del caso *Barker* es dar una luz para distinguir entre lo que es la culpa del productor y lo que en este caso se persigue, destacar que los daños provienen del producto defectuoso. Pero, si como se señala en la parte última del parágrafo precedente y así se viene comprobando, a través de cuanto ha manifestado la jurisprudencia norteamericana hasta este momento, si en ambos casos se halla involucrada la noción de culpa, toca preguntarse, en qué casos las teorías de la culpa y de la responsabilidad basada en el defecto conducen a resultados diversos. En efecto, siendo la "razonabilidad" una noción del examen de la culpa, y que es evaluada conforme a un examen de los riesgos y beneficios, este análisis en los casos tradicionales de los defectos de diseño asume una forma bastante símil al examen del "defecto" bajo la responsabilidad objetiva, sobretodo, si se tiene presente la segunda parte del test propuesto en el caso *Barker,* referido al exámen costo-beneficio[233]. Así, resulta que en los casos que conciernen a los defectos de diseño, se da una cierta equivalencia de las teorías de la responsabilidad por culpa y de la responsabilidad objetiva. Ambas teorías son equivalentes al punto en que los riesgos y los beneficios son conocidos por el productor del diseño o podían haber sido conocidas por él.

Ahora bien, se pone la interrogante de saber qué sucedería, en términos de la obtención de la reparación de los daños sufridos por la víctima de un producto defectuoso, si la decisión adoptada por el productor en cuanto al diseño del producto no era conforme a un balance de los riesgos y beneficios al tiempo en que fue adoptada, pero que dicha inconsciencia era razonable o no culposa. Sin perjuicio de afirmar que de acuerdo a los principios de la culpa no habría lugar a la reparación de los daños por no tratarse de una riesgo previsible por el productor, contrariamente a lo permitido bajo una regla de responsabilidad objetiva, y no tratándose de estas hipótesis específicas en el caso *Barker,* dejamos en suspenso el examen de ellas, por cuanto se refieren a los riesgos que no se conocían o se podían conocer al momento de colocar el producto en el mercado, para cuando se trate sobre el límite a la responsabilidad del productor basado en el defecto (capítulo III de este trabajo).

---

[232] Así, en *Barker* se establece que "el productor es responsable sólo si hay "algo que no está bien" en su producto" (20 Cal. 3d en 433, 573 P. 2d en 456, 143 Cal. Rptr. en 238). En *Barker* la víctima "no debe impugnar al productor, sino que se le requiere de impugnar el producto" (20 Cal. 3d en 436, 573 P. 2d en 457, 143 Cal. Rptr. en 239), *cit.* por G. Schwartz, *op. cit.*, n. 155.

[233] V. Schwartz, *op. cit.*, p. 463.

Retomando el test del caso *Barker*, en cuanto al desplazamiento de la carga de la prueba hacia el demandante, en teoría ello favorece la posición de la víctima, pero los hechos han demostrado que esta afirmación no es exacta, pues, trámite la prueba *prima facie*, no es que se libera a la víctima de la carga probatoria, debiendo aportar los elementos básicos que sustentan su pretensión para luego tocar al demandado la descarga de lo que se le imputa. En la práctica, sucede que los demandados aportan en juicio prueba suficiente referida a complicados mecanismos tecnológicos, echando mano del test costo-beneficio para convencer al jurado que las decisiones tomadas sobre el diseño del producto cuestionado eran producto del balance positivo de la utilidad del diseño y de la reducción del riesgo[234]. Por último, el examen basado en un balance de los riesgos y beneficios del diseño de un producto, ha sido criticado por

[234] Así, en *Pherson v. Goodyear Tire and Rubber Co.* (Cal. 590 F. 2d 756 (9h Cir. 1978), caso posterior al caso *Barker*, referido a la explosión de un neumático de un camión pickup mientras la víctima lo conducía, el productor no fue hallado responsable en primera instancia. La prueba sobre el defecto del diseño del producto era bastante contradictoria. La víctima apela argumentando que en *Barker* la corte de California había decidido la inversión de la carga de la prueba sobre el productor, quien debía acreditar que el producto no era defectuoso. Este caso demuestra que el hecho que se traslade la carga de la prueba al demandado, no significa necesariamente que se incremente el peso sobre este último, sino también que, el efecto sobre la víctima puede ser mínimo.

La corte se pronunció en el sentido siguiente:

"El apelante ha presentado sólo la más elemental prueba *prima facie* de un defecto de diseño. En juicio, *Goodyear* asumió efectivamente la carga de la prueba: *Goodyear* ofreció un extenso testimonio a cargo de dos expertos a fin de acreditar que no existían alternativas prácticas. Los rgumentos decisivos muestran también que *Goodyear* deseaba asumir esta carga. Aunque de las instrucciones, técnicamente se desprendía que la carga de la prueba pesaba sobre la víctima, la instrucción sobre el defecto de diseño no hace referencia la carga de la víctima y sólo instruye al jurado para considerar diversos factores que determinan si existía el defecto de diseño. Así, a la luz de los testimonios presentados, los argumentos determinantes y la instrucción, se concluye que como cuestión práctica, la carga de la prueba referida a la factibilidad de los diseños alternativos correspondía al apelante". *Ibidem*, 761. V. S. L. Birnbaum, "*Unmasking the Test for Defectos de diseño: From Negligence [to Warranty] to Responsabilidad objetiva to Negligence*", en *Vand. L. Rev.*, vol. 33, 1980, p. 606.

En efecto, en los años que siguieron a cuando tuvo lugar el caso *Greenman*, los abogados de las víctimas han desarrollado una capacidad notoria en la prueba de los hechos referidos a los casos de productos defectuosos, lo que ha determinado su victoria en numerosas causas sin depender de ua teoría de responsabilidad en particular. V. G. Schwartz, "*Foreword: Understanding Products Liability*", en *Cal. L. Rev.*, vol. 67, 1979, p. 455.

las serias dificultades con que se han encontrado los jueces para aplicarlo a los efectos de expedir un pronunciamiento sobre la existencia del defecto de diseño[235].

Sin dejar de reconocer el mérito de la propuesta, dada en la sentencia del caso *Barker,* de un nuevo parámetro de valoración para la determinación del defecto de diseño, aunque no haya dado una solución al problema de la sustitución de la referencia a la condición del producto "irrazonablemente peligrosa", se le critica además que, desde un punto de vista práctico, que dicho test sería interpretado caso por caso, esto es, en modo variable –sobretodo en cuanto a las expectativas del consumidor ordinario–, de acuerdo a las circunstancias, también, en cuanto se refiere a la prueba mínima –relativa a que el diseño del producto ha sido la causa próxima del daño– que debe aportar la víctima para que opere el desplazamiento de la carga de la prueba al demandado, toda vez que se trata de una pesada carga probatoria[236]. En realidad, según ello, podría serle

[235] En efecto, el problema de la evaluación de los defectos de diseño que responden a una elección consciente del productor es calificado como un problema "policéntrico", sumamente difícil de manejar por los jueces. En este sentido: Henderson, *"Judicial Review of manufacturers' Conscious Design Choice: ...", cit.,* p. 1531. V. *supra,* p.70 ss

[236] En efecto, no es simple señalar en qué casos un diseño es causa próxima del daño. Además, en la decisión del caso (20 Cal. 3d 432, 573 P. 2d 453, 143 Cal. Rptr. 237) se hace referencia a una presunción de que el diseño es defectuoso en el sentido del test costo-beneficio, presunción que se crea cuando la víctima ha probado que la causa próxima del daño era el diseño del producto. Lo que asemejaría la regla del caso *Barker* a la regla del *res ipsa loquitur.* Si bien la presunción puede ser contestada por el productor, es difícil de lograrlo. Se ha dicho que el quid del problema es el siguiente: "no se puede hablar seriamente del defecto resultante del exámen costo-beneficio en el diseño de un producto hasta que se haya identificado algún diseño alternativo que sirva de base para el examen de los riesgos y beneficios. Literalmente, no se dice nada al respecto en la decisión del caso *Barker,* el cual descansa en la regla según la cual, prueba quien controla el acceso a la información". V. G. Schwartz, *"Foreword: Understanding Products Liability", cit.,* p. 468.

Así, la regla de carga de la prueba establecida en el caso *Barker,* una vez que ha sido desplazada al productor, lo que sucede después se presenta muy incierto, dependerá mucho de cómo el jurado ha evaluado los hechos. Por ello se tiende a considerar que la regla en este caso no es correcta, por lo que se tiende a preferir la propuesta que precediera al presente caso, en el sentido que la víctima debe ofrecer la prueba de la existencia de un diseño alternativo conforme a un examen de riesgos y beneficios. En la práctica sucede que la víctima aporta la prueba de un diseño alternativo, mientras que el jurado espera que el productor pruebe que ese diseño o es muy costoso, es más peligroso, etc. Lo que evitando una carga excesiva como la de la prueba de la causa próxima, se le ha considerado una solución adecuada, distinta de lo complicada que se presenta la prueba en *Barker.* V. *Ibidem,* p. 470.

exigida la prueba de cuestiones técnicas que más bien resultan fácilmente absueltas por el productor demandado[237].

En síntesis, la luz que se venía buscando para definir el "defecto" y para evaluar los casos de daños provocados por los defectos de diseño, no es ofrecida en *Barker*, a pesar de los esfuerzos creativos que en él vienen plasmados. Luego del caso *Barker*, las cortes norteamericanas han formulado diversas interpretaciones del Test de la expectativa del consumidor y del Test costo-beneficio, no lográndose un consenso en la aplicación de dichos parámetros de evaluación[238]. La incertidumbre persiste, siendo

---

[237] V. Birnbaum, *op. cit.*, p. 609.

[238] V. *supra*, n. 319. En esta línea de interpretaciones divergentes se encuentra una elaboración doctrinario-jurisprudencial del test basado en el balance de los riesgos y beneficios del diseño de un producto, dándose lugar a un test denominado "test del productor razonablemente prudente" (*reasonably prudent manufacturer test*), que responde a un reconocimiento de la culpa ínsito en el test del balance de los riesgos y beneficios. Se trata del examen que ha venido a conocerse más como el "*Wade-Keeton prudent manufacturer test*", que descansa en la premisa que el conocimiento de la dañosidad de un producto debe ser imputado al productor. Se considera que para que un producto sea "irrazonablemente peligroso" se debe tener en cuenta diversos factores para llegar a esa determinación. Wade ha señalado los siguientes factores:

(1) La utilidad del producto -para el usuario y el público en general.

(2) El aspecto seguro del producto -la probabilidad que el producto cause daño, y la probable gravedad del daño.

(3) La disponibilidad de un producto sustituto que puede satisfacer las mismas necesidades y no ser inseguro.

(4) La habilidad del productor para eliminar el carácter inseguro del producto sin afectar su utilidad o hacerlo más costoso en la conservación de su utilidad.

(5) La habilidad del usuario para evitar el peligro a través del cuidado del uso del producto.

(6) El conocimiento previo del usuario de los peligros inherentes del producto y de su evitabilidad, sea por el conocimiento del público en general de la obvia condición del producto, o por la existencia de adecuada información.

(7) La capacidad del productor para difundir las pérdidas a través del precio del producto o por medio del seguro de responsabilidad.

J. Wade, "*On the Nature of Strict Tort Liability for Products*", en *Miss. L. J.*, vol. 44, 1973, p. 837. Según este autor, el conocimiento del peligro del producto se imputa al productor y se entiende el conocimiento obtenido al momento en que el producto es colocado en el comercio.

Según el test de Keeton, para imponer la responsabilidad objetiva en el productor, también se deben considerar una serie de factores en el balance de los riesgos y beneficios del diseño del producto. A diferencia de Wade, este autor imputa el conocimiento del peligro del producto al momento del proceso judicial (*time of trial*) y señala: "... Desde que el test no es uno de *negligence*, no se basa en los ries-

que diversos casos posteriores demuestran un retorno al empleo de la expresión contemplada en la sección 402A del segundo *Restatement of Torts*, es decir, de la "condición irrazonablemente peligrosa"[239]. No obs-

gos y peligros que el productor debía conocer en ejercicio del cuidado ordinario. Lo que cuenta es el peligro considerado al momento del proceso". V. Keeton, *"Manufacturer's Liability: The Meaning of "Defect" in the Manufacture and Design of Products"*, en *Syracuse L. Rev.*, 1969, p. 559, 568.

Una razón para la aplicación del test del "productor razonablemente pudente" es que preserva en cierta forma, la terminología empleada tradicionalmente (En este sentido se cita el *leading case Phillips v. Kimwood Mach. Co.*, 269 Or. 485, 493, 525 P. 2d 1033, 1037 (1974). Se precisa que lo que distingue este test de uno de simple culpa, es que el conocimiento de la condición peligrosa del producto –derivada del propio producto– es imputada al productor aunque de éste se haya podido o no esperar razonablemente dicho conocimiento, esto último sería el examen de la pura culpa). Sin embargo, la mayor parte de la jurisprudencia sostiene que al adoptar el examen de los riesgos y beneficios, en una causa de responsabilidad objetiva, no ha pretendido aceptar un simple análisis de culpa para los casos de los defectos de diseño, sea porque la condición peligrosa del producto es imputada al productor o porque el jurado es instruido para centrar su atención en el producto y no en la conducta del productor.

Como bien se desprende de estas interpretaciones jurisprudenciales, lo cierto es que se da una suerte de nociones sobrepuestas que difícilmente pueden dar una luz para los casos sucesivos.

De otra parte, algunas cortes han adoptado solamente el test del balance de y los riesgos y beneficios para determinar la existencia del defecto de diseño en un producto, por considerarse menos especulativo y más directo en el examen del defecto. En este sentido ha resuelto la Corte Suprema de Texas en el caso *Turner v. General Motors Corp.*, (584 S.W. 2d 844 (Tex. 1979)). En el caso, la víctima interpone acción por responsabilidad objetiva contra el productor de una auto, alegando que el auto era fácilmente destruible. El test costo-beneficio, sin embargo, no excluye la posibilidad de considerar al productor responsable por los daños que pudieran generarse del defecto del producto, si se hallara que él ha posdido reducir los riesgos o eliminarlos sin afectar particularmente la utilidad del producto. En el balance de los factores se consideran: la **razonabilidad**, previsibilidad, utilidad del producto, entre otros.

[239] Por ejemplo, en *Cepeda v. Cumberland Engineering Co.*, 76 N.J. 152, 386 A. 2d 816 (1978), la corte de Nueva Jersey no aplica el test propuesto en el caso *Barker*, afirmando que lo importante en la investigación de si un producto es defectuoso, se habla de defecto de diseño, es saber si es "irrazonablemente peligroso", en los términos del test del "productor razonable" explicado por Wade y Keeton, V. *supra*, n. 332. En este caso, la víctima sufre los daños como consecuencia del funcionamiento de una máquina de *pelletizing* de la que se había removido el mecanismo de seguridad. La máquina fue diseñada sin un interruptor electrónico, el cual, permite que ella se apague cuando no está siendo usada. La Corte Suprema de Nueva Jersey consideró que "los productores no pueden escapar a la responsabilidad bajo la responsabilidad objetiva sobre la base

tante ello, la jurisprudencia norteamericana no deja de mencionar los fundamentos originales de la teoría de la responsabilidad objetiva, la cual, se dice, garantiza el resarcimiento de los daños provocados por los produc-

de un mal uso del producto cuando el uso de la máquina, causa próxima del daño era objetivamente previsible"(76 N.J. 177, 386 A. 2d 828). De este modo, el examen de la responsabilidad del productor por los defectos de diseño se halla estrechamente ligada a los principios de la culpa. La **razonabilidad** se constituye en una noción que sostiene el examen basado en el test costo-beneficio y la imposición de responsabilidad. Lo que permite distinguir en este caso la responsabilidad objetiva de la culpa es que, la previsibilidad del riesgo se presume de pleno derecho y viene impuesta al productor. (*Id.* 172, 386 a. 2d 825). El examen se efectúa de acuerdo a un análisis retrospectivo de las consecuencias del acto del productor (*hindsight balancing test)*, permitiendo la imputación del conocimiento del riesgo al momento del juicio, pasando por alto el hecho del estado del arte (*state of art defense*) para la determinación del conocimiento del riesgo al momento de la introducción del producto en el mercado. Ello es precisamente lo que se cuestiona al test del productor prudente utilizado en el caso *Cepeda,* ya que la presunción de derecho del conocimiento del riesgo, convierte el examen de los riesgos y beneficios en una mera ficción.

En un caso sucesivo, *Suter v. San Angelo Foundry & Machine Co.,*(81 N.J. 150, 406 A. 2d 140 (1979), la corte nuevamente afronta el problema de la definición del "defecto", se trató de precisar el análisis realizado en el caso *Cepeda,* pero en realidad, no aportó claridad al efecto. Se criticó la referencia a la "condición defectuosa irrazonablemente peligrosa" por comportar una carga mayor sobre la víctima. En *Suter,* la víctima sufre daños como consecuencia de la maniobra de una máquina de la que se obtienen láminas de metal. Ella sabía que moviendo la manija, no suficientemente segura, se activaba la máquina. La Corte Suprema de Nueva Jersey, observando un cambio en la posición señalada en el caso precedente, trató de unir las teorías de la garantía *(warranty)* y de la culpa para sostener la responsabilidad objetiva del productor. Bajo este tratamiento, el elemento de la sección 402A, "irrazonablemente peligroso", es sustituido por la de "diseño incorrecto" (*improper design*) y por "adecuación razonable a la finalidad del producto"(*unreasonable fitness*). Pero, como el examen no se basa sólo en la teoría de la garantía, la decisión de la corte lleva a cabo un examen del defeto del producto, en función del test del "productor razonable" (examen que comporta un análisis de la conducta del productor en base al test costo-beneficio, y tiene lugar cuando las expectativas razonables del consumidor no existen en el caso o el peligro era evidente).

Como se puede apreciar, esta última decisión jurisprudencial, la confusión es inevitable al combinarse elementos de los tests de las "expectativas del consumidor" y del test costo-beneficio, no es sino una adecuación del test propuesto en el caso *Barker,* con la diferencia que en este último caso, los tests son alternativos, o se realiza uno u ótro. Con ello, se suma a la confusión ya generada con el tenor de la decisión del caso *Greenman* y del texto del *Restatement.* De otro lado, una interpretación liberal del test del "productor razonable" puede conducir al resarcimiento no sólo de los riesgos desconocidos, sino además bastando la prueba de la existencia de un diseño alternativo. V. Birnbaum, *op. cit.,* p. 627.

tos defectuosos, reportando un incentivo a los productores para diseñar productos más seguros (función reparadora y función disuasiva, respectivamente[240]). Ciertamente, respecto a esta aseveración, existen posiciones diversas, señalándose mas bien que, un incentivo real a ese respecto, es aportado por el criterio de la culpa[241], criterio de imputación que es considerado más adecuado a los casos de responsabilidad por defectos de diseño.

4 *Una visión panorámica de la crisis del seguro de responsabilidad civil y la "teoría de la crisis del sistema de torts"en los Estados Unidos. El movimiento de reforma del derecho de torts*

Interesa en este punto, presentar el cuadro general que precede la elaboración del *Restatement (Third) of torts: Products Liability.* En el sentido de destacar, la evolución ulterior que tuvo el régimen de la responsabilidad objetiva, afrontándose en el mercado de seguros norteamericano una fuete crisis hacia la mitad de los años 1980. No se pretende un estudio de detalle de la misma, sino abordarla a efectos de tener cierto conocimiento de su impacto en el derecho de la responsabilidad del productor.

Como se ha puesto de relieve en otra parte de este trabajo[242], las facilidades de acceso al proceso por jurado que reportó para las víctimas de los daños el régimen de la responsabilidad objetiva, inspirando confianza en el sistema, alcanzarían su límite hacia la mitad de los años 1980, en que la "crisis" del ámbito de los seguros hizo sentir su impacto. Desde entonces, la "crisis" se convierte en el factor predominante en toda discusión referida a la responsabilidad del productor.

La crisis de los seguros afectó el derecho de *torts* en general, y puso en duda las premisas sobre las que se construyera la sección 402A del *Restatement (Second) of torts.* En realidad, el derecho de *torts* se convierte en el área preferida de debate, a todo nivel, dándose forma a todo un movimiento que apuntaba a la reforma del sistema existente, cuyo mensaje central era que la situación deficitaria del mercado de seguros era

[240] V. *supra*, n. 271 y texto.

[241] En efecto, cuando se investiga sobre la razonabilidad y el deber de cuidado a cargo del productor, éste toma conciencia que sus esfuerzos orientados a alcanzar un determinado nivel de seguridad en su producción tienen un sentido. V. Birnbaum, *op. cit.*, p. 645.

[242] V. *supra*, p. 76.

producto del malfuncionamiento del sistema de daños, y sobretodo, del malfuncionamiento del jurado. Este movimiento que surge para buscar de dar una explicación y solución a la crisis de los seguros, ejerció influencia no sólo entre los legisladores y el público en general, sino también, en la actitud de los jueces y juristas. A este punto, se construye toda una teoría sobre la crisis de los daños *–the torts crisis theory–*, que fue acogida en el ámbito académico. De acuerdo con esta teoría, las normas del derecho de *torts* han afectado las primas de seguros, razón por la que dichas normas deben ser modificadas en el sentido de promover el crecimiento económico[243].

4.1 *La crisis de los seguros. Causas*

La crisis de los seguros de responsabilidad civil de 1985-86 en los Estados Unidos, fue una que afectó a los consumidores de seguros, algunos que vieron elevarse el valor de las primas de seguro y otros que vieron imposible adquirir pólizas por el elevado precio de las mismas. Sin embargo, no era la primera crisis a que hacía frente el mercado de seguros norteamericano, pues se tiene conocimiento de los serios efectos de una crisis que tuvo lugar en 1973-74[244], con efectos en los costos de los seguros, también en este caso, con una fuerte demanda de parte de los productores de un derecho de tort más favorable[245]. Es más, existen pruebas que situaciones semejantes afectan este mercado cada 7 a 10 años[246], vale decir, se trata de un fenómeno cíclico en el ámbito de los seguros en América.

Una segunda causa de la crisis de los seguros ha sido atribuida a los efectos de la inversión en la industria aseguradora. En efecto, los asegura-

---

[243] V. G. Schwartz, *"The Beginning and the Possible End of the Rise of the Modern American Tort Law"*, en Ga. L. Rev., vol. 26, 1992, p. 695.

[244] V. W. Kip Viscusi, *"The Dimesions of the Product Liability Crisis", en J. Legal Stud.*, vol. 20, 1991, p. 147.

[245] Víctor E. Schwartz, *"The Uniform Products Liability Act: A Brief Overview", en Vand. L. Rev.*, vol. 33, 1980, p. 579.

[246] Sobre la producción cíclica de las crisis de los seguros: Kenneth S. Abraham, *"Making sense of the Insurace Crisis"*, en *Ohio St. L. J.*, vol. 48, 1987, p. 399. Se observa además que, mientras el comportamiento del mercado no se comprende totalmente, se acepta que la industria parece tener una incapacidad estructural para asegurar adecuados niveles de capacidad. V. Robert Riegel et Al., *Insurance Principles and Practices*, 1976, p. 567, cit. en Corboy, *"The Not-So-Quiet Revolution: ..."*, *cit.*, n. 128.

dores obtienen una parte de sus ganancias de las primas, pero otra, es conformada por los ingresos que les reporta la inversión de esas primas de seguro. Y, precisamente, hacia los inicios de los años 1980, este tipo de inversión constituía una actividad particularmente lucrativa, dado que las tasas de interés eran bastante altas[247]. Los analistas de la industria de los seguros han condenado esa práctica de inversión, siendo las consecuencias de la misma no precisamente imprevisibles[248], no obstante los riesgos, fue llevada a cabo sin reparos[249].

Agregándose a los problemas ya existentes en la industria de los seguros, no era de poca importancia la precedente guerra de precios de primas de seguros, que había determinado el calo de los mismos, los que a su vez no se hallaban en correspondencia para solventar las pérdidas de los siniestros[250]. En este contexto, la capacidad de las compañías aseguradoras se vería seriamente afectada cuando los reaseguradores, como respuesta a las inmensas pérdidas, deciden su retiro del mercado en 1984[251]. Como éstos, concurrieron otros factores económicos que coadyuvaron a la crisis, así se cita la política federal de impuestos, que determinó un detrimento de la capacidad de las empresas, motivando que éstas incrementa-

[247] Richard N. Clark y otros, en *"Sources of the Crisis in Liability Insurance: An Economic Analysis"*, en *Yale J. on Reg.*, vol. 5, 1988, p. 367, pone en evidencia que en 1967-80, el ingreso neto derivado de la inversión daba bajo 8%; a inicios de 1980, era ya del 15%, predominando los sectores de ma *medical malpractice* y las líneas de *products liability. Cit.* por: Corboy, *op. cit.*, n. 132.

[248] V. Joseph A. Page & Marcy M. Stephens, *"The Product Liability Insurance "Crisis", Causes, Nostrums and Cures", en 13 Cap. U. L. Rev.*, 1983, p. 387.

[249] En un informe evacuado por el Departameto de Justicia de los Estados Unidos en 1986, sobre la crisis de los seguros, se destacó que, "Por la mayor parte de siete años, la industria de los seguros ha sido involucrada en una guerra de precios brutal. A inicios de los años 1980, el precio por el seguro comercial decrecía en modo agudo, mientras los aseguradores de orientaron por la inversión de las primas en dólares a altos intereses luego la consecuencia ... En realidad, muchos se dieron cuenta que el seguro comercial en los Estados Unidos se vendía a bajo costo, aún cuando los productos de la inversión eran considerables". *Working Group Report, cit.* por. Corboy, *op. cit.*, n. 136.

[250] En el informe presentado por el grupo de trabajo del Departamento de Justicia de los Estados Unidos en 1986, se reconoció que las pérdidas que venían cubiertas por los seguros en los años 1970 a 1980, eran subestimadas por el deseo de la industria de invertir los ingresos de las primas al entonces alto interés. *Ibidem*, n. 137.

[251] Kenneth S. Abraham, *"The Causes of the Insurance Crisis", en New Direction of Liability L.*, 1988, p. 54, citado por Corboy, op. cit., n. 138.

ran el valor de las primas en lugar de orientarse hacia una política de equidad.

En base a estas razones extraídas de la propia experiencia de los seguros en Norteamérica, se ha afirmado que la "crisis de los seguros" tiene poco o nada que ver con las causas de responsabilidad civil, pues se le ha calificado como parte de un desarrollo cíclico de la industria de los seguros[252] teoría de la capacidad, con particular énfasis en el incremento de la tasa de interés que incentivó las inversiones de las primas de seguros hacia la mitad de los años 1980. Lo que se presenta como la más lógica explicación de aquella crisis, conforme a los estudios de los analistas de la industria de los seguros[253].

4.2 *La teoría de la crisis de los torts*

La teoría de la crisis desplaza el centro de atención puesta en el calo de la colocación de los seguros hacia el incremento de las sumas relativas al resarcimiento de los daños[254].

Los proponentes de la teoría atribuyen a un mal funcionamiento del derecho de *torts* la causa de la crisis de los seguros, arguyen que el incremento de las demandas judiciales reportó serias pérdidas a los asegura-

[252] Ralph Nader, en *"The Assault on Injured Victims'Rights"*, 64 *Denv. U. L. Rev.*, 1988, p. 625, explica sobre esa evolución cíclica de la industria de los seguros y precisa que "... al capitalizar los altos intereses, la industria bajo sus precios y aseguró pequeños riesgos a efectos de obtener las primas en dólares, las mismas que luego fueron invertidas para el ingreso máximo. Cuando las tasas de interés calaron, y el resultado de la inversión decreció de consecuencia, la industria respondió incrementando fuertemente las primas de seguro y reduciendo la disponibilidad de la copertura -una repetición de su similar mal gestionada práctica de la mitad de los setenta". Esa práctica consistente en la inversión de las primas de seguros es conocida como *'cash-flow underwriting'*, tuvo una larga duración que se vio reforzada con el advenimiento de los llamados "seguros retroactivos", que consistía en una forma de seguro conforme al cual, el asegurador suscribía el contrato con el cliente después que se producía el siniestro, prometiendo, aparentemente correcto, beneficiarlo con los resultados de la inversión que el primero hacía de las primas antes del momento en que se debía pagar por las consecuencias del siniestro. *Cit.*, en Corboy, *op. cit.*, n. 133.

[253] Ralph Nader, en *"The Assault on Injured Victims'Rights"*, *cit., p. 628; David Burrow & John E. Collins, "Insurance 'Crisis' -Texas Style: The Case for Insurance Reform", en St. Mary's L. J.*, vol. 18, 1987, p. 759.

[254] Eisenberg & Henderson, "Inside the Quiet Revolution in Products Liability", en U.C.L.A. L. Rev., vol. 39, 1992, p. 731.

dores, quienes luego se vieron obligados a incrementar el precio de las primas de seguros. De consecuencia, la crisis de los seguros era concebida como la crisis del sistema de *torts*, conforme a la opinión de una alianza fuerte entre el sector asegurador, el empresarial y los intereses del gobierno[255].

Esta teoría atribuye particular atención a la circunstancia que el derecho de *torts* se haya apartado en gran medida del principio de la culpa, especialmente, en el ámbito de la responsabilidad del productor, hecho que provocara una explosión de los casos de *torts* así como un incremento considerable de las sumas concedidas por los jurados a favor de las víctimas, con la consiguiente reacción de los aseguradores que ante esa situación, incrementaron igualmente el precio de las primas de seguros. Ésta fue la idea central de la teoría de la crisis de los *torts*, siendo acogida por un sector importante de la doctrina norteamericana[256].

En fin, todos estos elementos preparaban el camino para el movimiento de reforma del derecho de *torts*[257], es decir, se pensaba que la modificación de las normas de la responsabilidad civil debían orientarse a lograr el beneficio en el ámbito de los seguros, objetivo –la protección del mercado de los seguros– que no pudo ser imaginado por los impulsores del régimen de la *strict liability.*

El Profesor G. Priest se constituye en un artífice importante de la teoría de la crisis de los *torts*, pues, él parte de la premisa -central en esta teoría- que el derecho de la *responsabilidad del productor*no sólo ha tenido efecto directo en el desenvolvimiento del mercado de los seguros, sino que sus

---

[255] En el informe del grupo de trabajo del Departamento de Justicia elaborado en 1986, se identificaron entre causas de la crisis el factor cíclico del ámbito de los seguros y la inversión de las primas de seguros (*cash flow underwriting*). El informe sin embargo, recomendó que se obviase el factor cíclico de los seguros, toda vez que estos ciclos son producto de las fuerzas del mercado; de consecuencia, concentró su atención sobre el sistema de *torts.* ". *Working Group Report, cit.* por. Corboy, *op. cit.*, n. 145.

[256] En esta línea de pensamiento: Croley & Hanson, *"What Liability Crisis? An Alternate Explanations for Recent Events in Products Liability"*, en *Yale J. on Reg.*, vol. 8, 1991, p. 6, donde los autores afirman que "hoy se acepta ampliamente que los cambios en *products liability* han causado la crisis de los seguros, y que la crisis de los seguros es una prueba de la crisis de la responsabilidad del productor". En efecto, muchas de las reformas que se llevaron a cabo a raíz de la crisis, se orientaron a limitar la función del jurado, como a imponer límites resarcitorios, así como medidas relacionadas a los daños que incidían en las normas sobre la responsabilidad solidaria.

[257] Los argumentos vertidos en el informe del grupo de trabajo del Deparatamento de Justicia de los Estados Unidos, sirvieron de justificación para que diversos estados incorporasen en su legislación las reformas propuestas. V. Priest, *"The Current Insurance Crisis and Modern Tort Law"*, en *Yale L. J.*, vol. 96, 1987, p. 1532.

normas deben ser modificadas en el sentido de mejorar las condiciones para los aseguradores de responsabilidad civil. Sostiene que la strict liability ha eliminado el principio de la culpa en favor de la responsabilidad de empresa –*"enterprise liability"*–. Afirma que, un vez que, desde el punto de vista de los costos, no reporta más beneficio hacer un producto seguro, el productor incurrirá en responsabilidad, agregándose ese costo al precio del producto. Así, los consumidores adquieren el seguro en el momento que pagan el precio del bien[258]. Según explica el jurista norteamericano, cuando los aseguradores hacen frente a una responsabilidad sin culpa, no pueden difundir el riesgo y sucede simplemente que, los *pools* de seguros serán incapaces de cubrir las pérdidas. Un mercado de seguros que se halle en tales condiciones, sólo puede recuperarse en tanto se redefinan los criterios sustanciales de responsabilidad, en modo que se atribuya responsabilidad al productor, sólo en la medida que éste pudo haber previsto el accidente, adoptando las medidas de seguridad adecuadas, siempre considerando el punto de vista de los costos y beneficios[259]. Esta solución deja libre a los consumidores para contratar los seguros individuales –*first-party insurance*– para cubrir cualquier daño que exceda las posibilidades de previsión del productor, de acuerdo al uso del debido cuidado –*due care*–[260].

Ciertamente, la tesis del Prof. Priest ha sido fuertemente criticada, haciéndose notar que los costos de la responsabilidad del productor suman menos del uno por ciento del precio de la mayor parte de los productos. Dato objetivo que no explica cómo entonces la participación de las primas del seguro de responsabilidad civil –*third party insurance*– pueden ejercer un fuerte impacto en el mercado[261]. En efecto, surgieron diversas explicaciones a la "crisis", que formularon los estudiosos norteamericanos, y en esto, la influencia de las ideas del movimiento de reforma

[258] El principio sobre el que se basa el sistema del moderno derecho de *torts*, es precisamente que, la expansión de la responsabilidad por daños lleva a proveer del seguro a través de la venta misma del producto, siendo incluida en el precio una proporción de la prima del seguro. V. Priest, *op. cit.*, p. 1067.

[259] Esta premisa constituyó el motor del proyecto sobre responsabilidad de empresa elaborado por redactores del ALI. El estudio partía de la consideración de la crisis de los seguros y de la preocupación por la extensión de la responsabilidad en el área de los productos, se hicieron una serie de recomendaciones, pero al final, el proyecto no fue aprobado. American Law Institute, *"Enterprise Responsability for Personal Injury"*, estudio de los redactores 3-5, 1991, *cit.*, en Corboy, *op. cit.*, n. 116, 164.

[260] Ibidem.

[261] Croley & Hanson critican la posición del Prof. Priest. V. n. 395.

del sistema de *torts* sería considerable, alcanzando en cierta forma a las propuestas sobre el nuevo *Restatement of torts (Third).*

4.3 *El movimiento de reforma del derecho de torts y la orientación de la jurisprudencia norteamericana contra la extensión de la responsabilidad del productor*

Como se ha venido observando, la situación de la industria de los seguros en los Estados Unidos, había alcanzado un nivel crítico hacia los años 1985. Frente a ella, el propio sector de seguros monta una difundida campaña sobre la crisis que experimentaba, sobre sus causas, respecto de lo cual, las ideas de Priest fueron ampliamente acogidas y reforzadas. En este movimiento, el *Insurance Information Institute* se encargó de manejar esta campaña, orientando la atención de la crisis de los seguros más bien hacia una "crisis en la litigiosidad", no dejándose esperar las severas críticas del sector académico norteamericano[262]. En 1986, habían más de mil proyectos de reforma legislativa para ser introducida en los diversos Estados[263].

Un aspecto que ponía de relieve el movimiento de reforma del derecho de *torts*, concernía las elevadas sumas concedidas por los jurados a las víctimas de daños por concepto de los muy difundidos en América, *punitive damages.* En esta línea, los propulsores de la reforma pretendían que la Corte Suprema norteamericana estableciera límites a este tipo de resarcimiento, no obstante, que ya previamente, las diversas legislaciones de los Estados no habían aceptado una semejante limitación resarcitoria. La Corte Suprema rechazó toda pretensión de imponer límites constitucionales a los daños punitivos, y más bien muchas cortes expresaron sus dudas sobre la existencia de la crisis[264].

---

[262] Se trató de un movimiento impulsado por el sector de los seguros, y el estilo propagandístico del mismo, fue seriamente criticado por los juristas norteamericanos. Así, el jurista Ralph Nader señaló que se trataba de "uno de los engaños de relaciones públicas sin principios que haya tenido la historia de la industria norteamericana", en *"The Assault on Injured Victims' Rights"*, en 64 *Denv. U. L. Rev.*, 1988, p. 625, *cit.* en Corboy, *op. cit.*, p. 1068, n. 123.

[263] El proceso de reforma era criticado sobretodo por el manejo político del que venía siendo objeto. En este sentido, J. Wade, *"An Evaluation of the 'Insurance Crisis' and Existing Tort Law"*, 24 *Hous. L. Rev.*, 1987, p. 81.

[264] En este sentido, gran parte de las cortes supremas norteamericanas han rechazado los techos resarcitorios propuestos por los reformistas, sobre la base de fundamentos constitucionales como el acceso a la justicia y el derecho a una corte por jurado. V. sentencias citadas en: Corboy, *op. cit.*, n. 184.

El movimiento de reforma del derecho de *torts* ejerció influencia en la actitud de los jueces. En efecto, hacia la mitad de los años '80, se produce como reacción a los esfuerzos de los reformadores, lo que los juristas norteamericanos difundieron como la "revolución silenciosa" –*"the quiet revolution"*–, conforme se aprecia de la orientación tomada por la jurisprudencia norteamericana, inclinándose a favor de los demandados en los casos de responsabilidad del productor, evitando incluso que éstos lleguen al jurado[265]. Se había llegado a un estadio de la evolución de la responsabilidad del productor, que un sector de la doctrina norteamericana consideró que la expansión de la responsabilidad del productor en América había alcanzado lógicamente sus límites[266].

La situación tuvo asimismo directa incidencia en la actitud de los estudiosos del derecho de *torts*, que en gran parte, modificaron sus ideas, asumiendo en gran parte, una posición contraria al sistema de *torts* existente[267]. Así, un sector de la doctrina propuso la abolición del sistema de resarcimiento de daños, introduciendo en su lugar un sistema de seguridad social y programas de beneficios al trabajador[268]. Otro sector era favorable a programas de aseguración sin culpa a gran escala, elaborados sobre la base del modelo de las propuestas para el sector de los automóviles[269]. Mientras que otros juristas proponían la sustitución del sistema vigente con un programa de reglamentación gubernamental de la seguridad de los productos[270]. Un sector conservador entre los estudiosos nor-

---

[265] Sobre este cambio de actitud de los jueces norteamericanos, véase, Henderson & Eisenberg, *"Quiet Revolution in Product Liability: An Empirical Study of Legal Change"*, en *U.C.L.A. L. Rev.*, vol. 37, 1990, p. 504 ss.

[266] V. Eisenberg & Henderson, "Inside the Quiet Revolution in Products Liability", en U.C.L.A. L. Rev., vol. 39, 1992, 795.

[267] En esta línea: Croley & Hanson, *cit. supra*, n. 395. De su parte, Priest señalaba que casi todos los juristas recomendaban una restricción en los estándares de responsabilidad, en *"Can Absolute Manufacturer Liability be Defended?"*, en *Yale J. on Reg.*, vol. 9, 1992, p. 237.

De otra parte, hay quienes defendían el sistema vigente de *torts*. En esta línea: Jerry Phillips, *"In Defense of the Tort System"*, en *Ariz. L. Rev.*, vol. 27, 1985, p. 603.

[268] En este sentido, Richard L. Abel, *"The Real Tort Crisis-Too Few Claims"*, en *Ohio St. L. J.*, vol. 48, 1987, p. 442, donde el autor propone el reemplazo de todo el sistema de *torts* basado e la culpa, por un seguro social para cuidados médicos y otros de rehabilitación así como un nivel mínimo de fondos para mantenimiento.

[269] V. Jeffrey O'Connell, *"A 'Neo No-Fault' Contract in Lieu of Tort: Preaccident Guarantees of Postaccident Settlement Offers", en Cal. L. Rev.*, vol. 73, 1985, p. 898.

[270] En esta línea se colocan: W. Viscusi, *Reforming Products Liability*,(1991); Susan Rose Ackerman, *"Tort Law in the Regulatory State"*, en *Tort Law & Public Interest*, vol. 80, (1991), *cit.* en: Corboy, *op. cit.*, n. 193.

teamericanos, propone en cambio, el reemplazo del sistema de daños por un sistema basado en el contrato, aduciéndose como argumento principal "la soberanía del consumidor" para negociar con los vendedores de los productos sobre la extensión de la responsabilidad, dejando al mercado el establecimiento del nivel óptimo de los cuidados[271].

Como se observa, las reacciones de la doctrina norteamericana frente al movimiento de reforma del derecho de *torts*, fueron diversas. Entre ellas, destaca la posición moderada de los Profesores Henderson y Twerski, sobretodo por su calidad de redactores del *Restatement (Third) of Torts: Responsabilidad del productor*, quienes han abogado por una actitud dinámica de los jueces para restringir el rol del jurado particularmente en los casos de defectos de diseño *–desing defects–* y de los defectos de información *–defecto de advertencia–*[272], considerando que los jueces son quienes deben indicar las reglas necesarias para instruir al jurado en su tarea de evaluación de los hechos y la prueba aportada por las partes en el proceso, así como establecer criterios más estrictos de prueba[273].

La crisis, en realidad, tuvo un lapso determinado de desarrollo, siendo hasta 1987 que dejó sentir sus efectos. Como consecuencia, de parte del sector de los seguros, determinó que éste revelase información concreta sobre su estado en ese momento, y de parte de los investigadores, que revisaran las premisas sobre las que se basaban quienes pretendían la reforma del sistema de daños.

La teoría de la crisis en el sistema de *torts* se basaba fundamentalmente en las siguientes inferencias: 1) Que las cortes norteamericanas habían llevado el derecho de la responsabilidad del productor mucho más allá del principio de la culpa; 2) que estas transformaciones dieron lugar a una explosión de los casos de responsabilidad del productor, en los cuales, el rol de los jurados ha sido determinante en la concesión de elevadas sumas reparatorias para las víctimas[274]; 3) que los elevados costos de la

---

[271] El máximo exponente de esta tendencia es Richard Epstein, quien aboga por la libertad de contratar de los particulares y de las sociedades fuera del ámbito de la responsabilidad por *torts*, en *"The Unintended Revolution in Products Liability Law"*, en *Cardozo L. Rev.*, vol. 10, 1989, p. 2193.

[272] V. Henderson & Twerski, "Stargazing: The Future of American Products Liability Law", en N.Y.U. L. Rev., vol. 66, 1991, p. 1332; "Closing the American Products Liability Frontier: the Rejection of Liability Without Defect", en N.Y.U. L. Rev., vol. 66, 1991, p. 1263.

[273] V. James A. Henderson Jr., *"Judicial Review of manufacturers' Conscious Design Choices: The Limits of Adjudication", en Colum. L. Rev.*, 1973, p. 1531.

[274] En efecto, uno de los argumentos de fuerza de los pioneros de la reforma del derecho de *torts* había sido el rol que ha desempeñado el jurado en el favorecer a las vícti-

responsabilidad civil determinaron un alza notoria en las primas de seguros; y 4) como efecto a cadena, el incremento de los costos de la aseguración repercutieron en el incremento del precio de los productos, haciendo que algunos de ellos, en especial, los innovativos, fueran retirados del mercado[275].

Sin embargo, un importante estudio sobre la crisis, basado sobre datos tomados de la propia experiencia aseguradora, lo que le confiere credibilidad, ha revelado que ninguna de las inferencias sobre las que se basaba la teoría de la crisis de los daños es válida. Se trata de estudios conducidos por una comisión de Estado, conformada de abogados, en los Estados Unidos, bajo el auspicio de la *National Association of Attorneys General*[276]. Más bien, se concluyó que las causas de la crisis debían hallarse en una disfunción del propio mercado de los seguros, especialmente, en la difundida práctica del *cash-flow underwriting* (la inversión de las primas de

mas de daños frente a los productores, a quienes considera en grado de solventar las pérdidas. Sin embargo, también este argumento ha sido desvirtuado por la propia experiencia, que más bien revela un desempeño serio y justo del jurado en los Estados Unidos, y que las sumas otorgadas como resarcimiento a las víctimas son inferiores a las concedidas por los jueces. En este sentido, V. Kevin M. Clermont & Theodore Eisenberg, *"Trial By Jury or Judge: Trascending Empiricism"* en *Cornell L. Rev.*, vol. 77, 1992, p. 1124.

[275] Como la industria de los seguros no consideraba la *products liability* como rubro independiente, sino hasta los años 1990, resultaba simple a los defensores de la teoría de la crisis aducir que una gran parte del precio correspondía a los costos que reportaba la responsabilidad por productos defectuosos. Estudios realizados revelaron que el costo del seguro de responsabilidad del productor representaba sólo el 1% del precio de muchos productos. V. G. Schwartz, *"New Products, Old Products, Evolving Law, Retroactive Law,* en *N. Y. U. L. Rev.*, vol. 58, 1983, p. 796. Otros resultados evacuados por la *Human Resources Div., U.S. Gen. Accounting Office, Liability Insurance: Effects of Recent 'Crisis' on Businesses and other Organizations* 5 (1988), establecen que el seguro de responsabilidad del productor representa el 0.6% del ingreso bruto de las grandes transacciones y sólo el 1.2% de las pequeñas transacciones.

En fin, era clara la baja proporción que tenían los costos de la *products liability* en los precios de los productos, de consecuencia, ello no podía afectar sustancialmente la competitividad del mercado norteamericano con respecto al productor extranjero. Igualmente, estudios realizados han demostrado que la adopción del nuevo estándar de responsabilidad del productor no ha impedido el desarrollo de la innovación, y más bien la seguridad de los productos se ha visto promovida con la imposición de la responsabilidad civil del productor por los defectos de sus productos. V. Corboy, *op. cit.*, p. 1083.

[276] National Association of Attorneys General, *" An Analysis of the causes of the Current Crisis of Unavailability and Affordability of Liability Insurance"*, 1986, p. 37-38, cit. en Corboy, op. cit., p. 1075.

seguros)[277] así como otras respuestas dadas al incremento desmesurado de los intereses[278], pero no al sistema de daños.

Posteriormente, un extenso estudio realizado por el *American Law Institute*, confirmaba los resultados del análisis precedente, en el sentido de precisar que no había fundamento para sostener que la erosión del principio de la culpa como base del sistema de daños, haya generado un incremento de las demandas por daños, y que más bien, "quedaba claro que el repentino incremento de las primas de seguros y la contracción de la cobertura experimentados a mediados de los años 1980, no fueron causados por ... el sistema legal"[279].

En efecto, la premisa de la teoría de la crisis, defendida y difundida por el movimiento de reforma del derecho de *torts*, conforme a la cual, la responsabilidad del productor habría eliminado progresivamente la confianza en el criterio de la culpa como base de la responsabilidad civil, viene desvirtuada con argumentos claros, extraídos de la propia evolución de ese derecho. En esta línea de pensamiento, cabe recordar que el objetivo primordial de los pioneros de la responasbilidad objetiva del productor fue la de eliminar los obstáculos que materialmente ponía la aplicación del criterio de la culpa, a propósito del resarcimiento de los daños

---

[277] V. *supra*, n. 391.

[278] Entre las conclusiones más importantes a las que arribó la comisión que analizó la situación del sector de los seguros en 1986 en los Estados Unidos, se citan las siguientes:

1. Cuando se examinó la situación financiera de la industria de los seguros, ante las pérdidas que afrontaba, en el mismo modo que se examina la situación de cualquier gran ente societario, se observó que dichas compañías de seguros continuaban a obtener ganancias y a recuperarse de la reciente guerra de precios;

2. La sugerida "explosión" de las causas judiciales y los elevados montos otorgados como resarcimiento de los daños han sido sobreestimados en base a un inadecuado manejo de los datos estadísticos;

3. La presente "crisis" de indisponibilidad de fondos para cubrir los riesgos, no ha sido causada por el sistema de la justicia civil sino por un ilimitado calo de los precios de los seguros, generados por la propia industria de los seguros con el objeto de obtener el mayor número de transacciones que le permita llevar adelante la inversión de las primas de seguros que, a la época, rendían altos intereses;

4. La prueba es insuficiente sobre el hecho que, realizándose cambios en el sistema de *torts*, según lo propuesto por el gobierno federal y por la industria de los seguros, se evitará una "crisis" similar en el futuro dada la naturaleza cíclica de la industria de los seguros. V. *Ibidem*, n. 414.

[279] *American Law Institute, Enterprise Responsabilty for Personal Injury*, 1991, p.4, 12, cit. supra, n. 398.

derivados de producto defectuoso, valiendo la pena insistir de una parte, en el hecho que, en realidad, la intención no estuvo orientada a una sustitución del criterio subjetivo por la responsabilidad objetiva, y de otra, en que desde que fuera adoptada la nueva regla de la strict liability, hacia los años 1960, no varió significativamente el nivel de atención y cuidados desplegados por los productores[280]. Asimismo, el criterio de la culpa, salvo rarísimas excepciones, no ha sido abandonado por las cortes norteamericanas en los casos de defectos de diseño o los de defectos de información defecto de advertencia *(warning defects)*[281].

Los defensores de esta teoría de la crisis, atribuida fundamentalmente al abandono del principio de la culpa, aducían a favor de esa tesis, que se había instaurado un régimen de responsabilidad objetiva, que se aplicaba la regla de la concurrencia de culpas *–comparative negligence–*[282], que se había eliminado la asunción del riesgo como defensa y, que se habían establecido estándares de prueba mucho más flexibles[283]. Ciertamente, no se podía dejar de reconocer que se asistía a una flexibilización del sistema de la responsabilidad del productor, lo que no significaba necesariamente

[280] V. Priest, *"The Original intent ..."*, cit., p. 2309 ss; Schwartz, *"Forward: Understanding Products Liability"*, cit., p. 458.

[281] V. Schwartz, *op. cit.*, p. 458.

[282] Pues, hasta el año 1975 la concurrencia de la culpa de la víctima podía invocarse como defensa del productor, en cuyo caso, venía liberado de responsabilidad civil. En efecto, a partir del caso *Li v. Yellow Cab Co.*, (13 Cal. 3d 804, 532 P.2d 1226, 119 Cal. Rptr. 858 (1975), la concurrencia de la culpa de la víctima, viene considerada una defensa parcial. Pero es en el caso *Daly v. General Motors Corp.*, (20 Cal. 3d 725, 575 P.2d 1162, 144 Cal. Rptr. 380 (1978), que se hace extensiva la defensa parcial de la concurrencia de culpa a los casos de *responsabilidad objetiva.* Con ello, la diferencia entre la *negligence* y la responsabilidad objetiva se hacía cada vez menos clara. V. G. Schwartz, *"Forward: Understanding Products Liability"*, *cit.*, p. 456.

[283] En el informe del Departamento de Justicia de los Estados Unidos, sobre la crisis de los seguros, elaborado en 1986, se señalaron como ejemplos de la tendencia hacia un sistema de responsabilidad sin culpa : la decisión del conocido caso *Beshada v. Johns-Manville Prods. Corp.*, (90 N.J. 191, 196, 447 A.2d 539, 542 (1982)), la responsabilidad solidaria, la *market-share liability,* y la flexibilidad en la admisión de prueba científica. V. *supra* n. 388. En esta línea, el Prof. G. Priest, critica el caso *Greenman;* la eliminación de las defensas como la *contributory negligence,* la asunción del riesgo, y el uso inadecuado del producto *-misuse-* como defensas plenas; la introducción de la *discovery rule;* el caso *Beshada;* y la admisibilidad de prueba científica. V. G. Priest, *"The Current Insurance Crisis and Modern Tort Law"*, en *Yale L. J.*, vol. 96, 1987, p. 1535 ss.

que este derecho haya sido cada vez más impredecible o que los jueces impusieran un estándar de responsabilidad absoluta *(absolute liability)*[284].

Además, al tiempo en que se difunde el movimiento de reforma del derecho de *torts*, se verifica una tendencia en la propia jurisprudencia a favor de los demandados en los casos de responsabilidad del productor, lo que demuestra un control que parte del interno del propio sistema con respecto a la tendencia expansiva que había venido observando la aplicación de la responasbilidad objetiva del productor y que las premisas que sostenían los propulsores de la reforma eran inconsistentes[285]. Ciertamente, a inicios de los años 1980, se observa, de las propias resoluciones judiciales norteamericanas, una toma de conciencia de que el desenvolvimiento expansivo de la responsabilidad objetiva había sobrepasado los límites[286], sin embargo, no se revocaros las decisiones precedentes unifor-

[284] El caso más citado por los propulsores de la reforma del derecho de *torts* es *Beshada v. Johns-Manville Prods. Corp.*, (447 A.2d 539 (N.J. 1982)), para apoyar su tesis de que el derecho de la *products liability* se ha extendido al punto de imponer la responsabilidad del productor por falta de información *–failure to warm–* de los peligros no conocibles. En realidad, se trató de un caso particular, cuya decisión fue posteriormente aplicada sólo a las hipótesis de *asbestos* –amianto–, en virtud de la decisión recaída en el caso *Feldman v. Lederle Lab.*, 479 A. 2d 374, 388 (N.J. 1984). Aún si fuera adotado el estándar del *hindsight*, sólo afectaría un determinado grupo de productos. Éste, sería la industria farmacéutica. Por esta razón, no puede decirse que el caso *Beshada* sea determinante en el incremento desmesurado de las primas de seguros en una dimensión considerable de productos. V. Corboy, *op. cit.*, n. 219.

[285] V. Henderson & Eisenberg, *"Quiet Revolution in Products Liability: ..."*, *cit.*, p. 481, donde los autores demuestran que hacia mediados de los años 1980, tanto los políticos como los dirigentes industriales, preocupados por la expansión de la *products liability*, han trabajado sus ideas sobre bases falsas.

[286] En este sentido: En *Chaulk by Murphy v. Volkswagen of Am.*, (808 F.2d 639, 645, 7th Cir. 1986) (Posner, J., *dissenting*), se precisó que "El nuestro, no es un sistema de la justicia del pueblo, en que seis legos son autorizados a condenar a una entera industria en base al testimonio absurdo dado por un experto"; en *Dawson v. Chrysler Corp.*, (630 F.2d 950, 963, 3d Cir. 1980), se señaló que "Aunque es importante que la sociedad encuentre un adecuado sistema de compensación de aquellas víctimas de accidentes automovilísticos, no es del todo claro que el actual consenso para permitir a los jurados, bajo diversos estándares de responsabilidad, imponer tal obligación a los productores, sea justa o eficiente", *cert. denied*, 450 U.S. 959 (1981); en *Wilson v. Piper Aircraft Corp.*, (282 Or. 61, 67, 577 P.2d 1322, 1326, 1978), se dijo que "Si la responsabilidad por los aducidos defectos de diseño va 'a terminar muy cerca de lo extravagante y lo fantástico', 'las víctimas' deben probar *prima facie* mucho más que la posibilidad de un diseño seguro". Sent. cit. en: Henderson & Twerski, *"Closing the American Products Liability Frontier: The Rejection of Liability Without Defect"*, en *N.Y.U. L. Rev.*, vol. 66, 1991, n. 28.

mente[287]. A inicios de los años 1990, las cortes norteamericanas, acentuaron aún su posición en el sentido de no ser condescendientes con las pretensiones resarcitorias de las víctimas[288].

Era pues, firme la orientación tomada por las cortes norteamericanas hacia los años 1980, lo que se evidenciaba a dos niveles, siguiendo la precisión de quienes serían poco tiempo más adelante, los redactores del *Restatement (Third) of Torts: Products liability,* los Profs. Henderson y Twerski. A un micro-nivel, las cortes se han negado a aplicar la nueva doctrina de la responsabilidad objetiva a hechos y circunstancias nuevas, como el caso de los distribuidores comerciales y a los servicios[289]; igualmente, en este mismo sentido, han negado la aplicación de la *vicarious liability* al sucesor societario, basada en el simple hecho que la compañía precedente ha distribuido un producto defectuoso[290]. Mientras que a un macro-nivel, se observa la posición de la jurisprudencia norteamericana en el sentido de rechazar el abandono del requisito de la prueba del defecto y de su relación causal con el daño generado[291], y de consecuen-

[287] En *Brock v. Merell Dow Pharmaceuticals, Inc.,* (874 F.2d 307, 311), se hace referencia expresa a una forma de 'retiro' del tratamiento generoso de la prueba epidemiológica a cargo de las víctimas, en los casos *Bendectin;* resolución que luego fuera modificada en 1989, siendo posteriomente rechazada la demanda en 1990; en esta línea, *Feldman v. Lederle Laboratories,* 97 N.J. 429, 452-455, 479 A.2d 374, 386-88 (1984), resolución en la cual se limita sólo a los hechos del caso *Beshada v. Johns-Manville Prods. Corp.,* (90 N.J. 191, 204-08, 447 A.2d 539, 546-49 (1982), la circunstancia de imputar la responsabilidad al productor por los riesgos del producto que no son científicamente cognoscibles al tiempo de la distribución). V. *Ibidem,* n. 31.

[288] V. Henderson & Eisenberg, *"The Quiet Revolution in Products Liability: An Empirical Study of Legal Change"*, en *U.C.L.A. L. Rev.*, vol. 37, 1990, p. 479, donde los autores destacan que las cortes no han sido favorables a una extensión de la *products liability,* independientemente de cuanto venía proponiendo el movimiento de reforma legislativa.

[289] Así, en *Affiliated FM Ins. Co. v. Trane Co.,* 831 F.2d 153, 156 (7th Cir. 1987), se precisa que quien no es productor no es *strictly* responsable. *Cit.* en: Henderson & Twerski, *"Closing the American Products Liabiliy Frontier: ...", cit.,* n. 33.

[290] En este sentido: *Niccum v. Hydra Tool Corp.,* 438 N. W. 2d 96, 99-100 nn. 1-2 (Minn. 1989). Entre los años 1983 y 1989, 18 de 21 cortes norteamericanas negaron la responsabilidad de la sociedad sucesora. V. *Ibidem,* n. 34.

[291] En este sentido se citan los casos siguientes: *Maguirre v. Pabst Brewing Co.,* 387 N. W. 2d 565, 572 (Iowa 1986), en el que se resuelve la no responsabilidad del productor considerando que los riesgos de intoxiación eran conocidos por la mayor parte de consumidores; *Howard v. Poseidon Pools, Inc.,* 72 N. Y. 2d 972, 972-73, 530 N.E.2d 1280-81, 534 N.Y.S.2d 360-61 (1988), en el que se niega resarcimiento a la víctima de daños, demandado al grupo de productores, desde que la víctima fue considerada imprudente por no haber observado las informaciones que portaba el producto; *Morris v Adolph*

cia, la adopción de un estándar de responsabilidad absoluta *–responsabilidad absoluta–* de productores y distribuidores de ciertas categorías de productos[292].

En cuanto al postulado de la teoría de la crisis, según el cual, la expansión de las reglas de responsabilidad del productor determinó un incremento dramático del número de causas judiciales, viene igualmente desvirtuado por los estudios realizados sea por el *American Law Institute* o por el Departamento de Justicia encargado de examinar las causas de la crisis en 1986[293]. En efecto, se demostró que en realidad, no se dio una verdadera explosión del número de causas judiciales en daños. Pues, el incremento de los casos de responsabilidad del productor que ingresaban a la Corte Federal, debido a una tendencia expansiva del derecho de la responsabilidad del productor, constituyó una situación transitoria, concordante al incremento experimentado por la generalidad de las causas civiles[294]. La realidad es que, si del conjunto de las demandas de responsabilidad del productor ingresadas a las cortes federales norteamericanas se sustrae el correspondiente a los casos de *asbesto*[295], la cifra se ve notablemente reducida[296]. De otra parte, contrariamente a la expectativa de que una expansión del derecho de la responsabilidad del productor facilitaría el éxito de las víctimas en juicio, los datos objetivos demuestran que ellas obtuvieron sentencia favorable sólo en menos de la mitad de los casos de responsabilidad del productor, siendo además que esa propor-

Coors Co., 735 S.W.2d 578, 582-584 (Tex. Ct. App. 1987), en que el productor no es hallado responsable porque su producto, la cerveza en el caso, no era defectuosa, pues se presentaba según las normas de seguridad exigidas por el consumo normal. V. *Ibidem*, n. 35, 159.

[292] En este sentido, se ha reconocido que la actividad de comerciar armas no es ultrariesgosa (*Perkins v. F.I.E. Corp.*, 762 F.2d 1250, 1268-69 (5th Cir. 1985)); igualmente, que la cerveza no es un producto irrazonablemente peligroso (*Maguirre v. Pabst Brewing Co.*, 387 N. W. 2d 565, 572 (Iowa 1986)).

[293] V. *supra*, n. 398 y n. 388, respectivamente.

[294] Entre los años 1981 y 1986 las causas civiles por daños en general experimentaron un incremento notorio, a partir de 1986 las causas sobre productos ingresadas a la Corte Federal, comienzan a calar. V. Henderson & Eisenberg, *"Quiet Revolution in Products Liability: ..."*, *cit.*, p. 535.

[295] Famoso el caso *Beshada, cit. supra.*, n. 423.

[296] La afirmación de una reducción en el número de causas sobre responsabilidad del productor ingresadas a las cortes federales es corroborada con datos estadísticos arrojados en el *Annual Report* de la *Administrative Office of U.S. Courts*, (1993), donde se precisa que de un número de causas ascendente a 12,507 en 1985, descendió a 10,769 en 1992. Mientras que, sin considerar los casos de *asbestos*, la reducción es de 8,268 en 1985 a 5069 en 1992. V. Corboy, *op. cit.*, n. 226.

ción ha ido calando desde el año 1985[297]. Y por cuanto respecta a la argumentación de los propulsores de la reforma, sobre un dramático incremento de las sumas reparatorias, con el consiguiente aumento de los costos de responsabilidad, se observa que dicha afirmación se basa en una sobreestimación de los datos estadísticos[298]. Así también, los aducidos daños punitivos, como causa de un incremento denodado de las sumas reparatorias, no son sólo una característica del período de la crisis de los seguros, pues, ya se venían concediendo desde hace dos décadas[299].

En fin, los estudios sobre la crisis de los seguros han demostrado que, no se ha producido un incremento de los costos de responsabilidad en los 5 años que precedieron a la crisis de 1985. Si bien, en ese año, el incremento fue notable, el mismo alcanzó un equilibrio en los años sucesivos, en modo que hacia fines de la década de los 1980, gracias a una serie de medidas, el impacto que tuvo la responsabilidad del productor, retornó a la experimentada a inicios de la década[300].

Como se ha venido señalando, cada uno de los postulados sobre los que se erigía la teoría de la crisis de la responsabilidad civil en Estados Unidos *(Torts)*, viene desvirtuado por la propia evolución de la responsabilidad del productor y tal vez más concretamente, por el propio sector de la industria de los seguros, conforme se desprende de los datos extraídos de los estudios estadísticos y análisis de los mismos llevados a cabo por diversos organismos[301].

Desde que fueron sugeridas las más revolucionarias propuestas de reforma, podía preverse que era poco probable que ellas se concretaran. No obstante la escasa credibilidad de la difusa teoría de la crisis de los torts en América, se asistía a la necesidad de realizar cambios en el siste-

---

[297] V. Henderson & Twerski, *"Quiet Revolution in Products Liability: ..."*, *cit.*, p. 525, donde ls autores señalan que en 1979 el porcentaje de casos en *products liability* favorable a las víctimas fue de 40.5%, sufriendo una baja al 40% en 1983, continuando a 32% en 1987, a 31% en 1989. V. también, de los mismos autores, *"Inside the Quiet Revolution in Products Liability"*, *cit.*, p. 741.

[298] En realidad, como observan los Profs. Henderson & Twerski, el promedio de las sentencias en materia de *products lability*, en la década de los años 1980, no ha sufrido un significativo incremento. *Ibidem*, p. 763.

[299] Conforme a un estudio del *American Law Institute* realizado en 1991, sobre la *enterprise liability*. V. *supra.*, n. 398.

[300] V. Henderson & Twerski, *op. cit.*, p. 771.

[301] Entre los cuales, se da gran importancia a la Ins. Comm., Nat'L Ass'N of Attorneys Gen., *An Analysis of the Causes of the Current Crisis of Unavailability and Unaffordability of Liability Insurance*, (1986), p. 43. V. Corboy, op. cit., n. 20.

ma de la *responsabilidad del productor,* pero tales modificaciones no se alejarían de los objetivos que han estado históricamente a la base de ese derecho. Y es en estas condiciones que se arriba al *Restatement (Third) of Torts.* Teniéndose en cuenta que el objetivo de la responsabilidad objetiva es facilitar el acceso de las víctimas de los daños al proceso por jurado. Mientras que, precisamente de acuerdo a la teoría de la crisis de los *torts,* se planteaba la sustitución de ese objetivo por un cambio en las normas de la responsabilidad del productor, en el sentido de favorecer el sector de los seguros de responsabilidad civil, y con ello promover la actividad económica.

5 *El estándar de evaluación del defecto de diseño a la luz del American case law y la solución adoptada por el Restatement (Third) of torts*

De la secuencia evolutiva desarrollada hasta el momento, una inferencia es bastante clara, a saber, que los estadios iniciales del tratamiento del defecto de diseño tienen lugar hacia los años 1960, período en el cual, la construcción de la sección 402A del *Restatement (Second) of Torts* no podía afrontar los problemas relativos a este tipo de defecto, por cuanto había sido pensada fundamentalmente para los defectos de fabricación.

Antes de referirse directamente al parámetro de valoración para la determinación del defecto de diseño que ha sido acogido en el último *Restatement,* se considera útil presentar un cuadro que pretende identificar en el derecho norteamericano *(case law)* el estándar general que las cortes han venido aplicando en los casos típicos de defectos de diseño, sin perjuicio de la existencia de aquellos que no requieren de un estándar general debido a su simplicidad, y tratando de destacar los elementos introducidos por la doctrina que han empañado la interpretación del *case law,* no obstante lo cual, es posible identificar la orientación predominante de la jurisprudencia en la consideración de un test aplicable al defecto de diseño, vale decir, lo que el derecho ha venido siendo con respecto a esta específica materia.

Se dice que se trata de defectos de diseño demostrables, cuando se halla disponible un estándar específico de evaluación, sea porque emana del propio productor (estándares internos)[302] o de otras fuentes (estánda-

[302] Los estándares internos de diseño pueden ser explícitos o implícitos. Los estándares internos explícitos, responden a una declaración expresa del productor respecto a

res externos), en cuya hipótesis, los jueces aplicarán el mismo en la valoración del defecto de diseño, sin crearse mayores problemas sobre aplicar un estándar general de defecto[303]. En caso de no contarse con dichos estándares específicos, debido a la complejidad que caracteriza el caso típico del defecto de diseño, o existiendo aquellos, la víctima aduce que el diseño era inaceptablemente peligroso, los jueces han de crear el estándar general de diseño del producto[304], para lo cual, tendrán en consideración elementos de juicio varios, tales como la factibilidad, costo, practicidad, riesgos y beneficios.

las características de seguridad o el desempeño de la función del producto en modo seguro. En cuyo caso, el productor es sujeto a responsabilidad según las normas de la garantía *(warranty)* y falsa representación *(misrepresentation)*, aunque si el producto no resulta defectuoso de acuerdo al test general para determinar la existencia del defecto de diseño. Así, en el caso *Baxter v. Ford Motor Co.*, 12 P. 2d 409, 412 (Wash. 1932) se resolvió por la responsabilidad del prodctor por los daños causados por haberse roto el parabrisas del auto, cuando había asegurado que el producto era irrompible. Los estándares internos implícitos se refieren a las funciones para las que se presume fue destinado el producto. No interesan las funciones previsibles pero no pretendidas que el consumidor podría razonablemente esperar, pues la **previsibilidad razonable** es un concepto aplicado al estándar general cuando no se cuenta con un estándar específico. La especificidad necesaria para permitir la inferencia del defecto del diseño resulta de limitar el examen al conjunto de las funciones que una **persona razonable** puede considerar fueron pretendidas por el productor. Por ejemplo, en el caso *Sanders v. Quikstak, Inc.*, 889 F. Supp. 128, 131 (S.D.N.Y. 1995), "El jurado puede inferir que el accidente se produjo por un defecto en el producto, cuando la víctima prueba que el producto no satisfizo su objeto y han sido excluidas las causas del accidente no atribuibles al demandado". En efecto, el malfuncionamiento de un producto "habla por sí mismo" sobre el defecto, en modo similar pero no idéntico a la aplicación de la doctrina del *res ipsa loquitur* del derecho de la *negligence*, porque el demandado desde un inicio tenía el control del objeto peligroso, sin embargo, el principio de que el accidente puede ser prueba de la responsabilidad, es el mismo.

Los estándares externos específicos, los cuales, emanan de fuentes externas al productor, pueden ser también explícitos e implícitos. Los primeros, son los estándares establecidos por las normas administrativas y legales, también por la industria misma. V. *supra*, p. 80 ss. Los segundos toman la forma de los usos de la industria, que si bien son corroborantes en la determinación del defecto, no son definitivos. V. Henderson, "*Achieving Consensus on Defective Product Design*", en *Cornell L. Rev.*, vol. 83, 1998, p. 872 ss.

[303] V. *supra*, sobre los estándares de seguridad en la evaluación del defecto de diseño, p. 77 ss.

[304] V. *supra*, p. 82 ss.

5.1 *"Reasonable consumer expectations test"y el "risk-utility test"en la evaluación del defecto de diseño.*

Los estándares que comúnmente han venido siendo aplicados para la determinación de los defectos de diseño son, como se ha hecho referencia en precedencia, el "estándar de las expectativas razonables del consumidor" (*reasonable consumer expectations*) y el "estándar de los riesgos y beneficios" (*risk-utility analysis*). El primero de los mencionados, obedece a la lógica de la perspectiva no instrumental que justifica, de una parte, la responsabilidad civil, de acuerdo a la cual, la imposición de responsabilidad busca lograr una justicia correctiva entre las partes; el segundo, responde a una perspectiva instrumental de la responsabilidad civil, fundada en la noción de eficiencia económica, apunta a su realización[305], conforme a la cual, la responsabilida civil cumple una función disuasiva *(deterrente)* de la actividad peligrosa. El primer estándar mencionado, reporta un alto grado de intuición en su aplicación[306], mientras que el segundo, basa el examen del defecto en un balance de una serie de factores que se conectan con las ventajas y desventajas del producto en cuestión.

De los dos estándares de evaluación del típico defecto de diseño, el que se basa en un análisis de los riesgos y beneficios, es el que se ajusta a la naturaleza compleja de este tipo de defectos[307]. En efecto, a través de una comparación de los costos y de los beneficios en la reducción de los

[305] Los estudiosos norteamericanos han dedicado gran atención en los últimos años, al tema de las perspectivas que justifican el derecho de *Torts*, distinguiéndolas y examinando los problemas que cada una presenta. En este sentido: G. Schwartz, *"Mixed Theories of tort Law: Affirming Both Deterrence and Corrective Justice"*, en *Tex. L. Rev.*, vol. 75, 1997, p. 1801 ss.

[306] Las desventajas del examen basado en las "expectativas del consumidor razonable" han sido abordadas al examinar el caso *Barker*. V. *supra*, p. 91 ss.

[307] El *risk-utility analysis* se adecúa mejor a la necesidad de comparar las preferencias de los consumidores, haciéndolo desde una óptica objetiva, osea, sin considerar las individuales expectativas, para alcanzar un diseño **razonablemente** seguro. Este examen se basa en datos concretos, aportados por la ciencia y la opinión de los expertos. Así, de una parte, los costos sociales que se consideran el el balance son aquellos referidos a la adopción de una mejor tecnología, teniendo en cuenta el capital y costos de operación; de otra parte, los beneficios comprenden la disminución de los costos de los accidentes, a través de la reducción de la probabilidad y severidad de los accidentes derivados de productos. Dada esa ojetividad en la operatividad del test, es mejor utilizada por las cortes, no dejando tanto espacio al criterio razonable de los jueces, como en el *consumer expectations test*. En el test costo-beneficio, la pregunta que se hace es, si el riesgo sufrido por la víctima era prevenible. V. Henderson, *op. cit.*, p. 883.

accidentes derivados del producto es factible alcanzar el criterio de valoración que conduzca al modelo de diseño razonablemente seguro.

El estándar de los riesgos y beneficios puede ser considerado en sentido lato o en sentido estricto. En sentido lato, el estándar determina la existencia del defecto de diseño, interrogándose si una persona razonable habría puesto en circulación el producto que causó daño a la víctima, diseñado en el mismo modo que el producto del demandado; en sentido estricto, a través de este género de estándar, se trata de averiguar si una persona razonable habría diseñado el producto del demandado en modo más seguro para reducir o prevenir el daño sufrido por la víctima. La variante lata del test costo-beneficio, encuentra defectuoso el producto del demandado si una persona razonable no lo habría puesto en circulación, aún si no se dispusiera de un diseño alternativo; la variante estricta, en cambio, requiere que la víctima pruebe la existencia de un diseño alternativo, sobre la base del cual, efectuar la comparación de los riesgos y beneficios.

Sobre la preferencia por la variante estricta del estándar de los riesgos y beneficios, se ha pronunciado un sector importante de la doctrina norteamericana[308]. El hecho de limitar el pronunciamiento judicial sobre la

[308] En efecto, la variante amplia del *risk-utility test*, ha sido considerada inadecuada por llevar a considerar defectuosa la completa categoría de productos a la cual pertenece el bien cuestionado aún cuando no exista a disposición un diseño alternativo. Se ha criticado severamente esta interpretación en sentido lato. Primero, se le ha criticado por una razón institucional, pues un proceso judicial no es el medio idóneo para determinar el defecto de una entera categoría de productos. Esta consideración remite al problema de la "policentricidad" tratado en un punto precedente. V. *supra*, p. 71 ss, n. 249. Sabido es que los casos de defectos de diseño implcan un cierto grado de indeterminación *-polycentric problem-*, por lo que las cortes al verse de frente a ellos, para poder emitir un pronunciamiento, han controlado la situación gracias a que normalmente, las víctimas han aportado como prueba la existencia de diseños alternativos, con lo cual, se reduce el margen de observación y evalación de los riesgos y beneficios de un determinado producto. Diversamente, en la responsabilidad que involucra una categoría de productos, no se efectúa una comparación en base a elementos específicos, sino que la víctima está sosteniendo que toda una categoría de productos, incluyendo las posibles variantes del mismo, debe ser objeto de responsabilidad absoluta. Así, la pregunta que se hace en este último caso es "tomando en cuenta todas las consideraciones relevantes, ¿es la categoría de productos e cuestión adecuada para el uso y consumo de la sociedad?", con lo que se magnifica la imprecisión del problema, pues, es imposible aportar todos los datos necesarios en juicio para que se alcance una resolución en términos racionales. V. Henderson - Twersky, "*Closing the American Products Liability Frontier: The Rejection of Liability Without Defect*", en *N.Y.U. L. Rev.*, vol. 66, 1991, p. 1305. Otra razón de peso sostenida en la crítica a una interpretación

responsabilidad del productor por el defecto de diseño a los casos en que la víctima prueba que existía un diseño alternativo que pudo razonablemente haber sido adoptado por el productor, a cuyas características no se ajustaba el producto cuestionado, reduce el margen de indeterminación de una parte, y de otra, no se afecta indiscriminadamente el desenvolvimiento del consumo en el mercado, posibilitándose una óptima operatividad del test de los riesgos y beneficios para saber si la omisión del diseño alternativo hacía del producto cuestionado uno irrazonablemente peligroso.

5.2 *El estándar de evaluación aplicado por las cortes norteamericanas. Claro predominio del criterio de la responsabilidad por culpaen la determinación del defecto de diseño*

Las decisiones de la jurisprudencia norteamericana revelan un denominador común en la adopción del "estándar general de los riesgos y beneficios" para la determinación del defecto de diseño, imponiendo responsabilidad sólo en la medida en que la víctima haya probado la existencia de un diseño alternativo razonable, con el cual, se limita el ámbito de operatividad del llamado Test costo-beneficio.

Esta breve revisión panorámica del sentido de la jurisprudencia en cuanto a la adopción de un determinado estándar de evaluación para los casos de defectos de diseño, permitirá una mejor comprensión de la elección realizada por el *Restatement (Third) of Torts.* Es oportuno señalar que, dada la compleja naturaleza del derecho de daños, que siendo el campo de la responsabilidad del producto *r*uno particularmente sensible a las circunstancias de hecho –que no sólo hacen difícil el examen por los jueces, sino que además, dan lugar a que éstos elaboren una serie de consideraciones en la motivación de las sentencias, resultando de todo ello poca claridad en las mismas–, que las cortes en el *common-law* no son completamente libres en la emisión de sus pronunciamientos, sino que dependen de los hechos del caso *sub judice,* que todo ello se refleja en la

lata del *risk-utility test,* es la magnitud de la restricción que la responsabilidad del productor por el defecto declarado judicialmente en una categoría de productos puede poner a las opciones del consumidor en el mercado. El impacto sobre el consumo puede ser impresionante. Así, resulta más conveniente que las cortes insistan en que el productor ha podido elaborar un producto más seguro, claro está, siempre que éste se halle disponible, y no constreñirlo a retirar del mercado todas las variantes que de ese producto puedan existir.

evolución histórica de la responsabilidad del productor que confirma la carencia de nitidez en los conceptos, conforme se ha visto en el desarrollo de este capítulo. Sin perjuicio de lo señalado, se observa en las decisiones judiciales la presencia de ciertos elementos de juicio que mas bien, contribuyen a consolidar la confusión relativa al concepto de "defecto de diseño", pero, conviene tenerlos presente.

En efecto, en algunos casos parece no distinguirse entre un tipo de defecto de diseño de otro[309], o un elemento presente en un caso mas no en otro[310]. Una característica que salta a la luz del examen de la orientación de la jurisprudencia en este punto específico es, que generalmente lo que se declara no obedece a la verdadera sustancia del pronunciamiento, siendo por ello que no se puede dar mérito a una mera declaración como para pretender inferir de ella una regla. En esta línea, se observa que

[309] En efecto, los casos típicos de defectos de diseño son aquellos en los que se debe aplicar un estándar general para su determinación, a diferencia de aquellos casos en que existe un estándar específico de comparación, V. *supra*, p. 82 ss., y p. 97-98. Así, se deber poner atención para distinguir cuándo los jueces han adoptado como estándar general el test basado en los "riesgos y beneficios" –limitado al diseño razonable alternativo– o el test de las "expectativas del consumidor", asegurándose que el caso examinado no corresponde a uno para el cual, existe un estándar específico de comparción. Esto último toma importancia sobretodo cuando el estándar específico se concreta en la forma de "la función implícita del diseño del producto". Así, sucede que, cuando un producto no ha funcionado según lo esperado, contraviniendo el estándar especíco establecido, los jueces tienden a fundar sus resoluciones aduciendo la no conformidad a las "expectativas del consumidor". Pero esta circunstancia, y no tratándose de los casos típicos de defectos de diseño, no quiere significar que el estándar aplicado sea el Test de la expectativa del consumidor.

[310] Así, existen algunas categorías de productos –como los alimentos, los productos usados y las medicinas–, a las cuales, la jurisprudencia no ha aplicado el estándar general de los casos de defectos de diseño. Para estos casos, se ha aplicado el criterio de las "expectativas del consumidor" para la determinación del defecto. Por ende, este test, no puede ser considerado la norma en las decisiones jurisprudenciales. También puede suceder que un producto manifieste una peligrosidad exagerada, y para considerarlo defectuoso algunas cortes en algunas consideradas *(dicta)* no han exigido que exista un diseño razonable alternativo, lo que no significa que ésta sea la regla en los casos típicos de defectos de diseño. O, en los casos en que se continúa a aplicar la vieja "regla del peligro evidente"–considerada una interpretación limitada del comentario i a la sección 402A del *Restatement (Second) of Torts*–, a través de la cual, el productor puede liberarse de responsabilidad aduciendo que su producto satisfacía las expectativas del consumidor, ello no significa que la víctima pueda invocar la no satisfacción de sus expectativas probando la irrazonabilidad del diseño a la luz del test de los "riesgos y beneficios". V. Henderson, *"Achieving Consensus ..."*, *cit.*, p.889 ss.

algunas cortes se han sentido en algún modo vinculadas a cuanto se expresa en el comentario i a la sección 402A del *Restatement (Second)*, referida a las "expectativas del consumidor" para determinar cuándo un producto es "irrazonablemente peligroso", persistiendo en describir el estándar general para evaluar el defecto de diseño mencionando, sin mayor análisis, las "expectativas del consumidor"; no obstante, en los hechos, se ha aplicado el estándar general de los "riesgos y beneficios" para verificar si la víctima ha probado el defecto de diseño[311].

En otros casos, ha inducido a confusión el hecho de haberse considerado en algunas ocasiones el diseño razonable alternativo sólo como uno de los factores a tener en cuenta en la determinación del defecto de diseño de un producto[312], y no como la expresión del estándar de los riesgos y beneficios[313].

El derecho de casos norteamericano se muestra favorable a la aplicación del estándar de los "riesgos y beneficios" con la prueba del diseño alternativo disponible, en los casos de defectos de diseño. Las múltiples decisiones arriban al mismo resultado aunque si, en algunos casos, a través de consideraciones distintas.

---

[311] Así, e el caso *Aller v. Rodgers Mach. Mfg. Co.*, (268 N.W.2d 830, 834-35 Iowa 1978), la corte expresó: "'El artículo vendido debe ser peligroso e una medida mayor a la contemplada por el consumidor ordinario'...La prueba de la irrazonabilidad implica un proceso de comparación. De un lado se halla la utilidad del producto y de ótro, el riesgo en su uso". En otros casos, las cortes no revelando expresamente la naturaleza del estándar aplicado, sin embargo, de la motivación de las resoluciones se desprende que, atendiendo a la prueba exigida del defecto de diseño, el criterio de evaluación no es ótro que el de los riesgos y beneficios, limitado a la existencia de un diseño razonable alternativo. Así, en *Falk v. Keene Corp.*, (782 P2d 974 Wash. 1989); *Couch v. Mine Safety Appliances Co.*, (728 P. 2d 585 Wash. 1986).

[312] Así, en el caso *Camacho v. Honda Motor Co.*, (741 P 2d 1240, 1247 Colo. 1987), se hace uso del estándar del diseño razonable alternativo como un factor entre otros a ser considerado en el examen del defecto.

[313] En efecto, John Wade en su artículo intitulado "*On the Nature of Strict Tort Liability for Products*", presenta un elenco de factores para determinar cuándo un producto puede ser considerado "irrazonablemente peligroso", de los cuales, el tercero se refiere a la disponibilidad del diseño sustituto. V. *supra*, n. 340. Sin embargo, la referencia al diseño sustituto que realiza el autor, es sólo a la factibilidad técnica de un diseño alternativo, no así, al estándar general que la jurisprudencia norteamericana ha venido aplicando como norma en estos casos de defectos de diseño, requiriendo además, que el diseño alternativo sea **razonable**, preguntándose si el productor debía haber adoptado ese diseño. Esta pregunta no constituye simplemente un factor empírico a considerarse en el balance de los riesgos y beneficios, por el contrario, en su respuesta consiste todo el proceso de operatividad del estándar general.

Los Profesores Henderson y Twerski[314] demuestran la tesis según la cual, las cortes norteamericanas han alcanzado un consenso en la adopción del estándar general para los casos de defectos de diseño, sector que constituye el ámbito más controvertido de la responsabilidad del productor. Para ese efecto, toman como base de examen cinco jurisdicciones de los Estados Unidos, las más representativas del *case law* en todo el país. Los resultados del examen arrojan lo siguiente: cuando los hechos del caso permiten a una corte inferir que un producto es defectuoso, los jueces encuentran innecesario construir un estándar general de responsabilidad; cuando el defecto de diseño es fácilmente demostrable, sea porque existe algún parámetro de referencia, las cortes aplican la doctrina del *res ipsa loquitur* para inferir el defecto; en los casos típicos de defectos de diseño, se aplica el estándar de los riesgos y beneficios, debiendo la víctima aportar la prueba del diseño razonable alternativo con cuya utilización se habría podido evitar el daño.

La jurisdicción de Michigan afrontó los casos de defectos de diseño en un modo bastante firme. En el caso *Owens v. Allis-Chalmers Corp.*(326 N.W. 2d 372 Mich. 1982), en el cual, la parte protectiva de la cerradura de un ascensor causó daños a la víctima que resultó siendo despedida cuando el ascensor procedió su camino. La víctima e su demanda sostuvo que un mecanismo de seguridad que permitiera detener el ascensor, habría evitado el incidente. La corte emite su veredicto en favor del demandado, aduciendo que la víctima no había aportado prueba suficiente sobre la operatividad, costo efectivo, o mayor seguridad del diseño alternativo que proponía. Dos años más tarde, la corte del estado de Michigan, en el caso *Prentis v. Yale Mfg. Co.* (365 N.W. 2d 176 Mich. 1984), adopta claramente el Test costo-beneficio, así como a exigencia de la prueba de la disponibilidad del diseño alternativo, como fuera contemplado en el caso anterior[315].

La jurisdicción de Maryland afrontó el problema de la responsabilidad objetiva del productor, primero dentro del contexto de la doctrina del *res ipsa loquitur.* En efecto, identificó los casos de defectos de diseño determinados a través de dicha doctrina, como una excepción al estándar general

[314] V. Henderson-Twerski, *"Achieving Consensus on Defective Product Design"*, cit., p. 867 ss.

[315] En los años sucesivos las cortes estatales y federales que aplicaban la orientación fijada por el estado de Michigan, exigían la prueba del diseño razonable alternativo. Así en: *Phillips v. Hardware Wholesalers, Inc.*, 762 F. 2d 46, 48 (6th Cir. 1985); *Gawenda v. Werner Co.*, 932 F. Supp. 183, 187 (E.D. Mich. 1996), confirmado en 127 F. 3d 1102 (6th Cir. 1997), y otros casos en *Ibidem*, n. 108.

del *risk-utility test*, que requiere a su vez, que la víctima pruebe que existe un diseño razonable alternativo[316]. Es así que, en el caso *Phipps v. General Motors Corp.*, (363 A.2d 955-959 Md. 1976), en el cual, la víctima sufre los daños como consecuencia del enganche repentino del acelerador del automóvil que conducía, la corte hizo énfasis en que "en los casos de defectos de diseño el estándar para determinar el defecto ... implicando el elemento del peligro razonable, ... requiere que se evalúe cuán útil es el riesgo inherente en el diseño contra la magnitud del riesgo"; seguidamente precisó que "...existen ciertas clases de condiciones que, generadas por el diseño o la fabricación, no podrán representar nunca un riesgo razonable ... por ejemplo, los frenos de un automóvil no deberían malograrse inmediatamente, y el acelerador de un auto nuevo, no debería engancharse, dando lugar a la aceleración repentina del auto. Condiciones como éstas, aunque resulten del diseño de los productos, son defectuosas e irrazonablemente peligrosas sin hacerse necesario una evaluación comparativa de los diversos factores involucrados".

La jurisdicción de Colorado ha rechazado explícitamente el test de la expectativa del consumidor, como parámetro independiente en la determinación del defecto de diseño, y ha adoptado el test de los riesgos y beneficios que permite evaluar diversos factores para establecer cuándo el diseño es razonablemente seguro[317].

La jurisdicción de Pennsylvania no obstante afirmar esta misma línea en el requisito de la prueba del diseño razonable alternativo a cargo de la víctima, sin embargo, en cuanto se refiere al examen de los riesgos y beneficios, se distingue de las demás jurisdicciones, al establecer que esa tarea no constituye función del jurado, sino de la corte misma. Así se refleja este tratamiento poco comprensible, en el *leading case Azzarello v. Black Bros. Co.* (391 A.2d 1020 Pa. 1978).

---

316 En el caso *Ziegler v. Kawasaki Heavy Indus.*, (539 A. 2d 701, 707 Md. Ct. Spec. App. 1988), la corte precisó: "Para que el jurado haya podido examinar el caso de la responsabilidad de Kawasaki por defecto de diseño, se requería que Ziegler probase, pero no lo hizo, la factibilidad técnica de elaborar un producto con el mecanismo de seguridad sugerido al momento de la elaboración del producto; la disponibilidad de los materiales requeridos; el costo de producción del mecanismo sugerido; y las oportunidades de elección del consumidor de un modelo que incorpore tales características".

317 En el caso *White v. Caterpillar, Inc.*, 867 P.2d 100, 105 (Colo. Ct. App. 1993), con relación al diseño irrazonablemente peligroso de un camión-tanque de gasolina, la corte sostuvo aplicable para su determinación, el *risk-utility test*, con la consideración de los elementos científicos y técnicos a tener en cuenta en el diseño alternativo.

El caso de la jurisdicción de California es un ejemplo claro del abandono del Test de la expectativa del consumidor, como estándar independiente para determinar el defecto de diseño, para adoptar el difundido Test costo-beneficio. Recuérdese que en 1978, la Corte Suprema de California resolvió el caso *Barker v. Lull Engineering Co.* presentando un estándar dual y alternativo para la definición del defecto de diseño. Este caso, despertó severas críticas de parte de la doctrina[318] así como pronunciamientos variables en la jurisprudencia. Primero, se criticó agudamente la aplicación a los casos de defectos de diseño, del Test de la expectativa del consumidor; en segundo lugar, se criticó el desplazamiento de la carga de la prueba al productor del hecho que los riesgos no superan los beneficios de su producto. En 1994, en el caso *Soule v. General Motors Corp.*, (882 P. 2d 298 Cal. 1994), la corte halla inadecuado a estos casos de defectos el test basado en las expectativas del consumidor, reconociendo sólo una aplicación limitada del mismo cuando la "experiencia ordinaria" del consumidor le permite observar que el producto viola el "mínimo de seguridad" que debe ofrecer[319]; en su lugar, adopta el test de los riesgos y beneficios, con el desplazamiento de la carga de la prueba sobre el productor, como en el caso *Barker.* Esta característica de la carga de la prueba se presenta sólo en la jurisdicción de California y ha sido objeto de críticas[320].

5.3 *El Restatement (Third) of Torts: Responsabilidad del productor*[321]

El *Restatement (Third)*, aprobado en mayo de 1997, contiene en su segunda sección, subsección (b), la definición de defecto de diseño, que contempla como estándar general el test de los riesgos y beneficios (*Test costo-benefi-*

[318] V. *supra*, p. 90 ss. con notas que acompañan.

[319] Se trata de los casos en que se cuenta con un estándar específico, normalmente cuando es interno implícito, V. *supra*, p. 98 y notas que acompañan. So casos en que se aplica la doctrina del *res ipsa.*

[320] En efecto, si de una parte, con la referencia al desplazamiento de la carga de la prueba como se da en el caso *Barker*, reflejado en el caso *Soule v. General Motors Corp.*, se asume la necesidad de la prueva de un diseño alternativo, de otro lado, esa inversión de la carga de la prueba, tendría sentido sólo si se exige al demandado la prueba que no era razonable una mejora con respecto al producto cuestionado, y no que los riesgos no superan los beneficios. V. Henderson, *"Achieving Consensus on Defective Product Design"*, *cit.*, p. 900.

[321] Twerski, A., *"Inside the Restatement"*, en *Pepperdine L. Rev.*, vol. 24, n. 3, 1997, p. 839 ss.

cio), expresado a través del diseño razonable alternativo (*reasonable alternative desing*). No obstante la regla general, la flexibilidad de este último *Restatement* no deja de hacer su aparición para aportar una solución de justicia a los casos particulares de defecto de diseño. A continuación, se cita la mencionada subsección (b), la que precisa lo siguiente:

> "S 2 Categorías de defecto de producto
> "Un producto ...
> (b) es defectuoso cuando los riesgos previsibles del daño ocasionados por el producto pudieron haber sido reducidos o evitados con la adopción de un **diseño razonable alternativo**, por el vendedor u otro distribuidor, o un antecesor en la cadena comercial de distribución, y la omisión del diseño alternativo hace que el producto no sea razonablemente inseguro."

En el comentario *b* a la segunda sección, los redactores del *Restatement* dejan en claro que, la definición de defecto de diseño contenida en la subsección 2(b) contempla el estándar general, pero no exclusivo para este tipo de defectos. La referencia a las secciones 3 y 4, y al comentario *e* a la segunda sección, constituye una prueba clara de que, este *Restatement* (*Third*) no introduce modificaciones sustanciales al estado alcanzado en los últimos años por la jurisprudencia norteamericana, conforme se ha podido apreciar de cuanto se ha expuesto en los puntos precedentes, a los que se hace remisión.

En efecto, el mencionado comentario *b* a la segunda sección hace referencia a las secciones del *Restatement* que no requieren la prueba de un diseño razonable alternativo. El texto de ese comentario es el siguiente:

> "*b. La no exclusividad de las nociones de defecto en esta Sección.* Cuando una víctima pretende el resarcimiento bajo la regla general de responsabilidad de la S. 1, en la mayor parte de casos, la víctima debe establecer *prima facie* que el producto es defectuoso, conforme a los requisitos de la S.2. La segunda sección, sin embargo, no es el único medio por el cual, la víctima puede establecer la responsabilidad en un caso de responsabilidad del productor basado en la regla general de la S. 1. Algunas cortes, por ejemplo, mientras reconocen que en la mayor parte de los casos referidos a defectos de diseño la víctima debe probar la disponibilidad de un diseño razonable alternativo, también observa que esa prueba no es necesaria en todo caso referido a los defectos de diseño. Las secciones 3 y 4 y el comentario *e* a la S. 2 contemplan otro tratamiento con respecto al establecimiento del defecto de diseño bajo las SS. 1 y 2 (b).
> ....
> Cuando la S. 2 (b) es leída conjuntamente a otras previsiones que permiten otras vías para determinar el defecto de diseño, ello refleja el cuerpo

sustancial del *case law* que sugiere que el diseño razonable alternativo sea el predominante, aunque no exclusivo, método para establecer el defecto de diseño."

La sección 3 del *Restatement (Third)* ha previsto lo relativo a "la prueba circunstancial que sostiene la inferencia del producto defectuoso". Se confirma también en esta parte que el nuevo *Restatement* no introduce modificaciones que revolucionan el desarrollo alcanzado de la responsabilidad del productor en la jurisprudencia. Así, se ha previsto lo que viene descrito como una inferencia *res ipsa* del defecto cuando el producto manifiestamente no satisface la función para la cual fue pensado. El texto de esta S. 3 se refiere a la inferencia que el daño sufrido por la víctima fue causado por el producto defectuoso al tiempo de la venta o distribución sin necesidad de probar la existencia del defecto específico cuando el incidente que generó el daño era uno que se produce ordinariamente por un producto defectuoso o, no era sino sólo el resultado del defecto existente al momento de la venta o distribución. En efecto, las inferencias derivadas del *mal funcionamiento* del producto, como se ha explicado en un parágrafo precedente, obvian la necesidad de aplicar un estándar general de evaluación, toda vez que existen parámetros objetivos y bien especificados, gracias a los cuales, determinar si el producto respondía o no a las exigencias o características impuestas.

La sección sucesiva del *Restatement*, la S. 4, se refiere al caso en que un producto no cumple con lo dispuesto en un estatuto, determinando que el mismo sea considerado defectuoso, con respecto a los riesgos que el estatuto espera se reduzcan[322].

[322] La S. 4 del *Restatement (Third) of Torts* prevé lo siguiente:

"4. Incumplimiento y cumplimiento con los Estatutos y Reglamentos de seguridad de los productos

En relación con la responsabilidad por los defectos de diseño o informaciones o advertencias inadecuadas:

(a) el incumplimiento de un producto de un estatuto o reglamentación administrativa sobre la seguridad de los productos hace que el producto sea defectuoso con respecto a los riesgos que se trata de reducir según el Estatuto o Reglamento; y

(b) el cumplimiento de un producto con lo previsto en el Estatuto o reglamentación administrativa sobre la seguridad de los productos es considerada en la determinación de si un producto es defectuoso con relación a los riesgos que se tratan de reducir por el Estatuto o Reglamento, pero ese cumplimiento no precluye de derecho una determinación del producto defectuoso".

De su parte, el comentario *e* a la sección 2, citado a su vez, por el comentario *b*, antes referido, contempla otra excepción a la regla del estándar general, vale decir, la posibilidad que un producto que presenta un alto nivel de riesgo y una insignificante utilidad social, puede ser considerado defectuoso aún cuando no exista un diseño razonable alternativo. El texto del comentario *e* es el siguiente:

> "*Defectos de diseño: posibilidad de diseño manifiestamente irrazonable.* Varias cortes han sugerido que los diseños de algunos productos son manifiestamente irrazonables, en cuanto presentan un bajo nivel de utilidad social y un alto grado de peligrosidad, a los que la responsabilidad civil debe hacer frente, aún en ausencia de prueba del diseño razonable alternativo. En gran parte, el problema es uno de cómo se describe el abanico de diseños alternativos que presentan relevancia. Por ejemplo, una pistola de juguete que dispara perdigones de plástico duro con la velocidad suficiente para causar daño a los niños, puede ser considerada defectuosamente diseñada conforme a la subsección (b). Las pistolas de juguete que normalmente no producen daño constituirían las alternativas razonables al juguete peligroso. Así, las pistolas de juguete que disparan pelotas de ping pong, de material gelatinoso o de agua, pueden ser consideradas diseños alternativos a la pistola de juguete que dispara perdigones duros. Sin embargo, si el realismo de la pistola de perdigones duros, y así, su capacidad de causar daño, es suficientemente importante para aquellos que compran y usan esos productos, como para justificar la limitación que hace la corte para considerar a las pistolas de juguete que alcanzan tal realismo al disparar perdigones duros, entonces, no habrá diseño alternativo disponible. En ese caso, las características del diseño que definen qué alternativas son relevantes –el realismo de la pistola de perdigones duros y su capacidad de dañar– es precisamente la característica a que el usuario da valor y de la cual, la víctima se queja. Si una corte adoptase esta caracterización del producto, y considerase la capacidad de causar daño una característica tremendamente intolerable en un juguete para uso de los niños, puede concluir en que, la responsabilidad debe imputarse sin necesidad de la prueba del diseño alternativo. La corte declararía que el diseño del producto es defectuoso y no razonablemente seguro, porque el altísimo grado de peligrosidad que implica su uso o consumo supera su insignificante utilidad social, que ninguna persona racional, una persona razonable, en plena conciencia de sus facultades, decidiría usar, o permitir que los niños usen, el producto".

Además, el carácter flexible del *Restatement* (*Third*) se refleja en otras partes del mismo. Así, con respecto a los que llama "productos especiales" y a los "productos de mercado", puede no aplicarse el estándar general de la subsección 2(b), antes citada. Estos casos son contemplados en

tópico aparte, precisamente el tópico 2 del Capítulo 1 del *Restatement*, cuyo título es "Reglas de responsabilidad aplicables a productos especiales o mercados de productos", el que a su vez, contiene cuatro secciones, a saber: La S. 5 cubre los componentes de un producto; la S. 6 cubre los productos medicinales y aparatos médicos; la S. 7 cubre los productos alimenticios; y la S. 8 cubre los productos usados.

El *Restatement (Third) of Torts* sobre la responsabilidad del productor, si bien, constituye el producto del trabajo de sistematización realizada por sus redactores, los Profesores James A. Henderson y Aaron D. Twerski, de lo que se puede inferir, la lógica influencia de su pensamiento. Sin embargo, debe notarse que, el arribo al último proyecto aprobado, presupone una serie de etapas en la elaboración del *Restatement*[323], en cada una de las cuales, se ha contado con asesores, grupos de trabajo, y extensos debates sobre los puntos más controvertidos, siendo éste el caso de los defectos de diseño. Con todo ello, se alcanza el producto final, aprobado en mayo de 1997, destacando en él, el hecho de haber recogido la orientación

[323] En efecto, el *Restatement (Third)* es fruto del trabajo de grupo dentro de un proceso de elaboración. Los redactores se reúnen con cada grupo al menos seis veces al año, presentando un proyecto anualmente, así como los presentados en los años 1994 (*Restatement (Third) of Torts: Products Liability*, 12 de abril de 1994 -*Tentative Draft N° 1*- y fue presentado a la sesión anual del 17-20 de mayo de 1994), 1995 (*Restatement (Third) of Torts: Products Liability*, 13 de marzo de 1995 - *Tentative Draft N° 2*- y fue presentado a la sesión anual del 16-19 de mayo de 1995), 1996 (*Restatement (Third) of Torts: Products Liability - Tentative Draft N° 3*- y fue presentado a la sesión anual del 14-17 de mayo de 1996), y 1997 (*Restatement (Third) of Torts: Products Liability - Proposed Final Draft*, 1° de abril de 1997, aprovado por el *American Law Institute* el 20 de mayo de 1997). En el mismo período, se presentaron otros trabajos provisorios, que fueron discutidos y revisados. Los redactores recibieron múltiples sugerencias que luego sometían a debate; tuvieron presente el examen de las decisiones de las cortes y de los *statutes* que sirvieron de base para las notas y comentarios que acompañan el *Restatement (Third)*. El producto de la investigación se hacía circular entre los interesados, para ser sometida a debate, del que se alcanzaban importantes resultados. Tal el caso del primer proyecto del *Restatement (Tentative draft N°1)* que se aplicaba solamente a los casos de defectos de fabricación. Progresivamente, fue extendido a los defectos de diseño, cuando el producto no respondía a la función para la cual fue creado. Ese mismo proyecto no imputaba responsabilidad si no existía un diseño razonable alternativo cuando el producto presentaba una insignificante utilidad social y un alto grado de riesgo, mientras que el actual *Restatement* ha previsto dicha posibilidad en el comentario *e* a la S. 2. Tampoco ese proyecto había contemplado el caso de la responsabilidad de los vendedores de las partes componentes de un producto, mientras que el último *Restatement* contempla este caso en la S. 5. Sobre la evolución de los proyectos del *Restatement (Third)*, V. Henderson - Twerski, "*Inside the Restatement*", *cit.*, p. 839.

que ya desde algún tiempo en los Estados Unidos se ha venido afianzando, en virtud de lo cual, se observa que, si de una parte el *Restatement (Third)* brilla por la manera como se presenta, un sistematizar una materia tan extensa y cada vez más controvertida, como lo es la responsabilidad del productor, de otra parte, no viene sino a consolidar lo que la jurisprudencia norteamericana ha venido desarrollando sobre el tema que nos ocupa.

5.3.1 *Algunas críticas formuladas con relación al estándar adoptado para la evaluación del defecto de diseño: problema central de la moderna 'responsabilidad del productor'*

Si bien, el *Restatement* acoge la orientación desarrollada por la jurisprudencia norteamericana, no se han hecho esperar las críticas, de una parte, y algunas jurisdicciones que aparentemente rechazan la adopción del estándar del diseño razonable alternativo, incurriendo en contradicción con cuanto se resuelve en sustancia. Es el caso, con respecto a lo señalado por último, de una decisión de la Corte Suprema del estado de Connecticut. En el caso *Potter v. Chicago Pneumatic Tool Co.*[324], atendiendo a los alegatos del demandante basados en un proyecto precedente del *Restatement (Third)*, la Corte de Connecticut se propuso no aplicar el "estándar del diseño razonable alternativo". No obstante, en los hechos, la corte de Connecticut adopta el tratamiento que da el último *Restatement* a los defectos de diseño. El caso se trataba de lo siguiente:

> Se refiere a los daños sufridos por los empleados de una empresa de neumáticos, que por más de veinte años utilizan las herramientas manuables de neumáticos fabricadas por el demandado. Las víctimas sufrieron daños vasculares y neurológicos causados por la vibración en exceso. Los testimonios de los expertos presentados por las víctimas se basaron en una diversidad de diseños alternativos existentes para reducir la vibración de las herramientas, así como en el hecho que gran parte de ellas violaban estándares específicos de seguridad contemplados por la industria. La corte sometió el caso al jurado, que se pronunció a favor de las víctimas. El demandante en apelación alegó que la prueba del diseño alternativo es un requisito "absoluto" en los casos de defectos de diseño, y que las víctimas no han cumplido con ello. El demandado erraba en ambas afirmaciones. Primero, porque el *Restatement (Third)*, no exige en todos los casos la prueba del diseño alternativo, y segundo, porque la prueba aportada por las víctimas era más que suficiente.

[324] Potter v. Chicago Pneumatic Tool Co., 694 A. 2d 1319 (Conn. 1997).

Sin embargo, el examen que realizó la Corte Suprema de Connecticut es coherente con lo contemplado en el *Restatement (Third)*, pues ella tiene presente las circunstancias en las cuales no es necesario la prueba del diseño razonable alternativo. Así, señala como tales circunstancias, el malfuncionamiento del producto y el peligro exagerado que determina que el producto no debió absolutamente ser vendido[325]. Ergo, el rechazo de la corte para aplicar el estándar general previsto para los casos de defectos de diseño, obedece a una lectura superficial del texto del citado *Restatement*[326], y las bases teóricas de la decisión reflejan confusión, lo que no es una característica extraña a la evolución que ha tenido el tema específico de los defectos de diseño[327].

En cuanto respecta a las críticas que han sido formuladas al *Restatement (Third)*, las mismas focalizan su atención en el tratamiento que se da al estándar de evaluación de los defectos de diseño, por haber adoptado el estándar del diseño razonable alternativo *-reasonable alternative desing-*, expresión del *risk-utility test*[328], poniendo de relieve que contraria-

[325] El *Restatement (Third)* contempla el caso del malfuncionamiento del producto en la S. 3, referida a la prueba circunstancial; y el caso del peligro exagerado del producto, es contemplado en el comentario *e* a la S. 2.

[326] La decisión del caso *Potter v. Chicago Pneumatic Tool Co.*, se apoya en los artículos publicados como crítica al último *Restatement*, que distorsionan la correcta interpretación del mismo en cuanto respecta, sobretodo, a los defectos de diseño. V. Henderson, *"Achieving Consensus on Defective Product Design"*, *cit.*, p. 909.

[327] La opinión mayoritaria en el caso *Potter v. Chicago Pneumatic Tool Co.*, inicia destacando la adhesión de la corte de Connecticut al *consumer expectations test*. Pero sucede que, los casos que cita para sustentar su posición, no abonan a su favor. V. *Ibidem*, n. 187. Cuanto expresa la decisión en referencia, conduce a la corte de Connecticut hacia el "diseño razonable alternativo" establecido en el *Restatement (Third)*. En efecto, en una parte de la decisión se precisa:

> "No obstante, reconocemos que existen muchos casos que comprenden diseños complejos de productos, en los que un consumidor ordinario puede no ser capaz de formarse expectativas de seguridad. En esos casos, las expectativas de u consumidor pueden ser vistas a la luz de varios factores que comparen la utilidad del diseño del producto con la magnitud de sus riesgos. Hallamos persuasivo el razonamiento de aquellas jurisdicciones que han modificado su formulación del test de las expectativas del consumidor, incorporando factores del *risk-utility test* en el análisis de las expectativas del consumidor ordinario". (*Ibidem*, n. 188).

[328] Véanse las críticas en: Frank J. Vandall, *"The Restatement (Third) of Torts: Products Liability Section 2(b): The Reasonable Alternative Design Requirement"*, *en Tenn. L. Rev.*, vol. 61, 1994, p. 1407; Anita Berstein, *"Restatement Redux"*, *en Vand. L. Rev.*, vol. 48, 1995, p. 1663, donde la autora destaca la falta de uniformidad que se observa en las resoluciones de las cortes en campo de la products liability; Howard Klemme,

mente a la solución adoptada, las jurisdicciones norteamericanas, en su mayoría, han venido evaluando los casos de defectos de diseño, a través de un tentativo estándar de las expectativas del consumidor.

Frente a las críticas formuladas respecto a la solución adoptada en el *Restatement (Third)*, y a que sus redactores han clasificado erróneamente la jurisprudencia norteamericana, ellos dieron respuesta a las mismas sobre la base de la citación jurisprudencial que, como se ha podido apreciar en precedencia, en realidad, ha observado una preferencia por la aplicación de un estándar cimentado en el balance de los costos y beneficios, el cual, se conforma a la posición tradicional de esta jurisprudencia, guiada en materia de *torts*, por el criterio de la culpa[329].

Baste citar alguna de las críticas formuladas en el sentido que se ha indicado para darse cuenta que responden a una lectura inexacta de las resoluciones jurisprudenciales y vienen claramente desvirtuadas por los Profesores Henderson y Twerski.

En esa línea, Frank J. Vandall sostiene que el *Restatement (Third)* propone una "reestructuración radical de la teoría de la responsabilidad del productor"[330] referida, en particular, a la materia de la responsabilidad por los defectos de diseño, acusando a los redactores de haber malinterpretado las resoluciones de las jurisdicciones norteamericanas que se muestran opuestas a la solución adoptada por el último *Restatement*. La crítica es apoyada en primer lugar, en resoluciones de la jurisdicción del Estado de Illinois. En este sentido, cita un extracto de una opinión de la corte de apelación que precisa:

> "Nuestra Corte Suprema no ha incluido nunca la existencia de un posible diseño alternativo como uno de los elementos que la víctima debe probar para tener éxito en un caso de responsabilidad del productor. En realidad, en

"Comments to the Reporters and Selected Members of the Consultative Group, Restement of Torts (Third): Products Liability", en Tenn. L. Rev., vol. 61, 1994, p. 1173, donde el autor hace prácticamente un llamado a los redactores y asesores del nuevo Restatement, para que no se abandone la casuística dominante, pretendiéndose la introducción de la culpa en el moderno derecho de la products liability, a través del establecimiento de la culpa como requisito de imputación en los casos de defectos de diseño; Joseph W. Little, *"The Place of Consumer Expectations in Product* Strict liability *Actions for Defectively Designed Products", en Tenn. L. Rev.*, vol. 61, 1994, p. 1189, donde el autor sostiene que la responsabilidad objetiva debe aplicarse sólo a los productos cuyo diseño es considerado anormalmente peligroso, y que el jurado debe decidir cuándo se trata de esos productos.

[329] V. *supra*, punto 3.2 sobre la teoría de la *negligence* en el derecho norteamericano, a la luz de la construcción elaborada por Richard Posner.

[330] V. Frank J. Vandall, *The Restatement (Third) of Torts: Products Liability Section 2(b): The Reasonable Alternative Design Requirement", en Tenn. L. Rev.*,vol. 61, 1994, p. 1407.

> *Palmer [v. Avco Distributing Corp.]*, la Corte Suprema estableció que la prueba de un diseño alternativo es admisible como prueba de uno de los elementos requeridos.
>
> La Corte Suprema en *Palmer* estableció que la peligrosidad de un producto se prueba generalmente por uno u otro modo: o aportando prueba de que el daño se produjo cuando el producto fue usado en el modo ordinario; o introduciendo prueba de la existencia de un posible diseño alternativo más seguro. Así, la existencia de un diseño alternativo deviene no un elemento de prueba sino solamente un método para probar uno de los elementos -que el producto era irrazonablemente peligroso"[331].

La crítica citada viene desvirtuada por el hecho mismo de referirse en el extracto que se cita en precedencia, al "producto usado en el modo ordinario", lo que alude al parámetro de comparación determinado por la función a que ordinariamente es destinado el producto, para establecer el defecto[332]; mientras que, en los hechos, el caso a que se remite la resolución, sostiene la posición adoptada por el *Restatement (Third)*[333].

En segundo lugar, la crítica se apoya en el derecho del Estado de Minnesota, de cuya jurisdicción, Vandall cita el siguiente extracto de una decisión de la corte de apelación:

> "El que la corte haya errado [en instruir al jurado] depende de si en un caso de defecto de diseño ... la víctima debe establecer como elemento de su acción, que al tiempo de la producción existía un diseño alternativo más seguro, factible y tecnológicamente posible ...
>
> ... El tenor, si no el texto literal, de las instrucciones permitieron al jurado considerar la disponibilidad de un factor, y la falta de aplicación, de un diseño alternativo más seguro. Sin embargo, Ford sostiene que las instrucciones no eran suficientes; que ellas debían haber informado al jurado que la víctima tenía la carga de probar la existencia de un diseño alternativo posible más seguro como elemento de un caso de defecto de diseño en el producto. No estamos de acuerdo ... Si bien, normalmente,

[331] *Ibidem*, citando el caso *Ogg. v. City of Spring field*, 458 N.E. 2d 1331, 1339, (Ill. App. Ct. 1984).

[332] Se trata de los casos en que el defecto es fácil de demostrar por existir un parámetro de comparación específico, implícito interno, y de consecuencia, no se hace necesario recurrir a un estándar general para evaluar el defecto de diseño. V. *supra*, sobre los estándares de evaluación en los casos de defectos de diseño, n. 466.

[333] La jurisdicción del Illinois sostiene la posición adoptada por el *Restatement (Third)*, siendo así que en un *statute* del 1993 ha codificado el estándar del diseño razonable alternativo. V. Henderson-Twerski, *"Achieving Consensus on Defective Product Design"*, *cit.*, 912.

> la prueba de un diseño alternativo más seguro es presentado por la víctima al inicio, no es necesario en todos los casos. Esa prueba es relevante, y ciertamente puede ser un factor importante, en la determinación de si el producto era irrazonablemente defectuoso. Sin embargo, la existencia de un diseño alternativo posible y más seguro, no es un elemento de un caso *prima facie* de defecto de diseño en el producto"[334].

Al respecto, Henderson y Twerski, destruyen la crítica en referencia, señalando que el problema en el caso, no era sobre el estándar legal de la prueba requerida para tener éxito a nivel del jurado, sino si eran adecuadas las instrucciones dadas a este último. Y con respecto a la indicación en el extracto citado, de que "la prueba de un diseño alternativo ... no es necesario en todos los casos", se ha precisado en una nota en la propia decisión que establece"... son extraños los casos en los que el producto puede ser considerado irrazonablemente peligroso porque debía ser retirado del mercado en lugar de ser nuevamente diseñado"; aquí la nota hacía referencia a la posibilidad de un diseño altamente peligroso, hipótesis que es contemplada en el último *Restatement*[335].

Con respecto a la jurisdicción del Estado de Washington, Vandall, para sostener su crítica, cita el siguiente extracto de una decisión judicial:

> "Conforme al case law precedente, esta corte determinó que la disponibilidad de un diseño seguro alternativo, constituye un factor que *puede*, en lugar de deber, ser considerado por un jurado para decidir si un producto es irrazonablemente peligroso. Nosotros sostenemos que una víctima puede establecer que un producto es irrazonablemente peligroso por medio de otros factores diversos a la disponibilidad de diseños alternativos seguros"[336].

La referencia que se hace a "otros factores diversos a la disponibilidad de diseños alternativos seguros", puede aludir al Test de la expectativa del consumidor, y sin embargo, la Corte Suprema de Washington ha interpretado ese estándar en el sentido de "expectativas razonables", definiéndolo en términos del *risk-utility test*. Y más aún, un estatuto de ese Estado del 1981, establece el requisito del diseño razonable alternativo en relación a la prueba de que el diseño del demandado "no era razonablemente seguro". En efecto, las cortes de esta jurisdicción, aplican el están-

---

[334] *Kallio v. Ford Motor Co.*, 407 N.W. 2d 92, 94-97, *cit.* en: Vandall, *op. it.*, p. 1410.

[335] V. Restatement (Third), cmt. e a la S. 2, cit. supra, p. 134.

[336] Extracto del caso *Couch v. Mine Safety Appliences Co.*, 728 P.2d 585, 588 (Wash. 1986), *cit.* en: Vandall, *op. cit.*, p.1412.

dar de los riesgos y beneficios en la evaluación del defecto de diseño, manifestándose en la mayor parte de los casos como el diseño alternativo más seguro. La confusión viene creada por el lenguaje utilizado por las cortes en las sentencias, como hacen notar Henderson y Twerski[337], que centra más la atención en el contenido de las instrucciones al jurado que en lo que la víctima debe probar para tener suceso en él.

En fin, como se observa, la crítica formulada al *Restatement (Third)*, según la cual, éste representa una "reestructuración radical" en el derecho de la *responsabilidad del productor,* no halla sustento en las citaciones jurisprudenciales, las que más bien, se ajustan a la solución del diseño alternativo razonable.

De otra parte, una crítica severa ha sido dirigida no tanto al estándar para determinar el defecto de diseño, como a la cuestión doctrinaria de si los casos de *responsabilidad del productor*deben ser tratados a la luz de la culpa, garantía *(warranty)* o responsabilidad objetiva. En efecto, se ha criticado que al haberse adoptado el criterio de la culpa para los casos de defectos de diseño y los defectos de advertencia o información –llamados *defecto de advertencia–*, los redactores del *Restatement* han rechazado la tradicional *American responsabilidad del productor*, para introducir su propia visión instrumentalista; asimismo, que no se han tenido en cuenta los conceptos económicos generales del mercado ni otros principios que el moderno derecho de la responsabilidad del productor comparte con otras áreas –creadas por ley o judicialmente– de la responsabilidad objetiva por accidentes (indemnización por accidentes de trabajo, accidentes automovilísticos, responsabilidad vicaria según el *reapondeat superior*, actividades anormalmente peligrosas, etc.), optándose, en cambio, por retornar a centrar la atención en los jurados, encargándoles la responsabilidad de elaborar importantes decisiones del mercado, las que, según la evolución del moderno derecho de la responsabilidad del productor, han venido siendo libradas los propios participantes en la producción, distribución y consumo de los bienes[338].

---

[337] Es ilustrativo a este respecto, saber que las cortes han denegado la responsabilidad cuando las víctimas no han aportado prueba suficiente de un diseño alternativo disponible. No obstante, el lenguaje poco claro en ese sentido, se nota una consonancia con la posición adoptada por el *Restatement (Third).* V. Henderson - Twerski, *op. cit.*, p. 915.

[338] El Prof. Klemme, de la Universidad de Colorado en Boulder, fue miembro del grupo consultivo e la elaboración del *Restaement*, y en el citado artículo da a conocer su posición con respecto a la adoptada por los redactores del último *Restatement.* Precisó que las subsecciones 2(b) y 2(c), referidas los defectos de diseño y a los defec-

Sin embargo, la crítica formulada en precedencia, parece no haber considerado la real evolución del tratamiento dado por las cortes norteamericanas a la responsabilidad del productor[339] y no sólo, sino además, en el comentario *n* a la S. 2 del citado *Restatement*, se da una explicación de la relación entre el examen funcional y doctrinal. Así, en la medida que se ha cumplido con los requisitos previstos en la S. 2 para la determinación del defecto, las víctimas pueden canalizar sus acciones a través de la vía de la culpa, garantía implícita *(implied warranty)* o responsabilidad objetiva[340].

tos de información, respectivamente, despiertan serias dudas sobre si en realidad recogen el derecho existente, o si en cambio, son producto de objetivos diversos de sus autores. V. Howard Klemme, *"Comments to the Reporters and Selected Members of the Consultative Group, Restatement of Torts (Third): Products Liability"*, en *Tenn. L. Rev.*, vol. 61, 1994, p. 1173.

[339] V. *supra*, punto 5.2 de esta sección segunda.

[340] El comentario *n* a la sección 2 del *Restatement (Third)* prevé lo siguiente:

"*n. Relación de las definiciones de defecto con las categorías doctrinales tradicionales.* Las reglas previstas en esta sección y en otras parates del Capítulo 1 de este *Restatement*, definen las bases de la *tort liability* por daños causados por los defectos de los productos existentes al momento de la venta o de otra distribución. Las reglas son establecidas funcionalmente en lugar que en términos de las tradicionales categorías doctrinarias. Las acciones basadas en el producto defectuoso al momento de la venta o de otra distribución deben reunir los requisitos establecidos en las subsecciones (a), (b), o (c), o en otras previsiones de este capítulo 1. En la medida en que se alcanzan estos requisitos, las categorías doctrinarias de *torts* que se pueden utilizar para interponer la acción son, la culpa o responsabilidad objetiva.

Similarmente, una acción por producto defectuoso que satisface los requisitos de la Subsección (a), (b), o (c) puede ser interpuesta bajo las previsiones de la *implied warranty of merchantability* en el *Uniform Commercial Code*".

Segunda Parte

La responsabilidad del productor en la experiencia Italiana

Siguiendo la metodología del capítulo referido a la responsabilidad del productor del derecho estadounidense, corresponde ahora abordar la evolución que ha observado el tratamiento de la responsabilidad del productor en el derecho italiano.

Se ha tomado la experiencia italiana como caso ejemplificativo de los ordenamientos jurídicos europeos que han aplicado la Directiva Comunitaria n. 374/85 del 25 de julio de 1985 que establece el régimen de responsabilidad por daño derivado de productos defectuosos. Y si bien se trata de un régimen que ha pretendido reflejar la tendencia hacia una responsabilidad de tipo objetivo, lo que ya se venía observando en los diversos ordenamientos jurídicos de la Comunidad, dicho régimen lo ha hecho a la luz o más bien, bajo la influencia del modelo de la llamada responsabilidad objetiva del productor norteamericana, que ha sido materia de examen del capítulo precedente. En esta lógica, interesa verificar cómo el derecho europeo ha asimilado la nueva disciplina referida a un sector de la responsabilidad civil como es el concerniente a los daños que se generan como consecuencia de la actividad productiva.

En este sentido, resulta valioso realizar un recorrido histórico de las fases o etapas de la evolución que ha tenido el tratamiento del tema a cargo de la doctrina y la jurisprudencia italianas, siempre como se ha venido haciendo, centrando la atención en la naturaleza de la responsabilidad del productor y en los elementos de juicio que, de una u otra manera, han concurrido a señalar sus límites.

Ese recorrido permitirá conocer el razonamiento seguido por los estudiosos y jueces frente a los casos de la responsabilidad del productor que han tenido lugar en la experiencia italiana, así como reconocer si efectivamente existía un problema, y en caso se ser afirmativa la respuesta, si sus reales dimensiones justificaban una disciplina especial.

A este propósito, la base de la comparación viene dada por la experiencia estadounidense de la responsabilidad del productor, no sólo por la importancia histórica que pone de relieve el jurista italiano Carlo Castronovo [1] sino además, en cuanto representa el modelo que ha servido

---

[1] Castronovo, Carlo, voce Danno, VII Danno da prodotti -Dir.It e Stan., en Enciclopedia Treccani, 1995, p. 2.

de base en la elaboración de la Directiva Comunitaria n. 374/85, y en general, como filón de vanguardia tomado en consideración como modelo de desarrollo de la actividad industrial, habiéndose considerado que esa experiencia afrontaba desde ya hace muchos años, con respecto a Europa, la llamada explosión industrial.

En este orden de ideas, el presente capítulo se divide en dos secciones:

En la primera sección se tratará la evolución de las técnicas jurídicas que ha observado la doctrina y la jurisprudencia italianas para dar una solución al problema del resarcimiento de los daños sufridos por el consumidor de un producto defectuoso. El desarrollo de la cual, permitirá apreciar si en efecto, existía el tantas veces renombrado "problema" de resarcimiento, partiéndose en esta hipótesis de una insuficiencia de las normas del Código Civil italiano de 1942 para afrontar este tipo daños, respecto de lo cual, un sector de las opiniones de la doctrina se muestra reacia a considerarlo como tal, mientras otro sector, ciertamente mayoritario, ha difundido la tesis de tal insuficiencia de las normas del derecho civil italiano, justificando la introducción de nuevos criterios de evaluación e imputación del daño derivado de producto defectuoso.

En la segunda sección, se afronta la incidencia del D.P.R. n. 224/88 del 24 de mayo de 1988, por el cual Italia da aplicación a la Directiva Comunitaria n. 374/85 sobre la responsabilidad del productor. Se verificará como el nuevo régimen viene recibido en el derecho italiano, haciéndose énfasis, ciertamente, en la naturaleza de la responsabilidad introducida y las "nuevas"[2] nociones que vienen a integrarse, nos referimos a la noción central que caracteriza la nueva disciplina, llevándonos ello a verificar si esa noción es determinante o si al menos contribuye decididamente a señalar los límites de la responsabilidad del productor en el derecho italiano, y consecuencia de ello, percibir la posibilidad de una aproximación de los ordenamientos en la materia a nivel comunitario, siendo ésta precisamente la intención expresa en los considerandos de la citada Directiva Comunitaria.

[2] Se destaca la calificación de "nuevas" nociones, porque ello será materia de lo que el desarrollo del capítulo permitirá verificar.

CAPITULO I

La experiencia italiana antes de la aplicación de la Directiva Comunitaria 85/374 mediante D.P.R. n. 224/88

1 *La individualización del problema de la responsabilidad del productor en el derecho italiano*

El problema de la responsabilidad del productor se presenta en Italia no como un objeto de estudio en sí mismo, aisladamente considerado, sino como un aspecto de una problemática más vasta, la "tutela del consumidor", tema éste en constante evolución conforme se despliega el desarrollo de la sociedad moderna[3]. Se sostiene justamente, que los argumentos

[3] En la denominada sociedad de consumo, se asiste a la identificación del protagonista central, el consumidor. Como lógica consecuencia, la sociedad debería canalizar su atención hacia la protección de este personaje. Sin embargo, los hechos han revelado lo contrario. En efecto, el constante progreso tecnológico, la autonomía cada vez mayor de la industria y el cambio de la estructura del sistema de distribución de los productos, han dado lugar a una situación de constante conflictualidad entre la empresa y el consumidor, estando a la diversidad de intereses en cada caso. De allí que el consumidor, de hecho, no sea más el protagonista del mercado, y más bien deba hoy defenderse de la imposición de las grandes empresas, y por cierto, también de las pequeñas que colman la red distributiva, así como de los daños derivados de los productos defectuosos –del defecto aisladamente considerado se ha pasado al defecto de serie–, del manejo de las necesidades del público a través de la publicidad, de la dependencia sicológica del consumidor hacia los productos de marca, etc. Frente a todo lo cual, surge como problema el de tutelar al consumidor, considerado sujeto débil en las relaciones del mercado. V. Valsecchi, Antonella, *"I presupposti della responsabilità del produttore e il quadro normativo nazionale"*, en *Responsabilità del produttore e nuove forme di tutela del consumatore, a cura di* Ugo Draetta e Cesare Vacca, Egea, Milano, 1993, p. 1 ss.

En el ordenamiento jurídico italiano la tutela del consumidor alcanza consagración a nivel preceptivo con la dación de la ley general sobre los derechos del consumidor y de los usuarios, ley n. 281 de 30 de julio de 1998. Ley que constituye el esperado *"bill of rights"* de los consumidores en el ordenamiento italiano. Ha sido fruto de un proceso no libre de obstáculos, dadas las oposiciones de parte de las categorías económicas y divisiones internas de las propias asociaciones de consumidores. Desde el punto de vista de la técnica normativa, la referida ley se organiza en

que se hallan a la base tanto de la "tutela del consumidor" como de la "responsabilidad del productor", tienen relación pero ciertamente no se identifican[4], caracterizando en conjunto un momento importante en el

niveles diversos: el nivel definitorio de la noción de consumidor y de asociaciones de consumidores, el nivel codificatorio de los derechos fundamentales de los consumidores, el nivel institucional referido al rol de las asociaciones en juicio y en la actividad institucional, el nivel representativo de los intereses de los consumidores derivado de la inscripción y legitimación activa de las asociaciones, sea mediante la representación de segundo grado en cabeza del Consejo, el nivel financiero mediante la previsión de facilidades y financiaciones a las organizaciones de los consumidores.

Sobre la definición de "consumidores y ~~u~~tentes", la ley prevé en el art.2, 1 inciso, letra a) que es tal quien adquiere o utiliza bienes o servicios para una finalidad no referida a la actividad empresarial o profesional. Cfr. Guido Alpa, *"La legge sui diritti dei consumatori"*, en *Il corriere giuridico*, n. 9, 1998, p. 997. La definición resuta ser restrictiva por un lado, y extensiva, por otro. Lo primero, porque la referida ley considera consumidor sólo a las personas físicas -lo que es ya reflejo de una tendencia a nivel europeo que se ha venido formando a los efectos de la tutela jurídica-, mientras las propuestas de iniciativa parlamentaria indicaban la inclusión de grupos de personas físicas no orientadas a la consecución de un interés de lucro, como las comunidades, colegios, etc. En cambio, no surge problema con la calificación de consumidor al profesional que realice una adquisición o utilice un servicio fuera de la propia actividad profesional. Así, la definición dada, se basa fundamentalmente, en el fin de la adquisición o del uso, no así en el *status* permanente. De otra parte, la definición de consumidor que aporta la ley en referencia, es extensiva, en tanto que no sólo respecta a la persona física que "consume" un bien, sino también al usuario de un servicio, público o privado.

Debe notarse a este propósito que el D.P.R. 224/88 que aplica la directiva comunitaria n. 374/85 sobre la responsabilidad derivada de productos defectuosos, constituye el primer paso en la innovación de la legislación orientada a la realización de una concreta salvaguardia de los intereses del público de los consumidores. Vale la oportunidad para destacar que esta norma tutela al consumidor en cuanto víctima de daños derivados de productos defectuosos, por ende, su connotación no viene limitada al adquirente de un bien, pues, víctima del daño puede serlo quien prescindiendo de una concreta participación jurídica del producto, ha visto lesionada su persona o bienes diversos al producto defectuoso. De este modo, se incluye dentro de la tutela de la nueva normativa al denominado *bystander*.

[4] En efecto, el área de la tutela del consumidor es la que contiene el de la responsabilidad del productor, ésta concierne al momento de la tutela en que se verifica un daño derivado por el defecto de un producto. A partir de entonces, se plantea el problema de la responsabilidad. Mientras que en el primer caso, se atiende también a la fase anterior a la circulación del bien que será destinado al mercado. En esa medida, existe una serie de normas que imponen deberes a los distintos sujetos intervenientes en la cadena productiva y distributiva hasta la efectiva transferencia al comprador. Desde esta óptica, la tutela en esta primera fase, tiene un carácter esencialmente preventivo.

nacimiento y desarrollo de una fase de relieve en el derecho civil italiano a partir de los años sesenta.[5]

Quienes han tratado por extenso el argumento de la responsabilidad del productor en el caso italiano inician por lo general el examen de cuanto se ha dicho —labor doctrinaria— y hecho —labor jurisprudencial— en tema, para dar una solución a la situación en que se encuentra quien ha sufrido un daño por haber consumido o utilizado un producto defectuoso, tomando como punto de partida una consideración tomada de la realidad, según la cual, los daños derivados de productos defectuosos son consecuencia lógica del desarrollo de la actividad industrial, y ante ello surge la alternativa en un sistema jurídico de dejar que dichos daños permanezcan donde se han concretado, vale decir, la víctima, o trasladar su costo a quien los generó, es decir, el productor.

En este sentido, se ha puesto de relieve que los daños derivados de productos defectuosos son expresión de un riesgo que comporta altos costos sociales, los cuales parecen difíciles de reducir, aún estando al progreso tecnológico en constante evolución. Por lo que se debe asegurar, de una parte, la mayor extensión del resarcimiento a cuantos sufran los perjuicios del ejercicio de actividades dañosas, y de otra, poner en marcha una distribución racional de los costos que se conectan a estos daños.[6]

Claro está que la responsabilidad civil cumple también una función general deterrente, la que la lleva a ejercer influencia sobre la primera fase, aunque si en ésta se constata la prevalencia de los aspectos de regulación administrativa. V. Zeno Zencovich, Vincenzo, voz *Consumatore (Tutela del), I Diritto Civile*, en *Enciclopedia Giuridica Treccani*, p. 1 ss.

La posición de la responsabilidad del productor con relación al tema de la "tutela del consumidor", si bien de importancia pero no de único instrumento de tutela, se verifica en la experiencia concreta que antes que destinar su atención a los casos de daños derivados de productor defectuosos, atiende a otros aspectos de la tutela del consumidor. En esta óptica, la preocupación se centra sobre los casos de evasión de los controles y consiguiente circulación de alimentos en mal estado, fármacos nocivos, etc., es decir, comportamientos que se adecúan a tipos penales en muchos de los casos, sin perjuicio de las respectivas sanciones administrativas. Y toda esa normativa, precede el desarrollo que ha tenido el tema de la "tutela del consumidor", como se observa, una atención inicial no precisamente del derecho civil. Éste se ocupa del tema, en un primer momento, a nivel doctrinario en sustancia, frente a la ausencia de normas específicas y de casos jurisprudenciales. V. Bessone, *"Profili della responsabilità del produttore nell'esperienza italiana"*, en Alpa-Bessone, *Danno da prodotti e responsabilità dell'impresa, a cura di*, Giuffrè, Milano, 1980, p. 16.

[5] V. Ruffolo, U., La tutela individuale e collettiva del consumidor, Milano, 1979.

[6] Alpa, Guido - Mario Bessone, *La responsabilità del produttore*, Giuffrè, Milano, 1987, p. 2.

Desde la perspectiva de la política del derecho, en las soluciones adoptadas con respecto al problema de la responsabilidad del productor, se pueden identificar dos objetivos, cuya realización apunta hacia la consecución de un equilibrio de los intereses involucrados, de una parte, el de una mayor tutela al consumidor-víctima, y de otra, el del productor a continuar desarrollando su actividad empresarial en el modo más eficiente posible. En efecto, cierto es que todo programa que apunta a la consecución de los objetivos de detenencia o disuición de los daños y resarcimiento del daño, en los hechos implica un control sobre la actividad empresarial. En fin, intereses éstos, que el entrar en conflicto, este puede alcanzar el máximo nivel frente a la situación generada por la producción de un daño derivado de un producto defectuoso.

De allí que, la política de la responsabilidad del productor debe ser la de promover el logro de un compromiso entre tutela del público y los intereses de la empresa, en constante exigencia recíproca para mantener el equilibrio requerido en beneficio de una "sociedad de capitalismo maduro", como la llaman algunos[7], en la que se trata de salvaguardar valores fundamentales como la vida, la integridad física y la salud, y los relativos a la libertad de iniciativa económica privada, todos ellos consagrados en la Carta fundamental italiana[8].

Se ha hecho énfasis también, en el hecho que los fenómenos de la producción y distribución de masa, característica de la sociedad moderna, exponen al público a riesgos cada vez de mayor gravedad, cuyo origen en gran parte de los casos es desconocido, generando los llamados daños anónimos[9] –que abandonan decididamente la óptica sancionatoria del resarcimiento–, a diferencia de otros que en cambio, sí bien pueden ser atribuidos a un hecho negligente de quien ha participado en el proceso productivo, o bien a un desperfecto de la maquinaria. Nótese que el con-

[7] Bessone, Mario, *op. cit.*, p. 15.

[8] Constituzione della Repubblica italiana, approvata dall'Assemblea Costituente il 22 dicembre 1947, promulgata dal Capo provvisorio dello Stato il 27 dicembre 1947 ed entrata in vigore il 1° gennaio 1948. Constitución italiana, aprobada por la Asamblea Constituyente el 22 de dicimbre de 1947, promulgada por el Presidente el 27 de diciembre de 1947 y entrada en vigencia el 1° de enero de 1948.

[9] Los daños anónimos consisten en hechos dañosos, cuya carga económica no puede ser transferida al sujeto causante del daño, de acuerdo a las normas de la responsabilidad por culpa o un criterio objetivo de imputación, precisamente porque el causante del daño no puede ser indentificado, o porque ni la culpa ni una regla objetiva de responsabilidad pueden ser utilizadas en el caso en cuestión.

texto en el que tiene lugar toda esta situación de conflicto de intereses –el de la víctima del daño y del productor– es el ámbito empresarial.

En ese contexto, se ha hecho énfasis en la justicia de la atribución de la responsabilidad al productor por haber puesto en circulación productos dañosos, por ser quien goza de las condiciones económicas para soportar los costos del daño, disponiendo además de la capacidad técnica para operar una distribución de los mismos sea a través de la técnica del seguro o de su incorporación en el precio[10]. De allí precisamente que haya surgido una tendencia de fuerza a nivel de derecho comparado que, informada a la exigencia de tutela del público, atribuye a la empresa el riesgo de los daños que se generan como consecuencia del despliegue de su actividad (teoría de la responsabilidad de empresa en el contexto norteamericano)[11], operando una revisión de las normas tradicionales de la responsabilidad civil (contractual y extracontractual).

Desde la óptica de las relaciones jurídicas que se instauran en el mercado, el fenómeno de la producción de masa ha dado lugar a la multiplicación de las mismas, y lo que es importante destacar, ha modificado sustancialmente el tipo de relaciones que tradicionalmente existían. De un sistema basado en relaciones individuales, en el que el fabricante de un producto se halla directamente vinculado al comprador del bien, se ha pasado a uno masivo, caracterizado por las compraventas a cadena, en el cual, no más coinciden en la misma persona las calidades de fabricante y vendedor del producto adquirido por el comprador[12]. Ciertamente, para la regulación del primer tipo de relaciones jurídicas, o sea, de carácter individual, bastaba la disciplina del contrato de Compraventa como tal prevista en el Código Civil italiano de 1942.

En el proceso de masificación, una nota característica viene dada por la especialización de los roles y así, la separación de la producción y distribución, en fin por las ventas a cadena. Como consecuencia de ello,

[10] Ghidini, G., La responsabilità del produttore di beni di consumo. Profili precontrattuali, Milano, 1970.

[11] Vale remarcar que los argumentos desarrollados por la doctrina a favor de la responsabilidad del productor en Italia, corresponden a los fundamentos que sirvieron a los propulsores de la responsabilidad del productor en el sistema norteamericano, que por ser èsta la sede del origen y desarrollo notorio de ese sector de la responsabilidad civil, se explica la influencia decisiva en otras latitudes. Véase *retro* el Capítulo I.

[12] Sobre el cambio de las relaciones contractuales en una sociedad de masa, en la que la compraventa se realiza a cadena, se han suscitado diversos debates en doctrina. V. Gorassini, A., *Contributto per un sistema della responsabilità del produttore*, Milano, 1990, p. 37 ss.

nacen nuevas figuras en la cadena de la actividad productiva y distributiva. En efecto, de un lado, se introduce la figura del "intermediario"[13], quien es aquél que, al final de la cadena de producción, instaura un contacto directo con el consumidor-comprador; y de otro lado, el proceso productivo es cada vez más complejo, en el sentido que el fabricante no es el único artífice del producto final en su totalidad, verificándose en él el resultado del ensamblaje de las partes componentes que son proporcionadas por el proveedor o suministrador de materia prima o partes semielaboradas o terminadas. De ese modo, al lado de la complejidad a nivel de producto, se hace cada vez más compleja la actividad considerada en sí misma. Se piense por ejemplo, a la intervención de nuevos elementos encargados de los controles de calidad del producto.

Como se observa, se viene haciendo referencia al desarrollo del proceso de producción y distribución, en el cual, una consecuencia previsible es la generación de daños por los productos defectuosos. Sin embargo, se debe notar que se trata de dos fases distintas, cuyo desarrollo en cada caso, viene a marcar las características de una sociedad industrial, en el primero, —fundada en el crecimiento masivo de la producción— y de una sociedad post-industrial, en el segundo, la sociedad actual y cuya nota saltante viene dada por la nueva coloratura que adquieren las relaciones comerciales en la fase de distribución de los productos.

---

[13] Los intermediarios, en senso lato, no intervienen como sujetos activos en la relación que vincula al productor con el consumidor-víctima. Baste imaginar el caso de los productos que vienen sellados o de los productos inalterables, respecto de los cuales, los sujetos de la cadena de distribución no pueden ejercitar actividad alguna que de algún modo pueda resultar lesiva a los intereses del consumidor y de consecuencia, pueda ejercer influencia en el juicio de responsabilidad.

Las relaciones entre el anillo inicial de la cadena -el productor- y los intermediarios, así como las de éstos con el adquirente final, se rigen por los contratos entre ellos celebrados. Tales relaciones no son relevantes a los fines del juicio de responsabilidad extracontractual, en el que viene en consideración la relación que se instaura entre el productor y consumidor-víctima como consecuencia del daño derivado del producto defectuoso. Sin embargo, tales relaciones no son ajenas a una sistematización de las normas de aplicables a daños de este tipo. Pero, precisamente porque se trata de relaciones de índole contractual, su examen se sujeta a las normas del ámbito contractual. De allí, las dificultades que han resultado de la aplicación de las normas de la compraventa con relación a los casos de daños derivados de producto defectuoso. Pero estos problemas no se presentan particularmente relevantes si se mira solamente la relación directa productor-consumidor establecida con el ilícito extracontractual. V. Bessone, Mario, "*Profili della responsabilità del produttore nellàesperienza italiana*", en Alpa-Bessone, *Danno da prodotti e responsabilità dell'impresa, a cura di*, Giuffrè, Milano, 1980, p. 13.

A propósito, el Prof. Galgano[14] en diversos trabajos[15], ha enfocado el problema de la responsabilidad derivada de productos defectuosos, con respecto a la gran actividad de distribución. Como precisa el jurista italiano, la moderna sociedad industrial coloca al productor como el sujeto dominante en el sistema económico, resultando una posición sirviente para los demás sujetos del mercado, como son los revendedores de productos industriales. Pues bien, en esas circunstancias, cuando se producía un daño derivado del defeco de un producto, la interrogante era cómo atribuir las consecuencias de ese hecho al creador del producto que las generó. Sin perjuicio de ver en el punto siguiente de esta sección, las respuestas doctrinarias y jurisprudenciales que preceden al D.P.R. 224/88, aplicativo de la directiva comunitaria n. 85/374/EEC, se señala que la solución que recoge la directiva comunitaria es la responsabilidad extracontractual objetiva del productor.

No obstante, siguiendo el pensamiento de la misma autoridad doctrinaria, aquella preocupación centrada en que sea el productor quien deba responder de los daños de sus productos, pierde de vista una nota de relieve de la realidad económica de los tiempos presentes, o sea, la transición de la sociedad industrial a la sociedad post-industrial, en la que la distribución, los servicios y las finanzas tienden a asumir un rol prevalente con respecto a la industria[16] –la era de la distribución de masa es la era de los supermercados y de los hipermercados–. Es aquí en que se aprecia la presencia de los intermediarios, quienes no deben ser considerados como simples lazos insignificantes para los efectos de la transmisión del producto hasta alcanzar el consumidor.

En efecto, la cadena de comercialización es cada vez más compleja y más especializada por la profesionalización de los intermediarios. Claramente, en la actividad de distribución, el intermediario adquiere un

[14] V. Galgano, Francesco, *"Grande distribuzione e responsabilità per prodotti difettosi"*, en Contratto e impresa, n. 1, 1992, p. 7 ss.

[15] Destacando el ímpetu tomado por el desenvolvimiento de las actividades de distribución en los últimos tiempos, el Prof. Galgano señala que "asistimos a una revancha del capitalismo comercial, que fue el capitalismo de los orígenes, sobre el moderno capitalismo industrial: la grande distribución agro-alimentaria hace que reviva la antigua dependencia del productor del comerciante, relanza la figura del comerciante como sujeto propulsor del sistema económico. Reanima, de consecuencia, el "viejo corazón" del derecho comercial, que es la intermediación entre productor y consumidor. V. Galgano, Francesco, *Storia del diritto commerciale*, 1980, p. 182.

[16] V. Galgano, Francesco, *"La giurisprudenza nella società post-industriale"*, en Contratto e impresa, 1989, p. 357.

deber de control de los productos que pasan por sus manos, conforme a las exigencias y hábitos del comercio. Siendo tales las condiciones en que se lleva adelante la actividad distributiva, ¿es que acaso el distribuidor no debe considerarse responsable por la manutención de la seguridad de los productos en cuanto las circunstancias del caso se la atribuyan? Una respuesta afirmativa es coherente con la dinámica de las relaciones y comportamientos que interaccionan al interno de la cadena de producción y distribución. Sin embargo, se verá con mayor énfasis en la sección segunda, que a la luz del nuevo régimen de responsabilidad del productor, el distribuidor puede fácilmente excluir su responsabilidad dando cuenta de la identidad del productor.[17]

En ese complejo contexto de la actividad productiva-distributiva –a grandes rasgos descrita, sólo a los fines de dar un panorama a la vez genérico y esencial a la presente investigación–, tienen lugar los daños derivados de los productos defectuosos, los que vienen a imputarse a la organización de los factores de producción. Frente a ello, surge la necesidad de dar una forma jurídica a una relación, cual es la del productor y consumidor, como tal ignorada por el derecho civil tradicional[18]. En efecto, en la sociedad preindustrial, esa relación estaba dada por el vínculo establecido entre el vendedor y comprador o entre quien realiza una obra y quien la encarga. Vale decir, una relación entre partes de un contrato en el cual se agotaba la tutela de las mismas bajo el imperio del principio de la relatividad contractual.

Formalizando los términos de cuanto expuesto, se tiene que, como consecuencia de la fragmentación impuesta por la reestructuración del mercado en la sociedad industrial, la relación productor-consumidor se puede considerar dividida en dos fases: Una primera fase, en la cual, dicha relación no existe en el sentido jurídico del término, se trata más bien de una forma de llegar a través del mensaje publicitario al consumidor con el propósito que los productos en el mercado sean adquiridos por éste. En la fase sucesiva, no necesaria sino eventual, por lo mismo que constituida por la verificación de un daño al consumidor causado por el producto defectuoso, es que emerge el problema –que a su vez ha sido objeto de varias y hasta contrapuestas posiciones en la doctrina y de parte de los jueces– de si aquél que ha adquirido el producto defectuoso no directamente de quien lo ha fabricado, sino de un intermediario, se halle

[17] Se vea D.P.R. 224/88, art. 4 sobre la *"responsabilità del fornitore"*.

[18] Castronovo, Carlo, *La nuova responsabilitá civile. Regola e metafora*, Giuffrè, Milano, 1991, p. 171.

investido de la titularidad de una situación jurídicamente relevante frente al productor del bien, o sea, si tenga la legitimidad para accionar contra éste por el resarcimiento del daño sufrido.

Una respuesta en sentido afirmativo es la que se desprende desde un punto de vista lógico. En efecto, como una respetable opinión doctrinaria en la materia[19] lo ha puesto de relieve, "si el daño ha sido generado por el producto y éste de su autor, la víctima debería estar facultada para accionar contra quien ha creado y puesto en circulación el producto defectuoso". Ciertamente, si los casos de daños derivados de defectos en los productos hubieran sido resueltos en ese sentido, la materia que toca nuestro interés, no habría adquirido autonomía. Y la solución habría sido hallada en las propias normas generales de la responsabilidad civil vigentes, sin haberse "la responsabilidad del productor convertido en un *topos* clásico en el sector de la responsabilidad civil"[20], y así en el escenario de múltiples debates a nivel doctrinario, que a partir de los años '60 se suscitan en este sector del derecho civil, poniendo en crisis el modelo tradicional.

El hecho ha sido que, el daño derivado de producto defectuoso se convierte en un problema para la ciencia y la práctica del derecho civil, en la medida que los juristas empiezan a poner de relieve la insuficiencia del dato formal frente a este tipo de daños, considerándose inadecuados los instrumentos de tutela contractual que ofrece el ordenamiento civil, pensados para el consumidor en cuanto adquirente. Esta preocupación entre los propios estudiosos del derecho civil, constituye un ejemplo que evidencia la tendencia revisionista de las normas de responsabilidad civil a partir de la época de los '60 en Italia, tendencia que, como se ha remarcado en la doctrina[21], representa uno de los aspectos más importantes que fluyen de la evolución que distingue a los ordenamientos codificados y al sistema de *common law*.

La experiencia italiana, se verá de cuanto resulte de los puntos subsiguientes, sin perjuicio de desprenderse algunas directivas en la materia, no presenta una casuística jurisprudencial sobre la circulación de productos defectuosos tal de haber despertado el interés y la atención particular de los juristas y de la opinión pública, en modo de promover vivamente el tratamiento del tema.

---

[19] Castronovo, Carlo, *op. cit.*, p. 172.

[20] Alpa, Bessone M., *"La nuova disciplina della responsabilità del produttore"*, en Il corriere giuridico, 1988, p. 781.

[21] Alpa, Guido, *La responsabilità del producttore*, 4° Ed. Giuffré, Milano, 1999.

La responsabilidad del productor en el caso italiano, ante a la ausencia de una disciplina especial –algunos hablan de una laguna en el ordenamiento[22]–, que se conforme a las exigencias de tutela de la víctima frente al despliegue de las actividades de mercado, ha representado la ocasión para operar una revisión de los institutos de la responsabilidad civil contractual y extracontractual.

Con el nuevo régimen introducido en Italia a través del D.P.R. del 24 de mayo de 1988 n. 224, cambia el panorama normativo en esta materia. Las interpretaciones que se venían haciendo de las normas del código civil, a efectos de aplicar la que más convenga a la satisfacción de la victima de daños, –previo el respectivo esfuerzo interpretativo–, apuntan ahora a una mejor comprensión de la nueva normativa que disciplina los aspectos centrales de la responsabilidad del productor, renovándose la atención de los estudiosos y operadores sobre temas jurídicos vastos y complejos que ha despertado la actividad del productor y la difusión de productos defectuosos.

Como fuere, la relevancia de conocer la evolución interpretativa hasta este momento, además de las consideraciones metodológicas que nos llevan por esta vía, está en el hecho que el art. 15 del nuevo régimen deja expresamente a salvo los derechos que sean atribuidos por otras leyes a la víctima. En otros términos, deja abierta la posibilidad de invocar la disciplina general del código civil, en razón de lo cual, ha suscitado posiciones diversas en doctrina, siendo la más coherente con el *trend* de la tutela del consumidor, la que ofrece a la víctima de los daños derivados de productos defectuosos un abanico de vías para hacer valer su derecho al resarcimiento, aparte de ser ésta línea interpretativa la que halla punto de apoyo en un considerando de la directiva comunitaria.[23]

[22] Con respecto a la fase que precede la actuación de la directiva comnitaria n. 374/85 en Italia, se ha referido que la "grave falta cometida por el legislador" se registra en el ámbito del código civil. En efecto, el código civil de 1942, no obstante que sus compiladores tenían conocimiento de los avances de la producción de masa -baste dar una veloz lectura de las normas que ya acusaban consciencia de la nueva era, como los arts. sobre los contratos estándar (arts. 1341, 1342, 1370 c.c.)-, ofrece una normativa de favor hacia la parte empresaria, en el sentido que no se dispone sobre los criterios de control del riesgo contractual o del ejercicio del "poder contractual", y claramente no resulta expresar las exigencias de tutela en una sociedad de capitalismo maduro. V. Bessone, Mario, *op. cit.*, p. 18 ss.

[23] El considerndo de la Dir. Com. 374/85, a que se hace referencia en el texto, señala: "según los sistemas jurídicos de los estados miembros, la víctima puede tener derecho al resarcimiento en base a la responsabilidad contractual o a un título fundado en la responsabilidad extracontractual diverso al previsto por la presente directiva y en la

La situación contrasta claramente con la experiencia norteamericana, en la cual, además de la fuerte presión social orientada a resarcir los daños de las víctimas, la dinámica jurisprudencial se muestra especialmente atractiva, no sólo por la cantidad de casos llegados a las cortes, sino por el contenido de los mismos –en cuanto motor de posiciones y teorías diversas–, desarrollándose paralelamente y sobre esa base, la labor doctrinaria[24].

Como se ha indicado en líneas precedentes, por las características que presentaban los nuevos vínculos instaurados con el consumidor, a raíz de los profundos cambios que experimentaba la producción y la estructura del mercado, desde la perspectiva de la "tutela del consumidor", las normas vigentes del derecho civil no aportaban soluciones adecuadas, por lo mismo que ellas habían sido emanadas en una época con características diversas a las que el desarrollo de la industria impone. No obstante lo cual, tuvieron lugar exquisitas y tantas veces forzadas interpretaciones de las normas de responsabilidad civil contractual y extracontractual presentes en el Código Civil italiano de 1942[25], sin mayor éxito.

En fin, los esfuerzos de adecuación de las normas a los nuevos fenómenos es común a los diversos ordenamientos. Así se ha podido verificar en el capítulo I de este trabajo, con respecto a la experiencia norteamericana de la responsabilidad del productor. Obviamente, las técnicas y las normas aplicadas varían por el hecho de responder a procesos de evolución histórica diversos, con connotaciones propias a cada sistema socio-cultural.

Inicialmente, la exigencia de tutela del consumidor, en el esquema de la responsabilidad del productor, no venía satisfecha, siendo el obstáculo determinante la inaplicabilidad del régimen de la responsabilidad civil al hecho del daño derivado de producto defectuoso, por entenderse la tutela circunscrita a la relación contractual. En efecto, se considera paradójico el hecho que haya sido precisamente la perspectiva contractual a impedir el resarcimiento intentado por la víctima a cargo del productor en la vía extracontractual[26].

---

medida en que tales disposiciones persigan el objetivo de una eficaz protección de los consumidores, ellas no deben ser perjudicadas por la presente directiva". El art. 15 del D.P.R. 224/88 reafirma lo prescrito por el art. 13 de la citada directiva comunitaria.

[24] Sobre la experiencia norteamericana, véase el Primera Parte.

[25] V. *infra* sobre las técnicas de evolución adptadas en doctrina para ofrecer una solución al problema del resarcimiento de este tipo de daños, a la luz de las normas del Código Civil.

[26] "El contrato no sólo individualiza los sujetos entre los cuales existe el vínculo, sino además, excluye que cualquiera de las partes pueda basar una tutela de terceros ajeros

El progresivo reconocimiento de la legitimación activa del consumidor frente al productor por los daños así generados viene a constituir una conquista resultante del inicio y evolución del tratamiento de la responsabilidad del productor en el derecho italiano. Una vez aceptada la viabilidad del ejercicio del derecho al resarcimiento de los daños, la víctima se halló frente a la dificultad de probar la culpa del productor, como uno de los presupuestos requeridos por la institución de la responsabilidad civil vista a la luz del modelo tradicional. De consecuencia, la exigencia de tutela del consumidor continuaba siendo amenazada en el esquema de la responsabilidad del productor.

La evolución del tratamiento de la responsabilidad del productor en Italia se distingue por lo oscilante de las soluciones aportadas por la jurisprudencia y por una doctrina que inicia y lleva adelante el tratamiento del tema, impulsada, más que por los problemas que debían resolver los jueces, por las nuevas teorías y modelos foráneos, en especial, el estadounidense, el francés y el alemán. Esto no podía ser de otro modo, toda vez que, el propio proceso de producción para el consumo en Italia, ha seguido líneas, modelos elaborados en realidades económicas y sociales del exterior. Se explica así, que sea en los últimos años el modelo estadounidense el que haya sido tomado en consideración particular, por un sector de la doctrina que propende a la difusión de los riesgos hallando en la empresa un eje de imputación de la responsabilidad por daños derivados de productos defectuosos. Baste a propósito tener presente el régimen de la directiva comunitaria 374/85 institutiva de un régimen de responsabilidad por daños derivados de productos defectuosos.

En efecto, el panorama de la responsabilidad del productor en Italia acusa momentos de confusión en líneas generales, pues no presenta una orientación uniforme en cuanto a la concesión del resarcimiento de daños a la víctima. A nivel de jurisprudencia se observan de una parte, pasos a

a la relación, alegando el incumplimiento de una de ellas. De consecuencia, el consumidor que ha adquirido el producto de un intermediario podrá dirigir su acción contra este último, la mayor parte de las veces, haciendo valer la garantía por vicios; pero contra el productor, sólo el adquirente inmediato será titular de la relativa pero distinta situación jurídica. El hecho doloso o culposo necesario para el juicio de responsabilidad civil parece desvanecer en el momento en que se objetiva en la cosa producida, recayendo inevitablemente en la garantía por vicios y consecuentemente al interior de la esfera contractual: con lo cual, no parece restar espacio ulterior de tutela, en el cual, la culpa o el dolo puedan hacerse valer en forma autónoma en la vía extracontractual, de parte de quien habiendo adquirido el bien del detallista, ha aceptado el riesgo de poder hacer valer sólo contra este último el vicio de la cosa y el eventual daño que haya podido derivar". Castronovo, Carlo, *op. cit.*, p. 173.

favor de dicho resarcimiento, de otra, algún paso hacia atrás, como en el sentido de excluir la referida responsabilidad[27], o que aceptando en principio, la resarcibilidad del daño, se ha negado la responsabilidad a resultas de una evaluación de hecho que arrojaba la inexistencia del mismo en el caso concreto[28], o que en presencia de defectos en el producto se haya considerado que la culpa de la víctima ha interrumpido el nexo causal y por ende, se haya resuelto por el no resarcimiento[29], o que conforme a la imposición legal de la responsabilidad en sujetos distintos del fabricante –como el caso de la norma del art. 2054 C.C. It. concerniente a daños derivados de la circulación de vehículos defectuosos[30]– se entienda ello como una causa de exclusión de la responsabilidad, claramente a favor de la empresa[31].

Se verá en el siguiente punto del trabajo, que del panorama antes señalado, no se desprende un criterio claro de imputación de la responsabilidad al productor, ni es posible determinar hasta qué punto sea éste responsable, pues la jurisprudencia muestra la consideración de factores varios que influyen en la formación de los criterios de evaluación del hecho dañoso, como la naturaleza de la responsabilidad, la configuración del evento mismo, la concurrencia de causas, la existencia de relaciones contractuales instauradas, la naturaleza de los intereses afectados, entre otros. Pero un dato que es reiterante en la jurisprudencia y en la doctrina mayoritaria es colocar el problema de la responsabilidad del productor en el ámbito del art. 2043 C.C., norma que si bien, por un lado, consagra una cláusula general de responsabilidad civil –el daño injusto–, por otro, contiene la el supuesto subjetivo de responsabilidad –por dolo o culpa–.

---

[27] Es el caso por ejemplo, en que el daño siendo de naturaleza meramente económica, se ha considerado no susceptible de resarcimiento. App. Cagliari, 27 de junio de 1958, en *Rass.giur. sarda*, 1959, p. 79. En este caso, un vendedor de bebidas que había adquirido una partida de ácido carbónico para la confección, resultó que la sustancia no estaba en buen estado, demandadndo de consecuencia al productor por la pérdida de la clientela, siendo rechazada la demanda.

[28] En este sentido: Trib. Napoli, 6 de diciembre de 1969, en *Giur. di Merito*, 1971, I, 399 y en segundo grado, App. Napoli, 27 de setiembre de 1972, en *Foro pad.*, 1973, I, 395. Es el caso de un automovilista que había puesto gasolina a su auto; como el producto estaba mezclado con agua, el motor no funcionaba, no pudiendo continuar el viaje y con ello, no concluyendo una negocio ventajoso de haber llegado a destino.

[29] En este sentido: Trib. Pavia, 22 de diciembre de 1972, en *Mon. trib.*, 1973, p. 129 ss.

[30] El art. 2054 C.C. It. señala a la letra: " ".

[31] En este sentido: App. Torino, 30 de enero de 1960, en *Foro it.*, 1960, I, 1026; Cass. 14 de julio de 1960, n. 1923, *id.*, 1960, I, 1716.

2 *Evolución de las técnicas jurídicas adoptadas por la doctrina y jurisprudencia frente al daño derivado de un producto defectuoso*

Dividiremos la evolución que precede a la intervención legislativa especial, como es el D.P.R. 224/88, conforme a dos momentos o etapas caracterizadas por su orientación contrapuesta.

2.1 *Etapa caracterizada por la negación de la responsabilidad extracontractual del productor hacia el consumidor-víctima: La perspectiva contractual*

En consonancia a las expectativas de una sociedad preindustrial, el problema de la responsabilidad del productor no se ponía como tal sino hasta que tiene lugar la producción de masa, como ya antes se ha indicado, surgiendo la necesidad del consumidor-víctima de demandar al productor por el resarcimiento de los daños sufridos.

Como pone de relieve el jurista Carlo Castronovo[32], paradójicamente viene a ser la perspectiva contractual del problema que inicialmente hace improbable una demanda de resarcimiento de parte de la víctima contra el productor en sede extracontractual. En efecto, a la luz del principio de la relatividad del contrato, contemplado en el art. 1322 del C.C. It., se entiende que el contrato produce efectos entre las partes, ergo, si el consumidor ha adquirido el producto del intermediario, podrá accionar contra éste haciendo valer la disciplina de la garantía por vicios, conforme a los arts. 1490 ss. del C.C. It., manteniéndose así, en la esfera contractual. Se asiste a una neta separación de la posición del productor y la del consumidor, no reconociéndose a este último una acción directa contra el primero para obtener el resarcimiento de los daños derivados del producto defectuoso.

Recuérdese que el principio de la relatividad contractual del *common law* es superado en el ordenamiento norteamericano en modo oficial, a partir de un *leading case* como lo representa el caso *Mac Pherson v. Buick Motor Co.* en 1916, luego de años de vigencia desde el famoso caso inglés *Winterbottom v. Wright* (1842)[33], cuya *ratio* había permitido a los jueces denegar el derecho de la víctima del daño porque faltaba la relación contractual entre el actor y el demandado.

---

[32] Castronovo, Carlo, *op. cit.*, p. 172..

[33] Ver *retro*, Primera Parte.

En el *civil law* se alcanza un resultado similar, en el sentido de excluir la responsabilidad del productor con respecto al tercero que resulte víctima. En efecto, el código civil italiano, en la parte dedicada a los hechos ilícitos, contiene dos normas que han permitido a los jueces resolver a favor del productor, exonerándolo de responsabilidad.

Se trata de los arts. 2053 y 2054 c.c.it., referidos respectivamente a la responsabilidad por ruina de edificio y a la derivada de la circulación vehicular. El art. 2053 establece la responsabilidad del propietario de un edificio o de otra construcción, también en el caso que la ruina se origine en un vicio de construcción; de su parte, el inciso 4° del art. 2054 obliga al resarcimiento de los daños, al conductor, al propietario o en su lugar, al usufructuario o al adquirente con pacto de reserva de propiedad por los daños derivados de la circulación vehicular, aún en el caso que ellos deriven de vicios de construcción.

Como se observa del propio texto de las citadas normas, el legislador ha tratado de limitar la responsabilidad frente a los terceros víctimas de los daños, sólo a los sujetos que en ellas se mencionan, considerados por el legislador como las esferas subjetivas más idóneas para soportar el daño[34]. Normas que separan el momento contractual en que se lanza el producto a la circulación –en el que el productor permanece aislado haciéndolo inatacable por la víctima– y el momento del daño consiguiente al uso del producto.

De modo que la interpretación que se desprende sin mayor esfuerzo de dichas normas, es más, corroborada por la lógica de la autonomía privada, aún dominada bajo el perfil del principio de la relatividad contractual[35], es la que sustrae al constructor o productor de la responsabilidad por los daños sufridos por quien es tercero con respecto a un contrato de construcciín *(appalto)* o de compraventa. Nótese que esta vía interpretativa, constituye un modo diverso de alcanzar el mismo resultado que obstruyó por largo tiempo, en el sistema del *common law,* una evolución jurisprudencial favorable al resarcimiento del daño del tercero, a través de la aplicación del principio de la relatividad contractual, conforme al cual, la

[34] Una opinión importante en la doctrina ha señalado con respecto a la responsabilidad civil prevista en los casos de los arts. 2053 y 2054 del C.C. It., que si bien es necesario determinar los sujetos a quien se atribuirá la responsabilidad, pues sólo a través de la fijación de límites es posible realizar la función de prevención y la de resarcimiento, también lo es que, el problema de la responsabilidad civil no se resuelve incrementando indiscriminadamente los centros de imputación del daño, sino hallando la esfera subjetiva más idónea. V. Castronovo, Carlo, *op. cit.*, p. 174 ss.

[35] Bessone, Mario, *op. cit.*, p. 19.

exclusión de la responsabilidad del productor se atribuía al hecho que el tercero-víctima no era parte contractual.

Las citadas normas –que si bien hacen referencia mediata e indirecta al problema de la circulación de productos defectuosos– suscitaban la interrogante sobre si era o no correcto atribuir los vicios de construcción –que no son sino defectos en el diseño del producto– de un edificio o de un automóvil sea al conductor, al propietario o usufructuario con reserva de propiedad, y sobre si era correcto no distinguir entre los vicios de construcción y defectos de mantenimiento, como sucede en los citados artículos, atribuyéndolos indiferentemente a los sujetos que se consideran responsables.[36]

En efecto, a la enseña de argumentaciones de fondo, y de una constatación normativa, que como destaca el jurista Bessone, refleja que "el código civil italiano no es aún la traducción jurídica apropiada de un régimen de capitalismo maduro"[37], prestándose más bien a interpretaciones de exégesis literal que han colocado al productor en una posición de privilegio con respecto al consumidor, la doctrina y jurisprudencia italianas dieron una respuesta negativa al resarcimiento del daño de producto defectuoso, bajo la perspectiva extracontractual.

En este sentido, se había pronunciado la Corte de Casación en 1960, en el caso de daño generado por defecto de construcción del automóvil, negándose al tercero víctima del daño la posibilidad de demandar el

[36] Ciertamente, se entiende que en el caso del conductor del vehículo que utiliza el bien, o el del propietario, usufructuario, adquirente con pacto de reserva de propiedad, porque obtienen algún provecho del bien, el legislador haya decidido atribuir a tales sujetos los daños derivados de los defectos de mantenimiento. No obstante, enterderse el énfasis de la norma en la responsabilidad del propietario por su coherencia en una época en que la propiedad es indicio de capacidad económica para mejor soportar los efectos de los daños, no considerándose aún la relevancia del fenómeno de la empresa, no se puede negar que resulta discutible que también se atribuya a los sujetos que menciona la norma, los daños derivados de defectos de construcción. Pues, si la intención del legislador ha sido la de facilitar el resarcimiento de los daños de terceros-víctimas, a través de la hipótesis de responsabilidad objetiva de la última parte del art. 2054, que sin admitir la prueba en contrario prevé "*in ogni caso le persone indicati dai commi precedenti sono responsabili dei danni derivati da vizi di costruzione o da difetto di manutenzione del veicolo*", ello lo lograba si disponía directamente la responsabilidad del productor por los vicios de construcción, evitando cargar este tipo de defectos a los sujetos previstos por la norma, con la consecuencia que, posteriormente dirigirían su demanda contra el directo responsanble de tales vicios, o sea el productor.

[37] Bessone, Mario, *op. cit.*, p. 18.

resarcimiento al productor, declarando a este último sujeto extraño a la hipótesis del art. 2054 C.C. It., que al consagrar una presunción absoluta de la responsabilidad del propietario del automóvil por los vicios de construcción, con ese hecho –el hecho del propietario, o de quien por él ponga en circulación el automóvil– llega a excluir toda eficiencia al nexo de causalidad material entre la conducta del constructor mismo y el evento, y precisa que los vicios de construcción pueden constituir solamente causa de responsabilidad contractual del constructor frente al adquirente[38].

[38] *Cass. civ.* 15 de julio de 1960, n. 1929, en *Foro It.*, 1960, I, 1714 ss. Se trata de un caso en el cual, por haber transcurrido el plazo de prescripción bienal previsto en el art. 2947, inc. 2°, para demandar el resarcimiento de los daños derivados de la circulación vehicular, el tercero víctima acciona contra el constructor a la luz del supuesto contemplado en el art. 2043 C.C. It., que como tal, se sujeta a la prescripción quinquenal que en el caso, aún no se había cumplido. La Corte de Casación deniega el recurso.

Es de destacar un concepto importante que emerge en esta sentencia, como el de *autorresponsabilidad*, precisándose que las consecuencias dañosas de un 'uso impropio' de un utensilio, de un automóvil, de una instalación, etc., se deben atribuir a aquél que ha obrado en ese modo con respecto al producto. Esta noción halla su equivalente en el uso impropio *(misuse)* de la responsabilidad del productor norteamericano, con la cual, se excluye la responsabilidad del productor.

Respecto a la noción de *autorresponsabilidad*, la jurisprudencia italiana presenta una sentencia análoga en el sentido de la precedentemente citada, en la cual, la *Corte d'Appello* de Génova en 1964, excluye la responsabilidad del productor por los daños sufridos por un menor como consecuencia del uso de una pistola de juguete, atribuyendo la responsabilidad del accidente a los padres del menor, por no haber sido diligentes en impedir que el menor hiciera un 'uso impropio' del juguete, sobre la base del principio de *autoresponsabilidad. App. Genova*, 5 de junio de 1964, en *Foro pad.*, 1964, I, p. 725 ss.

La similitud de las dos sentencias precitadas radica en el fundamento que exime al fabricante de responsabilidad, cual es, el hecho que éste había alegado al producto instrucciones correctas para el uso del mismo.

La sentencia de la Corte de Génova señala que "la advertencia importante, escrita con caracteres tipográficos notorios en el respectivo folleto alegado a la pistola de juguete, sirve para interrumpir el nexo de causalidad jurídica, presupuesto de la responsabilidad, entre el hecho que se quisiera imputar al constructor o fabricante, de haber puesto en comercialización la misma pistola de juguete, capaz de cualquier modo de dañar a los niños que la usan en el juego, y el perjuicio que los mismos han sufrido como consecuencia". Se observa en la presente resolución, una incorrecta aplicación de la noción de "uso impropio", toda vez que éste es previsible desde que se tiene presente que el producto -la pistola de juguete- será utilizada por un público conformado por menores de edad; y a ello se agrega el hecho que una advertencia en el producto no anula el carácter de inseguro de un

bien, vale decir, el defecto de diseño. La experiencia norteamericana muestra una posición de rechazo a la exclusión de la responsabilidad del productor en casos con las características de los señalados.

La relevancia del examen del comportamiento de la víctima en la deteminación de la eficiencia causal, se halla a la base del razonamiento que se desprende de la sentencia de la *Corte d'Appello* de Génova antes citada, así como en una sentencia de la *Cassazione* de 21 de octubre de 1957, n. 4004, en *Foro It.*, 1958, p. 46. Ambas sentencias se refieren al caso de un menor de edad víctima de las esquirlas de una pistola de juguete que disparaba. A diferencia de la sentencia de la Corte de Génova, la *Cassazione italiana* en 1957 había excluido la interrupción del nexo causal entre defecto del producto y evento dañoso, pronunciándose por la responsabilidad del productor. El argumento de fuerza en este caso era la "previsibilidad" que los niños puedan usar la pistola sin una protección para el tambor, tratándose de un hecho que se considera dentro de la normalidad de los acontecimientos humanos. En ello, precisamente, la Corte de mérito basó la culpa del productor.

La sentencia genovés de 1964 da un paso hacia atrás con respecto a la sentencia de la *Cassazione* de 1957 que, precediendo a la del 1964, establecía la responsabilidad del productor, cargándole de un especial deber de diligencia. En estas sentencias se observa que, no obstante la consideración en concreto del comportamiento del productor, se llega a resultados opuestos.

En el sentido de excluir la responsabilidad del productor de un electrodoméstico carente de adecuados mecanismos de seguridad, se ha pronunciado el *Trib. Pavia,* 22 de diciembre de 1972, en *Mon. Trib.*, 1973, p. 310, a haber establecido la causa del accidente en la negligencia del consumidor; siempre en la línea de hacer recurso a la culpa, la *Cass.* de 2 de abril de 1963, n. 819, en *Resp. civ. e prev.*, 1963, p. 49, en que se afirma conforme al art. 2043 C.C., la responsabilidad del gestor de una industria de producción y distribución de balones de gas, por la explosión de un balón que presentaba una válvula de seguridad defectuosa.

Con respecto a los casos de explosión de balones de gas, se observa que son varios en número y oscilante la decisión jurisprudencial. Así, en una sentencia del *Trib. Milano,* 31 de mayo de 1965, en *Rass. petrolifera,* 1966, p. 389, se establece la responsabilidad del concesionario-depositario, quien se había comprometido a responder por cualquier daño que se provocara con los balones de gas; la *ratio* de la sentencia destaca que "el siniestro tuvo lugar en un momento estático respecto al dinámico de la sociedad distribuidore de balones de gas, y por ello, no a causas imputables a la actividad de llenar de gas dichos balones, sino por causas que derivan de una omisión de custodia y de una imperita maniobra o graduación en el uso de los balones de parte del concesionario depositario". En otro caso del mismo género (*Cass. civ.*, 9 de mayo de 1967, n. 934, en *Foro It.*, 1967, I, p. 1487), en cambio, se atribuye la responsabilidad al productor por ejercicio de actividad peligrosa, cuando no se demuestre la adopción de todas las medidas dirigidas a evitar el daño, definiéndose la fabricación de balones de gas como actividad peligrosa.

En 1979 la jurisprudencia italiana insistía en afirmar sólo la responsabilidad del productor, negando el concurso de responsabilidad del distribuidor, por considerarlo un simple detentador material de los recipientes (*Cass. civ.*, 20 de julio de 1979, n. 4352, en *Resp. civ. prev.*, 1980, p. 84.

No obstante el largo período de vigencia de la orientación jurisprudencial que se señala en precedencia, la Corte de Casación cambia de posición en 1973, en una sentencia recaída en una controversia suscitada por daños derivados de vicios de construcción de un automóvil, en la cual precisa que si bien el art. 2054 C.C. atribuye la responsabilidad al propietario del automóvil y a los demás sujetos a los que le equipara, la norma no constituye obstáculo una responsabilidad autónoma del constructor frente a la víctima[39].

Si bien el reconocimiento de la responsabilidad del productor corresponde a una segunda fase en la evolución del tratamiento que ha observado el derecho italiano, la que se seguirá en el punto a continuación, resulta práctico señalar desde ahora que, una interpretación del art. 2054 C.C. como la indicada en el parágrafo precedente, supera las dificultades que pone el dato formal para determinar una responsabilidad directa del productor. Se acusa un retardo de casi 50 años en este reconocimiento, si nos remontamos a cuanto presenta el sistema norteamericano con respecto a la superación del principio de la relatividad contractual[40].

Y cuando se podía considerar el hecho dañoso bajo control así como entender que la circulación de los productos se realiza a través del contrato de compraventa, es cuando toma impulso la construcción de tutela del

Asumiendo una posición rígida, en una sentencia posterior, el Supremo Colegio (*Cass. civ.*, 13 de enero de 1981, n. 294, en *Riv. giur.circ. trasp.*, 1982; *Cass.*, 27 de enero de 1982, n. 542, en *Giust. civ. rep.*, 1982, voz *Responsabilità civile*, p. 33) ha considerado actividad peligrosa sea la producción, distribución y hasta detentación, con finalidad comercial, del gas en balones, a la luz del art. 2050 C.C.

Tanto la sentencia de la *Cassazione* del 15 de julio de 1960, n. 1929 y la de la *Corte d'Appello* de Génova del 5 de junio de 1964 responden a una visión tradicional de la responsabilidad del productor –visión subjetivista–, basada en el examen concreto del comportamiento del mismo, de aquello que éste ha hecho o ha debido hacer para evitar el daño. Ciertamente, la lógica subjetivista ha sido evidenciada por la jurisprudencia, sobretodo en los casos de defectos de construcción o fabricación, consistentes en la falta de condiciones de seguridad del producto particularmente peligroso.

Un caso reciente de inexacta aplicación del principio de *autorresponsabilidad* de parte de una corte de mérito la constituye la sentencia del *Trib. Roma*, 27 de abril de 1988, en *Resp. civ. prev.*, 1989, p. 684 ss.

Otra decisión análoga de la época, emitida por el juez de mérito, según la cual se excluía la acción extracontractual por daños interpuesta por el propietario del vehículo contra el fabricante: *App.* Torino 30 de enero de 1960, en *Foro It.*, 1960, I, 1026.

[39] *Cass.*, 2 de marzo de 1973, n. 577, en *Foro It.*, 1973, I, 2116 ss.

[40] Ver Capítulo I, sección primera.

consumidor sobre la base de la disciplina correspondiente a ese tipo contractual.

Como se ha señalado en la parte introductoria en la que se enuncian las premisas del presente capítulo, el desarrollo de la actividad económica ha determinado una inadecuación de las categorías jurídicas tradicionales a los nuevos fenómenos emergentes, y la necesidad de definir nuevos principios y reglas que hagan frente al problema de la responsabilidad del productor[41].

Si bien es cierto, que el ámbito de la responsabilidad extracontractual, como contemplado en el código civil italiano, ha ofrecido mayores posibilidades interpretativas a la doctrina y jurisprudencia, también lo es que, a través de la vía contractual han sido intentadas algunas soluciones, merced a una reflexión que va más allá del problema específico, porque emana de una concepción flexible de la autonomía contractual, que ha permitido considerar sus efectos más allá de la voluntad de las partes.

2.1.1 *Disciplina de la compraventa y responsabilidad contractual del fabricante: la garantía por vicios*

¿Cuál es la tutela que ofrece el código civil italiano frente a daños derivados de productos defectuosos?

La norma del código civil italiano que ha servido originariamente de apoyo a la doctrina a los fines de fundar una responsabilidad directa del productor ante el consumidor, la constituía el art. 1492, 2° párrafo, referida específicamente a la responsabilidad por daños derivados de vicios de la cosa vendida. La norma se halla inserta en la disciplina de la compraventa, de lo cual, resulta la necesaria calidad de vendedor del responsable del daño, y como pone de relieve un sector importante de la doctrina[42], "en el caso no muy frecuente del productor que vende directamente sus productos (artesano), en algún modo, anticipa en el ordenamiento la hipótesis regulada legislativamente en 1988"[43]. La jurisprudencia italiana, por su parte seguiría una línea de tendencia autónoma, como se verá más adelante.

---

[41] Carnevali, Ugo, *La responsabilità del produttore*, Giuffré, Milano, 1974, p. 1 ; Alpa - Bessone, *La responsabilità del produttore*, Giuffré, Miano, 1987, p. 2.

[42] V. Visintini, G., *Trattato Breve della responsabilità civile*, Cedam, Padova, 1996, p. 703.

[43] La referencia legislativa es al D.P.R. 224/88 del 24 de mayo de 1988, con el cual se aplica la directiva CEE sobre la responsabilidad del productor N. 85/374 del 25 de julio de 1985.

Por cuanto respecta a la disciplina prevista por el código civil italiano de 1942 sobre el contrato de compraventa, como bien ha puesto de relieve la doctrina[44], encontrándose vinculada a las hipótesis artesanales en las cuales, los bienes se transmitían directa o inmediatamente al adquirente, "no resulta ... idónea para regular los casos en los cuales los bienes llegan hasta el consumidor a través de un proceso distributivo que se desarrolla en varias etapas".

De la lectura de los artículos arts. 1490 y ss., se deduce que los mismos circunscriben las garantías a la esfera del vendedor[45] en modo que, excluyen la tutela del comprador con respecto al área en que pueden concretarse hipótesis de daños derivados del producto defectuoso, área que queda fuera del control del intermediario. De consecuencia, el adquirente puede accionar solamente contra quien le vendió el producto, en virtud de la garantía insita en el contrato.[46]

La garantía de la compraventa se refiere a los 'vicios de la cosa', y con esta expresión se les distingue de otros tipos de vicios que se hallan fuera de la presente tutela específica[47]. Los defectos de la cosa, además de ser

[44] Carnevali, U., *op. cit.*, 9.

[45] La *'garanzia per i vizi'*, efecto natural del contrato de compraventa, se halla prevista en los arts. 1490 y ss del C.C. It. "Designa un complejo de consecuencias legales que gravan sobre el vendedor por el solo hecho que, estipulando el contrato, ha asumido un determinado empreño, en relación a la función y al valor de la cosa que es objeto del derecho. A diferencia de la garantía por evicción que se refiere a la condición jurídica del objeto de la transferencia, la garantía por vicios se refiere a la condición material. Ambas son vínculos objetivamente destinados a la plena consecución del efecto traslaticio que caracteriza en manera típica la función práctica del ontrato de compraventa". Concepto tomado de: Bigliazzi Geri, Breccia, Busnelli, Natoli, *Diritto Civile 3, Obbligazioni e contratti,* Utet, Torino, 1989, p. 323 ss. Para un desarrollo del tema, V. Ferri, G. B., *La vendita in generale. Le obbligazioni del venditore. Le obbligazioni del compratore, Trattato rescigno, 11. Obbligazioni e contratti,* 3 Torino, 1984, p. 246; Giorgianni, M., *L'inadempimento. Corso di diritto civile,* Milano, 1959, 13 ss; Bianca, M., *La vendita e la permuta, Trattato Vassalli,* Torino, 1972, p, 795 ss.

[46] La jurisprudencia es uniforme en cuanto respecta a los efectos de la garantía. Así la Corte de Casación ha señalado que "las acciones de garantía, las cuales tienden a tutelar al comprador en la fase dinámica, de la ejecución del contrato, persiguen ese fin prescindiendo de todo examen de la culpa del vendedor, o sea, aún cuando resulte que el vendedor haya hecho todo lo posible para evitar que se verifique el evento dañoso para el comprador y haya ignorado sin culpa la presencia de vicios en la cosa..." *Cass.*, 23 de abril de 1964, n. 978, *cit.* en Alpa - Bessone, *op. cit.*, p.4 ss.

[47] Que el contenido de la garantía de la compraventa se refiera a los 'vicios de la cosa' significa que no se comprenden en esta categoría la falta de calidad que ha sido prometida o de las cualidades esenciales para el uso al que es destinada, ni la diversidad

de una cierta gravedad, es necesario que puedan incidir sensiblemente en el funcionamiento o en el valor de la cosa (art. 1476, n. 3; art. 1490, 1° c.): incidirán sobre el funcionamiento al punto de la cosa inútil para el uso al cual ha sido destinada, y sobre el valor, determinando una disminución considerable del mismo.[48]

Esa garantía atiene a los 'vicios ocultos', de conformidad a cuanto se desprende del art. 1491 C.C. Lo que significa que se excluyen del ámbito de la garantía los vicios que sean "notorios" al momento de la celebración del contrato o que sean "fácilmente reconocibles"[49], salvo en este último caso, que conforme lo prevé el art. 1491 C.C. el vendedor haya declarado que la cosa era libre de vicios. Se comprende que la tutela de la garantía halle los límites que se describen en la norma, toda vez que nos hallamos en el área de la relación contractual, en la cual, a la celebración del contrato, el comprador se halla en grado de reconocer los vicios evidentes, y si procede a la conclusión de la compraventa, significa que los ha aceptado, pudiéndose tratar de un caso en que ante determinados defectos del bien, las partes deciden una rebaja en el precio.

El contenido de la garantía así descrita consiste, a elección del comprador, que es definitiva con la interposición de la demanda judicial, en la reducción del precio *–actio quanti minoris-* o en la resolución del contrato - *actio redibitoria–*, salvo que los usos excluyan esta última hipótesis con respecto a determinados vicios (art. 1496 C.C.). El comprador puede pretender sólo la reducción del precio, si la cosa ha perecido por su culpa, por enajenación, transformación, caso fortuito; puede optar por la resolución si la cosa ha perecido como consecuencia de los vicios (art. 1492, últ.c.).

En cuanto respecta al resarcimiento del daño sufrido por el comprador como consecuencia de los vicios de la cosa, el art. 1494 C.C. prevé que procede dicho resarcimiento siempre que el vendedor no pruebe que no

del bien entregado respecto a aquél al cual, las partes se han referido en el contrato (*aliud pro alio*) ni al buen funcionamiento de la cosa vendida. En efecto, éstas son hipótesis de 'vicios' -entiéndase el tpermino en sentido lato-, a las cuales corresponde una disciplima distinta a la de la garantía de la compraventa, no obstante que el examen en concreto de todas ellas revela problema de delimitación. En el sentido de destacar las consecuencias de esa distinción sobre el plano del régimen aplicable, V. Ferri, *La vendita in generale, cit.*, p. 248.

[48] V. Bigliazzi Geri y otros, *op. cit.*, 323.

[49] En cuanto a la reconoscibilidad de los vicios, la jurisprudencia italiana ha reconocido que en el caso de los comerciantes profesionales se debe tener en cuanta, de parte de los adquirentes, la posibilidad de llevar a cabo controles del estados de la mercadería. En este sentido: *Cass., sez. un.*, 12 e octubre de 1982, n. 5243, *GI*, 1983, I, 1, 819 ss., con nota de Danusso, *"Osservazioni sull'onere di verifica della cosa acquistata nella vendita con trasporto"*.

ha conocido el vicio ni que ha tenido lugar sin su culpa[50]. La prueba liberatoria, tal como contemplada por la norma, y considerando que regularmente al vendedor le es imposible ejercer un control efectivo sobre las condiciones del producto, conduce a su no imputabilidad, con la consecuencia de gravar sobre el comprador-consumidor los daños que habrían sido imputados directamente al productor, de haberse hallado en la calidad de contraparte en la compraventa. Ciertamente, con respecto al vendedor, en cuanto intermediario-simple comerciante[51], se arriba a esa conclusión liberatoria, a través de la prueba de la ignorancia de los vicios sin culpa.

Mientras en la primera parte de la norma, se ha previsto una acción general de resarcimiento de daños disponiendo que "en todo caso el vendedor se halla obligado hacia el comprador al resarcimiento del daño, si no prueba que ha ignorado sin culpa los vicios de la cosa" (art. 1494, 1° c.)[52], en la segunda parte se contempla una acción más específica al establecer que "el vendedor debe igualmente resarcir al comprador los daños derivados de los vicios de la cosa" (art. 1494, 2° c.).

En cuanto a los tipos de daños considerados por la norma[53], se ha señalado que en la segunda parte, se alude a los daños generados en otros bienes o en la persona del comprador[54], es decir, se está en presencia del llamado 'daño ulterior', se trata de una hipótesis de hecho ilícito, como es el hecho de haber entregado cosas susceptibles de causar daño a la integridad física o a los bienes del comprador[55]. En cambio, en la primera parte de la norma se contempla el llamado 'daño económico', consistente en la inutilidad de la cosa adquirida y al detrimento de su valor, debidos a la presencia de defectos. Ésta hipótesis de responsabilidad es contractual, pues los vicios de la cosa representan la falta de consecución

[50] La ausencia de culpa del vendedor es considerada in *re ipsa* en el caso de productos contenidos en confecciones selladas, puestos en circulación. En este sentido: *Cass.*, 25 de mayo-de 1964, n. 1270, en *Foro It.*, 1965, I, 2098.

[51] Destaca la posibilidad liberatoria del vendedor conforme al art. 1492 C.C. It.: Alpa - Bessone, *op. cit.*, p. 7.

[52] La jurisprudencia ha reconocido una presunción a cargo del vendedor, referida al conocimiento de los vicios, aún si fueran ocultos: *Cass.*, 11 de mayo de 1984, n. 2891, *RFI*, 1984, *Vendita*, n. 50 (esta solución jurisprudencial al problema asume particulara relieve si se considera el caso del vendedor profesional del sector o un productor.

[53] Alpa - Bessone, *op. cit.*, p. 7.

[54] Para un examen a profundidad del tema de la garantía en la compraventa comercial, V. Cabella Pisu, L., *Garanzia e responsabilità nelle vendite commerciali*, Milano, 1883.

[55] V. *infra*, n. 65.

del resultado contractual estipulado, es decir, un típico incumplimiento contractual.[56]

La norma del art. 1494 C.C., en realidad, ha despertado interpretaciones diversas en la doctrina. La orientación que ha prevalecido respecto al entendimiento de la 'ignorancia sin culpa de los vicios de la cosa' como hace énfasis la Profesora Visintini, realizando una reconstrucción histórica y funcional de la norma[57], es hasta ahora aquella que sostiene que tal ignorancia de los vicios es prácticamente imputable sólo al vendedor en cuanto sea también el productor de la cosa vendida. Así, por ignorancia culposa se entiende, a los fines del art. 1494 C.C., la ignorancia del productor que, en cuanto tal, debe conocer los vicios de la técnica de la producción. Este sentido interpretativo de la norma que ve en ella el caso del productor que vende directamente sus productos (figura del artesano), es confirmado por la propia jurisprudencia que no consiente al vendedor-productor liberarse de responsabilidad aduciendo la ignorancia del vicio[58].

Siendo la *ratio* de la norma en esta hipótesis, la de establecer una sanción al comportamiento de quien contrata, sin revelar intencionalmente la existencia del vicio, o de quien hallándose en una situación tal con la cosa vendida resulta inadmisible que ignore la condición material en que ésta se encuentra, un sector representativo de la doctrina[59] en línea a los argu-

---

[56] En este sentido: Galgano, F., *op. cit.*, p. 1000.

[57] Visintini, G., *Trattato breve della responsabilità civile,* Cedam, Padova, 1996, p. 703. La autora refiere que gracias a la elaboración doctrinal que había interpretado los precedentes legislativos (arts. 1502 y 1503 C.C. It. de 1865, a su vez inspirados en los arts. 1645, 1646 del *code Napoleon*) en el sentido de asimilar al conocimiento del vicio la ignorancia culposa del mismo, el texto del art. 1494 C.C. It. vigente adquiere el significado de basar la responsabilidad por daños derivados de los vicios de la cosa, además de la intención de ocultar el vicio, también en el hecho de ejercer una actividad profesional destinada a la producción y comercialización de cosas como la que ha sido objeto de la venta, siendo considerada en este segundo caso, la ignorancia del vicio como inexcusable, o sea culposa, conforme a la tradicional interpretación que precede a la norma y que se desprende de su tenor literal.

En opinión de la autora, la norma citada hace una referencia implícita a la culpa profesional, siempre a a luz de la interpretación histórica. En efecto, una tradición de inspiración francesa basa el criterio de imputación de la responsabilidad por daños derivados en vicios de la cosa vendida sea en una reticencia dolosa o en una presunción de conocimiento basada en la profesionalidad del vendedor.

[58] En este sentido: *Cass.*, 21 de octubre de 1969, n. 3438, en *Foro It.*, 1970, I, 498.

[59] V. Galgano, F., *"Responsabilità del produttore"*, en *Contratto e Impresa*, 1986, p. 999; Cabella Pisu, L., *Garanzie e responsabilità nelle vendite commerciali,* Milano, 1983, p. 249 ss; Visintini, G., op. cit., p. 704.

mentos históricos y funcionales sobre el art. 1494, 2° c., ha propuesto ampliar el ámbito de la norma a hipótesis de responsabilidad aquiliana a título de dolo o culpa grave profesional en la puesta en circulación de productos defectuosos.

En efecto, sosteniéndose que la responsabilidad prevista por el art. 1494, 2° c., sea una de tipo extracontractual objetiva, porque basada en el hecho de poner a la venta cosas afectas de vicios susceptibles de causar daños, concediendo la prueba liberatoria de haber ignorado los vicios, sin culpa, (como, en materia inmobiliaria, es extracontractual la responsabilidad del constructor por los defectos del inmueble prevista en el art. 1669 C.C., conforme a una consolidada jurisprudencia que ha admitido la *'acción directa'* contra el constructor[60] a los terceros víctimas de los daños derivados de la edificación), se justificaba entonces, la extensión de la referida norma al directo contratante del vendedor-productor (artesano) a los sucesivos "sub-adquirientes". Se note que, aún ante dicha interpretación extensiva de la norma, no se alcanzaba a tutelar con el mismo régimen al llamado *bystander* (terceros).

No obstante que la solución de la 'acción directa por los vicios de la cosa vendida', adoptada inicialmente por la jurisprudencia norteamericana –donde se extienden los efectos de las garantías *(warranties)* al último adquirente[61]– y en tiempo posterior, por la jurisprudencia francesa, los jueces italianos no han acogido la construcción doctrinaria que se señala en el párrafo precedente. En su lugar, han aplicado el art. 1494, 2° c., sólo

[60] Con respecto a la 'compraventa inmobiliaria' en Italia, la jurisprudencia le ha hecho extensiva la norma del art. 1669 C.C. referida específicamente a la materia del contrato de construcción *(appalto)* (que prevé la *warranty* decenal del constructor por peligro de ruina u otros defectos graves del edificio, concediendo 'acción directa' sea al comitente como a sus causa habientes), en el sentido de permitir la acción directa de los terceros-"sub-adquirientes" contra el 'constructor-vendedor', considerándose la *ratio* de la norma la de tutelar la incolumidad de la persona en relación a la estabilidad de las edificaciones. Así: *Cass.*, 12 de abril de 1957, n. 1253, en *Mass. Giur. It.*, 1957; *Cass.*, 28 de setiembre de 1973, n. 2429, en *Giust. civ.*, 1974, I, 66.

Esta orientación jurisprudencial en materia de 'compraventa inmobiliaria', se coloca en línea al desarrollo que ha tenido en Francia la llamada *'action directe'*, atribuida al adquirente final contra el vendedor original, por los daños derivados de vicios de los productos, salvándose de este modo el inicial y cada vez más complicado sistema de la "cadena de recursos en garantía", del adquirente final al último vendedor, y de éste al primer vendedor. V. *infra, La experiencia francesa,* en el punto 2.1.2 de esta sección.

[61] Sobre la etapa del tratamiento de la responsabilidad del productor en Estados Unidos en que se aplica el régimen de la "garantía", véase Primera Parte.

con respecto a la relación entre vendedor-productor y directo adquirente, entendiendo el vicio de la cosa vendida en términos de inseguridad o peligrosidad del producto; mientras que, con respecto a los consumidores-"sub-adquirientes", los jueces han aplicado en la generalidad de los casos de daños derivados de productos defectuosos, la cláusula general de la responsabilidad por hecho ilícito, o sea, el art. 2043 C.C., utilizando la técnica de la presunción de la culpa, lo que se tratará más adelante[62].

De esa aplicación jurisprudencial se podía observar al menos en teoría, que se daba un tratamiento desigual para los primeros adquirentes y los "sub-adquirientes" que resultaban sufriendo daños como consecuencia del producto defectuoso. En la práctica, dicha desigualdad no se ha concretado, toda vez que como se ha precisado, los jueces han aplicado a los fines de tutelar al consumidor, una presunción de la culpa del productor[63].

Como se desprende de cuanto se viene desarrollando, el hecho era que, el cuadro normativo que ofrecía el código civil, implicaba considerar al vendedor un mero intermediario en las operaciones de circulación de los bienes, mientras que al productor, a quien en realidad debían atribuirse los defectos de los productos tratándose del responsable de su elaboración, no le alcanzaba el régimen de la compraventa. La situación de desamparo del consumidor-adquirente frente al daño derivado de producto defectuoso, comportaba necesariamente una toma de posición con respecto al problema, el cual, implicaba una variación de los términos del tratamiento de la responsabilidad derivada de productos defectuosos, centrando esta vez la atención en el productor.

En síntesis, afrontar el problema de la responsabilidad del productor en toda su extensión, importa atender, como pone de relieve Carnevali[64], a dos aspectos del mismo, los cuales saltan a la luz del hecho que el contrato de compraventa vincula sólo a los sujetos que revisten la calidad de parte en el contrato, o sea, consumidor-comprador y vendedor-intermediario. Estos aspectos son los siguientes:

a) De una parte, el aspecto referido a la escisión de la fase de la producción y la de la comercialización de los productos, comporta que el productor se halla fuera de la relación contractual directa entre vendedor y comprador, en consecuencia, los efectos de la garantía por vicios recaen sobre el último vendedor, o sea, el intermediario. Ello acarrea subsiguien-

[62] V. *infra* N°. 2.2 de esta sección.
[63] En este sentido: *Cass.*, 25 de mayo de 1964, n. 1270, en *Foro It.*, 1965, 2098.
[64] Carnevali, Ugo, *op. cit.*, p. 13 *ss.*

tes acciones de garantía del último vendedor contra el precedente, y así sucesivamente, hasta alcanzar al productor, real responsable del defecto. Lo que determina la complejidad y alto costo del sistema procesal con repercusión en la maquinaria judicial. Esta situación, ciertamente, revela la insuficiencia de la respuesta contractual centrada en la figura de la compraventa como contemplada en el código civil italiano, delatando un problema de laguna en esa disciplina, frente al fenómeno de las ventas en cadena[65].

A los fines de plantear una solución a este aspecto del problema, se han intentado en doctrina varias teorías, las que manteniéndose en una óptica contractual, han tratado de aproximar la situación del consumidor-último adquirente a la del productor a los efectos de alcanzar una responsabilidad directa de este último, frente a los daños derivados del producto defectuoso[66].

La doctrina italiana, al afrontar el problema de la responsabilidad del productor desde la perspectiva contractual[67], se ha visto especialmente influenciada por las construcciones teóricas elaboradas en Alemania y en Francia, donde se ha admitido la 'acción directa' del último adquirente contra el primer vendedor de la cadena comercial, alcanzando dicho resultado a través de vías interpretativas doctrinarias y jurisprudenciales diversas. No es éste el lugar para examinar en extenso los modelos alemán y francés sobre la materia, pero algunas anotaciones deben ser señaladas a los efectos de ilustrar la influencia en el desarrollo que ha tenido el tema en Italia (Véase a este propósito el párr. 2.1.2).

Como precisa el jurista Bianca[68] la responsabilidad contractual del primer vendedor, que sería el fabricante, presupondría, conforme a una solución positiva, que aquél se haya obligado no sólo frente al comprador, sino también con respecto a los "sub-adquirientes". Esa solución comporta hipotizar un supuesto de promesa del vendedor a favor de personas diversas del comprador. Los intentos en la doctrina para establecer un deber tácito del vendedor-fabricante se fundan en una ficción. De este modo, el jurista descarta la posibilidad de afirmar seriamente que el hecho de colocar la propia denominación a los productos que se ponen en circulación, signifique una 'promesa de buena calidad del producto'[69].

[65] V. Bianca, M., *La vendita e la permuta*, Utet, Torino, 1972, p. 840 ss.

[66] V. Carnevali, Ugo, *op. cit.*, p. 103 ss.

[67] V. Carnevali, U., *La responsabilità del produttore*, Giuffré, Milano, 1974, p. 103 ss.

[68] Bianca, *op. cit.*, p. 841.

[69] Ciertamente, el colocar la propia denominación o una marca a un producto no realiza por sí mismo el efecto de la garantía. Se trata entonces de una simple especifica-

Igualmente, se considera inadmisible el esfuerzo de cierta doctrina por pretender hallar en la primera compraventa un contrato a favor de terceros "sub-adquirientes". Pues, es artificioso suponer que las partes tengan en mente el interés del futuro subadquirente como posible destinatario de la prestación contractual.

Otro sector doctrinario, ha individualizado en la figura de la cesión del contrato, una posibilidad para el comprador de hacer valer una pretensión contractual contra el primer vendedor de la cadena. Así, el distribuidor cedería su posición contractual al comprador, quien entonces se halla legitimado para hacer valer la relación contractual originaria por ser el titular. Pero también esta tesis doctrinaria peca de artificiosa, toda vez que de acuerdo a su lógica, el vendedor al enajenar el bien, estaría cediendo el contrato a través del cual, ha adquirido la titularidad sobre el bien, operando necesariamente una presunción de voluntad contractual tácita.

En cambio, una solución que por la época en que se afronta el fenómeno de las ventas en cadena, se halla en la jurisprudencia que en cierta forma, ha reconocido una tutela directa al subadquirente frente al primer vendedor. El jurista Bianca, haciendo énfasis en lo apropiado de la solución a los términos económicos de las ventas en masa de los productos industriales, señala que la orientación jurisprudencial, aún admitiendo la autonomía de los contratos de compraventa, concede acción al último comprador frente al primero, por aquellos incumplimientos contractuales cuyo efecto recae sobre los sucesivos adquirentes. Los confines de la pretensión resarcitoria se limitan conforme a los términos en que el primer vendedor responde frente al primer comprador[70]. Como se puede apreciar, no obstante ofrecerse una tutela al último subadquirente, siempre ella se halla limitada según los términos de la primera relación contractual.

b) De otra parte, no pudiendo limitarse el problema de la responsabilidad del productor a la distancia entre el productor y el adquirente final de los productos, el otro aspecto del problema viene constituido por la consideración que la tutela del consumidor va más allá del ámbito del adquirente final, comprendiendo además a sujetos que usando en cualquier modo el producto pueden resultar víctimas del mismo. Es claro que víctimas de daños derivados de productos defectuosos pueden serlo también, todos aquellos sujetos que, aunque sin utilizar el producto, se hallan

ción de la cualidad del producto, en el sentido que se convierte en un "medio para individualizar la calidad del producto", (una mera declaración descriptiva), "refiriéndose directamente al contrato los efectos relativos a la falta de calidad o a los vicios de la cosa". V Castronovo, C., *Problema e sistema del danno da prodotti*, Milano, 1979, p. 350.

[70] Bianca, *op. cit.*, p. 841.

en cierto modo dentro de la zona del riesgo[71]. Noción que en el derecho norteamericano se conoce como *bystander* (terceros).

Destacándose que no se justifica un tratamiento diversificado para las víctimas de daños de productos defectuosos, en el sentido de limitar la tutela al adquirente final, excluyendo a todas las demás víctimas potenciales, se revela que el problema que se afronta en realidad, es más complejo que simplemente el señalar la insuficiencia de la normativa del código civil sobre la compraventa, se trata pues de dar paso a una responsabilidad del productor por haber puesto en circulación 'productos defectuosos', reflexiones que condujeron a la doctrina y jurisprudencia a orientar sus esfuerzos tratando de hallar los mecanismos y criterios al interno del propio sistema del código civil que consintieran una solución al problema de los daños derivados de productos defectuosos.

Ante la insuficiencia de las tesis "contractualistas" así como de una interpretación extensiva del art. 1494, 2° c. del C.C. It., para afrontar el problema de la responsabilidad del productor, se revela claramente la naturaleza extracontractual de los daños derivados de productos defectuosos. Ciertamente, sólo este reconocimiento permite considerar bajo la tutela de la responsabilidad civil, no sólo al consumidor que adquirió el bien sino a todos aquellos que pueden de un modo u otro, hallarse en las inmediaciones de la zona del riesgo del 'producto defectuoso'. En ello es conforme la doctrina y jurisprudencia italiana, cuya respuesta al problema en el sentido de establecer la responsabilidad del productor se refiere a continuación, en lo que corresponde a la fase sucesiva de la evolución.

Corroborando la tesis sobre la naturaleza extracontractual previamente indicada, antes de pasar a la fase sucesiva en la evolución que ha tenido el tema de la responsabilidad del productor en Italia, es necesario anotar que la noción de 'vicio' que es vacilar en el régimen de la garantía de la compraventa, resulta limitativa a los efectos de la construcción de una teoría de la responsabilidad del productor, estando los aspectos del problema indicado en los párrafos precedentes.

En efecto, la división tripartita de 'vicio' en sentido estricto, la falta de cualidades esenciales o que han sido expresamente contempladas en el contrato (en lo que generalmente viene a consistir la garantía de funcionamiento prevista por el art. 1512 C.C. It.), y la entrega de cosa diversa a

[71] *Ibidem*, p. 20 ss. Sobre los sujetos que sin utilizar el producto resultan víctimas por hallarse en la zona del riesgo, la jurisprudencia italiana ofrece una serie de casos de personas que pasaban por los alrededores y resultan víctimas de automóviles defectuosos: V. *Cass.*, 2 de marzo de 1973, n. 577, en *Foro It.*, 1973, I, c. 2126.

la estipulada (*aliud pro alio*), constituye una construcción realizada en base a las normas previstas por el código civil para la compraventa. La distinción entre las mencionadas categorías tiene relevancia en cuanto a los efectos de la disciplina a aplicarse en cada caso, no obstante que en la práctica, los límites entre ellas no se presentan nítidos[72]. Sólo en el primer caso, o sea cuando se trata del 'vicio' de la cosa en sentido estricto, se aplica el régimen de la garantía de la compraventa, rigiendo las demás situaciones, la disciplina general del incumplimiento contractual. Nuestro interés se centra en el 'vicio' de la cosa, que viene identificado al defecto de fabricación, de formación o de producción[73].

Como se puede apreciar, la noción de 'vicio' se circunscribe a la cosa en sí misma, a un defecto insito en ella, no corresponde a la noción más lata de peligrosidad del producto, que equivale a la carencia de seguridad del producto, siendo ésta la base de la noción más amplia de 'defecto'[74], que es aquella que, si bien, rebasando los términos de una relación contractual, y teniendo en cuenta una serie de circunstancias en su determinación tal como, el comportamiento previsible del usuario del producto, se ajusta bien a un tratamiento integral de la responsabilidad del productor. Ya el jurista Carnevali[75] había hecho énfasis en la necesidad de abandonar una clasificación de los 'defectos' –entiéndase 'vicios'–, elaborada en función a los efectos del vicio mismo, para acoger una clasificación fundada en la 'causa del daño' sufrido por el productor.

2.1.2 *Anotaciones generales sobre las teorías "contractualistas". El panorama en la experiencia alemana y la experiencia francesa*

Como se ha remarcado en párrafos precedentes, el fenómeno de la distribución de masa ha generado la multiplicación de los anillos de la cadena productivo-distributiva, siendo la figura del 'intermediario'[76] que ha ido

[72] Para un estudio acucioso del tema, léase: Ferri, G.B., *La vendita in generale, cit.*, p. 248.

[73] Mirabelli, G., *Dei singoli contratti 2, Commentario,* Utet, Torino, 1969, p. 96.

[74] Sobre la noción de 'defecto', véase la tercera fase de la evolución, sección segunda del presente Capítulo.

[75] Carnevali, Ugo, *cit.*, p. 29 ss.

[76] Mientras de un lado se afirma la irrelevancia del 'intermediario' en compración de la relación productor-consumidor, una autorizada opinión en la doctrina italiana trata de recuperar la importancia que va asumiendo el 'distribuidor' en el desarrollo de las

alejando formalmente al fabricante del adquirente final del producto. Es así que, a los fines de superar la situación formal de separación entre productor y adquirente final, por no existir entre éstos una relación contractual directa, las 'teorías "contractualistas"' orientan sus esfuerzos hacia la aproximación de ambos sujetos, a los efectos de permitir al último de los mencionados accionar directamente contra el primero para la obtención del resarcimiento de los daños derivados de productos defectuosos, amparándose en la disciplina prevista por el código civil para la responsabilidad contractual. En esos intentos de aproximación, se plantean diversas líneas hermenéuticas que pretenden dar una cierta forma contractual a la relación productor - consumidor, postulándose soluciones forzadas y artificiosas. La experiencia que más ha caracterizado este tipo de soluciones, ha sido la doctrina alemana.

Las teorías "contractualistas" se hallan inspiradas en dos ideas que fluyen claramente de las mismas. La primera, consiste en un juicio de valor, y destaca el hecho que el interés de todo consumidor debe ser tutelado. A mayor razón, si se trata del último adquirente, quien se halla frente al productor en relación contractual, por lo que la tutela debe ser aún reforzada. La segunda idea, de índole más práctica, destaca que la disciplina de la responsabilidad contractual ofrece al consumidor-víctima de daños, mayores ventajas con respecto a la disciplina de la responsabilidad extracontractual. Ciertamente, la solución "contractualista" no ha pretendido sustituir la responsabilidad está bien, es del lenguaje jurídico, ergo, bien podía concebirse una concurrencia de responsabilidades donde la última tuviera lugar.

Se conocen dos tendencias en las teorías "contractualistas":

De una parte, se colocan las que se fundan en una relación contractual entre el productor e intermediario, de la cual, tratan de extender la tutela contractual al último adquirente del producto.

De otra parte, se hallan las que atribuyen la existencia de una relación contractual directa entre productor y adquirente final, independientemente de la existente entre el primero y el o los intermediarios.

actividades comerciales, destacando su responsabilidad por la conservación de los productos que le son entregados para proseguir la circulación. V. en este sentido: Galgano, F., *"Grande distribuzione e responsabilità per prodotti difettosi"*, en *Contr. e impr.*, n. 1, 1992, p. 7 ss.

2.1.2.1. *La experiencia alemana*

Como ha sucedido en Italia y en los demás países continentales, el tratamiento de la responsabilidad del productor se registra en la década de los años '50, siendo hasta ese momento que las decisiones judiciales alemanas eran escasas, pasando casi desapercibidas. Aún hacia 1968 se hablaba, con respecto a los intentos de elaborar normas específicas para los daños derivados de producto, como de "una injustificada importación de un bien típicamente americano"[77]. Simitis, jurista alemán y estudioso del tema, ha precisado que, a pesar del retardo con que se inicia el debate doctrinario, éste ha seguido las mismas vías cultivadas, por las cortes de los estados Unidos en sus intentos de armonizar una posición jurídica convincente, siendo por ello que la historia de la responsabilidad del productor en Alemania, como en algunos otros lugares, representa un itinerario complicado desde lo que a primera vista parecía un simple ejercicio en el derecho contractual a las fronteras de la responsabilidad civil[78].

Siendo el sistema alemán uno en el cual se nota el predominio de la disciplina contractual, la doctrina jurisprudencia se han revelado favorables a las elaboraciones dogmáticas orientadas a adaptar el sistema bipolar de la responsabilidad civil al problema de la responsabilidad del productor, ciertamente, valiéndose de una serie de interpretaciones forzadas y de las ficciones. Inicialmente, las soluciones propuestas por la doctrina y secundada por la jurisprudencia, giraban en torno al contrato mas no en cuanto a lo estipulado en sí mismo, sino que, partiéndose de la consideración que el consumidor fuese completamente extraño al contrato por el que se pone un producto en el mercado, se postula colocar la relación del consumidor con el productor en la etapa previa a la conclusión del contrato –lo que conduce a pensar en términos de una relación precontractual–, o entender instaurada una relación directa y autónoma entre tales sujetos. Y como fundamento de dicha relación jurídica, aún si no existía entre ellos un real acuerdo contractual, bastaba para los intérpretes alemanes, referirse a la original relación vendedor-comprador.

En el sistema alemán, existen dos razones fundamentales por las que se favoreció inicialmente la solución contractual al problema de los daños derivados de productos defectuosos. Una se refiere a que la perspectiva contractual permitía operar al interno de un cuadro tradicional. En efecto,

[77] Moahring, cit. por Simitis, Spiros, *"La responsabilità per i prodotti difettosi. L'approccio tedesco-occidentale"*, en Riv. crit. dir. priv., n. 1, 1985, p. 225 ss.
[78] Simitis, S., *op. cit.*, p. 227.

siendo la relación vendedor-comprador el canal típico para la distribución de los bienes en el mercado, cualquier conflicto de interés era tratado según las normas de la compraventa. Y cualquier solución a problemas relativos al mercado partían de la consideración de las normas contractuales.

La otra razón de fondo, y tal vez la de mayor peso, para sustentar las teorías "contractualistas" halla punto de apoyo en la propia disciplina de la responsabilidad está bien, es del lenguaje jurídico prevista por el código civil alemán –el BGB–. A diferencia de otros sistemas continentales, el BGB ha previsto una responsabilidad vicaria del empleador por los errores de sus dependientes (parágr. 831), permitiendo al empleador liberarse de responsabilidad si prueba que ha obrado diligentemente en la selección y supervisión de sus dependientes. Como destaca Simitis, la norma, si bien considerada instrumento necesario para el proceso de industrialización acelerado, se convertía en un obstáculo para el derecho si éste asumía la tarea de compensar los daños resultantes del proceso industrial. Ciertamente, se entiende que en el momento en que el empresario crea una organización destinada a la producción de bienes, él mismo limita su responsabilidad, dada la división del trabajo. Pero, si se debe entender la responsabilidad civil en términos de 'internalización de los riesgos'[79], entonces este objetivo no es coherente con una exoneración de responsabilidad del productor.

[79] Frente al proceso de industrialización, "cuanto mayor es el grado de adelante y los medios tecnológicos más sofisticados, mayor es la necesidad de las normas que permitan domesticar los riesgos que acompañan el uso de los productos típicos para la vida y el trabajo de cada día en una sociedad industrializada". V. Simitis, *op. cit.*, p. 225. Como pone de relieve el jurista alemán, los daños derivados de productos son uno de los ejemplos más típicos de los riesgos soportados por los consumidores en una sociedad industrializada. En efecto, la responsabilidad por productos defectuosos surge como problema para los estudiosos en respuesta precisamente a aquella alocación de los riesgos que conecta el predominio económico del productor en el proceso productivo, con las estrategias políticas que excluyen la responsabilidad por los resultados del proceso. Es lo que en términos de análisis económico se conoce como *'externalización de los costos de los riesgos'*. Así, entrándose a una etapa sucesiva en el afrontar los daños derivados de productos, y concentrarse la atención en la tutela del consumidor, la perspectiva no puede ser otra que la de la *'internalización de los riesgos'*. Por ello, como enfatiza Simitis, "el descubrimiento de la responsabilidad por productos defectuosos es algo más que una simple etiqueta para un viejo problema; en efecto, es la señal inequívoca de un cambio radical de directivas en la política del derecho". *Ibidem*, p. 227. Para una amplia explicación de la externalización, internalización y socialización -distribución entre ciertos grupos o en la entera sociedad- de los riesgos, véase: Fleming, *The law of torts*, 6° ed., 1983, p. 6.

Es esta segunda razón, la que conduce a entender claramente el por qué las cortes alemanas optan, dando una primera respuesta positiva al problema de la responsabilidad del productor, por las soluciones dadas a la luz de las normas contractuales, implicando dicha opción una serie de interpretaciones forzadas de las normas contractuales, sobretodo si se piensa que, los daños derivados de productos no atienen sólo a quienes se hallan vinculados a través de una relación contractual *stricto sensu*. Así, surgía el problema de cómo considerar a las víctimas de daños que no eran parte de un contrato, si se entiende la garantía como fruto de un acuerdo personal y no en el sentido que 'la garantía corre con el bien', como fuera sostenido en los Estados Unidos, en diversas ocasiones en que se trató de extender a ultranza la denominada garantía *(warranty)*[80].

En la adopción de las soluciones contractuales, la doctrina y jurisprudencia alemanas eran conscientes del hecho que, el derecho de los contratos halla justificación en la capacidad de las partes para autorregular sus intereses, y que ellas implicaban aceptar criterios de responsabilidad que pueden excluir una protección conferida por la ley o judicialmente, a través de las conocidas cláusulas limitativas o exonerativas de responsabilidad.

Así, las cortes alemanas, teniendo en cuenta esas limitaciones recurrieron a normas que flexibilizaban el derecho contractual, unas veces, extendiendo el ámbito de las personas protegidas por los remedios contractuales, modificando el *ius quaesitum tertio*, que era utilizado como base para lo que se llamaba 'contrato con efecto protectivo de terceros' (que sería el contrato celebrado entre productor y distribuidor, con el que se inicia la cadena hasta alcanzar al adquirente final). Se hacía una equivalencia con el contrato de locación, donde la protección alcanza al menos a los miembros de la familia, con respecto a todo mueble que incluye el bien inmueble[81]. Así, el uso previsible de parte de terceros se convierte en un primer momento, en un deber de protegerlos de los posibles daños, en un segundo momento, en un derecho contractual para accionar contra el productor, que se hace derivar del contrato con el distribuidor directo, y siempre sobre la base de una 'serie de deberes de protección' que surgen *ex lege*, en oposición a la doctrina que los considera efectos del negocio jurídico[82].

[80] V. *retro*, Cap. I, Secc. primera, siguiendo la evolución de la *American responsabilidad del productor.*

[81] Simitis, S., *op. cit.*, p. 229.

[82] Esa categoría de los 'deberes de protección' que surgen con la conclusión del contrato revelándose en la fase de ejecución, no tiene en el ordenamiento italiano aquella autonomía de la que gozan en el derecho alemán, donde parecen justificarse por una

Otras veces, siguiendo la línea indicada en precedencia, las cortes alemanas recurrieron a las llamadas 'garantías implícitas', para superar los límites del principio de la relatividad contractual. Así, se pensaba un contrato de garantía entre productor y consumidor, considerándose que de norma, el productor al colocar sus productos en el mercado, si bien no estipula directamente con el último adquirente, llega a él o a través de las técnicas de *marketing* (compréndase publicidad, las marcas, la denominación e imagen de la empresa, etc.), las cuales, están orientadas a fomentar la oferta del consumidor garantizando las expectativas de este último, o a través de la asunción de una obligación de realizar las reparaciones necesarias. De esa manera, se crea la ficción de un denominado "contacto social" o "relación de hecho" entre productor y consumidor, que se construye sobre la base de la confianza que deposita este último en la cualidad del producto y la disponibilidad del primero de los mencionados para corregir los posibles defectos. La ventaja de dicha tesis era la ficción de una relación directa contractual entre los mencionados sujetos, no necesitando el consumidor dirigir su demanda de daños contra su directo vendedor. Para el productor, esta tesis significó, en un primer momento, renunciar a las cláusulas de exoneración de responsabilidad. En un segundo momento, surge la reacción de parte de los productores, quienes no se limitan más a la descripción e instrucciones sobre el producto, sino que agregan expresamente su rechazo a toda responsabilidad por los daños que puedan derivarse del uso[83]. Sin embargo, las cortes no ven un

laguna legislativa, y pretende de una parte, superar la discutida teoría de las "violaciones contractuales positivas" y de otra parte, suplir la falta de una cláusula general de responsabilidad. V. Carnevali, *op. cit.*, p. 146 ss. El código civil alemán concibe el 'incumplimiento' casi exclusivamente desde el punto de vista de la imposibilidad que sobreviene de la prestación y de allí la dificultad para los intérpretes frente a la prestación inexacta y a la violación de los deberes secundarios (custodia, comunicación, etc.). *Ibidem*, n. 134.

[83] La opinión de Simitis es citada también en Alpa-Bessone, *La responsabilità del produttore, cit.*, p. 143.

En cambio, Carnevali destaca que en el ordenamiento italiano, "la teoría del 'contacto social' resulta inadmisible fuera de una tratativa contractual, pues sólo cuando el 'contacto social' sea considerado en relación al establecimiento de las tratativas negociales (art. 1337 C.C. It.), es lícito atribuir a las situaciones de legítima confianza el efecto de constituir deberes jurídicos específicos entre las partes", siendo bajo ciertas condiciones que dicho contacto social puede ser dar lugar a una responsabilidad pre-contractual; según el jurista no es admisible afirmar la existencia de un deber pre-contractual de diligente fabricación imputable al vendedor. Para un examen en extenso de las teorías "contractualistas" alemanas, véase: Carnevali, *La responsabilità del produttore, cit.*, p. 104 ss.; en ese sentido Bessone, *"Progresso tecnologico, prodotti dannosi e controlli sull'impresa"*, en *Pol. del dir.*, 1972, p. 209 ss. De su parte, la jurisprudencia italiana no ha acogido esta tesis: *Cass.*, 29 de junio de 1981, n. 7336, en *Rass. dir. civ.*, 1985, p. 801.

obstáculo a su tendencia de tutela del consumidor, pues si los productores utilizaban dichas cláusulas, se daba paso a la aplicación de las normas sobre los contratos estándar para proteger al consumidor.

Ciertamente, las críticas a la teoría del 'contacto social' no se hicieron esperar, pues la tesis era inconsistente tanto desde un punto de vista estructural y funcional[84]. En efecto, "el contrato era utilizado para la realización de fines que no se armonizan con su naturaleza de instrumento creado para la solución de un conflicto bilateral, sin incurrir en el arbitrio"[85]. Desde el punto de vista funcional, las críticas revelaban que la tesis en referencia no permitía precisar los límites de la garantía implícita y hasta que punto era legítima la expectativa del consumidor. Las cortes alemanas aplicaron las normas contractuales a situaciones ajenas al derecho contractual, interpretando el contenido del acuerdo, conforme a lo que se entendía debía ser la intención del productor (digamos intención ficticia), según cuanto ellas concebían por alocación "razonable" de los riesgos.

Todo ello, condujo a las cortes alemanas a un cambio de opción, orientándose por la perspectiva extracontractual, en la cual, las cortes no jugaron un rol inferior al que ya venían desarrollando hasta el momento. Sin perjuicio de referirnos más adelante a la solución extracontractual[86], baste señalar por ahora que con la sentencia de la Corte de Casación alemana (BGH) en 1968 - famoso caso de la peste de las gallinas - se hace explícita la preferencia por las normas de la responsabilidad extracontractual[87].

2.1.2.2. *La experiencia francesa*

En Francia, como en los casos italiano y alemán, las cuestiones relativas a la responsabilidad por la circulación de productos defectuosos, son tratadas inicialmente a la luz de las normas de la 'compraventa' previstas en el *code civil*, dadas en una época distante a las transformaciones que afrontaría el mercado en el presente siglo, constituyendo de consecuencia, un obstáculo a una adecuada disciplina de responsabilidad civil. Frente a

[84] Sobre las críticas se vea, Simitis, *cit.*, p. 230 ss.

[85] V. Franzoni, M., *Colpa presunta e responsabilità del debitore*, Cedam, Padova, 1988, p. 288.

[86] V. *infra*, n. 2.2 en esta parte.

[87] Sobre el caso de la "peste de los pollos" (*Hunerpestfall*), véase partes de la sentencia en: Alpa-Bessone, *op. cit.*, p. 157 ss.

ello, la doctrina y la jurisprudencia francesas han tratado de superar las dificultades que ponía una lectura literal de dichas normas, para dar una solución al problema del daño derivado de producto defectuoso, a través de una interpretación extremamente lata –haciendo un uso impropio de las normas–, tal que puedan ajustarse a la necesidad de resarcir el daño así generado.

En el marco de la 'garantía por vicios', el codificador francés ha distinguido entre 'deberes del vendedor de buena fe' y 'deberes del vendedor de mala fe'. En efecto, el art. 1646 del *code civil* prescribe que "si el vendedor ignoraba los vicios, queda obligado sólo a la restitución del precio y al reembolso al adquirente de los gastos generados por la compraventa". Si en cambio, el vendedor ha enajenado una cosa defectuosa, a sabiendas de los vicios, queda obligado según lo contemplado por el art. 1645 del *code* "a restituir el precio de la cosa y a resarcir todos los daños sufridos por el adquirente".

La interpretación según la letra de las normas que disciplinan la garantía en la compraventa, como se observa del párrafo precedente, lleva a la conclusión de una tutela sumamente limitada para el comprador de cosas defectuosas. En efecto, si el comprador era en buena fe, o sea, si ignoraba la existencia de los vicios, puede obtener el reembolso de los gastos correspondientes al contrato; mientras que si se hallaba en mala fe, o sea, conocía de los defectos ocultos de la cosa, entonces podía obtener la reparación integral de los daños.

Ha sido la jurisprudencia francesa que, interpretando en sentido bastante lato las normas sobre la garantía, ha superado la limitación del resarcimiento del comprador-víctima. A tal efecto, de una parte, los jueces franceses han conferido un sentido amplio al término 'gastos', comprendiendo en ellos no sólo las sumas pagadas al comprador por efecto de la existencia de vicios de la cosa, sino además, todas las sumas generadas por la compraventa, incluso las sumas pagadas por el comprador debido a las lesiones sufridas personalmente o a sus familiares, o a terceros que hayan obtenido de él un resarcimiento por daños derivados del bien defectuoso.

De otra parte, los jueces franceses han establecido una 'presunción de mala fe' –presunción relativa que no halla sustento legislativamente pero facilita la carga de la prueba de la víctima– del vendedor que realiza profesionalmente una actividad comercial, noción en la cual, se halla comprendido el fabricante *–vendeur fabricant–*, obligándosele de este modo a resarcir todos los daños derivados del bien defectuoso. Así, se considera necesario gravar sobre el fabricante el riesgo de la producción de cosas

defectuosas sobre la base de la disciplina de la garantía. Se trata de una tendencia jurisprudencial que aproximadamente halla sus inicios en el siglo pasado, pero se consolida en las primeras décadas del presente siglo[88].

De ese modo, la jurisprudencia francesa ha creado normas diversas a cuanto se desprende literalmente del *code civil*, que han permitido atribuir el riesgo de la circulación de productos defectuosos a los sujetos de la cadena de producción y distribución de la mercadería. Se coloca sobre el mismo plano al vendedor de 'mala fe' y al 'vendedor profesional', obligando a quien ejercita una actividad comercial y a mayor razón, a quien profesionalmente **produce** la mercadería, a resarcir todos los daños resultantes de vicios de la cosa, que fueran sufridos por el comprador[89].

[88] H. Mazeaud precisa que una sentencia importante en este sentido es dada por la *Chambre de Requetes* de la Corte de Casación el 25 de octubre de 1925, la cual decide que "... es conforme a la justicia entender por 'gastos generados por la compraventa' no sólo las sumas inútilmente realizadas por el adquirente" sino también aquellas a cuyo pago ha sido obligado ... Interpretación que no podía ser defendida (según la doctrina que comentó ésta y sucesivas sentencias del mismo tenor) ... La Corte de Casación ha admitido el error, y para dar la razón al adquirente, ha recurrido a otro sistema. (...) El art. 1645 señala que el vendedor "debe pagar todos los daños y perjuicios al adquirente si conocía los vicios de la cosa". Con el fin de afirmar las más de las veces, la responsabilidad del vendedor en caso de daño causado con la cosa, se debía pensar en ampliar el número de las personas a las cuales se les aplique el art. 1645, interpretando extensivamente la fórmula: el vendedor que 'conoce' los vicios de la cosa. Mazeaud refiere que ya anteriormente, Pothier citando a su vez a Domat, había afirmado que el 'vendedor profesional', especialmente el fabricante, es garante de la 'bondad de sus productos': *spondet peritiam artis*. Posteriormente, muchos autores, basándose en esta fórmula legaron a la conclusión que cuando el vendedor puede conocer, por su profesión, la calidad de lo que vende, especialmente lo que fabrica, debe considerarse como si "conociera los vicios de la cosa", resultando responsable conforme al art. 1645 y no según el art. 1646 del *code*. H. Mazeaud, *"La responsabilité civile du vendeur-fabricant"*, en *Rev. Trim. de droit civil*, 1955, p. 613, *cit.* en Alpa-Bessone, *op. cit.*, p. 180.

[89] En aplicación del principio conforme al cual, el 'vendedor profesional' debe tomar todas las precauciones necesarias para evitar los daños a los consumidores, la Corte de Casación francesa en una sentencia de 22 de junio de 1971, ha afirmado la responsabilidad del vendedor frente al adquirente por el hecho que no ha sabido prevenir la explosión de una botella, como pericia y diligencia propias que su calidad de profesional le imponían.

> Se trataba del caso de la explosión de una botella de cerveza en el momento que el vendedor la entrega al cliente, quien sufre como consecuencia serias heridas. A su vez, el vendedor llama en juicio al fabricante de las botellas. Se llevan a cabo dos procesos diversos, uno iniciado por la víctima contra el vendedor; otro que inicia

Pero dado que las normas de la garantía de la compraventa se aplicaban a los contratos celebrados entre distribuidor con el último adquirente, normalmente no se alcanzaba al fabricante, a quien se llegaba sólo si la acción de garantía era interpuesta por su directo comprador. Fue precisamente este sistema de irracional distribución de los riesgos que venía criticado por irracional, lento y engorroso, más si no siempre en 'la cadena de las acciones de garantía' se alcanzaba al productor.

Frente a ello, doctrina y jurisprudencia llegan a admitir la posibilidad de dirigirse directamente al productor a través de la llamada *'action directe'*, a través de la cual se realiza uno de los objetivos fundamentales de la tutela del consumidor, cual es, poner en contacto directo al público con la empresa, superando la cadena de los intermediarios[90]. No obstante ello, dicha tutela se mantiene en la esfera contractual, de consecuencia, quedan fuera de protección todos aquellos que han consumido o utilizado la cosa sin ser 'compradores', la situación por ejemplo del llamado *bystander* (tercero). Con lo que uno se halla en la situación misma que presenta la experiencia alemana en la línea de soluciones "contractualistas".

el vendedor contra el fabricante. En este segundo proceso, la Casación, si bien reconoce el principio según el cual, el 'vendedor profesional' está obligado a conocer los vicios y defectos de la cosa en venta, en cambio, excluye la responsabilidad del fabricante por haber la explosión de la botella destruido la prueba material de los defectos del producto. V. Alpa-Bessone, *op. cit.*, p. 189 ss. En el sentido de rescatar la responsabilidad del distribuidor, en tanto vendedor profesional, sin perjuicio de la responsabilidad del fabricante, F. Galgano, *"Grande distribuzione e responabilità per prodotti difettosi"*, en *Contr. e impr.*, n°. 1, 1992, p. 7 ss.

Se observa en las sentencias de la Casación francesa una tendencia a resolver el problema de la circulación de productos defectuosos en la 'fase final' del proceso de fabricación y distribución, vale decir, con la tutela del 'consumidor profano' y la afirmación de la responsabilidad de uno de los sujetos de la cadena distributiva. En efecto, si la relación es entre vendedores de la misma calidad profesional, no se cuestiona 'la presunción de conocimiento de vicios ocultos', no se trata en este caso de tutelar a los consumidores, porque se está en presencia de 'contratantes de igual poder económico', ergo, con las mismas posibilidades de proteger sus propios intereses.

[90] Como señala Savatier, el fundamento de la *'action directe'* se halla en el hecho que el comprador puede considerarse acreedor de su vendedor; a su vez, el intermediario es acreedor de la empresa que asume la calidad de "deudor originario". Si se admite que en la compraventa el enajenante transfiere la cosa "junto a todos los derechos que le son inherentes", el comprador se convierte no sólo en acreedor de la cosa sino que, se sustituye en la posición del enajenante, y por tanto, se convierte en acreedor del deudor originario, o sea, de la empresa. El comprador final se convierte en destinatario de los deberes de garantía que la empresa debía observar frente al intermediario. Savatier, *Note*, en *Juris Classeur Périodique*, 1973, II, 17445, *cit.* en: Alpa-Bessone, *op. cit.*, p. 195 ss.

2.2 *Etapa de la afirmación de la responsabilidad extracontractual del productor*

Teniendo en consideración las limitaciones que revelaban las teorías "contractualistas" para dar una solución al problema de la responsabilidad del productor, como se desprende de la primera etapa de la evolución[91], por cuanto, en sustancia, no obstante ser la preocupación central la de aproximar o establecer una relación directa entre las partes sustanciales del problema productor-consumidor (víctima del daño), ciertamente, a través de una serie de interpretaciones forzadas y artificiosas, no lograban extender la tutela sino a quien tenía la calidad de 'comprador' del bien defectuoso. En fin, la visión del problema no podía ser desde esta perspectiva sino parcial, en la medida que se dejaba pesar las consecuencias de los daños de productos defectuosos sobre todos aquellos que se hallaban en las inmediaciones del riesgo sin ser adquirentes del producto.

Como se ha podido observar en el punto precedente, las normas del código civil que regulan la materia de la compraventa resultan insuficientes para hacer frente al desarrollo de las ventas en cadena, no siendo posible encuadrar los daños que ocasionaban los bienes defectuosos en la disciplina de la garantía por vicios. Y los esfuerzos iniciales de la doctrina para aplicar la disciplina contractual a los daños derivados de productos –propios de fenómenos económicos diversos a los presentes a la dación del código de 1942–, condicionaron el retraso y la lenta evolución de la jurisprudencia italiana.

En esta segunda etapa, la afirmación de la responsabilidad directa del productor por el hecho de haber fabricado y puesto en circulación productos defectuosos halla de consecuencia, con el favor de la doctrina y de la jurisprudencia italianas hacia la mitad de los años '60, el contexto adecuado de desarrollo en el área de la responsabilidad extracontractual, determinándose en este sentido la naturaleza de esta responsabilidad por las razonas vertidas en el punto anterior[92].

Una vez aceptada pacíficamente la naturaleza extracontractual de esta responsabilidad, se plantea inmediatamente la cuestión de establecer si el criterio de imputación de la responsabilidad debía ser la culpa o un criterio objetivo, así se ponía el problema de determinar el fundamento de la responsabilidad del productor, el que a su vez se relaciona a la más amplia discusión en ámbito de la responsabilidad civil por los daños

[91] V. *retro* 2. 1 de esta sección.
[92] V. *retro* 2.1.1 de esta sección.

generados por la actividad empresarial[93]. Como se verá a continuación, las opiniones doctrinarias y las sentencias de la jurisprudencia son oscilantes al respecto.

2.2.1 *La doctrina italiana*

Aceptada la vía de la responsabilidad extracontractual del productor, el problema se ponía con relación a qué norma de preciso aplicar y con ello, el criterio de imputación. No existiendo una norma expresa que contemple específicamente este tipo de daños, la doctrina necesariamente, orienta sus esfuerzos a la interpretación de las normas del código civil disponibles, en cuyas previsiones podía encuadrarse el daño derivado de producto. En este sentido, ha intentado vías diversas.

Ciertamente, la vía de la interpretación exegética de las normas de la responsabilidad extracontractual, resultaba inadecuada para encuadrar la responsabilidad de productor, toda vez que aquellas no aluden directamente a ésta. Conforme a esta línea interpretativa, se entendía que aunque se tratara de encontrar en los supuestos de la circulación de productos defectuosos los elementos de la *'ingiustizia'* del daño a que se refiere el art. 2043 C.C. It., para ser coherentes con esta línea, no puede descuidar el texto de la norma para traer a colación criterios de imputación diversos de la 'culpa'. Ello conducía a considerar que sólo una previsión legislativa explícita que introdujera un criterio de imputación diverso de la culpa para el caso que nos interesa, podría representar la solución al problema. Nótese que, al mismo tiempo, ante la laguna legal, dicha posición habría comportado permanecer en el vacío y a la espera de una disposición legislativa que contemplara el resarcimiento de los daños de este tipo. Del mismo modo, esa posición que, aplicaría el criterio de la culpa a la responsabilidad del productor, comportaría el mantenerse bajo la insignia de la culpa, aún cuando la jurisprudencia italiana[94], que hallándose ante la imperiosa necesidad de dar una respuesta a los casos que se le presentaban, emprendía la vía que la llevaría, a través de diversas técnicas jurídicas –fundamentalmente la técnica de la presunción de la culpa del fabri-

[93] Sobre este debate doctrinario ha tratado en extenso en Italia hacia los años '60 P. Trimarchi, *Rischio e responsabilià oggettiva*, Milano, 1961, y para el derecho estadounidense V. G. Calabresi, *The Cost of Accidents. A legal and Economic Analysis*, New Haven and London, 1970 (trad. it. *Costo degli incidenti e responsabilità civile*, Milano, 1975.

[94] V. infra, jurisprudencia italiana.

cante–, a la flexibilización del criterio de la culpa, orientándose por una vía esencialmente objetiva tanto en sus razonamientos como en los resultados del mismo a los efectos de la imputación de la responsabilidad del productor.

2.2.1.1. *Problema de la responsabilidad del productor.*

Se podrá observar cómo la doctrina italiana habiendo aceptado de una parte la vía extracontractual como esquema de la responsabilidad del productor, dando paso a sí a una 'responsabilidad directa del fabricante frente al consumidor o al tercero víctima, de otra parte, advierte la insuficiencia de esa vía en tanto venga limitada a la aplicación del criterio de imputación subjetivo, cuestionando de este modo los conceptos jurídicos tradicionales. Este segundo aspecto del problema, se suscitaba a raíz de la dificultad probatoria de la culpa.

No obstante, se podía vislumbrar que la simple introducción legislativa de una norma de responsabilidad objetiva del productor –que tendría lugar recién con la aplicación en Italia de la Directiva Comunitaria n. 374/85–, no representaría una solución definitiva al problema de los daños derivados de la circulación de productos defectuosos, el que a su vez, como se ha hecho énfasis al inicio de este capítulo de este trabajo, constituye un aspecto del más vasto problema de la tutela del consumidor. En efecto, no sólo se trata de afrontar el aspecto resarcitorio de los daños, sino también, de realizar la función preventiva de los mismos, y para ello, surge la interrogante de si la 'responsabilidad objetiva' cumpliría estas funciones en la materia que nos interesa[95]. De ese modo, el tema

[95] Carnevali ha precisado que respecto a la actividad empresarial, "la función de la responsablidad civil alcanzaría sus fines en el modo más eficaz a través de la adopción de criterios objetivos de imputación del daño". Así, refiere que, "en cuanto a la función preventiva y deterrente, la imposición de una responsabilidad objetiva a quien controla el riesgo (en nuestro caso el productor) tendría como efecto el de ejercer presión para la adopción de medidas que minimicen el riesgo. ... Se lograría además, el objetivo de atribuir a la empresa todos los riesgos que ella introduce típicamente en la sociedad y que hacen parte de su pasivo, así como las retribuciones pagadas a los dependientes y el valor de las materias primas empleadas: si ello no se produjera, el costo de un producto no reflejaría lo que es su verdadero costo para la sociedad y productos aparentemente activos serían pasivos para la economía en su complejo; ... En cuanto a la función distributiva del daño, quien controla el riesgo (o sea el productor) se halla en la mejor posición para prever los daños típicos que gene-

de la responsabilidad del productor hallaba su punto de intersección con el problema más amplio de una responsabilidad objetiva no excepcional con respecto a la responsabilidad por culpa[96], desde que la evolución de la materia de nuestro interés se halla marcado por la tendencia a la responsabilidad objetiva, coincidiendo ello con las propuestas que replanteaban la responsabilidad civil tradicional[97]. Esta orientación de la doctrina

ra su actividad y de consecuencia, para asegurarse y trasladar el costo del seguro al precio del producto. ... Así, el daño se sistribuiría entre todos los consumidores, en modo tal que cada uno soportaría una parte minúscula e imperceptible, mientras que si se dejara por completo a la víctima ... tendría consecuencias más graves y tal vez desastrosas para el individuo, teniendo en cuenta que no es difundido el seguro personal contra los siniestros ni existe un sistema eficaz de seguridad social de carácter general". Carnevali, Ugo, *"La responsabilità del produttore. Problemi generali"*, en *La responsabilità dell'impresa per i danni all'ambiente e ai cosumatori, Atti del Convegno,* Giuffré, Milano, 1978, p. 146 ss.

[96] Sobre la evolución de la responsabilidad civil hacia modelos objetivos y su relación co la responsabilidad del productor, V. P. Trimarchi, *Rischio, cit.*, p. 23; Busnelli, F., *Nuove frontiere della responsabilità civile,* en *Jus,* 1976, p. 44; Alpa-Bessone, *Responsabilità, cit.*, p. 20 ss.

[97] En este sentido, V. Castronovo, C., "La responsabilità del produttore", en La nuova responsabilità civile ..., cit., p. 185 ss.

Cierto que la existencia de una responsabilidad sin culpa había sido ya propuesta de varios juristas aún estando a la vigencia del código civil italiano de 1865, aunque dichas opiniones no gozaban del favor de la doctrina en pleno en aquella época. En este período se consideran los aportes de: Barassi, *Contributo allo studio de la responsabilità per fatto non proprio in special modo a mezzo di animali,* ; Bonfante, *"Danni tra vicini e necessità sociali"*, en *Riv. dir. comm.*, 1918, II, p. 59 ss.; Butera, *"Osservazioni sul danno incolpevole"*, en *Giur. it,* 1918, I, 1, p. 918 ss; Condorelli, *La responsabilità senza colpa,* Catania, 1925; Momigliano, *"Il risarcimento del danno extracontrattuale cagionato da persona priva di discernimento"*, en *Riv. dir. civ.*, 1937, p. 193 ss; Chironi, *"Colpa extracontrattuale"*, en *La colpa nel diritto civile odierno,* vol. I, Torino, 1903. Esa posición de la doctrina explica cómo en el período que sucede a la dación del código civil de 1942, las normas de los arts. 2050, 2051, 2054 C.C. It. que contemplaban nuevas situaciones de daño y permitían interpretaciones más flexibles de las mismas, fueron sin embargo, interpretadas en sentido restringido, estando a la fuerte influencia del principio de la culpa.

En realidad, la responsabilidad extracontractual viene a ocupar la atención de los juristas hacia los años '60 en que se produce un cambio de perspectiva y desarrollo acelerado de la institución. En este sentido, véanse los trabajos de: Rodotà, S., *Il problema della responsabilità civile,* Giuffré, Milano, 1964, p. 25 ss.; Bessone, M., *"Temi e problemi dell'analisi dottrinale del sistema di responsabilità civile"*, en *Resp. civ. e prev.*, 1979, p. 411 ss. En efecto, en este nuevo período que inicia la responsabilidad civil, se procede a la interpretación analógica y extensiva de las normas del código, en modo que se emprenda la fase de flexibilización de la culpa elaborando razona-

italiana la distingue de la doctrina alemana que demostraba su temor en relación a la responsabilidad objetiva[98].

En esta perspectiva, venía planteado el problema de determinar cuáles serían los mecanismos normativos en función de los cuales pudiera construirse la responsabilidad del productor, vale decir, establecerse la obligación resarcitoria y qué daños pueden ser resarcidos.

Con las premisas expuestas, se verá que la doctrina se ha valido de técnicas de interpretación analógica y criterios extensivos de interpretación de las normas vigentes de responsabilidad extracontractual, a los efectos de aportar una solución coherente con lo que son las expectativas de los consumidores frente a la realización de un daño derivado de producto defectuoso.

---

mientos en términos objetivos para dar paso a propuestas varias y alternativas a los casos de daños.

Es a inicios de los años '60 que se plantea la tesis de la 'responsabilidad por riesgo de empresa', noción no desconocida en la doctrina italiana pero es elevada a principio no excepcional de imputación objetiva gracias al trabajo de Trimarchi, *Rischio e responsabilità oggettiva*, Milano, 1961, donde el jurista ofrece una lectura de algunas normas que venían tradicionalmente basadas en la culpa, en modo de permitir la existencia de un sistema de responsabilidad civil llamado *'a doppio binario'*, en el que junto a la culpa coexisten otros criterios de imputación referibles a un principio diverso, el del riesgo.

Claramente, Trimarchi plantea una interpretación de los arts. 2049, 2050, 2051, 2052, 2053 y 2054 última parte, del C.C. It., en el sentido de comprenderlos bajo el principio –no normativo– del riesgo de empresa que el autor construye. La legitimidad de la propuesta resultaba del análisis de la función de la reponsabilidad objetiva en relación a la 'teoría económica de la distribución de los costos y beneficios como condición determinante de las decisiones en la producción (Trimarchi, *op. cit.*, p. 34). La función de la responsabilidad civil sería según esa construcción teórica, "la de atribuir a la empresa el riesgo pertinente, como parte de sus costos, para determinar la sobrevivencia de las empresas y de sus métodos de producción socialmente activos" (*op. cit.*, p. 95). O sea, la función de ejercer presión para la reducción del riesgo en quien tiene el control del mismo y se halla en grado de traducirlos en costo a través del seguro (*op. cit.*, p. 50) y realizar la conocida 'justicia distributiva', atribuyendo a cada uno el riesgo efectivamente creado por su actividad, en la medida que se traduzca en costo y sea económicamente administrable.

Sobre la tesis del 'riesgo de empresa', léase: Alpa-Bessone, *Dei fatti illeciti*, en *Trattato dir. priv.*, dirigido por Rescigno, Torino, 1983, p. 301 ss; Comporti, M., *Esposizione al pericolo e responsabilità civile*, Napoli, 1965, p. 147 ss.

[98] V. infra, sobre la experiencia alemana.

2.2.1.2. *La rémora de la tesis tradicional de la culpa*

La primera dirección adoptada por la doctrina italiana halla base en la línea señalada por la Corte de Casación[99], en el sentido de encontrar en la presunción de la culpa del fabricante la solución más adecuada a la época –hacia la mitad de los años '60– para concretar la tutela del consumidor-víctima en la vía extracontractual.

En esta dirección doctrinaria, la norma considerada idónea en el tratamiento de los daños derivados de productos defectuosos era el art. 2043 C.C.It. que prevé la cláusula general de responsabilidad constituida por la noción de la *'ingiustizia del danno'*, pero además el criterio subjetivo de imputación, vale decir, la culpa. Inicialmente, cuando se afronta el tema de la responsabilidad del productor, La atención venía dedicada al examen del elemento subjetivo que contiene la referida norma, en coherencia a la tendencia tradicional que consagraba como principio general de responsabilidad la 'culpa' –siendo difundida la expresión *"pas de responsabilité sans faute"*–.

Sin embargo, la tendencia que fundaba la responsabilidad del productor en el art. 2043, colocándose en línea con la jurisprudencia de diversos ordenamientos que se han mostrado sensibles a las dificultades probatorias de la víctima del daño de producto, postulaba la **presunción de la culpa**, orientación que ya significaba, sin ser definitivo, una importante separación de la tendencia tradicional. El proceso lógico-presuntivo consistía en inferir, de la consideración de los hechos que circundan la producción de un evento dañoso resultante del uso de un producto, y sobretodo de la consideración que los métodos de fabricación y distribución de la mercadería que llevan a cabo las empresas excluyen que los vicios y defectos de los productos puedan derivar de la conducta negligente imputable a los intermediarios, que las causas del daño se deban a 'vicios' y 'defectos' atribuibles a la empresa productora y, en general, a desperfectos o errores varios generados en la propia organización del proceso de producción[100].

Ciertamente, siendo que, en el proceso productivo en serie, es inevitable se generen defectos técnicos, los que no son completamente elimina-

[99] La línea doctrinaria venía inspirada en los argumentos vertidos por la Corte de casación italiana en el caso *Saiwa: Cass.*, 25 de mayo de 1964, n. 1270, en *Foro it.*, 1965, I, c. 2098, en que se afronta el daño a la persona generado por el suministro de galletas en mal estado.

[100] V. Alpa-Bessone, *La responsabilità del produttore*, cit., p. 84 ss.

bles, a pesar de los exigentes controles, es difícil que en todos los casos de defectos intrínsecos del producto se pueda decir que existe una culpa al interno de dicho proceso. Un cierto 'riesgo' calculable es inherente a la actividad productiva, el que termina pesando al consumidor o al tercero víctima, en tanto la responsabilidad por la circulación de los productos se mantiene sobre la base del sistema de la culpa. Y aún cuando el daño resulte del comportamiento negligente en el proceso de producción y distribución, la víctima –ajena a dicho proceso– se halla frente a la gran dificultad de identificar y probar la conducta culpable, situación que la coloca en desventaja a los efectos de hacer valer el derecho sustancial[101]. Esta consideración lleva a un sector de la doctrina a proyectar la tesis del 'riesgo de empresa', que en Italia viene introducido, si bien no normativamente, hacia los años '60, básicamente con el trabajo de Trimarchi[102]. Tesis cuyos argumentos fueran acogidos con beneplácito en el medio italiano a través de las diversas propuestas extracontractuales sobre la responsabilidad del productor empeñadas en la búsqueda de un fundamento normativo que abrazara las diversas hipótesis de este tipo de daños[103].

Como se refiriera en líneas anteriores, es en la década del '60 que se produce una revisión importante de los fundamentos de la responsabilidad civil en general, y es en este marco que se insertan las inquietudes académicas en Italia, aunque tardíamente si se consideran otras realidades jurídicas, sobre el tema de la responsabilidad del productor.

En esa línea, no se puede dejar de referir la importancia de una lectura diversa del art. 2043 C.C.[104], la que fuera propuesta en ese período y la que se traduciría, en cuanto respecta al tema de nuestro interés, en la posibilidad de prever una respuesta positiva a la responsabilidad del productor[105].

La lectura del art. 2043 que se propone trata de valorizar como presupuesto central de la responsabilidad civil en el sistema italiano, el requisito de la *ingiustizia del danno*, hallando en ésta la base de una cláusula general de responsabilidad. Se debe al jurista Rodotà la construcción teórica de esta innovadora lectura de la norma. En efecto, el jurista precisa que "... el requisito de la *ingiustizia* cumple el rol de condición general en

[101] V. Martorano, *"Sulla responsabilità del fabbricante per la messa in commercio di prodotti dannosi"*, en Foro it., 1966, V, p. 15.

[102] V. *retro*, n. 106.

[103] V. *infra*, las teorías objetivas de la responsabilidad del productor.

[104] V. Rodotà, S., *Il problema della responsabilità civile*,, Giuffré, Milano, 1964.

[105] V. Castronovo, C., *Problema e sistema nel danno da prodotti*, Milano, 1979, p. 109 ss.

el juicio de responsabilidad ... la mención de la culpa (o del dolo) concreta el primer criterio para la imputación del hecho dañoso al sujeto"[106].

La *'ingiustizia'* viene a ser el elemento que da concreción a la cláusula general del *neminem laedere*, inspirado en el 'principio de solidaridad' consagrado en la Constitución Italiana de 1948 (art. 2°). Al mismo tiempo, la *ingiustizia* concreta en ámbito de la responsabilidad civil el deber de solidaridad, conforme a la precisión hecha en el art. 41, segundo parágrafo, de la Constitución, donde se contempla como límite al ejercicio de la iniciativa económica además de la utilidad social, el deber de no generar daño a la seguridad, a la libertad y a la dignidad humana. Conforme al pensamiento de Rodotà, el referido art. 41 de la Const. It., refiriéndose al vasto sector de la iniciativa económica privada y, presuponiendo su alcance a gran parte de los casos concernientes al deber de solidaridad del art. 2° de la Const. It., pone de relieve que, al aludir claramente al momento del daño, esa misma norma constitucional atribuye trascendencia al principio de la solidaridad en ámbito de la responsabilidad civil conectándolo al requisito de la *ingiustizia* del art. 2043 C.C.

Como cláusula general, el art. 2043 C.C. comporta el resarcimiento del *danno ingiusto*, por cuanto viola objetivamente el límite de 'solidaridad' y siempre que resulte atribuible al sujeto según uno de los criterios de imputación contemplados por el ordenamiento jurídico. Si bien de una parte, el deber de resarcimiento se presenta como una cláusula abierta, en el sentido que se comprenden todas las hipótesis y modalidades de daño resarcible de acuerdo a los criterios de imputación, al propio tiempo, el juez en el examen del hecho dañoso, halla en el 'daño injusto' el filtro necesario para determinar cuándo se está frente a un interés jurídicamente tutelable a los efectos del correspondiente resarcimiento.

La consecuencia de hallar el eje, o sea, elemento general de la responsabilidad civil en el 'daño injusto' es la de contemplar las normas del título IX del libro III del C.C. It. como previsión de los diversos criterios de responsabilidad que ofrece el sistema, superando la tendencia tradicional de colocar a la culpa como regla –criterio de imputación previsto en el art. 2043–, y excepción, las demás normas de ese título. Haciendo ello posible la aplicación por analogía y conforme a criterios de interpretación extensiva de las diversas normas de la responsabilidad extracontractual a las diversas hipótesis de daño. Es en este marco conceptual que halla espacio la posibilidad, como refiere Castronovo[107], de una solución positiva al problema de la responsabilidad del productor.

[106] Rodotà, S., *op. cit.*, p. 108.
[107] Castronovo, *cit.*, p. 109.

En el ámbito de la responsabilidad del productor, la construcción doctrinaria de la *'ingiustizia del danno'* comportó igualmente una apertura en el pensamiento de los estudiosos de la materia, observándose no sólo propuestas en términos de flexibilización de la culpa como criterio aplicable –al que nos referiremos en breve a propósito del *leading case 'Schettini-Saiwa'*[108]–, sino además, una tendencia hacia la prevalencia de la responsabilidad objetiva del productor con respecto a la responsabilidad subjetiva.

A continuación se examina el caso que constituye un hito importante en el tratamiento de la materia en Italia, por haber permitido a sus comentadores examinar los diversos aspectos del problema.

2.2.1.3. *El caso Saiwa*

En la experiencia italiana, se puede señalar un momento en el que se da inicio a un tratamiento detallado de los diversos aspectos que abraza la responsabilidad del productor. Este momento lo marca el *leading precedent* constituido por el caso *Saiwa* (*Cass.* 25 de mayo de 1964, n. 1270) reconociéndose la importancia del comentario, entre los primeros a la sentencia, que realizara el jurista Martorano[109], sobre cuya base destacaremos los puntos de mayor relevancia y que han señalado una guía a la jurisprudencia y doctrina sucesivas.

La máxima oficial de la sentencia recaída en el caso *Saiwa* es la siguiente:

> "El vendedor minorista no responde a título de responsabilidad aquiliana por los daños ocasionados por el consumo de géneros alimentarios o dulces averiados contenidos en envolturas selladas que él mismo ha vendido tal como los ha recibido de la empresa fabricante, cuando no se pruebe su culpa (la mala conservación de *la mercadería, venta más allá del límite temporal de garantía, etc.)*".

La máxima contiene una afirmación obvia que se ajusta a lo contemplado por el art. 2043 C.C. así como a los principios de la distribución de la carga de la prueba en materia de responsabilidad extracontractual, pero no refleja el problema efectivamente afrontado por la Corte Suprema ni la solución adoptada sobre el mismo, conforme a lo cual, la máxima debería contener un texto diverso, como se ilustra más adelante.

---

[108] *Cass.*, 25 de mayo de 1964, n. 1270, en *Foro it.*, 1965, I, c. 2098.
[109] Ibidem.

En síntesis el caso era el siguiente:

> Los actores, marido y mujer, por haber sufrido disturbios estomacales que los lleva a necesitar de una cura médica, como consecuencia de haber consumido galletas averiadas contenidas en una caja que el marido comprara en un negocio en Roma, interponen demanda por resarcimiento de los daños contra el vendedor y contra la empresa productora de las galletas para que respondan solidariamente de los daños generados. En primera instancia, la demanda es rechazada; en apelación, viene acogida sólo con respecto a la empresa productora, excluyéndose al vendedor, en razón que el producto había sido vendido en envoltura sellada tal como venía del fabricante. La empresa recurre en Casación, siendo el fundamento la consideración que los jueces del grado la habían condenado sin que se hubiera probado la culpa en la fabricación (presupuesto esencial de la responsabilidad aquiliana), existiendo la posibilidad que la avería del producto se atribuyera a la negligencia en la conservación de la mercadería por el vendedor minorista, lo que habría excluido toda responsabilidad del productor.
>
> La Corte Suprema rechaza el recurso por lo siguiente:
>
> a) en el caso de daños generados por el consumo de productos alimentarios averiados, vendidos al público en confección original y sellada, no puede dar lugar a responsabilidad aquiliana del vendedor minorista, salvo el caso que se pruebe su culpa en la mala conservación de la mercadería o en la venta fuera del límite temporal de garantía;
>
> b) una vez excluida la culpa del vendedor minorista, es legítimo atribuir la causa de la alteración a la negligencia del fabricante en el procedimiento de fabricación, a través de un proceso lógico-presuntivo, sujeto a la discreción del juez de mérito y sustraído como tal al control de legitimidad de la Suprema Corte.

La sentencia en realidad, afronta el problema de la responsabilidad directa del productor frente a terceros víctimas del uso de productos defectuosos o peligrosos, sea que dichos terceros pertenezcan a la cadena de circulación jurídica de bienes o sea que se hallen en una simple relación de hecho con el producto por el uso del bien o que se hallen en la zona del peligro –*bystanders* (terceros)–. En efecto, la cuestión de la responsabilidad del vendedor minorista, no obstante aparecer en la máxima oficial de la sentencia, es en verdad, una cuestión marginal conforme se desprende de los hechos del caso[110]. Mientras que se constituye en punto

[110] V. Martorano, *"Sulla responsabilità del fabbricante per la messa in commercio di prodotti dannosi"*, en Foro it., 1966, V, p. 13.

principal de la resolución la dificultad probatoria para las víctimas que deben acreditar su derecho al resarcimiento de los daños, sobretodo si se trata de probar una culpa en el hecho de no haber descubierto o eliminado los defectos o en el de no haber informado adecuadamente sobre las modalidades de uso y riesgos del producto. El examen de estos puntos cardinales del problema que se ponen en el caso *Saiwa* conducen a individualizar cuál es la *ratio decidendi* de la referida sentencia.

– El caso permite examinar el punto referente a la legitimación activa de los actores (marido y mujer), siendo que sólo uno de ellos había comprado el producto defectuoso. Evidentemente, en el caso se ha reconocido el derecho al resarcimiento considerando la calidad de *consumidor* de los actores, no así la existencia de una relación contractual precedente o la participación en la cadena distributiva (lo que remite a la noción de la relatividad contractual). Sin embargo, "no se puede afirmar si el resarcimiento ha sido concedido sobre la base de la calidad de **consumidores** o porque los actores obran simplemente como terceros titulares de un derecho absoluto a la integridad física que ha sido lesionado por la conducta culpable del fabricante... En realidad, siendo indiscutible que la responsabilidad del fabricante se funda en el hecho de haber producido o puesto en circulación un bien idóneo a comprometer la integridad física de terceros, resulta definitivo el hecho que existen productos cuya eventual defectuosidad constituye un peligro inmediato potencial sea para aquellos que usan el bien que para los terceros del todo extraños al uso de la cosa ...; de donde resulta ilógico y arbitrario circunscribir a los primeros la legitimación activa al resarcimiento del daño"[111].

Sin embargo, anota Martorano que la exclusión de alguna calificación subjetiva de la víctima, bastando sólo la relación causal entre el comportamiento del fabricante y el daño, puede llevar a una excesiva extensión de la responsabilidad de este último. Lo que lo lleva a plantear una vía intermedia entre la limitada 'noción de consumidor' y la genérica titularidad del interés lesionado.

Estas interrogantes se plantean a la luz de la norma del art. 2043 C.C., y no existiendo reglas en el ordenamiento italiano que excluyan la tutela de la simple víctima del producto, se concluye que todo aquél en cuanto víctima de la difusión de productos defectuosos, se halla legitimado a proponer acción de resarcimiento, aún cuando no haya hecho uso o consumo del producto[112]. De este modo, el llamado *bystander* o aquél que se

[111] *Ibidem*, p. 25.
[112] V. Alpa-Bessone, *op. cit.*, p. 86-87.

halla en la 'zona del riesgo' del producto (serían terceros en cercanía de un probable uso *(in vicinity of the probable use)*) son legitimados a accionar por el resarcimiento de los daños sufridos por el producto defectuoso.

– En segundo orden, el caso en referencia plantea el problema de la legitimación pasiva, es decir, la posibilidad de demandar el resarcimiento de daños derivados de un producto defectuoso al productor o también a los demás sujetos intervenientes en la cadena de circulación de la mercadería. La sentencia recaída en el caso *Saiwa* reconoce una responsabilidad directa extracontractual del productor frente a los terceros víctimas de las galletas averiadas. Sin embargo, en el razonamiento seguido por la Corte se subraya la circunstancia que el producto había sido vendido en confección original y sellada, tratándose así, de un producto respecto del cual, el vendedor (intermediario) se comporta como mero medio material de transmisión, aunque si desde el punto de vista formal, es el que ha instaurado la relación contractual con el consumidor.

Cierto es que la circunstancia del producto sellado ha sido considerada sólo a los efectos de la 'exclusión de la responsabilidad del vendedor', salvo la prueba (que ha faltado en el caso) de su negligencia en la conservación de la mercadería o en la observancia de los límites temporales de garantía, responsabilidad que habría excluido automáticamente la del productor. Esta exclusión habría sido coherente con la lógica de una 'responsabilidad por culpa' del productor.

Pero el problema se pondría, precisa Martorano[113], si la conservación del producto hubiera sido susceptible de un control constante hasta el momento de la enajenación que realizara el intermediario. La hipótesis suscita las siguientes interrogantes:

a) si existe a cargo del intermediario, cuando es materialmente posible, un deber de controlar que la mercadería que se pondrá en circulación no sea defectuosa;

b) si la eventual responsabilidad del intermediario por la omisión de los respectivos controles, concurre con la del fabricante por haber determinado con su negligencia en el proceso de fabricación el surgimiento de defectos en el producto, o la excluye.

A los efectos de la individuación de la *ratio decidendi* de la referida sentencia, sigue Martorano, si se opta por la primera alternativa, el hecho de tratarse de un producto en confección sellada, constituye el fundamento de la presunción de culpa del fabricante, mientras su responsabilidad tendrá que considerarse fundada en una circunstancia de hecho más amplia,

[113] Martorano, *op. cit.*, p. 23.

o sea, el haber puesto en circulación un producto defectuoso; la segunda alternativa, la de considerar la posibilidad de un control de la mercadería de parte del intermediario y por tanto, su responsabilidad excluyente a la del productor, conduciría a considerar el 'particular modo de la confección del producto' la *ratio decidendi* de la responsabilidad directa del fabricante.

En el derecho italiano, como en el derecho continental en general, es factible sostener la existencia de un deber del intermediario de controlar la mercadería antes de ponerla en circulación, siempre que no se requiera de técnicas especiales cuando no se trate de una empresa intermediaria que cuenta con dichos mecanismos de inspección. Al respecto, ha explicado Martorano que, " ... Deduciéndose la responsabilidad por la puesta en circulación de productos dañosos de la existencia de "cláusulas generales" de tutela de la lesión "injusta" de los derechos absolutos, no es difícil extender la legitimación pasiva a la acción de responsabilidad a todos los que hayan intervenido en la cadena de circulación del producto, mientras la tendencia a un siempre mayor acento del principio de solidaridad social que se halla a la base del sistema de la responsabilidad civil conduce a *extender el deber de diligencia a una actividad positiva de control* de parte del intermediario profesional, articulado conforme a la naturaleza y dimensiones de la empresa, sin excluir los controles de una cierta complejidad técnica. ..."[114].

Con respecto a la posible concurrencia de la responsabilidad del 'intermediario' con la del fabricante del producto defectuoso, vale decir, la relevancia del comportamiento del intermediario que ha omitido el control de la calidad del producto a los efectos de la interrupción del 'nexo causal' entre la conducta culpable del fabricante y el evento dañoso, Martorano refiere que "el problema no es fácil para el ordenamiento italiano, todo depende de la respuesta que se trate de dar a la cuestión más general de la interrupción del nexo causal cuando en la producción del evento dañoso hayan concurrido diversas causas humanas imputables, en orden de sucesión cronológica"[115]. Como destaca el jurista, se trata de una cuestión de extrema importancia práctica, porque si se afirmara una exclusión del nexo causal en los casos en que la anormal peligrosidad del producto hubiera podido ser evitada por el intermediario, gracias a la ordinaria diligencia, el consumidor no podría accionar directamente contra el fabricante en la mayor parte de casos, salvo cuando se

[114] *Ibidem*, p. 26-27.

[115] *Ibidem*, p. 27.

trate de productos en confección sellada o de defectos que pueden ser descubiertos sólo mediante mecanismos especiales que van más allá de la organización del intermediario.

Sin alcanzar una respuesta adecuada al problema de la causalidad, sin embargo, Martorano presenta un cuadro de las posibles soluciones:

Si se sigue la línea marcada por la jurisprudencia italiana en materia de causalidad (*Cass.*, 25 de marzo de 1965, n. 522, *Foro it., Mass.*, 145), según la cual, en todas las hipótesis de concurso de causas humanas a las que es imputable la producción del daño, la relación de causalidad jurídica entre la causa remota y el evento dañoso se establece en base al criterio de la 'eficacia condicionante' (*conditio sine qua non*), resulta un reconocimiento incondicionado de la responsabilidad del productor, no pudiéndose reconocer eficacia condicionante exclusiva a la conducta del intermediario con respecto al daño sufrido por el consumidor, adscribiéndose esa conducta en una situación de peligro creada por la negligencia en el proceso productivo.

Si la concurrencia de causas se resuelve conforme al criterio de la *causa inmediata* previsto en el art. 1223 C.C., reiterado en el art. 1227, 2° par., conforme al cual, aún cuando un evento dañoso sea atribuible en base al criterio de la causalidad material, a la conducta imputable de un sujeto, pero tal evento hubiera podido evitarse si no hubiese intervenido la conducta imputable de otro sujeto, es a ésta que viene imputado el evento, resultando que la 'responsabilidad del intermediario' no concurre sino *excluye* la del fabricante[116].

La solución intermedia sería la que se ajusta al criterio planteado por Gorla, cuya teoría de la 'causalidad jurídica' construye la limitación de la relación de causalidad material al interno del hecho dañoso, en función del criterio de responsabilidad, que en el caso de la culpa extracontractual, es el de la *previsibilidad media*[117], la que va referida a todos los eventos en los que pueda dividirse el hecho dañoso, así viene considerado el hecho del tercero, quien habría podido evitar el daño si hubiera usado la ordinaria diligencia. Llevando el criterio al concurso de la responsabilidad del fabricante con la del intermediario, resulta que se excluye la primera toda vez que la omisión de descubrir los defectos de parte del intermediario sea imprevisible en base a la ordinaria diligencia. En otras palabras, falta dicha previsibilidad en los casos en que el control de la mercadería se considere dentro del esquema organizativo del intermediario.

---

[116] Sobre este criterio de causalidad véase: Forchielli, *Il rapporto di causalità nell'illecito civile*, Padova, 1960, p. 57 ss., *cit.* por Martorano, *op. cit.*, p. 28.

[117] Gorla, G., *"Sulla c.d. causalità giuridica"*, en Riv. dir.comm., 1951, p. 405.

La tercera solución se presenta como la más equilibrada atendiendo a los intereses en juego, dado que la primera solución grava excesivamente sobre el fabricante, mientras la segunda, limita la posibilidad de accionar contra el fabricante, quien ofrece mayores garantías económicas.

Retomando el punto preciso de la legitimación pasiva, se señala que si la responsabilidad del productor se basa en la negligencia del mismo, no hay razón para circunscribir este deber a la fase de producción en sentido estricto, pudiendo tener la culpa la misma eficacia causal en la fase del diseño o distribución respecto al daño sufrido por el tercero[118].

Ahora bien, en cuanto concierne al criterio de imputación de la responsabilidad del productor, se observa que 'formalmente', si se atiende a la máxima oficial y a los términos empleados en la sentencia del caso *Saiwa*, la Suprema Corte ha imputado la responsabilidad del fabricante a la falta de diligencia profesional en el proceso de producción de la mercadería, a la luz del art. 2043 C.C. En realidad, *la ratio decidendi* de la resolución parece ser la presencia de una 'alteración cualitativa', digamos un 'defecto en el producto', capaz de comprometer la integridad física del consumidor. Y ello, aunque si en el razonamiento de los jueces del grado y confirmado por la Corte Suprema, se sustituye la 'falta de prueba de la culpa del fabricante con el recurso al mecanismo de la 'presunción'. En efecto, en la sentencia se lee:

> "... una vez excluida ... toda culpa del negociante en la alteración del producto enajenado, bien puede el juez de mérito, en ejercicio de sus poderes discrecionales, imputar la avería, a través de un proceso lógico presuntivo, a la defectuosa fabricación del producto mismo, como su única causa posible, o sea, prácticamente a una conducta culposa de la empresa fabricante ..."[119]

En el razonamiento de la Corte se puede observar lo siguiente:

> – De una parte, la Corte justifica el recurso a la presunción de culpa del fabricante, con la 'exclusión' de la culpa de otros intermediarios en la cadena de circulación del producto. En otras palabras, la posibilidad que el mal estado del producto se debiera a un defecto de conservación del mismo de parte del intermediario, habría significado la prueba directa de parte del actor de la culpa del fabricante. Vale decir, que la culpa del intermediario sería la culpa del fabricante, lo que termina por constituir una ficción.

[118] Martorano, *op. cit.*, p. 28.

[119] V. *Ibidem*, p. 23.

Consideración importante que se desprende de la sentencia *Saiwa* era que la culpa del intermediario 'no era excluida' como aparece en el texto citado de la sentencia precedentemente, sino simplemente 'no se había probado'. Por tanto, excluida era sólo su responsabilidad, una consecuencia de la no prueba, pero no el 'hecho culposo'. En términos explícitos, la sentencia precisa que 'por la falta de prueba de la culpa del intermediario (en la conservación de la mercadería), se presume la culpa del fabricante'.

– De otra parte, excluyéndose la culpa del intermediario, a través de la lógica presuntiva se atribuía el defecto del producto al proceso de fabricación, lo que no se identifica con la 'culpa del fabricante'(inobservancia de la diligencia profesional) que supondría un paso lógico ulterior en el razonamiento presuntivo de la Corte. A propósito, Martorano hace hincapié en el hecho que "en la producción industrial de masa, la inferioridad de algunas unidades producidas con respecto al estándar de calidad requerido, representa un *quid* no sólo teóricamente posible, sino estadísticamente probable, no obstante el empleo de la diligencia debida en la predisposición del proceso de producción en sentido estricto o del control sucesivo ... El inferir de la sola defectuosa fabricación del producto la responsabilidad del fabricante significa en realidad, no obstante el recurso al *nomen* tradicional de la culpa, cargar al fabricante de la *absoluta* eficiencia del aparato productivo"[120].

Al respecto, se debe observar que el pensamiento del jurista se orienta en términos de la culpa para la atribución de la responsabilidad del productor por los defectos generados en el proceso de producción, esto es, para aquellos defectos que son estadísticamente previsibles y por ende, pueden ser considerados en el 'riesgo previsible' de la actividad productiva. Se advierte en su apreciable comento al caso *Saiwa*, un cierto cuidado por abrir libremente el paso a un criterio objetivo de responsabilidad, al menos para lo que respecta a los 'defectos de producción'[121]. Si en cam-

[120] *Ibidem*, p. 24.

[121] Hacia los años '60, si bien se observa en la doctrina italiana un movimiento orientado al reconocimiento de las bondades que un criterio objetivo de responsabilidad puede comportar, aún persistían determinados prejuicios interpretativos a nivel general de la responsabilidad civil, inspirados en la tradicional prevalencia de la culpa.

En esta línea de pensamiento, se ubican quienes hallan una aplicación directa del art. 2043 C.C. en los límites de la culpa del productor, vale decir, por los *defectos evitables* con la adopción de las medidas prescritas por a buena técnica productiva, no teniendo relevancia jurídica los daños que derivan de aquellos defectos de producción que tienen lugar, no obstante la adopción de todos los cuidados posibles, o sea, los *defectos de serie* estadísticamente inevitables, indicados como típicos de la moderna producción de masa.

bio, se hiciera alusión a un 'criterio objetivo' de imputación sería posible atribuir al productor la responsabilidad por la existencia del defecto en el producto, sin contar a los efectos de la imputación, la prueba de la culpa, y en consecuencia, sin tener que recurrirse al uso de las presunciones.

Martorano, haciendo notar a través de sus reflexiones sobre el caso *Saiwa* que la máxima oficial no expresa la *ratio decidendi* de la sentencia, formula el texto de una posible máxima que refleje el contenido de cuanto ha sido resuelto por la Corte, en los términos siguientes:

> "En el caso de daños derivados del consumo productos alimenticios averiados, contenidos en confección sellada, el fabricante responde directamente frente al consumidor lesionado, salvo que se demuestre que la avería se impute a la culpa del intermediario por la mala conservación de la mercadería o por la venta fuera de los límites temporales de la garantía, y siempre que el estado de la avería no haya podido descubrirlo el consumidor con la diligencia ordinaria. Es legítimo para el juez de mérito deducir, mediante un razonamiento lógico-presuntivo y en base a su criterio discrecional, la culpa del fabricante del simple defecto de la mercadería puesta en circulación".[122]

Retornando al proceso presuntivo realizado por la Suprema Corte, y por los jueces del grado, Martorano, haciendo una referencia a la aplicación de las presunciones por la jurisprudencia del *common law*, pone de relieve la intensidad del razonamiento presuntivo desplegado en la sentencia *Saiwa*, la que destaca desde dos perfiles:

De un lado, en cuanto se ha aplicado el principio *res ipsa loquitur*, contra el fabricante, en una *fattisecie* en la que existía la posibilidad concreta (no sólo teórica) de una alteración del producto debida a culpa de los intermediarios (en el caso, no se ha probado lo contrario, y esto es implícitamente recogido por la Corte, que bajo el equívoco de la falta de prueba de la responsabilidad del intermediario, considera excluida la culpa de este último). Se señala que la decisión en este aspecto, se inspira a exigencias de interés público; en una exigencia equitativa de distribución de los riesgos que deriva del hecho de poner el fabricante en circulación produc-

Cierto es que una tal concepción parece no tener en cuenta los pasos dados por la doctrina reciente orientados fundamentalmente a una reformulación de los presupuestos de la responsabilidad civil sobre la base de una cuidadosa lectura de la normativa vigente del código civil y no sólo en relación al específico tema de la tutela del consumidor. V. Ferri, G. B., *"In tema di tutela del consumatore"*, en *Tecniche giuridiche e sviluppo della persona"*, a cura de N. Lipari, Laterza, Bari, 1973, p. 283.

[122] Martorano, *op. cit.*, p. 24.

tos sellados, creando confianza en los consumidores sobre el buen estado de la mercadería[123].

De otro lado, del simple defecto del producto, la Corte no sólo ha inferido la preexistencia del defecto a la puesta en circulación del producto, sino, ha inferido además, la culpa del fabricante, con lo cual, se consideran unitariamente, sin distinguirlas, dos operaciones lógico-presuntivas que deben examinarse por separado, pues responden a juicios diversos[124].

Sin embargo, a los fines de descubrir la *ratio decidendi* de la sentencia, esas dos operaciones lógico-presuntivas deben ser individualizadas por el intérprete. En efecto, con respecto a la primera operación, referida a la preexistencia del defecto, precisa Martorano[125] que esa inferencia viene sostenida por la particularidad de las circunstancias del caso, tratándose de un producto sellado, con exclusión de cualquier manipulación de parte del intermediario. Con respecto a la segunda inferencia, de la 'culpa del fabricante', concerniente a la fase de producción en sentido estricto, es independiente de la circunstancia del producto sellado, basándose más bien en una máxima de experiencia aplicable a un más amplio aspecto de la realidad social, es decir, que el actual desarrollo de la técnica productiva y de control permite al empresario evitar colocar en circulación productos defectuosos.

Como pone de relieve Castronovo[126], el proceso lógico-presuntivo que realiza la sentencia *Saiwa* conduce a inferir en un primer momento el nexo de causalidad, al atribuir la paternidad del defecto al fabricante, y

---

[123] *Ibidem*, p. 30.

[124] En efecto, Martorano explica cómo en el sistema del *common* law, se tienen bien diferenciados los dos presupuestos de la responsabilidad del productor, a saber, 1) la existencia del defecto antes de poner en circulación la mercadería y, 2) la imputación del defecto a la inobservancia del fabricnte de la diligencia profesional en el proceso de producción (momento postesior). Ambos presupustos pueden ser objeto de prueba directa o indirecta (*specific evidence y circunstancial evidence* del *common law*). En el principio probatorio de la fórmula *res ipsa loquitur*, que indica un procedimiento probatorio inductivo como lo es la 'prueba circunstancial' o *circunstancial evidence*, que se caracteriza por el hecho de que se basa sólo en la realización de un evento que sale del ámbito de los riesgos normales propios de una determinada actividad, se distinguen dos funciones: la *'factual function'*, que en el caso de la responsabilidad del productor, se refiere a la preexistencia del defecto al momento de haber sido colocado en circulación el producto, y la *'legal function'*, como procedimiento de determinación de la culpa del fabricante en el procedimiento de producción. Prosser, *Res ipsa loquitur in California*, en *Selected Topics*, *cit.* por Martorano, *op. cit.*, p. 29.

[125] Martorano, *op. cit.*, p. 31.

[126] Castronovo, C., *La nuova responsabilità civile*, 2° ed., Giuffré, 1997, p. 293.

sucesivamente, la culpa de este último[127]. Ciertamente, la sentencia revela que antes de esos momentos del proceso presuntivo, se debe señalar, como lo hace el citado jurista, que el primer peldaño en ese proceso inicia con inferir del hecho del daño el defecto mismo.

Se ha podido observar que, si bien en la sentencia *Saiwa* se hace referencia expresa a una responsabilidad por culpa del fabricante, en realidad se revela un criterio de imputación diverso. Precisaba Martorano[128] en el comentario extenso a la sentencia, que "... es discutible que (...) pueda hablarse, más allá del *nomen* utilizado, de una verdadera responsabilidad por culpa del fabricante; en realidad, la referida decisión muestra cómo también la jurisprudencia sea sensible a la exigencia de una tutela del consumidor desvinculada de la difícil prueba de la negligencia en el proceso de fabricación ...".

Debe notarse que la prueba indiciaria impone en el juez que la utiliza, una motivación detallada que justifique la atribución del daño a la culpa del productor. Una inferencia automática derivada del defecto en el producto de la culpa del fabricante, termina atribuyendo a la peculiaridad del hecho dañoso el efecto de una inversión de la carga probatoria que constituye en realidad, la atribución de una 'responsabilidad objetiva', como se ha dado en el caso sub-examen.

Las críticas formuladas a las técnicas de presunción de la culpa parten esencialmente de la consideración que en un sistema de responsabilidad civil tradicionalmente estructurado sobre la base de la culpa, se ha tratado de aplicar este criterio aún en *fattispecie* que en la realidad de los hechos, no corresponden a un razonamiento en términos subjetivos, baste a propósito hacer alusión a las 'ficciones' de la *culpa in eligendo* y de la *culpa in vigilando*[129].

En esta línea, se reconoce la importancia de la doctrina que hacia la década de los '60 replantea los fundamentos de la responsabilidad civil en general[130] a la luz de una cuidadosa lectura de las normas de la responsabilidad extracontractual. Lectura que ha permitido hallar en el art. 2043 C.C. una cláusula general –el *danno ingiusto*–, y reconocer la existencia de múltiples criterios de imputación de la responsabilidad (como el de

[127] En el sentido de sostener que el proceso lógico-presuntivo se refiere a la culpa: Ponzanelli, G., *La responsabilità per danno da prodotti difettosi*, Comentario, dirigido por R. Pardolesi y G. Ponzanelli, en *Nuove leggi civ. comm.*, 1989, p. 503.

[128] Ibidem.

[129] Ferri, G., *op. cit.*, p. 284.

[130] Barcellona, P., Gli istituti fondamentali del diritto privato, Napoli, 1971.

la calidad del sujeto y la naturaleza de la actividad, entre otros), no más colocados en relación de excepción a la una vez contemplada regla general de la culpa.

No siendo éste el lugar para referirse a la reconstrucción doctrinaria de la responsabilidad civil, sin embargo, no puede dejar de anotarse que en la nueva perspectiva, esta institución no va más orientada al descubrimiento del autor del hecho dañoso, sino centra su atención en la imputación del hecho a un sujeto, conforme a los criterios que ofrece el ordenamiento jurídico. El fundamento no viene dado por el ilícito, sino por el evento dañoso[131].

La reformulación de los presupuestos de la responsabilidad civil ha sido planteada desde diversas perspectivas que han revelado la insuficiencia de la culpa como criterio rector de la institución. Se trata de una constatación a la que se ha hecho referencia directa o indirecta en las diversas fases del desarrollo del presente trabajo. Así, la observación es evidente en la evolución de la Responsabilidad del productor en Estados Unidos, conforme se desprende del primer capítulo de este trabajo, de la que se desprende cómo las exigencias económicas y sociales que suscita el desarrollo de la tecnología y del desarrollo de la industria y el comercio de masa, se conforman a estos fenómenos en constante renovación, a los cuales también hace frente el derecho continental, y así, el derecho italiano, donde la doctrina advirtiendo los cambios del proceso productivo-distributivo, concentra su atención en el problema de la 'responsabilidad sin culpa', interesándose por el problema de los 'riesgos inculpables' propios de la actividad empresarial, ¿a quién atribuirlos? A propósito se plantean la teorías que, con variables consideraciones, tratan esencialmente de justificar la atribución del riesgo a quien lo genera[132].

En este contexto que halla insuficiente el criterio de la culpa, se pone el problema de la responsabilidad por los daños que generan los 'defectos inevitables' en el proceso de producción. Se habla de daños que no dependen tanto de la conducta negligente de un sujeto dado, sino que corresponden al desenvolvimiento de la actividad organizada en forma de empresa, razón por la cual, resulta una 'ficción' pretender teorizar que dichos daños se deban a la conducta culposa del productor a los efectos de imputarle una responsabilidad. En dichas articulaciones halla funda-

[131] Para profundizar el tema de la reconstrucción de la responsabilidad civil, léase Barcellona, P., *op. cit.*, p. 307 ss.

[132] Un estudio profundo sobre el tema de la responsabilidad objetiva lo realiza Trimarchi, P., *Rischio e responsabilità oggettiva*, Giuffré, Milano, 1961.

mento la *'teoría de la responsabilidad objetiva por riesgo de empresa'*, referida a la relación existente entre actividad empresarial y creación del riesgo, noción para la cual, los intérpretes han reconocido apoyo legal en el art. 2049 C.C., poniendo de relieve que ya el legislador en ese tiempo había considerado este tipo de riesgo[133].

De otro lado, siempre en línea de una posición crítica a las presunciones de culpa para atribuir responsabilidad al productor, sin adoptar la tesis de la relación del riesgo de empresa con la responsabilidad objetiva, se ha tratado de hallar en el *danno ingiusto* del art. 2043 C.C., y ciertamente, atendiéndose como se ha señalado, a la reconstrucción doctrinaria de esta norma base de la responsabilidad extracontractual[134], el fundamento de la responsabilidad del productor. Así, se harían ingresar a esta norma los llamados 'daños inevitables', como violación del deber de solidaridad contemplado en los arts. 2 y 41 de la Constitución Italiana, normas que serían violadas, aún sin culpa, por el productor; se trataría, según esta posición, de una violación objetiva de la solidaridad que bastaría para poder hablarse de culpa[135]. No obstante, la responsabilidad del productor, así planteada, podría hallar sustento en la violación de la 'seguridad humana' (considerándola como la seguridad del consumidor víctima de ver resarcido el daño sufrido cualquiera haya sido la causa) contemplada en el art. 41 Cost. It., sin tener que discutirse la existencia de una culpa, siendo así, más fácilmente referible a una idea de responsabilidad objetiva en función del riesgo de empresa.

Aunque sea discutible la resarcibilidad de los 'daños inevitables' a la luz del art. 2043 C.C., las soluciones propuestas destinadas a resarcir estos daños generados en el proceso de producción, valen como importantes directivas para la solución del caso concreto y como estímulo a una respuesta de parte del legislador, esto último, que como veremos en la sec-

[133] En Italia ha desarrollado ampliamente esta teoría para sotener la responsabilidad del productor: Alpa - Bessone - Carbone, Atipicità dell'illecito IV - lesione del credito - tutela del consumatore - responsabilità del professionista - illecito della P.A., Milano, 3° ed., 1995, p. 249 ss; Alpa, G., Responsabilità dell'impresa e tutela del consumatore, Milano, 1975; Bessone, "Prodotti dannosi e responsabilità d'impresa", en Riv. trim. dir. proc. civ., 1970, p. 102; Alpa, "La dottrina sulla responsabilità del produttore e il rischio d'impresa alle soglie del 1992", en Resp. civ. e prev., 1988, p. 648 ss.
Se siguen en este sentido tendencias ya propuestas y desarrolladas en el derecho norteamericano. Véase, *supra*, cap. I, sección segunda, sobre la *Enterprise Liability*, en el punto sobre la *'Strict Liability:* intención original'..

[134] V. *supra*, n. 135, 136 y texto correspondiente.

[135] En este sentido: Rodotà, S., *La responsabilità*, cit. p. 79 ss.

ción siguiente de este capítulo, halla concreción en la ley de actuación en Italia de la Directiva Comunitaria 85/374 en materia de responsabilidad por daño de productos defectuosos.

Como fuere, queda firme el hecho que en el sistema italiano, es de plena competencia de los principios y de la disciplina de la responsabilidad extracontractual la tutela del consumidor víctima de los daños derivados de defectos en los productos, posición avalada por la jurisprudencia[136], sea porque tales principios se condicen con la naturaleza de la relación entre productor y consumidor (no coincidiendo normalmente el primero con el último vendedor) o bien, sea porque se ajustan a las exigencias de tutela del consumidor-víctima, sin tener que recurrirse a interpretaciones forzadas y ficticias que desnaturalizan otros institutos como el caso de la 'buena fe' según una tesis de la responsabilidad precontractual del productor[137].

[136] Inicialmente en este sentido: *Cass.* 21 de octubre de 1957, n. 4004, en *Foro It.*, 1958, I, c. 46; *Cass.* 25 de mayo de 1964, n. 1270; *App. Cagliari* 27 de junio de 1958, en *Giur. Sarda*, 1958, c. 79; *Trib. Napoli* 5 de diciembre de 1969, con comentario de Alpa, G., *"Prodotti difettosi, danno ingiusto, responsabilità del fabbricante"*, en *Giur. di merito*, 1971, I., p. 297.

[137] Los principios de la responsabilidad precontractual no son idóneos, al menos en el sistema italiano, para tutelar el interés del consumidor - víctima de un producto defectuoso; y a ese propósito tales principios no pueden ser utilizados, como lo demuestran los diversos esfuerzos de adaptación que se han llevado a cabo en doctrina, al fin de aplicar en el plano de los efectos la disciplina de la responsabilidad pre-contractual a hipótesis que, sólo en una genérica cuanto imprecisa idea de *contacto pre-contractual*, pueden ser referidos; además, lo demuestra la heterogeneidad de las diversas situaciones que deberían caracterizar, para el productor, el contenido de esa responsabilidad. En efecto, sea el deber de información, el deber de veracidad, el deber de garantizar que el producto se halla fabricado diligentemente, el deber de garantizar las consecuencias dañosas de los defectos inevitables, son todas ellas, situaciones tan distintas entre sí que su examen supone criterios diversos y la consideración de normas jurídicas diversas. Ver en este sentido: Ferri, G., *op. cit.*, p. 274 ss. Para una extensa explicación de la tesis de la responsabilidad precontractual del productor, véase: Carnevali, U., *La responsabilità del produttore*, Milano, 1974, p. 147 ss.

Sobre la afirmación de la naturaleza extracontractual de la responsabilidad del productor es pacífica la doctrina y jurisprudencia italianas, véase *supra* 2.2 de esta sección. Destacando explícitamente que la relación social entre productor (no vendedor) y consumidor (adquirente del comerciante-vendedor) se realiza prescindiendo de los esquemas contractuales o de situaciones pre-contractuales, y que la primera forma de tutela que ofrece el ordenamiento italiano al consumidor es una de tipo (privatístico) resarcitorio, cuando se haya producido un daño como consecuencia del defecto del producto: Ferri, G., *op. cit.*, p. 282 ss.

En línea a la posición crítica del criterio de la culpa para la imputación de responsabilidad al productor, se coloca el pensamiento de aquellos que, partiendo de consideraciones de base económica, vale decir, de exigencias de equilibrio del mercado y bienestar de la sociedad en pleno, señalan que el sistema que se funda en la culpa no se condice con los fines de una adecuada **distribución del riesgo**, lo que acarrea un ineficaz sistema de resarcimiento del daño.

En efecto, como ponen en relieve las teorías "objetivas" de la responsabilidad civil, no sólo son las dificultades de prueba que hacen de la culpa un criterio insuficiente para asegurar la reparación del daño, sino es la presencia de los 'daños inevitables', a los que hemos hecho mención en párrafos precedentes, propios del proceso productivo, la que plantea el problema de si se les deja en las espaldas de las víctimas en caso de aplicarse el criterio de la culpa. Frente a ello, la doctrina trató de hallar en la 'teoría de la creación del riesgo' una base de apoyo para atribuir a quien obtiene beneficio del riesgo que genera con su actividad las consecuencias dañosas derivantes[138].

Y serán las mismas razones generales por las que las teorías de la responsabilidad objetiva se abren paso en la doctrina las que cuestionan la culpa como único criterio de imputación de la responsabilidad del productor, tratándose ésta, precisamente, de una de las áreas que atrae la atención de los "objetivas". En este sentido, el productor viene considerado el sujeto que se encuentra en la mejor posición[139]. –con respecto a la

[138] V. sobre la teoría del riesgo como fundamento de la responsabilidad objetiva: Trimarchi, P., *Rischio e responsabilità oggettiva*, Giuffrè, Milano, 1961, p. 10 ss.

[139] Desde la perspectiva del análisis económico del derecho, se ha criticado el criterio de la culpa por elevar el costo social del sistema de resarcimiento. Calabresi señala que el primer modo con el que la sociedad puede reducir los costos de los accidentes consiste en desincentivar las actividades que son potencialmente dañosas, sustituyéndolas con actividades más seguras. Se trata de ver si las ventajas de una actividad superan los costos de los daños, por ello, es importante buscar el punto de equilibrio. ... "La determinación, hecha caso por caso, de quien puede más fácilmente soportar las pérdidas, no es el mejor modo para identificar al sujeto más idóneo para evitar los costos. (...) Las decisiones tomadas caso por caso a) hacen más difícil el cálculo de la externalización de las pérdidas, b) hacen más difícil la identificación de la categoría que puede pagar más fácilmente, c) comportan grandes gastos de administración. ... El sistema fundado en la culpa, por centrarse en la individualización del sujeto particular que conforme a las circunstancias del caso podía evitar los costos, indudablemente, no puede indicar quien puede prevenir e daño en el modo más conveniente" ... Un sistema que administra la responsabilidad derivada de las diversas actividades sobre la base de criterios derivados de las estadísticas de los costos de los accidentes

víctima– para soportar los efectos económicos del daño, sin embargo, las opiniones se hallan divididas con respecto a si el productor es el que mejor realiza una distribución eficiente de los costos[140]. Consideración ésta, que ha constituido una motivación determinante en la aceptación y difusión de una responsabilidad objetiva del productor.

2.2.1.4. *Se rescata la función preventiva de la culpa*

No obstante las serias observaciones formuladas contra la culpa como principio general de responsabilidad, los estudiosos rescatan su valor como criterio de imputación adecuándolo a las exigencias de llevar adelante una política preventiva del daño[141].

individuales y no pretende identificar el responsable individual en cada caso particular, debería ser mucho más idóneo que la culpa para atribuir a la prevención del *costo* de los accidentes la importancia que merece". Se vea Calabresi, G., *"Does the Fault System Optimally Control Primary Accident Costs?"*, en *Law and Contemporary Problems*, vol 33, 1968, p. 447 ss.

[140] Existen opiniones que dudan sobre la idoneidad del productor para distribuir el daño entre los consumidores, y que formulan sus críticas denunciando los efectos económicos negativos de una tal imputación de responsabilidad. En efecto, se ha criticado que la afirmación según la cual el productor puede transferir a los consumidores el costo del seguro a través de un pequeño aumento del precio es sólo teórica, pues, en realidad, la posibilidad de una trasferencia semejante halla obstáculo en un mercado concurrencial y en los que rige el monopolio cuando la demanda sea elástica; resultaría que los pequeños productores tendrían que abandonar el mercado. Se ha contestado a esta crítica que la prima de seguro es establecida sea en razón del número como de la gravedad de los eventos dañosos imputables al fabricante, siendo interés de éste mejorar su producción; si el costo del seguro fuese fácilmente incorporado en el precio, entonces el incentivo no sería eficaz. Se ha criticado también que, el aumento del precio del producto por la incorporación de la prima de seguro, determina una compresión de la cantidad de mercadería que se comercia. En respuesta a ello se ha dicho que se trata de una crítica que concibe la prosperidad sólo en términos cuantitativos y no considera las variaciones entre los costos privados y los costos sociales. V. Carnevali, U., *La responsabilità del produttore*, Giuffrè, Milano, 1974, p. 190 ss; Castronovo, C., *Problema e sistema nel danno da prodotti*, Giuffrè, 1979, p. 170 ss.

[141] Las argumentaciones formuladas por las tesis pan-objetivas se ponen como finalidad fundamental la administración económica de los riesgos, con ello, traduciendo en términos económicos los problemas de la responsabilidad con la creación de los riesgos, dentro de una óptica en la que los problemas de 'prevención' son examinados en términos de 'costo'. En este sentido, Calabresi es el máximo representante de esta línea de pensamiento, según el cual, la disminución del número de accidentes así como la de su gravedad es un objetivo supeditao a la función más importante de *redu-*

En efecto, si se mira la evolución que ha tenido el tratamiento de la responsabilidad civil en general, se observa de una parte, que la doctrina jurídica reacciona a los cambios socio-económicos generados por la sociedad industrial planteando una 'responsabilidad objetiva' para las hipótesis de daño que esta nueva sociedad comportaba[142], mientras que de otra parte y prosiguiendo la evolución de la institución, se asiste a un reconocimiento del valor de la culpa.

---

cir el costo de los accidentes y el costo para evitarlos. V. Calabresi, *Costo degli incidenti e responsabilità civile,* trad. it., Milano, 1975, p. 50. Confirman lo antes señalado la reflexión de quienes ven en esa tendencia pan-objetiva - en un sistema generalizado de aseguración obligatoria de los productores - una evolución del sistema adecuado a los intereses de los grandes empresarios en la sociedad de mercado avanzada, la cual tiende a estimular el consumo (incentivar a los consumidores a la compra: *consumerismo*), siendo que la tutela de los consumidores viene afrontada en términos estrictamente económicos, monetizadores.

En ese contexto, se justifica la preocupación por reconfigurar el sistema de la responsabilidad civil, sea del productor, como de la empresa en general, tratando de conciliar las exigencias del progreso, de un lado, y la de reforzar la *función preventiva* de la responsabilidad civil.

Tal conciliación de intereses es posible en un sistema mixto, tal como lo propone Ghidini, en el cual, se reconozca a la diligencia un rol efectivo en el área de los llamados 'riesgos evitables', colocándose al lado de los criterios objetivos de imputación que se adecúan al área de los 'riesgos inevitables', creando de ese modo una óptima armonía entre los intereses (primario) a la prevención y el interés al resarcimiento.

Así, la negligencia debería ser referida al riesgo que se deriva de la violación de "reglas de conducta" exigibles (no en base a las situaciones individuales) conforme a estándares del sector industrial al que pertenece la empresa, realizando de ese modo su 'función preventiva'. En tanto que, los criterios objetivos de imputación deberían referirse a los riesgos objetivamente inevitables, a) sea por la inexigibilidad técnica en absoluto, b) sea por inexigibilidad en relación a los estándares máximos del sector. Debiendo quedar fuera del ámbito de la responsabilidad objetiva el 'riesgo inevitable', aunque sea causalmente imputable a la empresa pero "no administrable", y por ello, obstativo de a función de redistribución "difusa" de los daños, a la que se orienta la responsabilidad objetiva. Tipo de riesgo que responde a la noción del 'caso fortuito', el cual, se presta para ser cubierto por mecanismos y fondos de garantía instituidos y controlados por el Estado.

(...) En la práctica judicial, sugiere Ghidini, las víctimas podrían demandar se realice la investigación sobre la base de la negligencia, finalizada a la obtención del risarcimiento o de la inhibitoria: conservando el derecho al resarcimiento - en base a la imputación objetiva del daño -, cuando el juez no considere probada la culpa de la empresa"Ghidini, G., *"Tendenze della responsabilità civile e interessi impreditoriali"*, en *Riv. Trim. dir. proc. civ.*, 1977, p. 485.

[142] V. Castronovo, C., *La nuova responsabilità civile,* Giuffré, 1997, p. 33 ss.

En ese contexto de evolución, la responsabilidad del productor no podría negar espacio a la tendencia que revaloriza el rol de la 'culpa', a fin de condenar al resarcimiento a aquel fabricante que coloca negligentemente en el mercado productos defectuosos sin mayor preocupación de los efectos que pueden acarrear los mismos. La culpa ejerce de ese modo un rol de incentivo a mejorar la calidad de la producción y las técnicas de control y distribución de la mercadería, conformándose a los estándares de diligencia, los cuales son establecidos unas veces vía legislativa, administrativa, o en defecto de aquellos, son elaborados por el juez atendiendo a las circunstancias del caso concreto[143]. Dicha función preventiva se condice más, ciertamente, con la naturaleza de la culpa que con un criterio objetivo de imputación, aunque si en este último caso no se niega la posibilidad de cumplir una función disuasiva *(deterence)* de los daños[144].

2.2.1.5. *Las orientaciones "objetivistas" de la responsabilidad del productor*

En Italia, se atribuye a los esfuerzos de la doctrina la adecuación de la responsabilidad civil a los cambios socio-económicos que caracterizan la sociedad industrial. En esa línea, halla un espacio viable de desarrollo la teoría de la 'responsabilidad objetiva'. El desarrollo más importante de la doctrina de la responsabilidad civil hacia la década de los sesenta, se produce gracias a los trabajos que, a su vez, son fruto de los debates doctri-

[143] Recuérde, con referencia al ordenamiento norteamericano, las dificultades que tiene que afrontar el juez en la construcción de los *estándares* de diligencia, a los cuales se ha hecho referencia extensa en el Cap. I, Secc. seg., n. 3.4.

[144] Si bien el objeto de la responsabilidad objetiva es fundamentalmente resarcitoria, también es posible atribuirle una función deterrente del daño. Sobre el cumplimiento de una función preventiva de la responsabilidad objetiva, véase el trabajo de: Calabresi, G., *op. cit.*, p. 100 ss.

En el derecho norteamericano se han puesto de relieve los fundamentos morales de la *strict liability*, destacándose no sólo las funciones tradicionales de la *strict responsabilidad del productor*, como son la resarcitoria y la deterrrente, sino la existencia de principios fundamentales éticos que inspiran esa responsabilidad. V. un desarrolo completo sobre el tema en: Owen, D., *"The Moral Foundations of Responsabilidad del productor Law: Toward First Principles"*, en *Notre Dame L. Rev.*, 1993, p. 427 ss.; Calabresi, G., *op. cit.*, p. 377 ss., sosteniendo que en todo sistema de responsabilidad existe una base conformada por las convicciones morales, con mayor razón en el sistema de la responsabilidad por culpa.

narios de la época, obra fundamentalmente de los reconocidos juristas Stefano Rodotà[145], Pietro Trimarchi[146] y Renato Scognamiglio[147].

Como destaca Castronovo, la peculiaridad del derecho italiano en el desarrollo de la responsabilidad civil, "es el desacuerdo neto entre la jurisprudencia y la doctrina"[148]. En efecto, mientras la jurisprudencia ha continuado a aplicar la culpa en forma casi exclusiva[149], aunque en la realidad de los hechos esa noción es superada, la doctrina italiana, a diferen-

[145] Rodotà, S., *Il problema della responsabilità civile,* Milano, 1964., p. 177 ss.

[146] Trimarchi, P., *Rischio e responsabilità oggettiva,* cit., Milano, 1961.

[147] Scognamiglio, R., voz: *Responsabilità civile,* en *Noviss. Dig. It.*, XV, Torino, 1968, 632 ss.

[148] Castronovo, C., *La nuova responsabilità civile,* 2° ed., Giuffré, 1997, p. 26.

[149] No obstante, en los años recientes, la jurisprudencia italiana da señales de aceptación de la 'responsabilidad objetiva'. En este sentido se ha pronunciado la Corte de Casación a través de la sentencia *Cass.* 20 de julio de 1993, n. 8069, publicada en *Foro it.*, donde la corte se refiere a la hipótesis prevista por el art. 2049 C.C. como una de 'responsabilidad objetiva', norma que aplica en el caso de daños derivados de vicios de la cosa que surgen en la fase de proyección y construcción de un producto medicinal.
No obstante ese reconocimiento de la responsabilidad objetiva, Castronovo demuestra a través de otra sentencia de la Casación la persistencia de la jurisprudencia italiana en hacer prevalecer el criterio de la culpa. Así, en materia de daños generados por vehículo desconocido, para los cuales el art. 19 de la L. n. 990/1969, ha previsto que el resarcimiento, limitado a los daños a la persona, proviene de un fondo de garantía para las víctimas de accidentes de tránsito. La *Cass.* 25 de julio de 1995, n. 8086, inédita, ha afirmado que "la garantía de seguros de la responsabilidad civil ... prevista en la ley de 24 de diciembre de 1969, n. 990, no sustituye, sino integra la tutela sancionatoria de la responsabilidad civil ... y no petende asegurar un resarcimiento prescindiendo de la culpa del causante del daño o de la víctima, como sucede en otros ordenamientos inspirados en el sistema del llamado *no fault* ... Por tanto, la víctima debe probar que el siniestro ha tenido lugar por la conducta dolosa o culposa proveniente de otro vehículo ..." La crítica que formula Castronovo a la citada ley, es que si bien se hace referencia a la 'culpa del causante del daño' que es el conductor del vehículo desconocido, la consecuencia paradójica es que la prueba se reduce a la del simple hecho dañoso. Critica la resolución de la Casación, la que califica de insostenible, toda vez que termina haciendo gravar sobre la víctima la carga de la prueba de la culpa del conductor, ontradiciendo el art. 2054, inc. 1°, conforme al cual, el conductor es quien debe probar de haber hecho todo lo posible para evitar el daño. Mientras que una prueba semejante es imposible, la conclusión no puede ser otra sino la de la prueba que debe aportar el actor del nexo causal del hecho dañoso con la conducta de un sujeto desconocido, conclusión a la que llegara la *Corte d'appello,* siendo en cambio, diverso el pronunciamiento de la *Casazione,* la que agrega a la prueba de la causalidad la de la culpa. V. Castronovo, *op. cit.*, n. 54.

cia de la doctrina alemana, ha cambiado su orientación a partir de los estudios que se realizan en la época de los años sesenta, demostrándose cada vez, menos convencida de que la disciplina del código civil hallase fundamento sólo en la noción de la culpa[150]. Y si esa ha sido la tendencia de la doctrina, primero para desvincularse de la responsabilidad penal y sucesivamente del principio de la culpa, no puede reconocerse la razón de dicha orientación sino en una respuesta a la casi absoluta inercia del legislador frente a hipótesis que reclaman un criterio de imputación diverso a la culpa.

La doctrina italiana, no dejándose influenciar por la jurisprudencia que ha seguido una línea conservadora de la tradición –al menos desde una punto de vista formal la culpa es el principio rector–, ha afrontado sin temor el examen de las posibilidades de aplicación de la 'responsabilidad objetiva' a la luz del propio sistema de responsabilidad extracontractual que ofrece el código civil italiano (Título IX, Libro IV C.C. It.), tratando de demostrar cómo este cuerpo legal no se halla basado única e indefectiblemente en el principio de la culpa y haciendo notar de las propias normas del cuerpo legal que no es la culpa el criterio único y determinante de la responsabilidad en todos los casos en que se pone el problema de la atribución del daño[151]. Igualmente, ha sido la doctrina la que ha tratado de demostrar que la sustitución del criterio de la culpa con criterios objetivos de imputación que permitan hacer caer el costo de los daños en las esferas jurídicas idóneas a soportarlo, buscando de alcanzar costos totales inferiores, lleva a concretarse en el plano del 'ilícito' el principio de solidaridad consagrado en la Constitución[152].

Inspiradas en esa fase de nuevas construcciones doctrinales, y teniendo en consideración lo contradictorio y ficticio de las afirmaciones de responsabilidad formuladas en base a la culpa, sólo con el fin de mantenerse dentro del radio de la noción subjetiva - que fuera la orientación de la jurisprudencia -, las soluciones planteadas en materia de 'responsabilidad del productor', no podían sino conformarse a una tendencia "objetiva" de la responsabilidad civil, siendo como señala Castronovo[153] "toda la materia del daño de productos marcada por esa tendencia y por esto la responsabilidad del productor se ha convertido en uno de los ámbitos en los cuales la responsabilidad objetiva ha tenido el desarrollo más seguro".

---

[150] Puede señalarse que emprende la vía hacia el reconocimieto de la responsabilidad objetiva P. Trimarchi, *Rischio e responsabilità oggettiva, cit.*, Milano, 1961.

[151] Castronovo, C., La nuova responsabilità civile, regola e metafora, cit., p. 188 ss.

[152] Castronovo, C., *Problema e sistema, cit.*, p. 620 ss.

[153] Castronovo, C. *La nuova responsabilità civile*, 2° ed., Giuffré, 1997, p. 290.

Como destaca Alpa, "... las innovaciones que algunos aportes habían propuesto al inicio de los años sesenta –de método y crítica– superando la óptica meramente formalista que imperaba en ese entonces, han constituido el humus fecundo en el cual ha germinado el fruto de la responsabilidad del productor"[154]. Es evidente, que el desarrollo socio-económico de la sociedad industrial y post-industrial han incentivado el movimiento hacia la responsabilidad objetiva. El modelo norteamericano de la strict responsabilidad del productor, para cuya revisión se remite al primer capítulo de este trabajo, sirve de verificación en el sentido que se indica[155].

En el plano jurídico-formal, la tendencia "objetiva" de la responsabilidad del productor halla punto de apoyo legislativo, para un sector de la doctrina, en el art. 2043 C.C., en este caso, bajo la reconstrucción teórica de la norma que realiza Rodotà[156], jurista a quien la doctrina italiana reconoce el mérito de haber emprendido los esfuerzos para desvincular la responsabilidad extracontractual de la culpa; otro sector de la doctrina halla punto de apoyo en los arts. 2049, 2050 y 2051 C.C., merced a una interpretación extensiva y analógica de dichas normas para aplicarlas al impuesto del daño derivado de producto defectuoso.

Se observa en la doctrina italiana un cierto consenso sobre el hecho que, el reconocimiento de la responsabilidad del productor por todos los riesgos que deriven de la cosa y de su uso, así como por los llamados 'riesgos inevitables', sólo puede fundarse en una generalización de la responsabilidad sin culpa[157]. Las razones atienen a las tantas veces referidas características propias del moderno sistema de producción y distribución de masa[158], que hacen difícil la individualización de la precisa conducta

---

[154] Alpa - Bessone - Carbone, *Attipicità dell'illecito*, 3° ed., Giuffré, Milano, 1995, p. 250.

[155] Se remite a la evolución operada de la *American responsabilidad del productor*, v. *supra*, Cap. I.

[156] Siendo la norma general de responsabilidad civil el art. 2043 C.C. It, y bajo la lectura innovadora del mismo que emprende la doctrina italiana en los años '60, bajo la guía de Rodotà, mediante la cual se valoriza el requisito de la *ingiustizia* del daño, esa misma norma representa, conforme lo postula Castronovo, en materia de la responsabilidad del productor, la posibilidad de dar una solución positiva a este problema. V. Castronovo, C., *Problema e sistema del danno da prodotto*, p. 109 ss. Recuérdese que la tesis de Rodotà representó el momento doctrinario en que se supera la culpa como criterio rector de la disciplina de la responsabilidad civil. V. *supra*, n. 114, 115 y respectivos textos.

[157] Cottino, "La responsabilité civile du fabricant en droit italien", en La responsabilité civile du fabricant, Aix Marseille, 1974, p. 166, cit. en Alpa - Bessone, La responsabilità del produttore, 3° ed., Giuffré, 1987, p. 116-117.

[158] Profundiza en la consideración de todos los factores que caracterizan a una sociedad de capitalismo maduro, que determinan la exigencia de una estrategia de control

negligente que halla concreción en el 'defecto del producto' que genera el daño, y sugieren que la 'empresa' debe responder de los daños causados a la sociedad por el hecho de haber colocado en circulación un producto defectuoso.

Ciertamente, el contexto en el cual tiene lugar el daño derivado de productos es la 'empresa', como autora del producto, no así un sujeto individual - como lo era en la etapa preindustrial en que coincidía el productor (artesano) y vendedor en una sola persona -, y consecuentemente, en la empresa, en tanto estructura compuesta, sólo una parte de ella está formada por el factor humano que la culpa-diligencia exclusivamente cualifica. Así, la consideración de que sólo una parte reducida de la organización empresarial puede ser examinada en términos de culpa, hace que sea ficticia la alternativa de imputar los daños a la empresa en base al criterio subjetivo[159].

Atendiendo a los cambios de dirección y diversas perspectivas con que se venía afrontando el tema de la responsabilidad del productor, un sector de la doctrina recurre a la noción de 'riesgo de empresa' para delinear, aunque a través de canales y técnicas distintas, un sistema de responsabilidad del productor. En esta línea, Ghidini expresamente se refiere a la responsabilidad del productor como "paradigma del 'ilícito de empresa', siendo en efecto que la exigencia de repudiar la hegemonía del criterio de la negligencia había madurado en relación al fenómeno típico de la producción de masa, en la que se generan defectos en los productos, respecto de los cuales resulta difícil individualizar una 'culpa de la empresa'[160].

Como se sabe, la noción del riesgo de empresa ha sido materia de amplio desarrollo en el ambiente norteamericano a través de la conocida 'Enterprise liability'[161], cuyos argumentos servirán de base a los juristas italianos entorno a los años setenta para sustentar sus teorías sobre la responsabilidad objetiva del productor, poniendo de relieve la relación 'riesgo - responsabilidad'[162]. La noción en referencia es exaltada a través de

social que asegure instrumentos eficaces de tutela del consumidor: Bessone, M., *"Economie di mercato e teorie del consumo in tempi di capitalismo maturo"*, en *Nuovi saggi di diritto civile, cit.* en Alpa - Bessone, *op. cit.*, p. 117.

[159] V. Castronovo, C., voz *"Danno, VII Danno da prodotti - Dir It e Stran."*, *en Enciclopedia Giuridica Treccani*, 1995, p. 7.

[160] V. Ghidini, G., *"L'illecito dell'impresa"*, en *Trattato de dir. com. e dell'econ.*, dirigido por Galgano, vol. II *"La impresa"*, Cedam, Padova, 1978, p. 433.

[161] La tesis de la *Enterprise liability* debe su reconstrucción y difusión en los Estados Unidos al estudioso Giorge Priest. Se remite para el examen de la misma al primer capítulo, sección segunda, sobre la *strict liability: la intención original.*

[162] Una propuesta inicial en Italia que postula "la atribución de los costos del daño al mejor soportador", y así, la atribución es hecha a la 'empresa' que ha generado el

diversas y hasta controvertidas opiniones de corte "objetiva", y viene considerada el medio idóneo para superar la aplicación tradicional del concepto de culpa y extender las posibilidades de tutela de la víctima[163].

daño, dentro de los límites determinados por los criterios de distribución de los riesgos y de eficiencia económica, relacionada a la posibilidad de cobertura asegurativa: Trimarchi, P., *Rischio e responsabilità oggettiva*, Milano, 1961. La tesis en mención viene referida a la obligación resarcitoria que deriva de una relación de dependencia, de las actividades peligrosas, de la custodia de cosas o animales. Tesis que fuera posteriormente perfeccionada con la consideración de los aportes de la doctrina norteamericana, en especial, de Guido Calabresi, su obra *"Il costo degli incidenti e responsabilità civile"*, trad. It., Milano, 1975, de William Prosser, *"The Assault upon the Citalel (Strict Liability to the Consumer"*, en *The Yale L. J.*, vol. 69, n. 7, 1960.

[163] Se sostiene en doctrina, siendo representantes de primera línea en la óptica de la teoría del 'riesgo de empresa' Trimarchi, Bessone y Carnevali, que la hegemonía de la culpa resiste en tanto el aparato productivo no se haya desarrollado completamente, y se funde particularmente en la pequeña empresa. En efecto, las líneas de tendencia "objetivas" coexisten, aèun en los ordenamientos "objetivas", con no poco frecuentes retornos al criterio de la negligencia. Se vea con respecto a esta última afirmación: Alpa, *"La responsabilità del produttore. Linee di tendenza nella esperienza nordamericana"*, en *Riv. Soc.*, 1976, p. 409.

> Quienes se mueven en la óptica de la teoría del 'riesgo de empresa', coinciden en sostener la exigencia –y la posibilidad *de lege lata*, através de una interpretación evolutiva de la normativa vigente– de superar el criterio de imputación constituido por la culpa-negligencia (modernamente considerada en términos de la falta de las medidas, objetivamente exigibles, de seguridad y de control) como clave para una adecuada solución al problema de la responsabilidad civil de la empresa, en favor de la adopción de criterios objetivos de imputación, que como propone Carnevali, *La responsabilità del produttore*, se hallan contemplados en los arts. 2049 y 2051 C.C.
>
> Ghidini sugiere que la noción moderna de culpa, tal como se ha referido en precedencia, sea vista como un caso de imputación objetiva (por riesgo objetivamente 'evitable': Trimarchi), no obstante prefiere mantener la terminología tradicional para no crear confusión entre la 'violación de conducta objetivamente exigible' y aquella que se funda en una mera imputación causal.
>
> Sin embargo, el mencionado jurista critica la posible hegemonía de la imputación objetiva de responsabilidad, por el hecho de resultar paradójicamente más en consonancia con los intereses de los sistemas industriales avanzdos (*Ibidem*, p. 434). Observando que en los sistemas industriales avanzados, la empresa ha enrrobustecido su capacidad financiaria en modo que se ha permitido el desarrollo de técnicas de seguro, de su parte, los productores se hallan en grado de descargar en modo "imperceptible" el costo de sus productos sobre los consumidores-adquirentes. De ello ha resultado que, el problema de los costos 'inevitables' se ha reducido y no condiciona el desarrollo de las grandes empresas. Y a éstas interesa mantener con los consumidores una relación de confianza y de seguridad que estimule la adquisición en el mercado.

Bessone[164] orienta sus reflexiones sobre los profundos cambios que genera la sociedad industrial y post-industrial, en el sentido de construir una fattispecie de responsabilidad del productor en términos de 'riesgo de empresa'.

Pero si el examen se limitara a ese estadio, se podría decir que el instrumento de la responsabilidad objetiva realiza una conciliación entre los intereses promocionales del sistema industrial y los intereses de los consumidores, porque éstos, a fin de cuenta obtienen el resarcimiento de los daños. Pero en realidad, no es así, porque si de un lado, se satisfacen los intereses resarcitorios sólo de los consumidores-víctimas, de otro, se sacrifica en modo programático, la actuación de una directa 'función preventiva' de la disciplina del ilícito.

Es importante destacar los esfuerzos del jurista por salvar la importante 'función preventiva' de la responsabilidad civil que es posible precisamente a través de la evaluación judicial en términos de 'negligencia' (en sentido objetivo) de la 'conducta de la empresa', no limitándola simplemente a la satisfacción de una 'función resarcitoria', renunciándose programáticamente a integrar el régimen sancionatorio con la inhibitoria. Ciertamente, el temor que de una condena por negligencia resulte perjudicada la imagen de la empresa, puede constituir un motivo para mejorar los *estándares* de producción; de su parte el control judicial de los modos de producción, puede atraer la atención de la opinión pública, y luego la del legislador para proceder a una mejora en los *estándares* de producción y reducir el nivel de prevención insuficiente de los accidentes industriales. A este punto, Ghidini trae a colación el rol de las *Regulations* del sistema norteamericano, que emanan por ejemplo de la *Food and Drug Administration,* confome a procesos basados en la *culpa.*

En fin, se trata de aprovechar al máximo las potencialidades preventivas de la responsabilidad civil. Siendo claramente apreciable cómo el criterio de negligencia objetiva (en relación al área del riesgo evitable) desempeña una función insustituible de prevención en el área del 'ilícito de empresa', donde –a diferencia de la actividad individual–, la inducción repetitiva de los riesgos tiene que ver con una opción empresarial calculada sobre la política de seguridad o de calidad.

En síntesis, el autor propone un sistema de responsabilidad 'mixto', en el cual, el criterio de la diligencia (despojado de connotaciones psicológicas) desarrolle su función preventiva en el área de los 'riesgos evitables', dejando el área de los 'riesgos inevitables a los criterios objetivos de imputación. Alcanzando de este modo una óptima conciliación de los intereses al resarcimiento y a la prevención de los daños. Quedando fuera del esquema propuesto sólo aquellos riesgos inevitables que responden a la noción del 'fortuito', para los cuales pueden elaborarse mecanismos y fondos de garantía instituidos y controlados por el Estado.

V. Ghidini, G., *"L'illecito dell'impresa,* en *Trattato de dir. com. e dell'econ.*, dirigido por Galgano, vol. II *"La impresa"*, Cedam, Padova, 1978, p. 432 ss.

[164] Bessone, M., *"Prodotti dannosi e responsabilità dell'impresa"*, en *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1970, p. 102 ss. En esta línea de pensamiento, Ghidini reconoce la necesidad definitiva de una específica y distinta consideración del 'ilícito de empresa', de llevar a cabo un examen del mismo, motivado por una interrogante, la de saber si tales

La asunción a principio de responsabilidad objetiva del 'riesgo de empresa', se atribuye precisamente a la elaboración doctrinal de la década de los sesenta[165], que como se ha señalado, aporta una nueva lectura de

intereses del industrial han representado o representan el real punto de referencia de la teoría de la responsabilidad civil y de su evolución, teniendo presente en primer orden, lo relativo a los criterios de imputación de la responsabilidad.

Analizando desde un punto de vista histórico del rol de la culpa en el proceso de desarrollo de la industria en Italia, Ghidini encuentra que el sistema del ilícito civil endosaba al aparato industrial en pleno crecimiento, una responsabilidad extracontractual en base a criterios objetivos de imputación, sólo frente a situaciones de 'compromiso social' entre los intereses imprenditoriales y otros intereses específicos (de categoría o de clase) que resultaban afectados (tal el caso de los intereses de la propiedad fondiaria, de los trabajadores) o frente a situaciones de conflicto entre los propios intereses imprenditoriales (el caso de la competencia desleal). Pero para la generalidad de las relaciones sociales, el sistema mantiene firme la imputación basada en la 'culpa': con lo cual se terminaba endosando a la víctima el costo de los 'accidentes inevitables', típicos del proceso de producción. De ese modo, señala Ghidini que, "frente a esa masa indiferenciada y no "colectivamente conflictiva" respecto al problema de los daños tecnológicos, el interés económico de la empresa resultaba antepuesto al de los ciudadanos a la seguridad". Pero esa conclusión no se modifica, sigue el autor, con la máxima concesión que hacía el sistea del ilícito a favor de las víctimas con la consagración del art. 2050 en el código civil de 1942. La norma se refiere a las actividades 'peligrosas' (de las cuales se excluyen, según los criterios tradicionales, las actividades productivas de bienes de consumo normales), previendo una iversión de la carga de la prueba consistente en un 'superior grado de diligencia'. Observa Ghidini que, según la previsión normativa no se sale de la imputación culposa, siendo que el costo de los accidentes inevitables (que la empresa demuestre) queda a cargo de las víctimas. Además, la referencia a la 'máxima diligencia' que hace la norma, termina por corresponder a las técnicas productivas más avanzadas, lo que lleva a coincidir con el límite de la 'inevitabilidad' y así, de la 'irresponsabilidad', los *estándares* de producción de las empresas más fuertes y técnológicamente más adelantadas, sirviendo más de criterio de selección concurrencial antes que de medida de protección de las víctimas.

V. Ghidini, G., *"L'illecito dell'impresa"*, *cit.*, p. 427 ss.

[165] De preciso, la introducción de la teoría del riesgo en Italia se debe a Trimarchi, P., *Rischio e responsabilità oggettiva*, Milano, 1961. Así, el autor propone una interpretación de los arts. 2049, 2050, 2051, 2052, 2053 y 2054, inc. 4°, C.C., en el sentido de orientarlos, no obstante las particularidades de cada una de las normas, por los canales del 'riesgo de empresa'. La consecuencia de tal interpretación sería que las hipótesis de responsabilidad objetiva contenidas en el código y en las leyes especiales, no serían sino la codificación de ese principio, del que se afirmó la idoneidad para orientar en un mismo sentido el juicio de responsabilidad sobre las actividades de empresa.

Trimarchi analiza la función de la responsabilidad objetiva en conexión con "la 'teoría económica de la distribución de los costos y beneficios como condición

las normas de la responsabilidad civil. Se permite en este sentido, un sistema de responsabilidad civil a 'doppio binario', colocándose junto al tradicional principio subjetivo, otras fattispecie de índole objetiva que constituyen aplicación de un principio diverso, el 'riesgo'[166].

determinante de las decisiones de producción". Trimarchi, *op. cit.*, p. 34, *cit.* por Gorassini, A., *Contributo per un sistema della responsabilità del produttore*, Giuffré, Milano, 1990, p. 103.

En la obra de Trimarchi se aprecia como el autor construye el 'principio del riesgo de empresa', aunque inicia el capítulo I, declarando que trata de verificar cómo se realiza en el ordenamiento italiano el referido principio. Pero advierte al final del capítulo como "el sistema que es posible realizar con los instrumentos que el sistema ofrece, no coincide del todo con un sistema ideal plenamente adecuado al principio del riesgo", aún si "el sistema positivo permite aplicar la responsabilidad objetiva a todas las hipótesis de riesgo organizado y puede ser construido en modo de realizar un notable grado de aproximación a un sistema del todo coherente; ... grado de aproximación que será tan grande cuanto más el intérprete esté dispuesto a cumplir una interpretación evolutiva" Trimarchi, *op. cit.*, p. 55.

La función de la responsabilidad civil es, según Trimarchi, la de atribuir a la empresa el riesgo que le corresponde, como parte de sus costos, en modo de determinar qué empresas sobreviven y qué métodos de producción son socialmente activos. *Ibidem*, p. 95.

Para Trimarchi, el evento exraño al riesgo económicamente administrable es el caso fortuito, límite de la responsabilidad por riesgo de empresa en algunas normas (arts. 2051, 2052, etc); con respecto al art. 2049, desempeña el rol de límite el concepto de daño causado 'en en ejercicio de las incumbencias'; con respecto al art. 2050, e límite viene dado por la prueba de haber adoptado todas las medidas necesarias para evitar el daño.

La matriz norteamericana caracteriza especialmente la obra de Trimarchi, *Rischio e responsabilità oggettiva*, la cual, tiene como punto de partida la insuficiencia histórica de la culpa para explicar por completo la responsabilidad civil, configurándose en una suerte de enlace entre las líneas ya maduradas en Europa a inicios de siglo y del aporte de la literatura estadounidense de *common law*.

De ese modo, el título *Dei fatti illeciti* del código civil italiano llega a configurarse conforme al 'modelo binario' teorizado por J. Esser, con respecto al ordenamiento alemán. V. Castronovo, C., *La nuova responsabilità civile*, 2° ed., Giuffré, 1997, p. 58 ss.

[166] Según Castronovo, cuya propuesta de sustentar todas las *fattispecie* de responsabilidad objetiva en el principio del riesgo, y así la del daño derivado de producto, la base normativa que puede legitimar la categoría del riesgo, se hallaría en el art. 2° Const., que contempla el principio de solidaridad, el que a su vez "constituye el criterio de justicia material al que la disciplina de la responsabilidad civil debe informarse y al cual, también debe subordinarse el principio de la responsabilidad individual previsto normativamente en la imputación del ilícito por culpa o dolo". Cfr. Castronovo, C., *Problema e sistema, cit.*, p. 603, 656.

Como el 'riesgo' viene considerado una categoría que comprende todo aquello que se imputa a los costos de una actividad, ello explica por qué en la construcción elaborada por Trimarchi, prevalga la 'responsabilidad de la empresa', con la cual, se condice la idea de riesgo tal como se ha formulado[167].

Sin embargo, no todas las hipótesis de daño pueden ser comprendidas en la noción de 'riesgo de empresa', por lo que con respecto a ellas no tiene sentido hablar de la relación riesgo - costo. Así el caso del daño derivado de cosas o de animales, y la propia responsabilidad por actividad peligrosa del art. 2050 C.C., no se reducen a una noción de riesgo de empresa, más aún si en el último caso de los mencionados se pone de relieve la conducta negativa, conforme al modelo del hecho ilícito, y todo ello no ha permitido a la construcción de Trimarchi penetrar en la jurisprudencia.

Diversa la situación del daño derivado de producto defectuoso, que por las características del contexto en que tiene lugar, ha representado un área fecunda para la aplicación de la teoría del 'riesgo de empresa', acogida por las más importantes propuestas de resarcimiento extracontractual.

Pero sucede, como bien destaca Carnevali[168], que el 'riesgo de empresa' no es por sí mismo un criterio de imputación de responsabilidad, sino una idea, una noción, que informa y permite unificar diversos criterios de atribución contemplados por el ordenamiento.

En esta línea, un sector importante de la doctrina italiana, ha intentado organizar en sistema las normas de los arts. 2043, 2049 y 2051 C.C., con el fin de dar un marco normativo a la responsabilidad del productor, pero las diversas y extensas interpretaciones que tratan de ajustar dichas normas, confirman la no configuración del 'riesgo de empresa' como principio[169].

---

[167] Castronovo, C., La nuova responsabilità civile, cit., p. 59.

[168] Carnevali, *La responsabilità del produtore, cit.*, p. 246. En esa lógica, el concepto de 'riesgo de empresa' permite dar forma a un sistema de responsabilidad del productor que superando las insuficiencias del criterio de la culpa, permita atender las exigencias de tutela de los consumidores. No se halla en cuanto tal, contemplado en el ordenamiento jurídico, ni puede ser creado por el intérprete. Cfr. Scognamiglio, *Responsabilità civile*, en *Nss. D. I.*, Torino, 1968, p. 636. En este sentido, es discutible la posibilidad de configurar en abstracto una regla jurídca formulada como "responsabilidad por riesgo de empresa". Cfr. Gorassini, A., *Contributo per un sistema della responsabilità del produttore, cit.*, p. 113.

[169] Véase una posición crítica sobre la teoría de la responsabilidad por riesgo de empresa, con citación a las interpretaciones de las normas a las que se refiere el texto, en: Gorassini, A., *op. cit.*, p. 114 ss.

2.2.1.6. *La clasificación de los defectos de los productos.– Su implicancia a los efectos de la aplicación de diversos criterios de imputación de la responsabilidad del productor*

En ese sentido, ha sido sugerida, siguiendo la línea adoptada en la experiencia alemana, una distinción de las hipótesis de responsabilidad según la causa del 'defecto'. Se trata de la propuesta de Carnevali, quien ya desde el primer capítulo de su obra, *La responsabilità del produttore,* destaca la importancia de la noción de 'defecto' y su clasificación en *defectos de fabricación, defectos de construcción o de proyecto* y *defectos de información o consejo*[170]. La utilidad que reconoce el autor a esa clasificación radica en el diverso fundamento de la responsabilidad en cada caso. Así, para los *defectos de fabricación* corresponde una responsabilidad objetiva, mientras que para los otros dos casos, viene aplicada la responsabilidad por culpa.

Se critica esta tesis en el sentido que en la práctica, frente a un juicio de responsabilidad por daños derivados de producto, tendría que saberse *a priori* frente a qué tipo de defecto uno se halla para poder aplicar un criterio de atribución objetivo o subjetivo. Lo que resulta impracticable, dado el encasillamiento a que se debería –de seguirse la tesis de Carnevali– hacer frente.

No se puede dejar de reconocer que la clasificación de los defectos de los productos constituye un aporte de derecho estadounidense, como bien se ha podido apreciar en el primer capítulo de este trabajo, al que se remite, cuya importancia retomaremos en la siguiente sección de este capítulo. Donde la importancia de la clasificación no radica precisamente en el diverso criterio de imputación de responsabilidad, sino en determinar la naturaleza misma del defecto, su consistencia, lo que es materia de prueba rigurosa en una causa de responsabilidad del productor. Donde la atribución de la responsabilidad será siempre objetiva *–strict liability–*, ciertamente cuando se haya emprendido este tipo de acción, y no así la vía de la *culpa, misrepresentation,* o *warranty,* según las vías alternativas de acción por daños derivados de productos defectuosos que ofrece hoy el *Restatement of Torts (Third): Responsabilidad del productor*[171].

En el esquema clasificatorio diseñado por Carnevali, los defectos de fabricación, en sentido estricto, son los defectos previsibles pero estadísticamente inevitable, normalmente inherentes a uno o algunos de los ejemplares de una serie regular. Los defectos de construcción, son los defectos

[170] Carnevali, *op. cit.*, p. 30 ss.

[171] V. *retro,* Cap. I, sección segunda, última parte.

que presenta una determinada serie de productos, dependen del hecho de haber sido mal diseñados o de haber sido sometidos a una deficiente experimentación[172]. Los defectos de información vienen referidos a la falta de comunicación imputable al fabricante quien debe informar al consumidor sobre las modalidades de empleo del producto, así como advertir sobre la existencia de peligros que puede comportar el uso del mismo a las personas o cosas[173].

Separándose de la clasificación tripartita de los defectos, consolidada en el sistema de la responsabilidad del productor en Estados Unidos, Carnevali considera en su esquema clasificatorio una particular categoría de defectos –aquellos que al momento de la fabricación del producto no podían ser conocidos en base al estado actual de la ciencia y de la técnica -, pero asumen escasa importancia a los efectos de la construcción que realiza Carnevali. Se entiende que el daño que deriva de esos defectos debería considerarse como correspondiente a los riesgos inevitables de la vida y por ello, dejarse a cargo del consumidor, quien podría hacer frente a ese riesgo a través de un seguro privado. Se puede hablar en este caso de **daños objetivamente imprevisibles**, expresión con la cual el jurista destaca que en este caso no se consideran las capacidades del fabricante concreto, aún si corresponden a las de un fabricante 'medio'[174].

En realidad, esa categoría particular de defectos a que alude Carnevali, no corresponde sino a lo que en doctrina ha adoptado el nombre de 'riesgos de desarrollo'[175], respecto de los cuales, se considera, de parte de

[172] Carnevali, *op. cit.*, p. 30 ss.

[173] *Ibidem*, p. 293.

[174] El autor precisa que el tratamiento jurídico de esa, a la que él llama, categoría de defectos, se ha convertido en un problema bastante serio, en especial con relación a los productos medicinales, que a distancia de tiempo de su introducción en comercio, han provocado en los consumidores gravísimos efectos secundarios. El autor hace referencia a algunos casos bastante conocidos en los Estados Unidos, tales como el del *Quadrigen*, una vacuna para niños que resultó causando encefalitis (*Tinnerholm v. Parke Davis & Co.*, 411 F. 2d 48 (2d Cir. 1969)); otro caso, el del *Aralen*, una composicón contra la artritis cuya aplicación condujo a varios pacientes a la ceguera (*Basko v. Sterling Drug, Inc.*, 416 F. 2d 417 (2d Cir. 1969)). *Ibidem*, p. 226 ss.

[175] Lo que en el derecho estadounidense ha venido a llamarse *development risk*, donde en realidad viene considerado una *defence* a favor del productor para liberarse de la responsabilidad que se le atribuye por los daños derivados del producto defectuoso. V. *infra*, n. 183.

Trimarchi, en cambio, se refiere al tipo de riesgos a que se hace referencia en el texto como *'rischi da sviluppo'*, que al estado de la ciencia y de la técnica en el momento de la fabricación del producto, resultan del todo imprevisibles, señalando, que la directi-

quien escribe, no configuren verdaderos defectos en el sentido técnico de la noción misma de 'defecto'[176].

Cuanto se afirma en el párrafo que precede, halla en parte, cierta confirmación en el propio pensamiento de Carnevali, quien no obstante abonar a favor de la clasificación de los defectos, reconoce expresamente que la categoría que considera "no tiene una propia individualidad, una propia autonomía, como por ejemplo, aquella de los defectos de fabricación ... ella resulta delimitada sólo en vía negativa de la extensión que se entiende dar a la categoría de los defectos de construcción o de proyecto: si se acoge un concepto de "estado de la ciencia y de la técnica" extremamente riguroso - como se da en un régimen de responsabilidad objetiva, pero no se excluye que se dé en un régimen de responsabilidad por culpa - comporta ampliar la segunda categoría y correlativamente a limitar la que se halla bajo examen, mientras sucede lo opuesto cuando a esa fórmula se le da un significado "medio" ... Dada esta flexibilidad de los confines de las dos categorías, es claro que en el caso concreto no será siempre fácil establecer si éste vaya encuadrado en una u otra categoría de defecto"[177].

Además, se observa en la propia explicación que hace el mencionado jurista, sobre la categoría de 'defecto' en cuestión, que no se refiere expresamente a tales riesgos como defectos, evita esta referencia, optando en cambio, por la de 'daños objetivamente imprevisibles', respecto de los

va comunitaria 374/85 sobre responsabilidad por daños derivados de productos defectuosos, los excluye del ámbito de la reponsabilidad objetiva del fabricante. El autor considera oportuna la solución de la directiva de dejar a los Estadon miembros de no introducir en los respectivos ordenamientos internos una tal exclusión de responsabilidad.

Destacando que el campo específico de aplicación de esos riesgos es el de los productos medicinales, se pronuncia que al fin de inducir a la máxima prudencia a la experimentación científica, es suficiente una responsabilidad por culpa. Señala que no se justifica una responsabilidad objetiva porque el presupuesto para que pueda operar es que el "riesgo sea calculable", destacando que en el caso bajo examen, falta la regularidad estadística, se trata más bien de situaciones de incerteza. Y, criticando la tendencia de quienes son favorables a admitir en este caso la responsabilidad del fabricante, señala que parece que ellos se propongan no tanto una racionalización en términos de seguridad (que es plenamente factible a través del criterio de la culpa), sino simplemente asegurar el resarcimieno a las víctimas. Pero, para esto último, existe la vía del seguro privado, o el seguro obligatorio. V. Trimarchi, *"La responsailità del fabbricante nella direttiva comunitaria"*, en *Riv. delle soc.*, n° 3, 1986, p. 600-601.

[176] Sobre la noción de defecto y para un examen coordinado con esta noción del 'riesgo de desarrollo': véase la sección segunda del presente capítulo.

[177] Carnevali, *op. cit.*, p. 228.

cuales precisa que, "... Imponer una responsabilidad (necesariamente objetiva) también para este tipo residual de daños, significaría, claramente, prescindir de la existencia de un defecto, a menos que se conciba este último como una simple condición (del producto) que causa un daño: pero entonces, el concepto de "defecto" se resolvería en una mera ficción"[178].

En la 'categoría' no autónoma, como la llama Carnevali –o en otras oportunidades, se refiere a ella como 'categoría de daños'[179]–, el criterio de la culpa lleva a la irresponsabilidad del productor por tales daños imprevisibles. Con respecto a la posibilidad de imponer una 'responsabilidad objetiva' en tales casos, el autor señala que la respuesta negativa es casi unánime. Sostiene que desde un punto de vista político, el efecto de imponer una responsabilidad objetiva en esos casos sería contrario a los propios intereses de los consumidores, pues serían las mismas empresas a no fabricar nuevos productos o retirar los existentes del mercado, con la más grave consecuencia, si se trata de medicinales. Desde un punto de vista técnico, el autor observa que en ese tipo de daños falta el presupuesto que justifica el 'riesgo de empresa', cual es, 'la previsibilidad o tipicidad del daño', aquella que permite su evaluación estadístico-preventiva y posterior distribución entre los adquirentes del producto[180].

El área de daños en que se ha suscitado el interés sobre el tipo de riesgos que ahora se trata, viene dada fundamentalmente por los 'daños derivados de productos medicinales', que después de un período de tiempo, tantas veces amplio, han generado en los consumidores graves daños, por los efectos colaterales de tales productos farmacéuticos[181]. Sobre el particular, se plantea el problema de si es aplicable el régimen objetivo de responsabilidad. La respuesta de gran parte de la doctrina a nivel de derecho comparado es en sentido negativo. Carnevali precisa al respecto que, "la gravedad de las consecuencias resulta más evidente cuando se tiene en cuenta que vienen en consideración los productos medicinales"[182]. Se

[178] *Ibidem*, p. 231.

[179] En efecto, de la lectura de las reflexiones de Carnevali sobre e punto en cuestión, se desprende una cierta prudencia al referirse a los 'riesgos absolutamente imprevisibles' como una 'categoría de defectos', y así, mas bien prefiere señalarlos como 'categoría de daños'. Cfr. Carnevali, *op. cit.*, p. 227.

[180] La falta del elemento de la previsibilidad (la previsibilidad estadística que hace al fabricante un *superior risk bearer*) es lo que impide a Carnevali a aplicar a los casos en examen, una solución como la adoptada para los defectos inevitables de fabricación, aunque si el elemento común ente ambos es la 'inevitabilidad del riesgo'. *Ibidem*, p. 229 - 230.

[181] V. *retro*, n. 181, 182.

[182] V. Carnevali, *op. cit.*, p. 229.

apreciará en el siguiente punto, cómo la jurisprudencia italiana ha venido afrontando el problema con relación al conocido tema de los 'riesgos de desarrollo' en el área de los productos medicinales, trayendo a colación la aplicación del art. 2050 C.C.

De consecuencia, la cuarta categoría de daños del esquema en referencia, se deja a cargo de los consumidores. Como fuera, Carnevali sugiere que en esos casos, los remedios deben buscarse fuera de la 'empresa productora'. Las alternativas de solución que propone al respecto son, de una lado, el control de parte del Estado sobre determinadas producciones (medidas preventivas); de otro, la constitución de un fondo especial, mediante contribuciones que depositen los productores de un ramo[183].

Es así que sobre la base de la distinción de los 'defectos', Carnevali afirma la insuficiencia del criterio de la culpa "en las modernas actividades industriales, para realizar una eficiente distribución de los daños"[184] y diseña el cuadro de la 'responsabilidad del productor', sobre la base de la responsabilidad objetiva, valiéndose de la interpretación extensiva de las normas pertinentes del código civil.

Retornando a la primera categoría de defectos señalados, los defectos de fabricación, se ha referido que respecto de ellos, es la empresa productora la que responde objetivamente de los daños causados a los consumidores. Así, se debe atribuir la responsabilidad al productor por las consecuencias de los eventos dañosos provocados a terceros por los dependientes de la empresa –en cuyo caso se trae a colación el art. 2049 C.C.–, o por el mal funcionamiento de la maquinaria –caso en que se aplica el art. 2051 C.C.–. El tipo de riesgo que en este caso se hace alusión, es el 'riesgo típico', o sea, aquél riesgo previsible, el que normalmente se genera como resultado de las fallas técnicas del proceso de fabricación[185].

---

[183] Carnevali toma la idea de la creación de un 'fondo de garantía' del jurista alemán Simitis. Otras veces se propone la intervención del Estado para hacer frente a la responsabilidad (obviamente no objetiva) del fabricante por la parte que excede la cobertura asegurativa. Otros proponen, con respecto a los productos medicinales, una limitación legislativa del monto del resarcimiento (limitado por ejemplo, en función de un porcentaje del facturado), permitiendo ello al fabricante obtener una cobertura asegurativa también en este tipo de riesgos (que los aseguradores no asumen por tratarse de riesgos de entidad indefinible). *Ibidem*, n. 170.

[184] Carnevali, *op. cit.*, p. 177.

[185] En efecto, la solución que propone Carnevali para los daños derivados de los 'defectos de fabricación' se funda en el principio del 'riesgo de empresa' y en los criterios de imputación que se relacionan con ese principio. El autor parte considerando que los defectos en referencia hallan su fuente: a) en acciones u omisiones de los

dependientes dedicados a la fabricación o a los controles; o b) en los desperfectos de las máquinas o, más en general, en una disfunción del proceso productivo que se realiza con aparatos automáticos.

Con respecto a la primera hipótesis, Carnevali señala que resulta espontáneo la referencia a la norma del art. 2049 C.C., cuya esfera comprende el trabajo subordinado. Pero, la propuesta suscita diversos cuestionamientos y dudas. Así, se trae a colación la doctrina alemana, según la cual, el parág. 831 del BGB, correspondiente al art. 2049 C.C. It., no puede ser invocado a los fines de los defectos de fabricación. Pero, ante ello, se contesta que esa norma del BGB es distinta a la norma italiana, pues la primera, admite la prueba que libera al empresario de responsabilidad, por los cual se puede comprender el rechazo de la doctrina alemana para aplicar dicha norma, pues es contraria a los intereses de las víctimas.

El autor pone de relieve que "la existencia de un defecto en un solo producto que pertenece a una serie incuestionable, es seguramente indicio de un descuido de cualquier trabajador, pero el hecho que el producto haya sido puesto en circulación depende también de una ineficiencia en los controles. En conclusión, se afirma que el producto defectuoso es imputable no al error de un dependiente en particular, sino al mal funcionamiento de toda la organización productiva".

En segundo lugar, Carnevali se refiere a los modernos sistemas de control de calidad, según los cuales una empresa "programa" un porcentaje de productos defectuosos. Con ese sistema, se comprenden en el cálculo los descuidos y errores de los dependientes. " La conclusión es que no puede atribuirse la calificación de acto ilícito, respecto de un tercero víctima, al error individual, comprendido en el cuadro de un proceso de fabricación colectivo, organizado y desarrollado según un plano empresarial: objeto de evaluación a los fines de la responsabilidad es solamente el "plano" empresarial, su contenido, los relativos controles de calidad, o - más en general - la organización misma de la empresa".

La insistencia de Carnevali en el 'plano' empresarial, lo lleva a señalar que "... El hecho que un porcentaje de productos defectuosos se mantenga en los límites establecidos en el plano, es decir, sea "controlada", no elimina en absoluto la responsabilidad de la empresa ..."

Destaca Carnevali el rol del art. 2049 C.C., cual es la de participar con las demás normas a la realización del principio de la responsabilidad por riesgo de empresa, precisando que " ... si se está de acuerdo con ello, parecerá extraño excluir su operatividad en los riesgos típicos de empresa como son los errores o descuidos de los dependientes, aún cuando no sean singularmente individualizados. ..."

Admitida la aplicabilidad en abstracto de la norma, el autor procede a verificar su utilidad en concreto. A la afirmación según la cual, la utilidad de esa norma sería sólo parcial, dado que presuponiendo el art. 2049 la culpa del dependiente, sólo podría aplicarse con relación a los casos de 'defectos evitables', Carnevali contesta, precisando con respecto a lode 'defectos inevitables', que si bien es cierto, el trabajo cotidiano de la producción comporta descuidos, errores, sin que puedan ser atribuidos a una culpa propiamente dicha, hace notar que en realidad, el problema no existe, porque el concepto de 'culpa' se entiende en sentido 'objetivo', con la consecuencia, que son pocos los actos de descuido de los dependientes que no se comprenden en el ámbito del art. 2049 C.C.

Siguiendo esa lógica, el autor propone una interpretación del art. 2049 C.C., para mayor claridad y que se condiga con el principio de 'riesgo de empresa' –permitiendo a la norma cumplir mejor su función–, que atribuya a la expresión *'fatto illecito'* un significado objetivo y no el que se obtiene del art. 2043 C.C. Así, la responsabilidad del productor sería declarada directamente, sin tenerse que pasar por la 'culpa del dependiente', hallando su límite sólo en 'el ejercicio de las funciones', demás del caso fortuito y la fuerza mayor. Igualmente, agrega que la exigencia de una culpa en cabeza del dependiete es un residuo de la opinión tradicional de la culpa, pero el sistema de la pluralidad de criterios de imputación, permite atribuir directamente al empresario, por el 'criterio de la preposición', el hecho dañoso del dependiente sin pasar por el trámite de la aut´noma responsabilidad de este último.

Con respecto a la segunda hipótesis, o sea la de los defectos que hallan su fuente en desperpecto o mal funcionamiento de la maquinaria, señala Carnevali que tales constituyen la mayor parte de los 'defectos inevitables', y la doctrina les dirige su atención por estar destinados a una mayor difusión. El autor halla en el art. 2051 C.C. la base legal para atribuir responsabilidad al empresario, en el caso que la máquina de la que se vale, escapa al control del dependiente y causa daños a terceros. De ese modo, la norma se coloca al lado del art. 2049 C.C. para realizar el principio de 'riesgo de empresa', cubriendo un área bastante amplia de desperfectos de la maquinaria.

En el caso que se refiere, se alude al daño directamente causado por la máquina. Sin empargo, la doctrina afirma que para recurrir al art. 2051 C.C. "debe haber sido la cosa que ha provocado *materialmente* el daño". Por ello, Carnevali trata de extender los extremos de la norma a los daños causados por las máquinas, por un desperfecto en ellas, al fabricar productos defectuosos, o tratándose de máquinas destinadas al control de fabricación, al no descubrir el defecto de los productos y permitiendo su ingrso al mercado.

La objeción que se hace a dicha propuesta, es que no es la máquina directamente a generar el daño, la causa directa o material viene dada por el producto defectuoso. Carnevali supera la objeción señalando que si bien pueden darse diversas modalidades en que se produce el daño, ello se debe a una misma fuente, a un desperfecto o falla transitoria de la máquina: "el producto asume un rol neutro, casi de instrumento que transmite la energía destructiva potencialmente contenida en el mal funcionamiento de la máquina". Además, con respecto a la aplicación en sentido abstracto del art. 2049, no ha suscitado dudas el hecho del descuido del dependiente en la fabricación, y aún en este caso se podría objetar que ese hecho no causa directamente el daño sino representa un antecedente causal del mismo, siendo el producto defectuoso la causa material.

Carnevali señala que no halla dificultad en hablar de una aplicación analógica del art. 2051 C.C., gracias a la fuerza expansiva implícita en el principio del riesgo de empresa.

Precisa Carnevali, con relación a la posible observación que no se pueda identificar exactamente la fuente del defecto de fabricación (no sólo si el defecto es atribuible a la negligencia de tal o cual dependiente o a una determinada máquina, sino de saber si se trata de un acto humano o de un desperfecto de la máquina), que no es decisivo que la víctima no invoque con exactitud el art. 2049 o el art. 2051 C.C.,

En efecto, Carnevali construye sobre la base de esas dos normas –la de la responsabilidad del principal por el hecho del dependiente (art. 2049 C.C.) y la de la responsabilidad por los daños generados por las cosas en custodia (art. 2051 C.C.)– una responsabilidad objetiva por 'riesgo de empresa' aplicable a los defectos de fabricación del producto, fundada en los criterios de imputación contenidos en esos artículos. Parte de la consideración que " ... ellos representan la inevitable consecuencia de la adopción de procesos productivos altamente mecanizados y constituyen un típico riesgo de empresa ... se ha observado que los productos defectuosos que entran en circulación no son otra cosa que la consecuencia de una decisión de la empresa, en base a la que se tolera *a priori* un determinado porcentaje de ejemplares defectuosos a causa de los excesivos costos que comportarían controles minuciosos de calidad ..."[186]. Ciertamente, de norma, el fabricante realiza un control de calidad por muestra, esos controles serán rigurosos hasta el punto que no sean antieconómicos, por lo que acepta el porcentaje de productos defectuosos que entra en circulación. Y siendo la decisión de tolerar *a priori* tales defectos basada en razones de eficiencia económica, debe por ello asumir los efectos y no trasladarlos al consumidor.

Con respecto a los defectos de construcción, o de diseño o de serie, se ha señalado que la responsabilidad de la empresa no debe extenderse tanto como en el caso de los defectos de fabricación. No tratándose de un riesgo típico del proceso de producción, se ha considerado que los errores de diseño serían "eventos accidentales de los que la empresa debe responder sólo a título de culpa"[187], la que se evalúa conforme a los criterios de la diligencia profesional.

Como se ha ya descrito, cuando se ha examinado la experiencia de la responsabilidad del productor en Estados Unidos, los defectos de diseño

bastando que pruebe que el defecto se atribuye al fabricante, a la 'esfera de su organización', porque esos defectos se originan indistintamente en esa esfera. Será el fabricante que a los fines de liberarse de responsabilidad, tendrá que identificar el origen del defecto del producto.

La solución propuesta por Carnevali se inspira en la solución adoptada por el proyecto holandés de un nuevo código civil, según el cual, el fabricante responde si no demuestra que el defecto del producto no se origina ni en un error suyo o en uno del dependiente, ni al mal funcionamiento de una máquina de la empresa, con la consecuencia que el no haber individualizado la fuente del defecto conlleva el riesgo del empresario. V. Carnevali, *op. cit.*, p. 250-261.

[186] V. Carnevali, U., *"La responsabilità del producttore. Problemi generali", en La responsabilità dell'impresa per i danni all'ambiente e ai consumatori*, Giuffré, Varese, 1978, p. 147 ss.

[187] V. Carnevali, *op. cit.*, p. 144.

afectan la 'estructura del producto', su composición, los dispositivos de seguridad para evitar que el uso del producto no ha surgir riesgos importantes, la elección de los materiales más adecuados y hasta la conservación misma del producto. De consecuencia, la elección hecha por el productor en la elaboración del producto pone en juego toda la línea de producción. Y de allí, que las consecuencias de este tipo de defectos alcance una magnitud superior a la que puede acarrear el 'defecto de fabricación'.

Los pocos casos que presenta la jurisprudencia italiana, y que hayan tenido como objeto precisamente defectos de serie en los productos, pueden considerarse una razón por la cual, la doctrina italiana al avocarse a este punto específico de la responsabilidad del productor, se adecua en términos generales a las soluciones dadas al problema por la doctrina y jurisprudencia norteamericanas[188], respecto de las cuales, vale la pena destacar la interacción de ambas en la determinación de los lineamientos a seguir en la difícil área que comprenden los defectos de diseño.

Efectivamente, Carnevali hace énfasis en el hecho que la jurisprudencia italiana se ha ocupado de este orden de problemas con respecto a los dispositivos de seguridad en los conocidos casos de la 'pistola de juguete'(casos en los que se examinaba si la pistola ofrecía la seguridad necesaria en relación a los riesgos de las esquirlas, residuos de pólvora que se desprendían con el disparo)[189] y en el de la 'máquina cortadora de papel' (cuya lámina cortante cae inesperadamente, generando daños al empleado que la operaba)[190]. En dichos casos, el examen sobre la existencia del 'defecto en el proyecto' ha sido llevado conforme al criterio de la culpa, siendo esa circunstancia la que lo induce a prever que en futuro sería esa la línea que seguiría la jurisprudencia.[191]

Sin embargo, observa Carnevali que los problemas de aplicación del art. 2043 C.C. a los defectos de serie no son pocos ni insignificantes. En este sentido, tal como se pone el problema en el derecho norteamerica-

[188] V. *retro*, Cap. I, Secc. segunda, sobre la evolución del debate doctrinario y fundamentos teóricos de la responsabilidad del productor en el ordenamiento norteamericano.

[189] *Cass.*, 21 de octubre de 1957, n. 4004, en *Foro it.*, 1958, I, c. 46 ss; *App. Genova*, 5 de junio de 1964, en *Foro Pad.*, 1964, I, c. 725 ss.

[190] *Cass.*, 10 de noviembre de 1970, n. 2337, en *Resp. civ. prev.*, 1971, p. 550 ss., y en *Temi*, 1973, p. 19 ss.

[191] V. Carnevali, La responsabilità del produttore, cit., p. 268.

no[192], la primera cuestión que se destaca es la dificultad de la demostración de la existencia del 'defecto'. A diferencia de los defectos de fabricación, en los que la prueba es *in re ipsa*, bastando la confrontación del ejemplar defectuoso con el diseño del producto, en cambio, en los defectos de diseño, lo que está en discusión es precisamente el diseño mismo, a mayor precisión, la elección hecha por el fabricante en la elaboración del producto. En este caso la prueba deberá consistir en demostrar la deformidad con respecto a un modelo abstracto exigible, teniendo como base un estándar que revele la diligente técnica productiva. Carnevali[193] precisa que en este caso, "la víctima debe probar la negligencia del fabricante ... la culpa de este último concurre a integrar los extremos del 'defecto', es un elemento constitutivo del mismo, y no podría ser objeto de una presunción, como sucede a veces en el caso del defecto de fabricación ...".

Cabe destacar la sugerencia que plantea Carnevali con respecto a la prueba de los defectos de diseño cuando no existan normas que indiquen los parámetros de comparación para confrontar la deformidad del producto. Señala el caso de los efectos colaterales de una medicina, en que no será necesario imponer a la víctima la prueba de que el productor podía conocer tales efectos colaterales de acuerdo a una diligente experimentación y en base al estado actual de la ciencia. En efecto, sugiere "que la carga de la prueba de la existencia del defecto vaya distribuida entre el consumidor y el fabricante según la respectiva esfera de conocimientos o,

[192] Nótese que el el derecho norteamericano se ha dado una evolución en la aplicación de los *tests* para determinar la existencia de un de un defecto de diseño. En efecto, inicialmente, venía aplicado el *consumer expectations test*, posteriormente, se da valor al Test costo-beneficio, existiendo pronunciamientos diversos que adoptan un tipo de *test* mixto. Se remite a cuanto descrito sobre los defecto de diseño en el Cap. I, Secc. segunda.

Como se ha apreciado en el debate doctrinario estadounidense sobre la prueba de los *design defects*, de su parte, Carnevali plantea el problema de la dificultad con que se halla la víctima para demostrar la existencia del defecto cuando no existen *estándares* de seguridad específicos (establecidos legisltiva o administrativamente), sino se cuente sólo con parámetros genéricos, en cuyo caso, señala el mencionado jurista que no queda que hacer remisión a la genérica norma del art. 2043, en este caso, sin el auxilio de dispositivos específicos que contribuyan a delinear la diligencia requerida en el caso concreto. Igualmente, advierte que existe el peligro que cuanto más genérica es la formulación de tales dispositivos, más fácil es que se tienda a colocar el riesgo a cargo del empresario, pudiendo pretenderse hasta la seguridad absoluta del producto. V. Carnevali, *op. cit.*, p. 271.

[193] Carnevali, *op. cit.*, p. 269.

para usar una terminología moderna, según la respectiva esfera de riesgo. Al consumidor corresponderá la demostración de una estructura o composición del producto que haga presumir la probabilidad de un defecto. A su vez, el fabricante se halla en la mejor posición para demostrar que el defecto no era tal a la luz del criterio de la diligencia media, o sea, de la buena técnica productiva. Así, en el ejemplo, el consumidor demostrará la existencia de los efectos colaterales de la medicina, mientras el fabricante tratará de probar que tales efectos eran imprevisibles no obstante las experimentaciones conducidas diligentemente".[194]

Se observa en la sugerencia del citado jurista una concreta ilustración de cómo operaría el examen en juicio del defecto de diseño a la luz del criterio de imputación de la culpa, como es el que el autor considera apropiado para regular este tipo de defectos. Nótese las consecuencias del criterio de la diligencia media al aplicarse al conocimiento que se le exigiría al productor respecto de las técnicas productivas. La diferencia es marcada en un sistema de responsabilidad objetiva[195].

No obstante la operatividad reconocida al art. 2043 C.C. en los casos de defectos de serie, Carnevali, ante la insuficiencia que observa en el criterio subjetivo para regular los casos, ya de 'defectos de fabricación', ahora los del tipo en cuestión, plantea la posibilidad, si bien no de sustituir, sino de disponer un lugar para un criterio objetivo que aporte una solución más rigurosa en determinados casos. Así, entre las normas que podrían tener una aplicación, el autor halla en el art. 2050 C.C., relativo al ejercicio de una actividad peligrosa, la base para sostener su posición.

El citado jurista realiza una 'interpretación extensiva' de la expresión 'actividad peligrosa' contenida en la norma, en el sentido que, como se desprende del propio texto legal, no sólo se debe considerar la actividad que es peligrosa por naturaleza sino también, la actividad que puede ser peligrosa si realizada e un cierto modo en concreto. "En otros términos: de lo que depende la aplicación del art. 2050 C.C. no es el alto índice de peligro abstracto, sino un alto índice de peligro concreto. Lo que cuenta es determinar el grado de riesgo que el ejercicio de una determinada actividad comporta en el caso singular"[196].

---

[194] V. Carnevali, *op. cit.*, p. 272.

[195] Véase la Secc. segunda del presente Cap., en que se trata de la determinación de la noción de 'defecto'.

[196] Carnevali, *op. cit.*, p. 281. Entre las observaciones formuladas a la tesis de Carnevali, se halla una que señala que el art. 2050 C.C. se refiere al riesgo generado directamente por el ejercicio de actividad peligrosa. Mientras que en los casos de responsabi-

Carnevali señala que a diferencia de la unidad de la 'acción común negligente', a la cual corresponde la 'unidad del riesgo', diversamente, aquella única acción que se puede calificar como defectuosa en el proyecto, como la invención de una fórmula química defectuosa, etc., da lugar a una verdadera proliferación de riesgos, los que perduran en el tiempo por toda la vida del producto o al menos por el tiempo de duración de toda la serie defectuosa[197]. Asimismo, el autor precisa que la calidad del bien amenazado y la entidad del riesgo constituyen dos componentes que determinan el 'peligro particular' y que sirven a limitar una indiscriminada extensión de la noción de 'peligro' a todos los casos de 'defectos de serie'[198].

En síntesis, la propuesta de aplicar extensivamente el art. 2050 C.C. a determinados casos de 'defectos de serie' se justifica, según Carnevali, cuando se trate de un riesgo particularmente elevado que el ejercicio de ciertas formas de actividad –no peligrosas en sí mismas– introduce en concreto en la sociedad. Que ese riesgo lo genera la producción de masa, al difundir en el público un elevado número de productos, de cada uno de los cuales puede derivar daño para los consumidores, y vistos todos estos riesgos unitariamente considerados, como un agregado, pueden alcanzar el nivel de riesgo que califica una actividad como 'peligrosa'[199]. En esta lógica, el presupuesto que legitima el recurso a esa norma es la 'con-

lidad del productor, el riesgo es introducido por por el 'producto defectuoso'. El autor contesta a esta observación señalando que el origen de la limitación indicada se explica desde una perspectiva histórica, si se tiene en cuanda la época en que se da la norma (en que se desconocía el problema del riesgo introducido con los productos defectuosos, importando sólo el riesgo que derivaba del mal funcionamiento del aparato productivo, como los incendios, explosiones, derrumbes, etc.). Pero la interpretación a la luz del principio del riesgo de empresa, precisa el autor, permite superar esa crítica. *Ibidem*, p. 281-282.

[197] Es esta la razón por la que Carnevali no considera aplicable el art. 2050 a los 'defectos de fabricación', por referirse a uno o algunos ejemplares de una serie en perfecto estado, por lo que no se podría hablar de una 'particular peligrosidad'. Carnevali, *op. cit.*, p. 283.

[198] *Ibidem*, p. 284.

[199] Carnevali sugiere que como el art. 2050 C.C. ha sido aplicado por la jurisprudencia a casos de corte de árboles, a los casos de excavaciones con máquinas, a la carga y descarga de material con la grúa, a la gestión de una piscina, etc., para cuyas citaciones se remite a Comporti, en *Esposizione al pericolo*, p. 292, así se pregunta cómo no se aplicaría esa norma al caso de la circulación de autos defectuosos, o de medicinas con graves efectos colaterales. *Ibidem*, p. 285.

dición de peligro particular'[200] –cuando el riesgo inherente al uso sea relevante– que deriva de la determinada estructura del producto –el diseño, su composición, materiales empleados, entre otros–, es decir, de un defecto de diseño.

Ahora bien, como el art. 2050 C.C., a los efectos de liberarse de responsabilidad, exige al causante del daño la prueba de "haber adoptado todas las medidas idóneas para evitar el daño", trasladando la aplicación de la norma al caso de la liberación de responsabilidad del productor, como indica Carnevali, la prueba liberatoria se sostiene en "la inexistencia de invenciones o descubrimientos técnico-científicos capaces de neutralizar el riesgo que deriva del defecto: en otros términos, descansa en la noción de daño inevitable"[201]. La evaluación de la conducta se realiza según "un metro rigurosamente objetivo"(no se consideran por ejemplo, la capacidad financiera del empresario, ni el costo de las medidas técnicas o de experimentación destinadas a neutralizar el defecto, ni el hecho que ellas todavía se apliquen en escala industrial, etc.)[202]. "Solo cuando el riesgo se presente absolutamente inevitable según el nivel más avanzado de la ciencia y de la técnica, podrá el productor esperar salir indemne de responsabilidad"[203].

---

[200] A los fines de la individualización en concreto de ese 'peligro particular', señala Carnevali que no sirve tener en cuenta solamente la naturaleza o la entidad del daño que se ha producido en el caso particular, sino "lo que cuenta es el daño que el defecto de serie puede potencialmente causar", así el criterio del art. 2050 se aplicará también cuando en concreto se haya verificado un daño de entidad no relevante pero que en abstracto es previsible que ese mismo defecto pueda conducir a un daño de gravedad considerable. Carnevali, *op. cit.*, p. 288.

[201] Carnevali, *op. cit.*, p. 289.

[202] En efecto, bajo un régimen de responsabilidad objetiva no se toman en consideración las condiciones personales del sujeto a quien se imputa la responsabilidad, y en este sentido sí halla aplicación una fórmula reiterada en el *common law*, según la cual, lo que se cuestiona es el producto mas no al productor, como contrariamente sucede bajo un régimen de responsabilidad por culpa.

[203] Carnevali, *op. cit.*, p. 289. A este punto adquiere particular importancia el momento en base al cual se realiza la evalución: si el momento del diseño, de la fabricación o el momento en quese verifica el daño. El autor, considerando que se trata de una responsabilidad objetiva, donde no se cuestiona la conducta del fabricante, señala que el criterio preferible parece ser el que contempla la finalidad preventiva de la responsabilidad y el primero de los criterios económicos de ella (o sea, si el costo social del producto supera su costo empresarial). Así, el autor siguiendo una de las líneas de la doctrina norteamericana, señala que si al momento de la fabricción en serie del producto, la finalidad preventiva exige que el juicio de la inevitabilidad sea realizado conforme al nivel más avanzado de la ciencia y de la técnica al momento en que se

Siguiendo el esquema clasificatorio de los defectos, los llamados defectos de información o de advertencia[204]-, a diferencia de los defectos de diseño, no afectan la estructura, la calidad del producto, no son intrínsecos a él. El productor que coloca un producto en el mercado tiene el deber de informar a los consumidores sobre el modo de empleo del producto y como evitar los riesgos que pueda comportar su uso, así como el de advertir sobre los riesgos inherentes al producto y consecuentemente, los que comporta el uso.

Aunque Carnevali deja indicado que estos defectos constituyen en sustancia 'defectos de serie', por el hecho que se adscriben a cada uno de los ejemplares producidos[205], se puede desprender del examen que dedica a los mismos que, en realidad se trata de una categoría autónoma de defectos, pues, requieren de parámetros diversos al caso de los defectos de serie a los efectos de determinar su existencia, pudiendo además suceder que un producto no sea defectuoso en cuanto a su conformación, diseño, etc., y sin embargo no observar las condiciones necesarias para ser utilizado por los consumidores, en cuanto carente de advertencias sobre el peligro que puede comportar su uso o de la información sobre las modalidades de aplicación.

Refiriéndose a las diversas consecuencias que también en este caso de defectos tiene la aplicación de un criterio subjetivo u objetivo de imputación, Carnevali parece inclinarse por el criterio de la culpa, sugiriendo la operatividad en este caso del art. 2043 C.C., sin por ello, dejar de reconocer su insuficiencia en determinados casos, como lo hace con respecto a los defectos de serie, por lo cual propone también colocar dicho criterio al lado de uno objetivo, postulando así, la posible aplicación, según las circunstancias de peligro que genere el producto, del art. 2050 C.C.[206]

En efecto, conforme al criterio de la culpa, al productor se le exige que advierta a los consumidores los riesgos que puede acarrear el uso del producto puesto en circulación siempre que puedan conocer conforme a una diligencia media (a través de *tests* de duración y complejidad normales); mientras que si tales riesgos son identificables sólo gracias a *tests* de un alto nivel técnico y cuyo costo puede ser sumamente elevado si se considera la difusión o el carácter económico del producto, el criterio de

verifica el daño, con lo cual se induce al productor a modificar el diseño adecuándolo a las más modernos descubrimientos o a suspender la fabricación si en ese modo ella no se revela la más conveniente económicamente. *Ibidem.*

[204] V. *retro*, Cap. I, Secc. segunda donde se da una explicación sobre los conocidos *warning defects.*

[205] Cfr. Carnevali, *op. cit.*, p. 293.

[206] Ibidem.

la culpa no es más operante, siendo entonces que viene en consideración, como señala Carnevali[207], el criterio objetivo del art. 2050 C.C.

Los 'defectos de información' plantean sobretodo dos problemas de índole práctica pero con relevancia sustantiva. Uno, el referente al contenido de la información que debe ser trasmitida a los consumidores; el segundo, concierne a la eficacia de dicha información. Es este segundo problema que a su vez, plantea la cuestión de si el productor podría liberarse de responsabilidad a través de la advertencia de los riesgos del producto que en sí mismo, es defectuoso en el diseño.

Evidentemente, no es admisible encubrir la responsabilidad del productor con el velo de la información de los riesgos del producto, lo que implicaría reconocer implícitamente una real cláusula de exoneración de responsabilidad a favor del productor. Ante ello, Carnevali[208], siguiendo la vía señalada por un sector de la doctrina norteamericana[209], indica que será el juez, antes de pasar a examinar el contenido y forma de la información, que evaluará la elección operada por el fabricante, respecto al modo de eliminar los riesgos relativos al uso del producto, pudiendo calificarlo de defectuoso, prescindiendo de la información o advertencias acompañadas, si el mismo no se ajusta a los dispositivos de seguridad conforme a un estándar medio (art. 2043 C.C.) o establecido objetivamente (art. 2050 C.C.).

Como se ha podido apreciar, Carnevali sigue en buena parte el trabajo doctrinario-jurisprudencial norteamericano sobre la clasificación de los defectos, sobre la conceptualización de cada uno de ellos, con cierta variación en cuanto a incluir como categoría aunque 'no autónoma' a los 'defectos que derivan del desarrollo de la ciencia y de la técnica, y sobre las direcciones sugeridas para la soluciones de los múltiples problemas que se suscitan con relación a cada una de las categorías de la tipología en

[207] Ibidem.

[208] *Ibidem*, p. 295.

[209] La jurisprudencia norteamericana es rica en casos concernientes a los llamados *warning defects*. En ellos se examina detalladamente los elementos que constituyen el riesgo de un producto, los casos más frecuentes son los relativos a material inflamable, productos explosivos, autovehículos, etc. En la evaluación se tiene en cuenta si el riesgo se circunscribe al usuario o si en cambio, se extiende a terceros. En el primer caso, la información o la advertencia del riesgo puede constituir el medio más económico para hacer inofesivo un producto. En el segundo caso, la oportunidad de la advertencia como medio alternativo a un mejor diseño o proyecto del producto será evaluada con criterios más rigurosos. En este sentido: Traynor, *"The Ways and Meanings of Defective Products and Strict Liability"*, en *Tenn. L. Rev.*, vol. 32, 1965, p. 372; Noel, *Manufacturer Liability for Culpa*, en *Tenn. L. Rev.*, vol. 33, 1965-1966.

referencia. Esto último, especialmente, gracias a la abundante casuística que presenta la jurisprudencia norteamericana.

No existiendo en Italia, como en los demás países europeos, una norma específica de imputación de la responsabilidad del productor, sino hasta que se dicta el D.P.R. 224/88 que aplica la directiva comunitaria 374/85 sobre la responsabilidad por daños derivados de productos defectuosos, la doctrina se ha visto precisada a interpretar en sentido bastante amplio las normas sobre la responsabilidad extracontractual previstas en el código civil, aquéllas que parecieran más conciliarse con el supuesto de la responsabilidad del productor.

En este orden de ideas, Carnevali, colocándose a distancia respecto de la tendencia tradicional a fundar la responsabilidad únicamente en el criterio de la culpa –sea la culpa subjetiva, la culpa objetiva o la presunción de culpa–, se sirve de la clasificación de los defectos con el fin de individualizar los criterios de imputación que según cada tipo pueda resultar más adecuado. En efecto, delinea un sistema de responsabilidad del productor inspirado en buena parte en un principio de 'riesgo de empresa'[210], sistema en el que combina diversos criterios de imputación previstos en el código civil. Así, considera que para los defectos de fabricación son aplicables los arts. 2049 y 2051 C.C., mientras que para los defectos de construcción o serie y para los defectos de información o advertencia, encuentra conveniente la norma general del art. 2043 C.C., sugiriendo la extensión del art. 2050 C.C. cuando se trate de casos de defectos que comportan un 'peligro particular'.

2.2.1.7. *Contra la diversidad de criterios de imputación en función del tipo de defecto*

Otro sector de la doctrina, en cambio, expresa su disconformidad con la pretensión de aplicar criterios distintos de imputación de responsabilidad[211].

---

[210] Se precisa que el sistema que propone Carnevali acoge el principio de 'riesgo de empresa' especialmente para los casos de daños derivados de defectos de fabricación. Con respecto a los demás casos de defectos, si bien la idea de la responsabilidad de la empresa está presente en las reflexiones del autor, no puede afirmarse que sean el fundamento, toda vez que destaca la importancia de aplicar el criterio de la culpa. Véase *retro*, en el texto cuanto se ha explicado sobre la posición doctrinaria de Carnevali.

[211] Sobre la tiopología de los defectos se pronuncia Castronovo en sentido negativo a los efectos de aplicarla al ordenamiento italiano. No obstante señalar que dicha clasifi-

En este mismo sentido, se afirma que la tesis que distingue la aplicación de los criterios de imputación en razón de la diversa naturaleza del defecto, no halla sustento en el ordenamiento italiano, sea a nivel positivo como a nivel jurisprudencial[212]. Se argumenta además, que no existen razones para favorecer a los consumidores de productos individuales siendo lo contrario en el caso de daños derivados de productos que presentan defectos de serie. Ésta constituye una de las argumentaciones que abonan a favor de la tesis de la 'responsabilidad de empresa', según la cual, es ésta la que más fácilmente puede recurrir al instrumento de la aseguración, por lo cual, corresponde alocarle 'todo el riesgo' relacionado al ejercicio de la actividad, siendo difícil confiar a las reglas de la responsabilidad civil una función disuasiva que casi ya han perdido[213].

Es así que se propone hallar en una sola norma del código civil el fundamento unitario de la responsabilidad del productor, que contenga un criterio objetivo de imputación. Ciertamente, esta orientación doctrinaria halla inspiración en un principio de 'responsabilidad de empresa', y trata de apoyarse a nivel normativo en el art. 2049 C.C. De ese modo, "se imputan al productor los daños que sufren terceros como consecuencia de un 'defecto' de la organización de empresa, sin considerar la naturaleza del defecto"[214].

---

cación puede parecer razonable desde un punto de vista descriptivo, hace énfasis que no es feliz en la medida que se pretenda utilizarla para desprender de ella una diversificación de la disciplina. Refiriéndose al ordenamiento norteamericano, precisa que si bien dicha clasificación halla utilidad a los fines de agrupar por clase de defectos la casuística de la jurisprudencia estadounidense, no la tiene en cambio, a los fines de identificar el respectivo régimen jurídico. Considerando que donde se pretenda importar dicha clasificación a los sistemas de norma escrita para fundar las directivas a aplicar, señala que se incurre en una grave incorrección metodológica, no hallando correspondencia la construcción por tipos –todos comprendidos en la categoría 'defecto'–, en los sistemas continentales de responsabilidad civil, a los cuales es ajena la *contaminatio* de ésta última con la "garantía" por vicios. Cfr. Castronovo, C., *La nuova responsabilità civile. Regola e metafora*, Giuffré, 1991, p. 191-192.

[212] Se pronuncian en este sentido: Alpa - Bessone, *La responsabilità del produttore, cit*, p. 132 ss.; Bessone, M., *"Profili della responsabilità del produttore nella esperienza italiana", cit.*, p. 27.; Cfr. las sentencias en este sentido en G. Visintini, *La responsabilità civile nella giurisprudenza*, Padova, 1967, p. 263.

[213] En este sentido: Bessone, *op. cit.* p. 27.

[214] Es la tesis sostenida por Alpa fundamentalmente, quien propone un tratamiento riguroso de la responsabilidad del productor. V. Alpa - Bessone, *La responsabilità del produttore, cit*, p. 132 ss.

2.2.1.8. *La aplicación directa del art. 2049 C.C.*

En efecto, la norma del art. 2049 C.C., referida expresamente a la responsabilidad del empleador y comitente por los daños generados por sus dependientes en el ejercicio de sus funciones, contempla un criterio objetivo de imputación de daños. Será precisamente este criterio y el cuadro de la 'organización empresarial' en el que fácilmente se adscribe la norma, los elementos que permiten a Alpa[215] realizar una lectura de la misma en modo que sea aplicable directamente al caso de la responsabilidad del productor.

En esa línea de pensamiento, Alpa[216] encuentra en la relación de preposición y en la responsabilidad del empleador los extremos de un impuesto de responsabilidad bastante amplia, en la cual, el conjunto de los daños derivados del trabajo subordinado representa sólo una parte, si bien la más importante, de los daños que se generan en el proceso de producción desarrollado a través de la organización empresarial. De esa constatación, el jurista infiere del art. 2049 el principio, según el cual, el conjunto de los riesgos que se atribuyen al proceso productivo deben recaer sobre la empresa.

La noción de 'riesgo de empresa', en la que Alpa basa su tesis, le permite subsumir en el proceso productivo todas las pérdidas y los daños ("anónimamente" provocados por los dependientes y las máquinas) que derivan del "trabajo organizado". Y siguiendo a Barassi –quien destacaba que el art. 2049 se refería expresamente a una organización–, señala que

[215] La interpretación que se desprende de la simple lectura del art. 2049 tiende a identificar un criterio objetivo de imputación de responsabilidad al empleador y al comitente por los daños causados por sus dependientes. En doctrina así como en la jurisprudencia se plantea el problema de precisar si es necesaria la 'culpa del dependiente' y si la presencia de dolo exonera al comitente; igualmente, si es necesaria una relación causal entre acto del dependiente y vínculo de preposición, o baste sólo una simple 'relación ocasional', de consecuencia, qué entender por 'incumbencias' y qué posición reservar en la distribución de los riesgos a los auxiliares, a las empresas satélites, etc. Cfr. Alpa, G., *Responsabilità della impresa e tutela del consumatore*, Giuffré, Milano, 1975, p. 386.

[216] Interpretado en un contexto empresarial el art. 2049, vendría a colocarse junto a otras normas contenidas en el código civil (los arts. 2082, 2263, 2265 C.C.) que, según parte de la doctrina, han codificado el principio de 'riesgo de empresa'. La 'responsabilidad de la gestión empresarial' que viene a constituir el punto unificante de diversas previsiones legislativas del Libro V del código civil, puede considerarse fudamento del art. 2049, que de la gestión de la empresa, concierne sólo a los daños que se generan sea al interno que al externo de la empresa. V. Alpa - Bessone, *op. cit.*, p. 133.

"el fundamento de esta responsabilidad ... podría consistir en la "organización" del proceso productivo en forma (en sentido lato) empresarial"[217].

La perspectiva empresarial viene a configurarse como la conclusión de las fases por las que ha pasado la interpretación del art. 2049 C.C.[218], vale decir, desde cuando se resarce el daño sólo cuando ha sido generado al interno de una relación contractual entre el empresario y tercero-víctima, a cuando la responsabilidad se extiende a los casos de ausencia de vínculo contractual, siendo así que la responsabilidad del 'patrón' va distinguiéndose de las otras formas de responsabilidad por hecho ajeno, hasta admitir el resarcimiento del daño aún en los casos de una simple relación ocacional necesaria, extendiéndose a todos los daños que tengan lugar en el ámbito y por causa del proceso productivo.

En esta óptica, los daños derivados de la difusión de productos defectuosos amplían la esfera de 'riesgo de la empresa', contrarrestando la del consumidor. Y atendiendo a que el desarrollo de la industria comporta cada vez mayores riesgos a la sociedad, se justifica, según la tesis de Alpa, una regla severa de responsabilidad del productor, en consonancia con el 'principio de solidaridad social' consagrado en la Constitución[219].

Así, propuesta la responsabilidad objetiva del productor a la luz del art. 2049 C.C., Alpa considera oportuno comprender en los alcances de ella, las consecuencias de cualquier defecto que puedan observar los productos, no sólo los 'defectos de fabricación' en sentido estricto, sino todos los accidentes que se verifiquen en la fase de control de los productos sea en la de la etiquetado y la de confección, siendo en esta última fase en que se generan las 'omisiones de información o inexacta ilustración de la calidad y componentes del producto, así como las advertencias contra los riesgos posibles'[220]. Obsérvese que en esta perspectiva, se consideran los llamados defectos de información', no autónomamente, sino mas bien son vistos al interno de la gran fase productiva[221], en la cual, bien pueden

[217] Cfr. Alpa, Responsabilità dell'impresa ..., cit., 386.

[218] La reconstrucción histórica del art. 2049 C.C. se halla en: Galoppini, *Profilo storico dell'art. 2049 c.c.*, en *Riv. Trim. dir. proc. civ.*, 1969, p. 3 ss.

[219] *Ibidem*, p. 388.

[220] *Ibidem*, p. 390.

[221] En efecto, consderándose el proceso productivo en toda su amplitud y unitariedad, se entiende que todas las veces que se imputa la responsabilidad a la empresa, no se hace sino que imputar la responsabilidad al empresario, en cuanto a él corresponde la dirección y control general del trabajo, así como la asunción del riesgo junto al provecho de los beneficios, considerándosele por esta razón, el sujeto que se halla en la mejor condición para soportar el riesgo de la producción. Cfr. Bessone, *Profili della responsabilità del produttore ..., cit.*, p. 27-28.

atribuirse a errores de los trabajadores, siendo así que se justifica su inserción en el ámbito del citado art. 2049. En cuanto, respecta a los defectos que Alpa denomina 'errores en el proyecto', vienen, según su propuesta, absorbidos por la misma norma del código civil, considerando que no pueden sujetarse a un criterio de imputación diverso que el aplicado para los 'errores de fabricación', en tanto que constituyen hechos ilícitos de los dependientes del empresario que se sirve del proyecto para organizar la producción en serie[222].

2.2.1.9. *La aplicación analógica del art. 2049 C.C.*

Otra posición de la doctrina que se ve precisada antes de la ley de aplicación de la directiva comunitaria sobre la materia a proponer soluciones ante la inexistencia de una norma específica, y que participa de la línea que considera aplicable a la responsabilidad del productor el art. 2049 C.C., considerando igualmente fundamental el 'momento organizativo de la empresa', ha propuesto, a diferencia de la aplicación extensiva directa a la que se ha referido en precedencia, una aplicación de dicha norma por analogía. En este sentido, Castronovo[223] al poner de relieve que es en la 'empresa' en que por definición halla origen el daño derivado de producto defectuoso, y que la culpa-diligencia no es aplicable a esa nueva realidad, toda vez que los elementos de los que se compone la organización empresarial, sólo podrían ser leídos muy reductivamente en clave de diligencia, reconoce al art. 2049 C.C. el precepto más idóneo para encuadrar la responsabilidad del productor a la luz del código civil.

Sin embargo, Castronovo considera que una aplicación directa del art. 2049 C.C.[224] conduce a resultados tan reductivos como si se aplicara el

[222] Alpa, G., *op. cit.*, 390. En este mismo sentido de la tesis de Alpa, se pronuncia Bessone, argumentando que todo aquél que se vale del trabajo de otro, hallándose vinculado al agente por una relación de dependencia, debe asumir todos los riesgos que pueden derivar, así como aprovecha de los beneficios de dicha cooperación. El autor es también contrario a modificar el criterio de imputación en los casos de 'errores en el proyecto'. V. Bessone, *op. cit.*, p. 29.

[223] Castronovo, C., *op. cit.*, p. 193.

[224] En efecto, la aplicación directa del art. 2049 C.C. implica que dada una relación de preposición entre el imputado como responsable y aquél que ha procurado materialmente el daño, la sanción resarcitoria recaerá sobre el primero si la conducta del preposto es un 'hecho ilícito' cometido en el ejercicio de las incumbencias. Lo lineal de esa delimitación se altera al momento que se pasa de una aplicación directa de la

art. 2043 C.C. Efectivamente, la norma sustenta la responsabilidad del patrón y de los comitentes en presupuestos diversos al criterio de la culpa. El elemento que cualifica la estructura del impuesto de responsabilidad, es la 'relación de preposición'[225], la que a su vez, representa una manifestación típica pero no necesariamente adscrita a la organización de empresa.

Como hace notar el jurista, en la responsabilidad por productos dañosos[226] el hecho no se identifica con el hecho ilícito previsto en el art. 2049, y no sólo en línea general sino aún cuando se hipotice que la causa material del daño generado al consumidor sea la negligencia de uno o más dependientes de la empresa. Conforme al art. 2049 la norma alude a la invasión de la esfera de terceros por hecho del dependiente, en cambio, en el daño derivado de producto, se aprecia que entre la negligencia de este último y el hecho dañoso, se interpone la 'organización empresarial', la cual, al no impedir que el producto ingrese en malas condiciones al mercado, asume la paternidad plena del hecho dañoso que se genera[227].

La aplicación directa del art. 2049 exige que sea imputable al dependiente un *hecho ilícito*. De consecuencia, en la medida en que la negligencia del dependiente no constituya un hecho directo frente al tercero, ella permanece formando parte de los actos internos de la empresa, en el caso, de un incumplimiento de la obligación de trabajo[228]. En este caso, no se

norma a una 'por analogía' en relación a hechos dañosos que no se atribuyen a un hecho ilícito del dependiente. V. Castronovo, *Problema e sistema nel danno da prodotto*, *cit.*, p. 788.

Además, Castronovo encuentra a nivel de derecho coparado un apoyo para sostener la exclusión de la aplicación directa de la responsabilidad por el hecho de los auxiliares a la responsabilidad del productor. Así, en el *common law*, sistema en el cual, no resulta que se haya tratado de afirmar la responsabilidad del productor en términos de *vicarious liability*. En Italia, la orientación a favor, parece ser fruto de una inoportuna importación de la tesis de la doctrina Alemana. *Ibidem*, n. 229.

[225] *Ibidem*, 784.

[226] Nótese que Castronovo prefiere utilizar la expresión 'productos dañosos' en lugar de 'productos defectuosos', por la razón que su posición es contraria a adoptar la categoría de 'defecto', haciendo hincapié en la inutilidad y superficialidad de dicha categoría, y con ello, la de la clasificafción por tipos de defectos. V. Castronovo, C., *op. cit.*, p. 192.

[227] Ciertamente, aunque si en la fase de elaboración del producto se han cometido errores, éstos deben superarse por el control final que debe procurar la organización de empresa.

[228] Castronovo aclara la relación de los arts. 1228 y 2049, siendo el primero una derivación del segundo y referido a la responsabilidad del deudor por el hecho de sus auxiliares. Se ha aclarado en doctrina que la responsabilidad por hecho de los auxilia-

puede afirmar que dicho incumplimiento configure un 'hecho ilícito' al externo de la relación de trabajo, en razón que el daño que puede justificar la segunda calificación viene en realidad atribuido a un hecho posterior en relación a la negligencia del trabajador, no sólo sobre el plano temporal, sino sobre el plano causal: en efecto, "es la empresa que, al realizar el resultado productivo del prestador de servicio que ha cometido el o los errores, pudiendo evitar colocarlo en el mercado en tales condiciones, excluye toda relevancia causal al comportamiento culposo del dependiente, el que se reduce al rango de causa material, jurídicamente relevante solo como componente previa, necesaria pero no cualificante de la relación de causalidad"[229].

De ese modo, el recurso a la aplicación analógica resulta ser para Castronovo[230], la única posibilidad de utilizar correctamente el dato normativo a que se viene haciendo referencia. El jurista pone en relieve el tipo de tutela que la víctima de producto requiere se actúe en el proceso, como el aspecto que mejor evidencia lo apropiado del recurso al art. 2049 C.C. Ciertamente, una vez que la víctima sufre una lesión derivada de un producto, pide el resarcimiento del daño. Bastará la conexión del daño con la organización de la empresa matriz del producto para satisfacer la carga probatoria[231].

---

res concierne "a toda clase de colaboración que no se agote al interno de la esfera económica del deudor", agregando que "los trabajadores subrdinados del deudor no son auxiliares del cumplimiento respecto a la obligación de aportar a los clientes los productos de la empresa". Cfr. Rescigno, *Manuale del diritto privato italiano*, p. 606, *cit.* por. Castronovo, *op. cit.*, p. 776.

Castronovo precisa qe una consecuencia de la aplicación analógica del art. 2049 al daño derivado de producto será que, la víctima podrá accionar contra la empresa, mas no contra el trabajador, cuya negligencia constituye solamente un incumplimiento de la prestación de trabajo, y no un hecho ilícito. De su parte, el emresario podrá accionar por medio de los instrumentos propios de la disciplina de la relación de trabajo, pero no tendrá derecho al regreso frente al trabajador por el daño que se resarce eventualmente al tercero.

Diversa la situación de la relación entre el tercero-víctima y el auxiliar. Donde la aplicación directa de la norma, que presupone el hecho ilícito de este último, confiere a la víctima una acción de resarcimiento contra el último *ex* art. 2043 C.C., que se exclye en el caso de la responsabilidad del productor por no configurarse un 'hecho ilícito'. *Ibidem*, p. 779.

[229] V. Casronovo, *op. cit.*, p. 777-778.

[230] Castronovo, Problema e sistema nel danno da prodotto, cit., p. 783.

[231] En efecto, la demanda no versa sobre la culpa de un dependiente de la empresa, ni en el mal funcionamiento de una máquina: "la víctima no sabe nada sobre las modalidades con las cuales ... ha sido realizado y luego introducido en el mercado". Cfr. *Ibidem*, p. 782.

En esta perspectiva, el jurista en mención, deja a salvo su posición contraria respecto de la noción de 'defecto', precisando a este propósito que "el defecto del producto no forma parte del hecho al cual debe prestar atención la víctima. Y si ello es así, no tiene sentido que en el plano probatorio ella deba demostrar las raíces del defecto, que en realidad son la negligencia del trabajador de la empresa o el mal funcionamiento de la máquina. Sería inútil, y además contradictorio"[232].

Si bien el art. 2049 C.C. se adecua a la realidad de la empresa, no se agota en la previsión de un hecho de responsabilidad exclusivo de la empresa, pues la amplitud de la *fattispecie* conserva espacio para otros hechos ajenos a la 'organización empresarial'. Sin embargo, Castronovo hace énfasis en el hecho que la norma se refiera a la 'relación de preposición' en la mayor parte de los casos encuadrados al interno de una empresa, lo que confirma que la norma en cuestión, se refiera a un hecho que es expresión típica de la empresa en el ámbito de la responsabilidad civil.

Así, en la responsabilidad por productos dañosos, en la que no tiene relevancia el ilícito del dependiente, tratándose de hechos dañosos imputables a la empresa, vale decir, la misma estructura organizada que el art. 2049 disciplina en relación a 'hechos ilícitos' de los dependientes, se justifica, precisa Castronovo, la aplicación analógica de la norma para los casos en los que el daño no resulte de un hecho ilícito en sentido propio o no consista en un comportamiento humano[233].

En síntesis, Castronovo propone una solución normativa, a través de la aplicación analógica del art. 2049, a la responsabilidad del productor, considerando la falta de una norma de disciplina específica. El autor se coloca en la óptica según la cual, en la responsabilidad por productos dañosos, el error o la negligencia de los dependientes de la empresa, no tienen relevancia como hechos ilícitos, pudiendo darse también, que el daño sufrido por el consumidor halle su fuente en una máquina de la organización empresarial.

Nuevamente, se trata de una posición doctrinaria contraria a la adopción de una clasificación de los defectos por categorías, y menos aún

[232] Ibidem.

[233] *Ibidem*, p. 784. En cuanto a la aplicación de una norma por 'analogía', señala Castronovo que procede a través de la reducción de una determinada *fattispecie*, eliminando uno o más elementos que no la cualifican y que en el hecho concreto no se dan, al elemento fundamental que es común a aquella y al caso concreto, en función de lo cual, se pueda afirmar la identidad de *ratio* necesaria para hacer posible la aplicación inpropia de una determinada norma. *Ibidem*, p. 785.

implicante de una variedad de criterios de imputación a la enseña de Carnevali. En la línea de Alpa, el examen de Castronovo de las posibilidades en que tiene lugar la responsabilidad por 'productos dañosos' trata de demostrar que lo que interesa es el daño que se ha generado por el uso o consumo del producto, el que será imputado a la empresa productora en la medida que se pruebe el nexo causal entre daño y organización empresarial. No interesa de preciso saber en qué estadio de la producción se ubica la causa del daño, lo que sí en cambio, concierne a la investigación del 'defecto'.

2.2.2 *La jurisprudencia italiana.*

La jurisprudencia que precede al decreto de aplicación en Italia de la directiva comunitaria de 1985, D.P.R. 224/88 se caracteriza por presentar una casuística con soluciones heterogéneas al problema de la responsabilidad del productor, referidas a los diversos aspectos del mismo, como la carga de la prueba, el criterio de imputación aplicable en cada caso concreto, la calificación de la actividad de producción como actividad peligrosa, la distribución de la responsabilidad cuando se da el caso de una pluralidad de sujetos imputables.

En Italia, la jurisprudencia inicia a ocuparse del tema en examen hacia fines de la década de los años '50. Hasta cerca de la mitad de los años '60, la casuística es sumamente escasa. Ello responde al poco interés que despertaba la materia de daños derivados del proceso de producción en aquél tiempo, como se corrobora del examen de la evolución del tratamiento del tema de parte de la doctrina, como se ha apreciado en el punto precedente. Sin embargo, conforme se ha puesto en evidencia en esa parte, la doctrina italiana en materia de responsabilidad civil al emprender una orientación renovadora hacia la década de los sesenta, a la luz del pensamiento de notables juristas como Rodotà, entre otros, el tema del 'daño derivado de producto defectuoso' no podía sino ser encauzado por los senderos de las nuevas tendencias "objetivas" de la responsabilidad civil.

Sin embargo, las nuevas tendencias emprendidas por los juristas en el período a que se hace referencia en el párrafo precedente, no hallaban un correlato en la jurisprudencia, la cual, mas bien continuaba aferrada a las ideas tradicionales sobre la responsabilidad civil, de consecuencia, bajo la influencia del principio de la culpa. Esta situación determina que en la materia que interesa, la doctrina y jurisprudencia italianas observen una

evolución disímil, contrariamente a la situación que presenta la experiencia norteamericana, en la cual, como se ha analizado, los esfuerzos conjuntos y de influencia recíproca de ambas fuentes del derecho, sin que ello signifique desconocer la existencia de casos que presentan soluciones particulares, vienen reflejados en lo que puede denominarse de manera aproximada una codificación de la jurisprudencia, en efecto, se alude al *Restatement of Torts*[234].

Con esas premisas, se referirá desde una perspectiva objetiva, la evolución que ha observado el tratamiento de la responsabilidad del productor a través de los casos más indicativos de la oscilante orientación jurisprudencial. Se trata de mostrar el recorrido de la jurisprudencia para verificar el paso de una responsabilidad fundada inicialmente en el criterio de la culpa, y mas bien tendiente a no responsabilizar al productor, a una responsabilidad tendencialmente objetiva, aunque diversificada en cuanto a los elementos de juicio tenidos en cuenta en la solución de cada caso, orientada a favorecer al consumidor-víctima de los daños derivados de productos. Tendencia ésta última que, como se podrá observar, no se halla sincronizada a los aportes de la doctrina sobre la materia, sino que, desarrolla una vía propia, de pasos hacia adelante y algunos hacia atrás, aunque aquí, sobre la base fundamentalmente de la norma general de la responsabilidad civil prevista en el art. 2043 C.C., dejando espacio para la operatividad del art. 2050 C.C. cuando confluyen los presupuestos, lo mismo y con menor significancia, con respecto a los arts. 2051 y 2054 C.C.

El cambio de línea de la jurisprudencia, en el sentido de reconocer la responsabilidad del productor, se realiza de acuerdo a sus esfuerzos por tratar de adaptarse a las exigencias de la realidad. En efecto, ella no puede mantenerse ajena a los cambios que genera a nivel socio-económico el proceso de producción de masa y moderno sistema de distribución de bienes, siendo claro que la circulación de bienes defectuosos comporta daños de diversa dimensión, frente a los cuales, surge el problema de su reparación. No obstante, a diferencia de la experiencia estadounidense sobre la *responsabilidad del productor*, la experiencia italiana no ofrece una cantidad abrumadora de casos que se funden en daños derivados de productos, como se verificará a continuación. Efectivamente, se ha podido apreciar que la evolución de este tipo de daños en el contexto norteamericano presenta características que justifican el modo acelerado con que se ha dado el desarrollo de ese impuesto de responsabilidad.

[234] Para verificar la evolución que ha tenido la responsabilidad objetiva del productor en Estados Unidos, v. *retro*, Cap. I.

Sin perjuicio de la heterogeneidad de los criterios adoptados por la jurisprudencia, de los cuales no se desprende una racional distribución de los riesgos entre los sujetos de la cadena de distribución de los productos, es posible en cambio, notar dos constantes, a saber:

1) que la responsabilidad del productor viene regularmente fundada en el art. 2043 C.C., atribuyéndola a una culpa del productor; y

2) que a los fines de aliviar al consumidor-víctima de la carga probatoria de la culpa, ésta es imputada al productor a través de un proceso lógico-presuntivo que tiene como punto de partida el daño generado por el producto defectuoso; en fin, se trata de una culpa *in re ipsa*, inferida unas veces de la propia existencia de un defecto, otras, de la simple realización del daño.

La evolución de la casuística jurisprudencial italiana sobre la responsabilidad del productor, puede ser observada, tal vez con mayor facilidad, si viene seguida y examinada, recordando siempre de individualizar en abstracto los tipos de productos que han generado daños. Esta consideración puede servir de guía en el examen, permitiendo a su vez, ubicarse en el tiempo en que tienen lugar los casos e identificar los criterios que en un momento determinado han sido utilizados por los jueces para resolver la situación concreta.

En este sentido, se traen a colación, los productos que vienen sellados, a propósito de los cuales, se cuestiona si debe o no responder de los mismos el simple vendedor final. Otro tipo de productos viene dado por los balones de gas, cuya explosión ha generado serios daños, discutiéndose a propósito sobre la calificación de la actividad de distribución como 'una actividad peligrosa', a los fines de aplicarle la norma del art. 2050 C.C. Los daños generados por los auto vehículos, respecto de los cuales se ha aplicado el art. 2054, a través de una interpretación que excluye la responsabilidad del constructor. El caso de la explosión de botellas de bebidas gaseosas, ha sido considerada también unas veces, como peligrosa por las serias consecuencias con relación a terceros. Ha recibido la calificación de actividad peligrosa la producción de productos farmacéuticos, constituyendo este caso uno que ha tenido que afrontar la jurisprudencia italiana a partir de la segunda mitad de los años '80. Notoria es la presencia de los casos de las 'pistolas de juguete'.

Se debe poner de relieve que el primer caso que afronta en 1964, el problema general de la responsabilidad del productor a nivel de máximo órgano judicial –la *Corte di Cassazione italiana*– es el conocido caso *Saiwa*[235],

[235] *Cass.* 25 de mayo de 1964, n. 1270, en *Foro It.*, 1965, I, p. 2098 ss. El examen completo del caso ha sido materia de la parte dedicada a la doctrina italiana, se vea *supra*,

que ha sido considerado el *leading case* en la materia, aún cuando sus postulados no hayan sido influyentes con respecto a la jurisprudencia sucesiva. Sin embargo, ello no significa que no hayan existido pronunciamientos precedentes de parte de las cortes de mérito.

En este orden de ideas, se hará referencia a la situación de la jurisprudencia precedente al caso *Saiwa*, que como se observará, la línea era negar la responsabilidad del productor, para luego llegar a la fase a partir del citado *leading case*, en que la jurisprudencia da señales de evolución al desplegar sus esfuerzos interpretativos de las normas del código civil a los efectos de aplicarlas a una *fattispecie* como lo es el daño derivado de producto defectuoso, cuyas notas características determinan la dificultad de encuadrarla en el esquema del código. De allí, la heterogeneidad de los criterios utilizados por los jueces para resolver los diversos casos concretos.

2.2.2.1. *Fase precedente al caso Saiwa (1957 -1964)*

Como se ha remarcado en precedencia, la casuística de los años anteriores al caso *Saiwa* no presenta ni variedad ni cantidad, por lo que sólo se puede desprender de los pocos casos resueltos y publicados, en líneas generales, una orientación esencialmente negativa de la responsabilidad del productor.

En esa línea, las resoluciones de las Cortes de mérito de ese período, tienden a una aplicación del criterio de la culpa, conforme a una lectura literal y de consecuencia, limitada de la norma del art. 2043 C.C.

En este sentido, se pronunció la ***Corte di Appello* de Cagliari**[236] en una controversia entre un vendedor de **bebidas** que demanda el resarcimiento de los daños patrimoniales sufridos por haber colocado en el mercado bebidas producidas con ácido carbónico descompuesto, y la empresa que le ha distribuido el ácido carbónico, declarando infundada la demanda del actor.

La motivación de la corte era la siguiente:

> " ... la responsabilidad extracontractual, a diferencia de aquella contractual, que se refiere a la violación de una específica obligación, deriva de aquel amplio deber que impone a la generalidad de los sujetos no causar daño a otros (*neminen laedere*). Pero los límites de dicho deber genérico

2.2.1, por haber despertado el interés de la doctrina, la cual, ha examinado diversos aspectos fundamentales que presenta el problema de la responsabilidad del productor.

[236] *App. Cagliari*, 27 de junio de 1958, en *Rass. giur. sarda*, 1959, p. 79.

> son trazados por el art. 2043 que exige la confluencia de dos acciones estrechamente correlativas: la injusticia de daño y la ilicitud del hecho. Por tanto: 1) la lesión de cualquier interés ... no puede dar lugar a responsabilidad, sino sólo la de un interés que halle tutela en el ordenamiento jurídico; 2) consecuentemente, sólo puede considerarse ilícito el hecho que viole un derecho subjetivo, o contravenga un precepto específico del ordenamiento jurídico, cuyo respeto se impone genéricamente a la totalidad de los sujetos del ordenamiento mismo; 3) la violación de un derecho subjetivo puede generar responsabilidad extracontractual sólo cuando ese derecho tenga un carácter absoluto, y tenga de consecuencia una protección *erga omnes*.
>
> Dados así estos principios, es claro que la fabricación de mercadería en modo defectuoso, a menos que con ello no se viole un interés general, o se cause la lesión de un derecho absoluto, no puede constituir fuente de responsabilidad extracontractual.
>
> En el presente caso, por ello, se habría podido hablar de resarcimiento sólo cuando se hubiera alegado un daño a la integridad física de D'Atri, generado por la impureza del ácido carbónico (el daño a la integridad física de terceros habría podido dar lugar al derecho de resarcimiento en favor de éste, y no de D'Atri)".

Se observa del tenor de parte de la referida sentencia una lectura tradicional del art. 2043 C.C., la que pone en relieve, no sólo la verificación de una conducta culposa, en sentido subjetivo, sino además la limitación del resarcimiento al sólo 'derecho subjetivo', noción hoy superada, en cuanto es posible la reparación de todo 'interés jurídicamente tutelado'. En efecto, la sentencia limita extremamente la tutela de los intereses individuales, siendo la *ratio* de la misma la 'culpa', elemento que debe generar el hecho ilícito idóneo para producir el daño injusto.

Otro elemento de juicio del que se valen los jueces en el presente caso para denegar la pretensión del actor es que, se ha establecido en juicio solamente la existencia de un daño de carácter patrimonial (la pérdida del producto, así como de la clientela), pero no se trata de una violación de normas de orden público. En efecto, los jueces sardos concluyen afirmando:

> "Aunque se haya establecido (...) que dicho producto, destinado a la fabricación de sustancias alimenticias (bebidas gaseosas), pueda ser considerado una sustancia alimenticia, (y de ello cabe dudar), su defectuosa fabricación habría constituido una violación de las normas penales destinadas a la tutela de la salud pública (art. 442 y 452 C.P.). Ello en cambio, ha sido excluido por el examen técnico preventivo, habiendo declarado

el perito no consumibles, o como sea no comerciables, las bebidas, exclusivamente por 'la anormalidad del olor'"

En la línea de una interpretación literal de las normas del código civil, se coloca también la sentencia de la ***Corte di Appello* de Torino**[237], relativo a un caso de daños derivados de la circulación de **auto vehículo** defectuoso. Se trataba de individualizar una responsabilidad del fabricante de automóviles, siendo que, como consecuencia de la ruptura de la dirección de un auto se ocasiona la muerte de una persona. Ateniéndose al tenor del art. 2054, C.C., los jueces excluyen la responsabilidad del productor por el defecto de construcción del vehículo. La parte de la norma sobre la cual se basa la sentencia prevé:

"En cada caso, las personas indicadas en los párrafos precedentes [conductor y propietario (o usufructuario, o el adquirente con pacto de reserva de dominio)] son responsables de los daños derivados de vicios de construcción o de defectos de mantenimiento del vehículo".

Conforme a la interpretación que realiza la Corte, la norma coloca la responsabilidad por los daños derivados de la construcción del vehículo en circulación en cabeza de las personas indicadas, prescindiendo de toda imputación de índole subjetiva."Dicha responsabilidad se funda en el hecho objetivo de que el daño se ha producido en ejercicio de una actividad destinada a servir al interés de quien es llamado a responder y que la fuente del daño se sujeta a su poder de control y de prevención (*cuius commoda, eius et incommoda*)".

Ha precisado la Corte que la citada norma contiene una **presunción absoluta de responsabilidad**, la cual excluye, en primer lugar, que el conductor y el propietario puedan liberarse de ella con la prueba de haber adoptado todas las medidas de control y de prevención idóneas. En segundo lugar, excluye que ellas puedan invocar el hecho ilícito del constructor por los vicios de construcción del vehículo[238]. De ello, precisamente, la corte infiere la conclusión "que no se puede poner en una responsabilidad del constructor frente a los terceros-víctimas de la circulación del

[237] *App. Torino*, 30 de enero de 1960, en *Foro It.*, 1960, I, 1026, con nota de Talassano; en este sentido, *Cass.* 15 de julio de 1960, n. 1929 que confirma la sentencia de la Corte de Torino.

[238] La *ratio* de la norma debe ubicarse en la época en que se da el código civil italiano de 1942. En efecto, ese tiempo, se presumía que el hecho de poseer un automóvil, era indicio de solvencia económica frente a la víctima.

vehículo, donde el hecho dañoso haya sido producto de una irregularidad o anomalía técnica de aquel vehículo, imputable al constructor mismo".

Según la Corte, si bien los vicios de construcción del vehículo pueden constituir a lo más, causa de una responsabilidad contractual del constructor frente al adquirente[239], no pueden constituir fuente de responsabilidad extracontractual del constructor por los daños que los vicios hayan generado a terceros, durante la circulación del automóvil.

Es importante notar además, que la sentencia expresamente atribuye al hecho de haberse puesto en circulación el automóvil (de parte del propietario u otro en su lugar) el valor de exclusión causal del hecho del constructor, sea en modo directo o mediato frente a eventos dañosos que el automóvil defectuosamente construido haya generado en terceros. "Donde no se presenta ni siquiera un problema de concurso de causas materiales en la producción del evento dañoso, sino se trata de dos hechos distintos y autónomos, de los cuales, uno, a diferencia del otro, es privado por ley de eficacia causal".

En efecto, la corte ha insistido en poner de relieve la existencia de dos hechos autónomos: el de la puesta en circulación del auto defectuoso y el de la construcción del bien con vicios. Ha considerando que el legislador ha adscrito al momento de la circulación vehicular la revelación dañosa y *dinámica* de la carencia *estática*[240](*situación de peligro*, teóricamente inheren-

[239] Se establece de ese modo una diferenciación de las hipótesis de daños regidas por normas diversas. El art. 1494 C.C. sería la norma aplicable al caso de la responsabilidad del constructor del automóvil defectuoso frente al adquirente directo; en tanto, sería aplicable el art. 2054, última parte, a la responsabilidad exclsiva del propietario o conductor del automóvil por haberlo puesto en circulación y causar daños a terceros.

[240] El criterio de la 'estática y de la dinámica' que se desprende de la sentencia referida en el texto, conforme al comentario a la misma de Talassano (V. *infra*, n. 250), prevaleciendo el momento de la 'dinámica' (dado por la circulación del automóvil) a los efectos de excluir la relación causal con el evento dañoso del momento 'estático' (dado por el vicio de construcción del vehículo, por tanto intrínseco al producto), sería años más adelante aplicado con efectos opuestos a los atribuidos en la sentencia de la Corte de Apelación de Torino en 1960, con respecto al vicio de construción de un automóbil. En efecto, en la sentencia del Tribunal de Milano de 31 de mayo de 1965, en *Rass. petrolífera*, 1966, p. 389, con relación a un incendio provocado por la fuga de gas de un balón en posesión de un concesionario-depositario, se ha declarado la responsabilidad a cargo de este último, en razón que ha tenido lugar en un 'momento estático' con respecto al 'momento dinámico' de la sociedad distribuidora de los balones de gas. En ese sentido se lee en la máxima de la sentencia:

"en el caso de incendio provocado por la fuga de gas de un balón, colocado en el laboratorio de un concesionario-depositario ... la responsabilidad es totalmente a

te a la existencia en el vehículo de un vicio de construcción, que es, no sólo inerte sino de dirección indefinida, que se traduce en *situación de daño* a través de la puesta en circulación del automóvil) propia del momento de la construcción del vehículo mismo[241].

Se observa en el razonamiento de la Corte una cierta contradicción entre el sostener de una parte la autonomía de los dos hechos de los que se refiere en precedencia, y al mismo tiempo –ciertamente por razones atribuibles al afán de motivar su posición negativa de la responsabilidad del constructor–, precisar que la responsabilidad del propietario (y la del conductor) sustituye a la del constructor por el vicio de construcción (o defecto de mantenimiento), aún cuando reconoce la existencia del 'peligro potencial' que comporta el vicio del producto, más aún si se trata, como en el caso, de un automóvil. Más aún cuando, tratándose de hechos independientes, cada uno de ellos configura su propia conexión causal con el evento dañoso, sin que un hecho excluya el otro. Será, sin embargo, en este último sentido que se pronuncia la jurisprudencia a través de la sentencia de la *Cassazione* de 2 de marzo de 1973, n. 577[242].

La sentencia de la Corte de Torino viene confirmada por la Corte de Casación mediante sentencia n. 1929 del 15 de julio de 1960[243]. Se justifica la declaratoria de irresponsabilidad del constructor de automóviles precisando que "... si bien es verdad que todo acto doloso o culposo, que ocasiona a otros un hecho injusto, obliga a aquél que lo comete a resarcir el daño (art. 2043), sin embargo, el legislador, estableciendo la presunción absoluta de responsabilidad del propietario y del conductor en las hipótesis de daño provocado por vicio de construcción, ha excluido de eficacia al nexo de causalidad material entre la conducta del constructor y el evento, y excluyendo la responsabilidad del constructor hacia el tercero-víctima, ha colocado una excepción a la regla general al fin de facilitar la acción resarcitoria".

Prosiguiendo la línea que niega de la responsabilidad del productor, y subrayando, no tanto la falta de una culpa cuanto la interrupción del

cargo de este último, en cuanto el siniestro se ha originao en un momento estático respecto a aquél dinámico de la sociedad distribuidora de los balones, y por tanto, no por causas relativas a las modalidades de preparación de los balones, sino por causas que derivan de la omisión en la custodia y de la impericia en la maniobra o graduación en el uso de los balones de parte del concesionario depositario".

[241] Véase nota a la sentencia de Talassano, *"Riflessioni sull'art. 2054 cod. civ.: vizi di costruzione del veicolo"*, en Foro It., 1960, p. 1026 ss.

[242] *Cass.* 2 de marzo de 1973, n. 577, en *Foro It.*, 1973, I, p. 2126 ss.

[243] *Cass.* 15 de julio de 1960, n. 1929, en *Foro It.*, 1960, p. 1714.

nexo de causalidad, la *Corte di Appello* **de Génova**[244] en 1964 se pronuncia en un caso en el cual, excluye la responsabilidad del productor por los daños causados a un menor de edad, por las esquirlas de la cápsula metálica de una **pistola de juguete**, y sobre la base del principio de auto responsabilidad, atribuye la responsabilidad de lo sucedido a los padres del menor, considerando que no estuvieron atentos para impedir que el mismo hiciera un uso impropio del juguete.

Según los fundamentos aducidos por la Corte, el juguete en cuestión presentaba todas las indicaciones necesarias para evitar se produjeran daños, contando con la respectiva hoja informativa[245] sobre las modalidades de uso de la pistola de juguete, hecho que, en opinión de la Corte, bastaba para eximir al productor de toda responsabilidad. En efecto, en la sentencia se lee:

> "... la advertencia importante, escrita con letras en relieve en el correspondiente folleto que se agrega a la pistola de juguete, sirve para interrumpir el nexo de causalidad jurídica, que es un presupuesto de la responsabilidad, entre el hecho que se quisiera imputar al constructor y al fabricante, consistente en haber colocado en comercio la pistola de juguete, capaz de generar daño a los niños que la utilizan para divertirse, y el perjuicio presentado por los mismos.
>
> Puede afirmarse que la causa única y exclusiva del daño se atribuya al uso imprudente de la pistola "Nuovo Sceriffo", de parte del niño: pero de ello deben responder sus padres, justamente por no haber prestado

[244] *App. Genova*, 5 de junio de 1964, en *Foro Pad.*, 1964, I, p. 725 ss.
En el sentido de excluir la responsabilidad del productor de un electrodoméstico, carente de adecuados mecanismos de seguridad, por haber hallado en el 'comportamiento del consumidor' la causa del accidente, se ha pronunciado el *Tribunal de Pavia* mediante sentencia del 22 de diciembre de 1972, en *Mon. Trib.*, 1973, p. 310 ss; en cambio, la *Cass.*, 10 de noviembre de 1970, n. 2337, en *Resp. civ. prev.*, 1971, p. 510 ss. atribuye responsabilidad al productor de una cortadora de papel automática, provista de mecanismos de seguridad que no funcicnaban adecuadamente; igualmente, la *Cass.*, 2 de abril de 1963, n. 819, afirma la responsabilidad del administrador de una industria de producción y distribución de gas en balones, en base a la norma del art. 2043 C.C., por los daños generados a las personas luego de la explosión de un balón de gas, la cual, presentaba la válvula de seguridad defectuosa.

[245] En la nota informativa que venía con la pistola de juguete se precisaba que la pistola debía tenerse lejos del rostro al momento del disparo y debe ser usada siempre con el brazo extendido y a una distancia oportuna de los compañeros de juego: "la inobservancia de tales precauciones eximen de responsabilidad al fabricante y vendedor". Cfr. *App. Genova*, 5 de junio de 1964, en *Foro Pad.*, 1964, I, p. 725 ss.

> atención al hecho que el hijo hubiera usado, para el juego, la pistola de juguete en referencia (indudablemente, por sí misma, inadecuada para un niño de pocos años), conforme a *las modalidades expresa e implícitamente referidas por la sociedad productora*"

Se observa en la sentencia una aplicación impropia del 'principio de autor responsabilidad', toda vez que ella viene fundada en la existencia de la información y advertencias sobre el uso de la pistola de juguete, pretendiendo que de ese modo se salve la falta de condiciones de seguridad que atienen a la construcción del producto. En otros términos, el defecto de diseño o construcción puede, siguiendo la lógica de la Corte, ser superado gracias a una adecuada información sobre el producto.

Las conclusiones a que llega la corte sobre la interrupción del nexo causal en base al argumento central antes señalado, no se justifican desde un punto de vista técnico. En efecto, el nexo causal entre el defecto de construcción de la pistola de juguete y el daño sufrido por el menor de edad, existe y si mantiene, no pudiéndose aceptar una exclusión de responsabilidad por hecho propio, lo que en última instancia conduce a legalizar la irresponsabilidad. De otro lado, la sentencia en cuestión, parece no reconocer la distinción entre lo que constituye el vicio intrínseco del producto (defecto de construcción o diseño) y la falta de información sobre el producto (defecto de información). Aún cuando no se quiera aceptar una categorización de los defectos por tipos, debe reconocerse que se trata de dos nociones diversas, a las que se aplican diversos criterios de evaluación y de ninguna manera intercambiables entre sí.

Además, si la nota informativa en la confección de la pistola de juguete estaba destinada a evitar un uso impropio del producto, en el sentido de advertir del peligro que comportaba si en lugar de disparar con el brazo extendido se colocaba el arma "cerca de los ojos", debe también tenerse en cuenta que, el destinatario en casos como el presente es un niño, en cuanto tal, resulta previsible que pueda utilizar en modos diversos el juguete, frente a lo cual, las condiciones de seguridad del producto deben anteponerse a esa circunstancia.

En consecuencia, atendiendo a las circunstancias del caso, no podría ni siquiera hablarse de una concurrencia de hechos culposos, de una parte, la culpa del productor, y de otra, la del consumidor –el menor de edad, en el caso– ("uso imprudente de la pistola"), de la cual, se hace responder a los padres del menor de edad, considerando la Corte que ellos "han faltado a su deber de vigilancia, que implicaba la previsibilidad del evento".

En el caso, la Corte realiza el examen del comportamiento de la sociedad productora de las pistolas de juguete en términos de 'diligencia', afir-

mando que "la misma aplicó todas las medidas técnicas necesarias para evitar daños a los usuarios del producto (art. 1176 C.C., primera parte)". Ciertamente, se observa en la sentencia genovesa un esfuerzo de los jueces por justificar, a través de la citación de los resultados de las pericias técnicas, que el producto contaba con las condiciones de seguridad necesarias, orientando su examen a establecer una distinción, a nivel de la inexistencia de un defecto en el producto, con relación a un caso precedente sobre el mismo tipo de producto en cuestión, en que la Corte de Casación se pronuncia favorablemente a la concesión del resarcimiento de los daños a la víctima, remarcando la Corte de Génova, que en ese caso había quedado establecido que "el constructor ha debido prever el uso de la pistola de juguete sin el tambor".

La sentencia genovesa representa un retroceso con relación a la ***Cass.* de 21 de octubre de 1957, n. 4004**[246] que diversamente, imputa la responsabilidad al productor, colocando a cargo de éste un riguroso deber de diligencia.

Se trataba del caso de un menor de edad que resulta lesionado por la acción de una pistola de juguete, ya que al haber abierto el tambor una bala explosionó, desprendiéndose las esquirlas y causándose serias lesiones en un ojo.

Diversamente a cuanto resuelve la Corte de Génova en 1964, la Corte de Casación en 1957 declara la responsabilidad del fabricante de la pistola de juguete sobre la base de su negligencia, consistente ésta última en el no haber previsto el uso anormal del producto de parte de los menores de edad, no habiendo dotado el producto de los mecanismos necesarios para impedir la extracción del tambor. En esta lógica, la Suprema Corte excluye la responsabilidad de los padres por no haber cuidado al hijo en el uso del referido juguete.

La Suprema Corte confirmando el razonamiento del grado inferior, precisa los principios que motivan su resolución como se lee a continuación:

> "... para que pueda considerarse interrumpido el nexo causal entre el nuevo hecho ilícito y el daño, es necesario que sobrevenga un nuevo hecho ilícito de la propia víctima o de otros, que sea la causa más próxima del daño o de una parte de él. Sólo en ese caso, el primer hecho ilícito, aún sin dejar de pertenecer al conjunto de los elementos de hecho sin los cuales, no se habría producido el daño, deja de ser causa indirecta e inmediata, en sentido jurídico, y se convierte en causa indirecta y mediata concurrente en la producción del daño y sujeta de consecuencia, al

[246] *Cass.* 21 de octubre de 1957, n. 4004, en *Foro It.*, 1958, I, p. 46.

resarcimiento, dentro de los límites de la propia eficiencia causal, cuando haya dado lugar a una situación de hecho tal que, sin ella el hecho no se habría producido. En cambio, cuando el hecho sucesivo de la víctima o del tercero no tenga carácter ilícito, se tratará de un simple elemento físico y lógico del evento, y por lo tanto sin incidencia causal en sentido jurídico, debiéndose hallar en el ordenamiento jurídico las causas civil y penalmente responsables de un evento dado, eliminándose del complejo de las circunstancias, en las que se ha originado, todos los acontecimientos naturales y los hechos voluntarios no ilícitos, los cuales, en tanto, irrelevantes, no son responsables".

Aplicando esos principios al caso sub-materia, el Supremo Colegio hace propios los argumentos de la sentencia de la Corte de mérito, según los cuales "tratándose de un arma de juguete destinada a la diversión y uso ... de parte de los niños, y conociendo el constructor de la posibilidad de la verificación de un accidente por la explosión de las balas de metal, lo que se desprende del hecho que había proveído a la aplicación de una cubierta para el tambor para impedir la irradiación de las esquirlas consiguientes al disparo, también ha debido prever que los niños habrían podido utilizar la pistola sin la cubierta del tambor, siendo ello un hecho previsible que ingresa en la normalidad de los acontecimientos humanos, que en el caso es considerada en relación al modo de comportarse de los pequeños usuarios del juguete".

En el mismo sentido, la Suprema Corte pone de relieve que los jueces del mérito han hecho consistir la 'culpa' del productor precisamente en aquella falta de previsión y en la falta de empleo de las medidas técnicas necesarias para impedir que se destape el tambor de la pistola, con la consecuente irradiación de esquirlas[247]. Se cita la norma del art. 1176 C.C., segunda parte, en concordancia con el art. 2043 C.C., a los efectos de señalar que en el caso, la diligencia que la ley contempla como criterio para examinar la conducta del imputado es aquella que se halla en función de la naturaleza de la relación a la que se refiere el deber de conducta, y tratándose de una actividad profesional, debe identificarse en aquella del productor diligente y consciente de las propias obligaciones.

Cos esos fundamentos viene descartado el pretendido concurso de culpa de parte del niño o de sus padres. En el primer caso, porque la conducta del niño se considera dentro de la normalidad que puede esperar el productor de la pistola de juguete, no siendo por ello relevante a los efec-

[247] La sentencia de la Casación de 1957 a que alude la nota anterior, refleja el espíritu del decreto legislativo n. 313 del 27 de setiembre de 1992 sobre la 'seguridad de los juguetes'.

tos de su incidencia en el nexo de causalidad del evento imputable al productor que, como lo ha establecido la Corte de mérito, ha debido adecuar el juguete a los mecanismos de seguridad, lo que ha hecho sólo después de verificarse el evento dañoso que se trata en el presente caso, confirmando esta conducta la conciencia del peligro del juguete en cuestión. En el segundo caso, porque la Corte de mérito había ya considerado que los padres del menor víctima no se hallaban en la condición de prever el evento, no contando con las necesarios conocimientos técnicos para determinar el peligro de la pistola de juguete.

Se observa como tanto la Corte de mérito y la Corte de Casación que confirma la resolución impugnada, basan sus pronunciamientos en el requisito de la culpabilidad, llevando adelante un examen de la conducta del productor del juguete en cuestión, un examen de lo que éste hizo o debía haber hecho para evitar las consecuencias dañosas. El examen en términos de culpa es observado igualmente con respecto al menor víctima de los daños y a los padres del mismos.

Ambas sentencias, la de la Casación de 1957 y la de la Corte de Apelación de Génova de 1964, realizan una interpretación tradicional de la responsabilidad del productor enfocada a partir de la conducta del imputado, sea ésta activa o pasiva. Se trata de una línea que si bien hasta este momento tendía a negar la responsabilidad, en los años sucesivos representa un obstáculo para los jueces cuya referencia constante a la culpa determina que continúe a regir la materia aunque si tantas veces nominalmente.

Los resultados opuestos a que llegan las dos sentencias sobre 'pistolas de juguete', a que se ha referido en precedencia, no hacen sino demostrar el clima de incerteza por el que entonces pasaba la jurisprudencia sobre la materia sub-examen, imbuida de una lógica subjetivista, incerteza ciertamente, no tan diversa en el período sucesivo, lo que denotaba la falta de criterios regularmente uniformes sobre los cuales fundar una resolución judicial sobre la responsabilidad del productor.

2.2.2.2. *Fase que se inicia con el caso 'Saiwa' (1964) hasta fines de la década del '70*

El **caso** ***Saiwa***[248] representa un hito en la jurisprudencia italiana sobre la responsabilidad del productor. En efecto, con él vira el sentido de lo que

[248] *Cass.*, 25 de mayo de 1964, n. 1270, con nota de Martorano, en *Foro It.*, V, 1966, p. 22 ss.

hasta entonces habían venido siendo los pronunciamientos de los jueces en la materia, para orientarse hacia la tutela del consumidor, con el reconocimiento de la responsabilidad del productor.

Aunque se le conoce como un *leading case* en la materia, sus postulados no han ejercido influencia definitiva en las sentencias posteriores a él, salvo en cuanto a proseguir el reconocimiento de la imputación de la responsabilidad al productor por los daños derivados del defecto de sus productos. En realidad, lo que ha sido difundido es la máxima de la sentencia, la que no refleja la real *ratio decidendi*, tal como se precisara precedentemente[249].

El clásico caso se refiere a una pareja de esposos que sufren dolores abdominales como consecuencia de la intoxicación causada por haber consumido galletas en estado de descomposición, producidas por la empresa *Saiwa.*

Ciertamente, la importancia que viene reconocida a la sentencia de la Corte de Casación que avala el razonamiento de la Corte de Apelación, puede decirse, radica en el fondo, en el hecho de haber tocado diversos aspectos fundamentales del problema bajo examen, que fueran posteriormente examinados por la doctrina, a saber: la calidad de simple consumidor –aunque no adquirente directo– para ser titular del derecho a obtener un resarcimiento por los daños sufridos derivados de productos defectuosos; la responsabilidad 'directa' del productor frente a terceros-víctimas; la noción de 'defectuosidad' en la fabricación de un producto, que en el caso viene atribuida a una culpa del productor (la empresa Saiwa); el recurso a un 'proceso lógico-presuntivo', en virtud del cual, la Corte de Casación atribuye la culpa al fabricante de las galletas –en confección sellada– en mal estado, precisando que "la adulteración de la mercadería no podía hacerse depender sino de una defectuosa fabricación, imputable sólo a la sociedad fabricante"[250]; la exclusión de la responsabilidad del 'vendedor' frente a la víctima, en razón que el producto estaba contenido en una confección sellada, circunstancia que valió a la Corte para presumir la culpa del fabricante por la defectuosa confección de las galletas, estableciendo que "... no puede responder el vendedor minorista, bajo la perspectiva de la responsabilidad aquiliana *ex* art. 2043 C.C., si no se ha probado (contrariamente al caso en examen) su culpa con respecto a la avería (consistente, por ejemplo, en la mala conservación de la mercadería o en la relativa enajenación más allá de los límites temporales de garan-

[249] V. *supra*, examen del caso en la parte atinente a la doctrina, punto 2.2.1.
[250] *Cass.*, 25 de mayo de 1964, n. 1270, en *Foro It.*, I, (2), 1965, p. 2100.

tía)..."[251]; en cuanto al nexo de causalidad, la Corte de Casación consideró adecuada la demostración obtenida de la Corte de Apelación, en el sentido de la inmediata sucesión cronológica entre dos hechos: el consumo del producto en mal estado y las consecuencias tóxicas.

El caso *Saiwa* suscita inmediatamente el interés de la doctrina –a la cual se remite para el análisis de los problemas que se plantean[252]–, la que destaca tendencialmente la orientación "objetiva" de la responsabilidad del productor. En efecto, el recurso a la técnica de la presunción de la culpa, representando una innovación en esta materia[253], ha permitido utilizar en modo impropio las normas del código civil, específicamente la norma del art. 2043 C.C. De ese modo, como ha destacado Martorano[254] la Suprema Corte ha atribuido 'formalmente' la responsabilidad del fabricante a la inobservancia de la diligencia profesional en el proceso de producción, cuando en realidad, el elemento constitutivo de la *ratio decidendi* parece ser la 'alteración cualitativa' o 'defectuosa fabricación' del producto que se pone en comercio. Obsérvese que esta calificación remite claramente a la noción de 'defecto', la que en diversas maneras de expresión, deja notar su presencia a través de los pronunciamientos judiciales. En el presente caso, la referencia viene hecha a un 'defecto de fabricación', que viene atribuido al productor mediante una lógica presuntiva, y con ello, la sentencia en cuestión viene a referirse implícitamente al 'peligro potencial de un producto'[255].

En fin, no obstante la inferencia de una culpa del fabricante en el modo realizado por la Corte de mérito y avalada por la Casación, resulta discutible que en realidad, se trate de una verdadera responsabilidad por culpa. A la jurisprudencia de entonces, resulta difícil desprenderse al menos formalmente del examen en términos subjetivos.

Constituye ejemplo de una errónea lectura de la sentencia del caso *Saiwa*, la dictada por el ***Tribunal de Napoli*** (1969)[256], respecto de la cual, se puede decir, que el *leading case* ha sido excepcionalmente influyente.

---

[251] Ibidem.

[252] V. *supra*, el sub-título concerniente la *doctrina italiana*, punto 2.2.1.

[253] V. Dassi, *"Orientamenti giurisprudenziali in materia de responsabilità civile del produttore"*, en *Resp. civ. prev.*, 1989, p. 868.

[254] Martorano, "Sulla responsabilità del fabbricante ...", cit., p. 23.

[255] V. Dassi, *op. cit.*, p. 868.

[256] *Trib. Napoli*, 5 de diciembre de 1969, en *Foro Pad.*, 1972, I, p. 638 ss.
El mismo razonamiento para la exclusión de la responsabilidad del vendedor se observa en la sentencia del Trib. de *Savona* en un caso de explosión de una botella de Coca Cola en el establecimiento del vendedor, atribuyéndose la responsabilidad

El caso se trataba de una controversia surgida entre una sociedad productora de gasolina y el usuario que sufre daños en el automóvil, por haber introducido en el tanque gasolina mezclada con agua, lo que reporta un daño económico al propietario del vehículo, sobretodo por la posibilidad de ganancias el día del accidente. La víctima demanda el resarcimiento del daño patrimonial sufrido, en base a cuanto había sido resuelto en la *Cass.* de 25 de mayo de 1964, n. 1270. Habiéndose negado el resarcimiento del daño al consumidor en base a que precisamente, el daño no había sido probado, sin embargo, se mantiene el principio de la 'responsabilidad por culpa presunta' del fabricante, que en línea de máxima ha sido acogido.

En segundo grado[257], se excluye el resarcimiento del daño sufrido por la víctima, considerando la Corte que el daño podía haber sido fácilmente evitado por el adquirente que hubiera desplegado la diligencia ordinaria.

En efecto, el error en que incurre el Tribunal de *Napoli* radica en el hecho de haber aplicado la *máxima* de la sentencia *Saiwa*[258] que, como se ha señalado, no expresa en sustancia la verdadera *ratio*. Habiendo excluido (como en el caso *Saiwa*), sin evaluar las circunstancias del caso concreto, una posible concurrencia de la responsabilidad del vendedor, quien ha podido evitar el daño si se hubiera comportado según la diligencia ordinaria.

La sentencia en referencia toca un aspecto importante en materia de resarcimiento del daño. En efecto, a diferencia de la generalidad de casos que presenta el ámbito de la responsabilidad del productor referida a los

de la explosión al productor-embotellador, en base al art. 2043 C.C, considerando que "el recipiente era defectuoso". *Trib. Savona*, 31 de diciembre de 1971, en *Giur. It.*, 1973, I, 2, p. 210 ss.

[257] *App. Napoli*, 27 de setiembre de 1972, en *Giur. merito*, 1972.

[258] El tenor de la *máxima* de la sentencia de la Casación recaída en el caso *Saiwa* es como sigue:

"Constituye una evaluación de hecho no sujeto a control de legitimidad de la Casación, la conexión a través de un proceso lógico-presuntivo, de los daños producidos y sufridos por el adquirente de productos alimenticios en mal estado, a la conducta culposa del fabricante (en el caso, la Casación ha motivado textualmente: una vez excluida –como en el cao– la culpa del negociante por la alteración del producto enajenado, bien puede el juez de mérito, en el ejercicio de sus poderes discrecionales, atribuir la avería, a través de un proceso lógico-presuntivo, a la única causa posible, o sea, prácticamente a una conducta culpable de la empresa fabricante, que la hace responsable, ex lege Aquilia, de los daños provocados, complicando así –como en el caso concreto– una correcta evaluación del hecho, que se sustrae, por su naturaleza, al control de legitimidad". Cfr. Cass., 25 de mayo de 1964, n. 1270, en Foro It., 1965, I (2), p. 2098.

daños físicos, en el presente se alude a la pérdida de las ganancias que el usuario del automóvil habría obtenido a la conclusión de un negocio. Es decir, lo que en doctrina ha venido a denominarse 'daño meramente económico'[259].

En la línea de la presunción de la culpa del fabricante, como en el caso *Saiwa*, se coloca la sentencia del **Tribunal de Savona** (1971)[260]. Se trata de una caso de **explosión de una botella de bebida gaseosa**, la que se destroza en manos de la vendedora que estaba por entregarla al adquirente.

En efecto, precisa la sentencia:

> "Excluido el hecho que haya sido cualquier golpe al momento de colocar la botella en el mostrador (de parte del titular) ya que en ese caso, habría explotado inmediatamente, (...) debe reconocerse que la explosión de la botella dependió de una causa de la cual responde evidentemente la empresa distribuidora, por haber proporcionado sin duda alguna, un recipiente no íntegro, sino defectuoso.
>
> Siendo éste el estado de las cosas, mientras de una parte es inadmisible la pericia técnica invocada por la demandada, ya que la investigación se debería realizar no sobre la botella que ha explotado, de la que ha quedado sólo el fondo (...), sino sobre botellas distintas a aquella en cuestión, de otra, la misma pericia deviene superficial en cuanto, excluyéndose que la botella haya explotado por acción directa de la actora, indefectiblemente se infiere la responsabilidad de la demandada al amparo del art. 2043 C.C.
>
> Lo que sí es cierto, a los fines de la decisión, es que la botella en cuestión llegó a la bodega de la actora con el defecto ya adquirido, no habiéndose probado que éste se haya formado en la bodega de la actora o por obra de ella"

La peculiaridad que presenta la sentencia en el caso de la botella de Coca Cola que explota descansa en el hecho que, el Tribunal introduce en cierta forma la noción de 'responsabilidad de empresa' por los hechos dañosos generados por los dependientes, en un momento de descuido

[259] "Con la expresión 'daño económico' no se pretende solamente distinguirlo del 'daño físico', sino que se quiere comprender toda pérdida relacionada al uso del producto. Se trata del daño a los bienes de propiedad del consumidor, destruidos por el producto defectuoso; es la disminución del valor del producto mismo, debido a la presencia de vicios y defectos; finalmente, es la falta de ganancias que habría podido obtener el consumidor del uso del producto". V. Alpa, G., *La responsabilità del produttore, cit.*, p. 48.

[260] *Trib. Savona*, 31 de diciembre de 1971, en *Giur. It.*, 1973, I, 2, p. 210 ss.

dando lugar a que surja el defecto en el producto, "ya que los controles debieron haberse efectuado poco diligentemente por las personas aplicada a esa labor". De esta consideración vertida en la sentencia, puede desprenderse que se alude al riesgo que asume la empresa[261], en tanto costo de la producción.

Excluyendo la responsabilidad del productor, se ha pronunciado el Tribunal de *Pavia* (1972)[262], en un caso de daños causados por un **electrodoméstico** que tenía un dispositivo de seguridad defectuoso. En efecto, los jueces atribuyeron la causa al uso impropio del producto de parte de la víctima. La sentencia revela la orientación expresa en aquella de la Corte de Apelación de *Genova* en 1964[263], el caso de una 'pistola de juguete'.

Aduciéndose siempre el uso impropio de parte del consumidor como factor de exclusión de la responsabilidad del productor, se halla la sentencia de 1974 del **Tribunal de *Napoli*** (1974)[264]. El caso se refería a una sustancia antiparásitos, que demostró su ineficacia, generando en consecuencia, daños en los campos de cultivo en que fue aplicado. La Corte, en base a la comprobación de que la composición química del producto era conforme a las disposiciones del Ministerio de Agricultura, excluye el 'defec-

[261] Cfr. Alpa, G., *La responsabilità del produttore*, cit., p. 48.

[262] *Trib. Pavia*, 22 de diciembre de 1972, en *Mon. Trib.*, 1973, p. 310 ss.

[263] V. *supra*, n. 254.

[264] *Trib. Napoli*, 23 de enero de 1974, en *Riv. dir. comm.*, 1975, II, p. 340 ss. con nota de G. Alpa. Un caso similar fue resuelto por el *Trib. S. Maria Capua Vetere*, 10 de diciembre de 1976, en *Riv. dir. civ.*, 1987, p. 790 ss., con nota de Sica; sucecivamente por *App. Napoli*, 5 de octubre de 1978, *Ibidem*; sentenciando finalmente la *Cass.*, 29 de junio de 1981, n. 7336, *Ibidem*. El Tribunal acogió la demanda del actor, declarando responsable al productor de la sustancia antiparásitos, sea en vía contractual que extracontractual, en base a que el producto se había revelado 'inidóneo para el uso', presentando además graves carencias en la ilustración del modo de empleo. En la sentencia se precisa lo siguiente:

> "La puesta en comercio de parte del productor de productos dañosos puede configurar, al mismo tiempo, una hipótesis de responsabilidad contractual y una de responsabilidad civil; de ella pueden derivar daños derivados del incumplimiento contractual, como daños derivados de la violación de las reglas generales en tema de culpa aquiliana; la promesa de calidad contenida en la confección del producto, en caso de ineficacia del mismo, legitima la acción *ex* art. 1497 C.C.; la omisión de la indicación sobre las modalidades de uso particulares del producto en condiciones climáticas no favorables funda una responsabilidad *ex* art. 2043 C.C.".
>
> La Corte de Apelación como sucesivamente la Corte de Casación, excluyen la responsabilidad contractual del productor.

to del producto' y consiguientemente, la responsabilidad del productor. En efecto, los daños vienen atribuidos a la mala aplicación de la sustancia de parte del usuario.

Como refiere Carnevali[265], en casos de ese género, el producto defectuoso no asume un rol activo en la causalidad del daño, pero éste se realiza simplemente porque el producto no funciona como debería. En el caso referido en el párrafo precedente, la Corte no ha considerado responsable al productor porque, de un lado, ha establecido la 'eficacia' del producto y de otro, el empleo inadecuado del usuario. De ello se desprende que los jueces absuelven al productor por no existir un defecto en el producto que le fuera imputable. En fin, se destaca en el citado caso, la referencia a un bien instrumental defectuoso[266].

En otros casos, la jurisprudencia ha aplicado una **noción objetiva de la culpa**, en el sentido de inobservancia de las leyes, reglamentos, normas disciplinarias. Con referencia a esta noción objetiva, se ha pronunciado la Corte de Casación en 1970[267] declarando la responsabilidad del constructor de una **cortadora de papel automática**, por no haberse adoptado en su diseño las medidas de seguridad tendientes a impedir que del uso del producto pudieran derivar daños. Responsabilidad por culpa, atenuada pero no excluida por la culpa de la víctima (consistente en no haber accionado el otro dispositivo de seguridad con que contaba la máquina, esta vez para interrumpir la corriente eléctrica).

Cabe destacar que la sentencia referida en el párrafo anterior alude expresamente a la existencia de un vicio de diseño en la máquina cortadora de papel. Ese vicio consistía en el hecho que la lámina cortadora (siempre en dirección superior y sólo accidentalmente en descenso) se movía aún cuando las manos del trabajador que la accionaba, no habían operado los comandos. Específicamente, se trataba del "defectuoso funcionamiento del microinterruptor automático.

Como se desprende del recorrido que ha tenido la jurisprudencia sucesiva al caso *Saiwa*, la variabilidad en los criterios adoptados y finalmente, la de las decisiones judiciales, continúan siendo sus notas características,

[265] Carnevali, U, *"Recenti tendenze della giurisprudenza in tema della responsabilità del produttore", en Resp. civ. prev.*, 1980, p. 17 ss.

[266] Los llamados 'bienes instrumentales' habían sido excluidos del ámbito de aplicación de la propuesta de directiva CEE para una disciplina uniforme de la responsabilidad derivada de productos (art. 6). Cfr. Carnevali, U., *La responsabilità del produttore*, Giuffrè, Milano, 1979, p. 399 ss.

[267] *Cass.*, 10 de noviembre de 1970, n. 2337, en *Giur. It.*, 1975, I, 2, p. 1205.

acentuando el ambiente de confusión hacia la **mitad de los años '70**, notándose igualmente, la imprecisión de los términos con los que la jurisprudencia se refiere a una noción de 'producto defectuoso' potencialmente dañoso y a aquella de 'actividad peligrosa' *ex* art. 2050 C.C.[268]

El caso conocido como *leading case* en la materia, ha venido siendo interpretado erróneamente o porque se ha tenido en cuenta sólo la *máxima* de la sentencia de la Casación, o bien, porque las resoluciones posteriores no lo han ni siquiera considerado. Sin embargo, lo que destaca de la jurisprudencia sucesiva es que el razonamiento se mantiene en líneas generales dentro de los límites de la culpa, a la luz del art. 2043 C.C., aunque para adecuarse a las exigencias de tutela de la víctima recurre algunas veces a la 'presunción de hecho' de la responsabilidad del productor, salvo prueba en contrario (verdadera *probatio diabolica*)[269], otras veces en cambio, los jueces han hallado apoyo en el art. 2050 y 2051 C.C.

2.2.2.3. *Hacia la responsabilidad objetiva*

Efectivamente, **hacia mediados de los años '70**, se asiste a una apreciable diversificación de la orientación de la jurisprudencia, en el sentido de encuadrar la solución del problema de la responsabilidad del productor, en gran parte de los casos, en el **art. 2050 C.C.** relativo a la responsabilidad por ejercicio de actividad peligrosa y algunas veces en el art. **2051 C.C.** concerniente a la responsabilidad por custodia.

No obstante, en este nuevo virar de la jurisprudencia hacia la responsabilidad objetiva, se registra un solo caso en el cual se ha aplicado el **art. 2049 C.C.** En efecto, aún reconociendo **la Corte de Apelación de *Roma*** (1976)[270] que la fuente del hecho dañoso en el caso, descansaba en un hecho culposo, esta vez se aplicaba una norma distinta a la norma general del art. 2043 C.C.

Se reconoce a la sentencia el haber superado el principio de la culpa, optándose por la imputación objetiva de la responsabilidad al productor, aún cuando la fuente del hecho dañoso se apoya en la conducta culposa de los dependientes de la empresa productora de automóviles.

El caso se refiere a los **daños derivados de la circulación de vehículos defectuosos**. A diferencia de cuanto había sido resuelto en otro caso simi-

[268] Cfr. *Pret. Genova*, 11 de febrero de 1974, en *Giur. It.*, 1975, I, 2, p. 249 ss.

[269] Dassi, A., *op. cit.*, p. 873.

[270] App. Roma, 24 de febrero de 1976, en Giur. It., I, 2, 430, con nota de Alpa, Casi e questioni di responsabilità del produttore.

lar en 1960[271], en el cual se negó la posibilidad de que el productor respondiera frente a terceros por los vicios del vehículo en cuestión, conforme a una interpretación restrictiva del art. 2054 C.C., en cambio, en el presente caso, la Corte de Apelación de Roma sentencia la responsabilidad del productor por los daños derivados de un **vicio en la construcción** del automóvil.

En efecto, vale reconocer a la sentencia *sub*-examen el adoptar la línea marcada por una sentencia de la Corte de Casación en 1973[272] en el senti-

[271] V. *supra* n. 246.

[272] *Cass.*, 2 de marzo de 1973, n. 577, en *Giur. It.*, 1975, I, 1, p. 750, con nota de Alpa. En este caso relativo a daños derivados de un remolque defectuoso, modificando la interpretación limitada que hasta el momento se había difundido con respecto al art. 2054 C.C., la Suprema Corte aún estableciendo la resposabilidad (objetiva) del conductor y de los demás sujetos indicados en la norma, no impide que se pueda reconocer la responsabilidad por culpa del constructor que hayacolocado en el mercado vehículos defectuosos, considerando la posibilidad de una concurrencia de culpas.

En el texto de la sentencia se precisa lo siguiente:

"Examinada nuevamente la cuestión –señala la sentencia– no parece confirmarse el principio (...) enunciado (por lo demás incidentalmente) por la sentencia n. 1929 de 1960, y parece preferible la opinión expresa en la sentencia impugnada, segun la cual, aún en el caso de daño por vicio de construcción, hallándose las responsabilidades del conductor y del propietario conexas a la del constructor, por causa de la unidad del hecho dañoso frente a la víctima, los tres sujetos se hallan obligados solidariamente hacia este último conforme al art. 2055 C.C.

...O bien, mientras frente a la responsabilidad del propietario y del conductor, el art. 2054, inc.últ., prevé claramente una excepción a la regla general estableciendo un principio de responsabilidad objetiva absoluta (como se desprende del tenor mismo de la norma, reforzado por la expresión "en cada caso"), contrariamente, el mismo artículo no contempla expresamente exclusión alguna de la responsabilidad del constructor por s hecho ilícito, ni puede recavarse una semejante exclusión de otra disposición legal. No subsiste, pues, ninguna incompatibilidad entre la regla general dela art. 2043 y la norma especial del art. 2054: en realidad, las dos normas pueden hallar aplicación, en el sentido de establecer un concurso de responsabilidad de más sujetos, desprendiéndose de la norma la responsabilidad del propietario y del conductor, y de la norma del art. 2043 la responsabilidad del constructor, de modo que no existen razones para sostener que la norma especial constituya, por lo que concierne a la responsabilidad del constructor, una derogación a la norma general.

Ni tampoco puede desprenderse una derogación de las razones en las que se inspira el art. 2054, últ. inc., ni de los fines que el mismo persigue: en realidad, el régimen severo adoptado frente a quien, poniendo en circulación el propio vehículo incrementa los peligros del tráfico, y el objetivo de una mayor tutela de la víctima, a quien le es menos difícil dirigirse al conductor y al propietario del vehículo

do de superar definitivamente el criterio de la exclusión de responsabilidad del constructor de auto vehículos, conforme al cual, la norma del art. 2054, inc. 4°, al sancionar la responsabilidad del propietario y del usuario del automóvil, privaría de eficacia causal a la conducta del constructor frente al evento dañoso[273]. Contrariamente, la Corte de Roma precisa lo siguiente:

> "la disposición del inc. 4° del art. 2054 C.C. halla su propia *ratio* y *vis legis* en la advertida oportunidad de apreciar una más fácil y eficaz tutela de las víctimas extrañas al medio circulante, para ejercer la acción resarcitoria, a través de la creación de sujetos intermedios responsables (el propietario y conductor del vehículo) y cargando sobre ellos, con el rigor de una presunción absoluta de responsabilidad, las consecuencias de los vicios de construcción y de los defectos de mantenimiento del vehículo, sin privar de eficacia y suprimir la relación de causalidad entre dichos vicios y defectos y el evento, el que es resarcible al tercero-víctima extraño al uso del medio circulante a condición de que subsista el nexo de causalidad. La naturaleza especial de la derogación establecida por la norma y las razones que la justifican en relación a los principios generales de la responsabilidad extracontractual, no permite sostener la portada

---

la que ha investido, que dirigirse al constructor, justifican la responsabilidad extracontractual del tercero, cuando éste, al fabricar y destinar a la circulación el vehículo defectuoso, ha creado, por culpa, ua situación que ha desembocado luego en el evento dañoso. Ni siquiera puede sostenerse, finalmente, que la circulación del vehículo (o sea, el hecho del conductor y del propietario) interrumpa el nexo de causalidad entre dicho evento y el hecho del constructor. Ese hecho, mas bien, será siempre considerado como la primera y prevalente causa del siniestro, derivado del vicio de construcción. En realidad, el comportamiento culposo de quien construye mal el vehículo es el que viene a dar origen a una situación de peligro cuyos efectos dañosos se explican en ocasión de la circulación. Esta última, por tanto, lejos de constituir la única causa eficiente del daño, representa, sobre el plano genético, una causa secundaria, insuficiente por sí sola para dar lugar al siniestro y a producir el daño mismo.

En conclusión, por lo tanto, se debe sostener que en la hipótesis del último inciso del art. 2054, el daño derivado en el curso de la irculación de un vehículo ..., por vicio de construcción, concurren la responsabilidad objetiva del conductor y del propietario, sancionada por dicha disposición, y la responsabilidad, conforme el art. 2043 C.C., del constructor, que por culpa, haya construido el vehículo con el vicio que ha determinado el daño. Así, dado que más sujetos aún con actividades distintas y no contemporáneas (o sea, el hecho de la defectuosa construcción imputable al constructor, y el de la circulación imputable al propietario y al conductor) han concurrido de ese modo a la producción del mismo hecho dañoso, se verifica la situación prevista por el art. 2055 C.C. y por tanto, se deben aplicar las normas allí establecidas".

[273] Ibidem.

> de la norma en el sentido de excluir la responsabilidad, hacia el propietario, del constructor por los vicios de construcción cuando el evento se halle en relación causal, con el vicio mismo. Se ha establecido claramente que la excepción a la regla general de la responsabilidad prevista por el art. 2043 C.C., es sólo a favor de la víctima extraña al uso del medio circulante y no pede constituir una exoneración injusta del constructor, responsable del evento en cuanto casado por el vicio de construcción del vehículo.
> ... el principio del *neminem laedere* sobre el cual se basa la disposición del art. 2043 C.C. no viene suprimida por la tutela especial que confiere la disposición examinada del art. 2054 C.C. a un determinado sujeto y sobrevive a la tutela y coexiste con ella (se vea: *Cass. civ.* 2 de marzo de 1973, n. 577, *società Trevisan c. Cuman*)".

A pesar de la confusión de conceptos que revela la fundamentación de la sentencia, se puede observar que de lo que se trataba en realidad, en el caso, era de un 'defecto de construcción o diseño' del producto, pues según los términos de la sentencia, se trataba de vicios en el método de fusión del material aplicado en un soporte, parte esencial del sistema de la dirección del vehículo. La Corte estableció, confirmando la sentencia del grado inferior, el hecho culposo de los dependientes de la empresa fabricante de la parte defectuosa, y atribuyó la responsabilidad a la sociedad constructora. Al respecto, precisa la sentencia:

> "... por cuanto no resulte explícitamente de la sentencia impugnada la disposición legislativa fuente de la sostenida responsabilidad de la sociedad constructora del automóvil, de la motivación en pleno, parece encontrar en la disposición del art. 2049 C.C. por el hecho culposo concurrente de los dependientes de la sociedad dedicados a la producción y control de la pieza defectuosa ...".

Se observa en la sentencia un significativo esfuerzo de parte de los jueces para separarse de la norma que venía siendo aplicada con regularidad en los casos de responsabilidad del productor, cual es el art. 2043 C.C., sin embargo, el razonamiento de los jueces no se aparta, a pesar de la declaración de la responsabilidad objetiva del productor del auto vehículo, del criterio de la culpa que en el presente caso, viene referido *ex* art. 2049 C.C. a la conducta de los dependientes de la empresa fabricante de la pieza en cuestión. De acuerdo a los términos de la sentencia, el examen de los hechos que llevan a cabo los jueces, si bien hace énfasis en el 'defecto del producto' que ya implica la objetividad necesaria para facilitar la prueba en este tipo de casos, sin embargo, se empeñan a los efectos

de encuadrarlos en la norma del art. 2049 C.C., en especificar el origen, la causa de los daños en la conducta negligente de quienes han tenido a su cargo la operatividad del proceso y control en las varias fases de la producción, en fin una tarea probatoria que resulta complicada en el área de los daños derivados de producto, dada la complejidad propia de la producción de masa.

Según una autorizada opinión en doctrina[274], el apoyo de la sentencia en el art. 2049 C.C. constituye un testimonio de la referencia a la noción de riesgo de empresa entendido como riesgo típico de la actividad productiva. Sin embargo, la aplicación al caso concreto de la noción del riesgo de empresa de parte del comentarista de la sentencia, se presenta demasiado genérica, para justificar la responsabilidad *ex* art. 2049 C.C. en este caso. Y esta generalidad de los términos en que viene entendida la noción del 'riesgo de empresa' remite a cuanto se ha señalado en precedencia sobre las dudas que suscita la teoría, por cuanto, el 'riesgo de empresa' no configura un criterio de imputación de la responsabilidad, no siendo posible la configuración interpretativa del mismo[275].

A mayor abundamiento, la noción de 'riesgo típico' viene referida por el ilustre comentarista de la sentencia, con respecto a un 'defecto de construcción' en el producto, que por consistir en la falta de condiciones que permiten al producto alcanzar el nivel de seguridad esperado, conforme a los estándares requeridos, suponen un error imputable a la decisión propia del productor, tratándose de un caso distinto al de los llamados 'errores inevitables' (defectos de fabricación), tantas veces imperceptibles y otras incontrolables al interno del proceso productivo, respecto de los cuales, la noción de 'riesgo típico' de la empresa resulta justificativa de la atribución de la responsabilidad al productor, mas no como criterio de imputación, sino como una explicación de la atribución objetiva de la responsabilidad.

En esta nueva orientación asumida por la jurisprudencia posterior al caso *Saiwa*, consciente de la necesidad de ofrecer una tutela adecuada a las víctimas de daños derivados de productos defectuosos y, caracterizada, como se ha señalado, por la variabilidad de los criterios adoptados por los jueces de mérito y los de legitimidad, es posible hallar cierta continuidad en la tendencia con respecto a determinados casos.

---

274 Cfr. *supra* n. 279.

275 "El riesgo-beneficio, así como su costo, aunque si indudablemente constituyen factores característicos de la economía y de la convenienza de la empresa, por ello solamente, no pueden se considerados elementos de un examen jurídico". V. Scognamiglio, R., voce *'Responsabilità civile'*, en *Noviss. D.I*, 1968, p. 636.

2.2.2.4. *Ejercicio de actividad peligrosa*

En este sentido, han constituido casos frecuentes a los que la jurisprudencia ha tenido que hacer frente, aquellos relativos a la **explosión de balones de gas o de botellas de bebidas gaseosas**. Si bien es cierto, el criterio que ha prevalecido para evaluar estos casos es el de la actividad peligrosa, y como tal, viene declarado expresamente hacia fines de los años '70, también lo es que, el primero de una serie de casos que tuvo como objeto la explosión de un balón de gas se registra algunos años antes, en 1967.

En efecto, la **Corte de Casación en 1967**[276] establece la responsabilidad del productor de balones de gas, considerando que se trata de un ejercicio de actividad peligrosa, al no haberse probado la adopción de todas las medidas idóneas para evitar el daño, conforme a lo establecido por el art. 2050 C.C.

En 1979, la Suprema Corte[277] excluye la responsabilidad concurrente del vendedor o distribuidor de balones de gas *ex* art. 2051 C.C., en cuanto simple detentador material de los recipientes, reconociendo en cambio, como único sujeto responsable al productor *ex* art. 2050 C.C. En el caso, se declara responsable al productor por la explosión de un balón de gas, hecho que se produce en el negocio del vendedor, del cual resulta víctima éste mismo así como el hijo. La Corte excluye la responsabilidad del vendedor como guardián de la cosa *ex* art. 2051.

Acentuando aún la severidad en el juicio de este tipo de casos, la jurisprudencia de la Casación ha llegado a calificar como actividad peligrosa tanto la producción como la distribución de balones de gas, así como la posesión de los mismos con fines comerciales. En este sentido, se ha pronunciado la ***Cass.*, de 13 de enero de 1981, n. 294**[278] y ha precisado: "... más allá de la fase de llenado de los balones, transporte y distribución, también en la de conservación, comercio y entrega a cualquier título ..."

La solución adoptada finalmente por la Casación en 1981 excluye la aplicación del art. 2043 y aplica la responsabilidad por ejercicio de actividad peligrosa al productor y distribuidor de balones de gas, conforme al art. 2050 C.C. Se observa en efecto, cómo en este tipo de casos, de explosión de balones de gas, la evolución de la jurisprudencia partiendo de un

[276] *Cass.*, 9 de mayo de 1967, n. 934, en *Foro It.*, 1967, 2, p. 1487.
[277] *Cass.*, 20 de julio de 1979, n. 4352, en *Resp. civ. prev.*, 1980, p. 84.
[278] *Cass.*, 13 de enero de 1981, n. 294, en *Riv. giur. circ. trasp.*, 1982, p. 812; *Cass.*, 27 de enero, n. 542, en *Giust. civ. Rep.*, 1982, voce *Responsabilità civile*, 33.

presupuesto de responsabilidad según el art. 2043[279] alcanza la definición de la actividad en cuestión, conforme al art. 2050 C.C. Con lo cual, es de notar que lo que viene considerado como presupuesto de la responsabilidad es la actividad y no así, el defecto del producto que ha generado el daño. De modo que el recurso que hace la jurisprudencia de una norma como el art. 2050 C.C., constituye una vía necesaria para declarar la responsabilidad objetiva en esta materia, ante la ausencia de una norma expresa que contemple la *fattispecie*.

2.2.2.5. *Aplicación extensiva del art. 2050 C.C. a otros supuestos de explosión de productos*

En esa misma línea orientada a la aplicación del art. 2050 C.C., se observa en la jurisprudencia una aplicación extensiva de la norma también con respecto a la explosión de una **botella aerosol insecticida**. La particularidad del caso descansa en el hecho que se califica también como actividad peligrosa la fabricación de este tipo de productos, asimilándola a la fabricación de 'balones de gas', producto cuyo índice de peligro es macroscópico[280]. El **Tribunal de *Forlì*** (1976)[281] no sólo declara la responsabilidad del productor por actividad peligrosa, colocándolo de ese modo de frente a una difícil prueba liberatoria, sino que además, precisa que si éste se vale de otras empresas para la confección del producto (modalidades del llenado de los envases de aerosol o la construcción de los envases), responde de los errores cometidos por éstas ("defectos de material" y "defectos tecnológicos de unión entre las dos piezas"), dejando a salvo las acciones de regreso previstas en el contrato. Ello sobretodo, porque la empresa demandada se coloca frente a terceros como la única empresa productora y distribuidora de envases aerosol.

[279] Ciertamente, en 1965 el Tribunal de *Milano* se había pronunciado en un caso de explosión de un balón de gas, por la responsabilidad exclusiva del concesionario-depositario, el que a su vez, se haya empeñado a responder por "daños o por cualquier otro siniestro". V. *supra*, n. 249. La *Cass.*, 2 de abril de 1963, n. 819, había declarado la responsabilidad del administrador de la industria de producción y distribución de balones de gas, conforme a cuanto previsto por el art. 2043 C.C.

[280] Sin embargo, como señala Alpa, la sentencia parece considerar, a los efectos de calificar como peligrosa la difusión en el mercado de botellas aerosol, precisamente el uso corriente que se hace del producto así como la falta de advertencias que normarlmente acompaña al producto, lo que determina que "por sí mismo pueda constituir producto peligroso, y por tanto, objeto de actividad peligrosa ...". V. Alpa, G., *"Casi e questioni di responsabilità del produttore"*, en *Giur. It.*, 1978, I, p. 430 ss.

[281] *Trib. Forlì*, 7 de mayo de 1976, en *Giur. It.*, 1978, I, 2, p. 430.

En el caso un menor sufre las consecuencias dañosas de la explosión del envase de aerosol. Sobre la demanda del actor de aplicar el art. 2050 C.C., la Corte expresa lo siguiente:

> "... A los fines de la responsabilidad sancionada en esa norma y, como muchas veces ha afirmado la jurisprudencia, no sólo deben considerarse peligrosas las actividades que como tales son calificadas por la ley de P.S. o por otras normas especiales, sino también, todas aquellas que aunque no se hallan especificadas o disciplinadas, presenten sin embargo, un peligro intrínseco o como sea, dependiente de las modalidades de ejercicio o de los medios de trabajo empleados.
>
> En esa segunda hipótesis, la presencia de los elementos destinados a conferir a una determinada actividad el carácter de peligrosidad, se determina caso por caso, y el examen correspondiente se reserva a los jueces de mérito.
>
> Aceptado ello, no puede en el caso, dejar de reconocer ese carácter a la actividad de producción y distribución de envases aerosol ...
>
> El intrínseco peligro del producto viene claramente evidenciado por la multiplicidad de causas ... que pueden determinar la explosión de este tipo de envases, causas que atienen al uso incorrecto del envase o a la mala confección de la misma ...
>
> Siendo ello así, no puede sino concluirse que la actividad de producción y distribución de envases de aerosol (...) debe considerarse peligrosa en el sentido y a los efectos del art. 2050 C.C. y ello en perfecta armonía con la orientación expresa al respecto de la jurisprudencia de la Suprema Corte que ha afirmado tantas veces que, a los efectos de dicha norma, constituye actividad peligrosa la industria de producción y distribución de balones de gas"

La sentencia de la Corte de *Forlì* hace referencia expresa a la existencia en el caso de 'defectos de preparación del producto', los que no obstante hallar su origen en la actividad realizada por las empresas de las que se ha valido la demandada en cuanto 'productora final', vienen atribuidos a esta última. Como se observa, el productor final asume la responsabilidad por la integridad del producto frente a terceros, ciertamente, sin perjuicio de las acciones de regreso contra los responsables de cada defecto, conforme a las relaciones internas entre las partes.

Cabe destacar asimismo, con respecto al aspecto de la legitimación pasiva de la empresa productora que fluye de la sentencia en cuestión, el hecho que el actor había interpuesto su demanda de resarcimiento de los daños contra la S.p.A. Sappa, la cual, no existía más como tal al momento de la interposición de la demanda, por cuanto esta empresa se había fusionado en otra (*International Chemical & Cosmetic Company S.p.A*), mediante acto de fusión de 31 de marzo de 1967. Sin embargo, la Corte con-

siderando que la etiqueta colocada en el envase aerosol insecticida que había explotado en manos del menor-víctima, indicaba a la Sappa S.p.A. como la empresa productora y distribuidora del producto, resuelve en el sentido de declarar a dicha sociedad como única legitimada a responder frente a terceros por los daños derivado de esa actividad, sin que, en particular, pueda atribuirse relieve alguno al hecho que, algunas actividades atinentes a la preparación del producto fueran, por encargo de la Sappa, desarrolladas por otras empresas. Obsérvese que la solución de la Corte de *Forlì* en el sentido de considerar vinculado frente a terceros a quien coloca la propia 'marca' en un producto, viene adoptada por la Directiva Comunitaria de 1985, n. 374, posteriormente aplicada en Italia mediante D.P.R. 224/88, como se verá en la Sección Segunda del presente Capítulo.

Otro punto a notar de la referida sentencia se refiere a la equiparación de la noción de 'actividad peligrosa'con la de 'peligro intrínseco en el producto', dando lugar a una aplicación indistinta de las nociones y contribuyendo claro está, a la incerteza y confusión conceptual a la que se ha venido refiriendo. Todo ello evidentemente, a los fines de hacer ingresar la hipótesis de responsabilidad en el ámbito del art. 2050 C.C., hecho que revela la sentencia en cuestión como expresión del *favor* con respecto al consumidor.

Puede, en efecto, observarse que la evolución que experimenta la jurisprudencia con relación a la calificación de determinadas actividades como 'peligrosas', ha permitido a los jueces facilitar los extremos de la carga de la prueba a los fines de establecer la responsabilidad del productor. Es cierto pues, que el recurso a las normas sea del art. 2050, 2049, 2051, evita endosar a la víctima la ardua tarea de probar a demás del daño y el nexo causal, la conducta negligente del imputado, dando lugar a que sea éste quien deba probar o la ruptura de la relación de causalidad o el haber adoptado todas las medidas posibles para evitar el daño, esto último conforme lo dispone el art. 2050 C.C.

Con la difusión de la red de gas metano, los casos de explosión de balones de gas disminuyen. Sin embargo, el criterio de la 'actividad peligrosa' se venía extendiendo con relación a otros productos.

En este sentido, la orientación hacia la responsabilidad objetiva se verifica también con respecto a la **explosión de botellas de bebidas gaseosas**. Inicialmente, un caso de la explosión de una botella de bebida gaseosa en manos de la vendedora, fue resuelto por el Tribunal de *Savona*[282] declarando la responsabilidad del productor, sobre la base del *id quod prelunque*

[282] V. *supra*, n. 269 y texto correspondiente.

accidit[283], siguiendo así la sentencia *Saiwa*, y apoyándose en la norma del art. 2043 C.C.

Diversamente a la sentencia del Tribunal de *Savona* (1971), la **Cass. 27 de febrero de 1980, n. 1376**[284] establece la responsabilidad del productor de bebidas gaseosas, en virtud de la violación del principio del *neminem laedere*. En el caso, al vendedor se le atribuye una responsabilidad contractual *ex* art. 1218 C.C., por haber entregado una botella 'defectuosa'; se declara la responsabilidad presunta, salvo la prueba de la causa inimputable, y al mismo tiempo, una responsabilidad extracontractual *ex* art. 2043; en cuanto al productor, se le declara responsable extracontractualmente.

Aquí la Suprema Corte, confirmando la sentencia de la Corte de Apelación de Napoli[285] excluye la responsabilidad del vendedor a la luz de los arts. 2050 y 2051. Según la apelante, el ejercicio de la venta de bebidas en un estadio deportivo (el hecho había tenido lugar en el estadio *San Paolo* de *Napoli*) configuraba un supuesto de actividad peligrosa *ex* art. 2050 C.C.; la Corte de Casación no sólo niega esta calificación, sino que también deniega la responsabilidad a la enseña del art. 2051, por no concurrir los requisitos relativos a la posibilidad para el guardián de la cosa de ejercer un efectivo poder físico sobre ella[286]. Consecuentemente, la Corte declara una responsabilidad general aquiliana concurrente a una responsabilidad general contractual *ex* art. 1218, a cargo del vendedor, así

[283] Procedimiento lógico-deductivo, fundado en la *presumptio hominis* del caso *Saiwa*.

[284] *Cass.*, 27 de febrero de 1980, n. 1376, en *Giur It.*, 1980, I, 2, p. 1460. Un caso símil fue resuelto mediante sent. *Cass.*, 28 de octubre de 1980, n. 5795, en *Resp. civ. prev.*, 1981, p. 392 ss. En la primera sentencia se refleja la influencia de la Sent. *Cass.*, 20 de marzo de 1980, n. 1090, referido al desprendimiento de una parte de una grúa. V. *infra*, n. 318.

[285] *App. Napoli*, 13 de noviembre de 1976, inédita.

[286] En este sentido se pronuncia la Sent. *Cass.*, 29 de mayo de 1973, n. 1712, en *Resp. civ. prev., 1973*, p. 550; siguen esta línea: *Cass.*, 17 de noviembre de 1975, n. 3853, en *Giust. civ. Mass.*, 1975, p. 1796; *Cass.*, 8 de setiembre de 1970, n. 1361, *ivi*, 1970, p. 741; *Cass.*, 24 de octubre de 1960, n. 2880, en *Resp. civ. prev.*, 1961, p. 141.

Además del poder de hecho sobre la cosa en custodia, la jurisprudencia ha considerado otros requisitos a los efectos de configurarse la 'custodia' como tal. Así se han pronunciado: *Cass.*, 12 de julio de 1976, n. 2667, en *Resp. civ. prev.*, 1977, p. 438; *Cass.*, 6 de abril de 1982, n. 2143; *Cass.*, 15 de febrero de 1982, n. 365 y *Cass.*, 13 de enero de 1982, n. 182, *ivi*, 1982, p. 745, con nota de Monateri. En la anotación a la sentencia, Monateri realizando una reconstrucción de las sentencias sobre la materia, configura la *custodia* como una entidad conceptualmente diversa a la propiedad y a la posesión.

como una responsabilidad de la empresa productora por la introducción en el mercado de un producto defectuoso.

Nótese que la sentencia de la Corte de Casación en el caso en referencia, insiste aún en la aplicación del criterio de la culpa para determinar la responsabilidad del productor, no obstante una tendencia generalizada hacia la sentencia de una responsabilidad objetiva.

2.2.2.6. *Responsabilidad por custodia de la cosa y nuevamente la 'presunción de culpa'*

Si bien es cierto, la orientación de la Corte de Casación, especialmente con respecto a la explosión de botellas de bebidas gaseosas, ha sido en el sentido de atribuir una responsabilidad extracontractual al productor, con exclusión de la aplicación de los arts. 2050 y 2051, con posterioridad a los casos remarcados, se registran **algunos concernientes a la explosión de balones de gas y de botellas**, respecto de los cuales, la jurisprudencia ha aplicado la norma de la responsabilidad por las cosas en custodia, conforme a lo previsto por el **art. 2051 C.C.** Se trata de casos en los que la responsabilidad viene atribuida al '**guardián de la cosa**'.

En este sentido se ha pronunciado la *Cass.* **13 de enero de 1982, n. 182**[287]. El caso se trataba de la explosión de un balón de gas líquido que servía para alimentar una estufa. La explosión determinó además de lesiones a las personas que habitaban un inmueble, serios daños a éste y al inmueble contiguo.

La Suprema Corte excluye la responsabilidad del productor de balones de gas asumiendo los argumentos del grado inferior. En efecto, la Corte de Apelación, considerando que las circunstancias que evidencia el peritaje, conforme a las cuales, como una garantía, los balones de gas líquido, para evitar una explosión, son sometidos de parte del fabricante a una prueba de presión de aire de seis-siete atmósferas, y posteriormente son sometidos a ulterior control, mediante una prueba hidráulica y a una presión de treinta y cinco atmósferas, lo que en opinión de la Corte, constituía elemento decisivo para excluir la responsabilidad del fabricante, concluyendo que, "debía presumirse que éste había adoptado todas las medidas idóneas para evitar el daño (...)". La Corte de Apelación había considerado que la investigación debía trasladarse sobre el comporta-

[287] Cass., 13 de enero de 1982, n. 182, en *Resp. civ. prev.*, 1982, p. 752, con nota de Monateri.

miento de los distribuidores de los balones de gas, los que ejercen también actividad peligrosa y como tal, se encuadra en los extremos del art. 2050 C.C.

La Corte de Casación considerando exacto el fundamento del pronunciamiento del grado inferior, agregó lo siguiente:

> "... que desde el momento en que una cosa, en sí misma peligrosa, sea entregada por el fabricante a otra persona (en el caso a la empresa distribuidora e instaladora de los balones de gas), ésta asume un poder distinto de disposición y un deber de vigilancia; así, toda actividad del productor cesa, y la presunción de culpa, obviamente, no grava más sobre él. Correlativamente, surgen a cargo del distribuidor los deberes de custodia, de vigilancia y de prudencia y junto a ellos, la presunción de responsabilidad a que se refiere el art. 2050 C.C. Y el imputado, para liberarse de la responsabilidad, debe demostrar en caso de siniestro, que el evento dañoso o se ha debido a un caso fortuito, lo que equivale a la causa no imputable; o, se ha debido a un vicio intrínseco de la cosa imputable sólo al constructor: prueba ésta que, ... la Corte del mérito ha considerado que no ha sido dada".

Obsérvese que el Supremo Tribunal sin aplicar el art. 2051 C.C. referido a la responsabilidad del guardián por las cosas en custodia, sin embargo alude expresamente al 'deber de custodia', tal como se subraya en el parágrafo citado de la sentencia, a cargo del distribuidor de balones de gas, y mas bien, dicho deber lo hace ingresar a los efectos de la norma del art. 2050 C.C., excluyéndose en cambio, la responsabilidad del productor por no haberse probado un 'vicio intrínseco de la cosa' imputable sólo al constructor, quien como precisó la Corte de Apelación, había adoptado todas las medidas necesarias para evitar el daño.

2.2.2.7. *La venta de productos en los Supermercados*[288]

Retornando a los casos de **explosión de botella de bebida gaseosa**, la ***jurisprudencia de los años '80*** tiende a establecer la responsabilidad del Supermercado donde fueron adquiridas las botellas, en su calidad de

[288] Con la difusión de la venta en los grandes supermercados, en los cuales la mercadería es completamente expuesta y dispuesta para ser seleccionada por los clientes, sistema conocido como *self service*, se presentan nuevos casos de daños derivados de productos. Sobre este tipo de venta, véase definición en: Bianca, *La vendita e la permuta*, en *Trattato di diritto civile italiano*, dirigido por Vassalli, vol. VII, 1, Torino, 1972, p. 156.

guardián, conforme a lo previsto por el art. 2051 C.C. En efecto, se pasa del pequeño negociante del caso resuelto por el Tribunal de Savona (1971), en que se declara la responsabilidad del productor, a la responsabilidad del gran almacén con exclusión de la del productor. La jurisprudencia ha precisado que "el espíritu y tenor de la norma del art. 2051 pretenden significar un efectivo poder físico actual, un gobierno o un uso de la cosa misma, al que se relacione el deber de evitar que de ella no deriven daños a terceros"[289].

En un caso sentenciado por el **Tribunal de *Roma*** (1984)[290] un cliente de un Supermercado sufre una lesión en un ojo como consecuencia de los fragmentos de vidrio resultantes de la explosión de una botella de Coca-Cola. El Tribunal declara la responsabilidad del Supermercado *ex* art. 2051 C.C. por el daño generado por la cosa bajo su custodia, destinada a la venta. En este sentido, los jueces han precisado lo siguiente:

> "... el guardián no sólo no ha probado el hecho ilícito del productor sino que se debe excluir la culpa de este último sobre la base de la pericia técnica. Sobre el punto, el Colegio sostiene, sin embargo, que no ha sido establecida (ni podría serlo a través de una nueva pericia, estando a la imposibilidad de efectuar la verificación en la misma botella que ha explotado, o sea sobre su contenido y obre los fragmentos de vidrio) la verdadera causa de la explosión de la botella y, como considera la jurisprudencia, la causa ignota queda a cargo del guardián, o sea del sujeto gravado con la presunción de culpa *ex* art. 2051, a quien para liberarse, corresponde la carga de identificar la causa ignota (Cfr. *Cass.* 4 de septiembre de 1974, n. 2412, *Foro It., Rep.*, 1974, voz *Responsabilità civile*, n. 119)."

Asimismo, el Tribunal considera inaplicable el art. 2050 C.C. al presente caso, por considerar que la actividad de embotellamiento de Coca-Cola o de bebidas gaseosas no es actividad peligrosa, por lo que se afirma la responsabilidad exclusiva del demandado, el Supermercado, en la verificación del evento dañoso del cual es la causa.

En esta línea de tendencia, se coloca la sentencia de la **Corte de Apelación de *Roma*** (1986)[291], la cual, no obstante la dudosa coherencia interna de los fundamentos, revela un notable favor por la situación de la víctima del daño.

En el caso, consistente en la explosión de una botella de bebida gaseosa, se atribuye responsabilidad en su calidad de 'guardián de la cosa', a la sociedad distribuidora de las bebidas por los daños sufridos por el adqui-

[289] V. *supra*, n. 294.
[290] *Trib. Roma*, 23 de julio de 1984.
[291] *App. Roma*, 8 de octubre de 1986, en *Resp. civ. prev.*, 1986, con nota de De Sanna.

rente. La sentencia excluye la responsabilidad del productor observando lo siguiente:

> "... de los resultados del proceso no resulta ningún elemento de prueba, ni siquiera presunto, de la responsabilidad de la SIBER en la producción del evento dañoso. (...) No ha sido probada la existencia de un defecto o vicio en el embotellamiento de la bebida ... ni de la botella a la que se refiere el caso ..."

En efecto, el siniestro se había producido, conforme a cuanto se desprende de la investigación, como consecuencia del hecho de haber cogido el cliente la bebida del mostrador del supermercado, lo que confirma, según la Corte,

> "... que en concreto, en la producción del evento hayan ejercido influencia las diversas operaciones de manejo del producto (transporte, sistemación, traslado y selección de la botella) y las modalidades de custodia, en lugar del proceso de embotellamiento ... ".

En base a esas consideraciones, la Corte considera correcta la presunción *iuris tantum* de culpa (consistente en la negligencia e la conservación de la botella de parte del supermercado) del gestor del supermercado, por daño generado por las cosas en custodia, tal como la había contemplado el Tribunal. Se ha señalado, a propósito del comentario al presente caso[292], que la sentencia de la Corte de apelación de Roma no se opone a aquella de la Casación (1980) que había excluido la responsabilidad del vendedor de bebidas gaseosas en un estadio, sosteniendo que no podía considerársele 'guardián de la cosa'[293], ni se halla en contradicción con la sentencia del Tribunal de Savona (1971) en la que se atribuye la responsabilidad al productor *ex* art. 2043 C.C.

Como se observa, la sentencia en referencia, se separa de la orientación general de la jurisprudencia en materia de responsabilidad por daños derivados de productos defectuosos, la que en línea de máxima, ha tendido a establecer la responsabilidad del productor. En efecto, esta vez, se recurre a la norma del art. 2051 C.C., atribuyendo por esta vía, un rol central al distribuidor comercial con respecto a los daños generados por el producto puesto en circulación. Ello confirma la tesis de Carnevali[294]

[292] V. Franzoni, "Danno da cose in custodia nei supermercati e aliter dicta della giurisprudenza", en Contr. e Impr., 1987, p. 35 ss.

[293] V. *supra*, n. 294.

[294] Cfr. Carnevali, *La responsabilità del produttore*, Milano, 1979, p. 1 ss.

sobre el desarrollo de las actividades de distribución de los productos, como consecuencia del desarrollo tecnológico y de la producción de masa, lo que abona a favor de las consideraciones que atribuyen al 'distribuidor' la responsabilidad por los bienes en circulación.

Al haberse reconocido en la sentencia del Tribunal de Roma que el evento dañoso se ha debido a los actos de manipulación de la botella y a las modalidades de conservación del producto en el supermercado, en lugar de atribuirlo al proceso de embotellamiento, se ha observado a este propósito que, en ese sentido se introduce una noción de 'riesgo típico de empresa'[295], en la medida que lo constituye el deber de custodia o conservación de la mercadería expuesta para la venta en el supermercado[296].

Otro caso en el que se registra la aplicación del art. 2051 C.C. a la responsabilidad del supermercado por las cosas expuestas, tuvo lugar ante el **Tribunal de *Monza*** (1982)[297]. En este caso, la botella no había explotado, sino que había caído del estante de un supermercado cuando el adquirente se disponía a tomarla. La causa de la caída de la botella venía atribuida a un defecto en la confección del producto. El Tribunal consideró responsable al 'supermercado' en su calidad de 'guardián de la cosa' *ex* art. 2051 C.C., excluyendo que bastase como prueba liberatoria que la confección del producto hubiera sido manipulada por otros clientes. En este sentido sostuvo el Tribunal:

---

[295] En efecto, una parte de la jurisprudencia sostiene la responsabilidad del 'guardián de la cosa' en términos de 'responsabilidad por riesgo, de acuerdo a la cual, se coloca en cabeza del causante del daño una presunción *juris tantum* de culpa. V. Gentile, *"La responsabiltà per le cose in custodia nel nuovo codice delle obbligazioni"*, en *Resp. civ. prev.*, 1941, p. 169.

A pesar de que la jurisprudencia no ha operado por lo general, conforme a criterios objetivos de imputación, sin embargo, en los hechos, se observa una cierta coherencia con la perspectiva funcional que los sostenedores de la 'teoría del riesgo' han atribuido a la 'responsabilidad por custodia'. V. P. De Sanna, *"Bottiglie esplosive e responsabilità del custode"*, en *Resp. civ. prev.*, 1987, p. 276.

En efecto, se piense a que mientras el art. 2043 C.C. impone un deber general de no generar daños a terceros, el art. 2051 C.C., con relación al poder de hecho que se ejerce sobre la cosa en custodia, impone al 'guardián de la cosa' un deber positivo de control y de vigilancia de la cosa, así como de adoptar las medidas tendientes a evitar daños a terceros. En este sentido: *Cass.*, 15 de diciembre de 1975, n. 4124, en *Giust. civ.*, 1976, I, p. 551, con nota de E. Alvino, *Obblighi del custode ai sensi dell'art. 2051 c.c. e questioni relative.*

[296] En este sentido: Dassi, *"Orientamenti giurisprudenziali in materia di responsabilità civile del produttore", en Resp. civ. prev.*, 1988, p. 879.

[297] *Trib. Monza*, 10 de noviembre de 1982, en *Resp. civ. prev.*, 1983, p. 789, con nota de Letta.

> "... incumbía al Hipermercado un deber de vigilancia no genérica, sino continua, en modo que se evitara que las confecciones pudiesen ser manipuladas por los propios clientes, lo que ... sucedía generalmente".

Por ello, se excluía el caso fortuito, entendido como "impulso causal autónomo y con carácter de inevitable respecto a la esfera del guardián de la cosa, que constituye el único límite a la responsabilidad presunta a que se refiere el art. 2051".

Como se ha podido apreciar, los casos de explosión de las botellas de bebida gaseosa presentan la particularidad que se desconoce el origen de la explosión (causa ignota). De consecuencia, saltan a la luz las dificultades de prueba del nexo causal y más aún, las de la culpa del productor. No puede ni siquiera probarse el 'defecto' del producto ante la destrucción del mismo, de modo que el recurso a las presunciones de culpa ha sido la vía adoptada por la jurisprudencia, destruibles sólo con la prueba del caso fortuito, en cuyo caso se interrumpe la relación de causalidad, contrariamente, los jueces concluyen atribuyendo la causa desconocida al productor. Este tipo de razonamiento presuntivo ha sido observado claramente en la sentencia del Tribunal de Savona, al cual se remite[298].

Sin embargo, la línea presuntiva se expresa también cuando la jurisprudencia aplica a este tipo de casos el art. 2051 C.C., ciertamente, no ya para responsabilizar al productor, el cual, no tiene la custodia del producto desde que pasa al distribuidor, quien al momento del siniestro sí se halla en relación de hecho o de derecho con la cosa bajo su custodia[299]. En otros términos, la responsabilidad del productor es excluida por la intervención de terceros durante el período de custodia de la mercadería por el 'supermercado'; se interrumpe de este modo el nexo causal.

Si bien se observa, no siendo la referida presunción de culpa destruible con la simple prueba de la diligencia, sino que como ha sucedido, los jueces han venido requiriendo la prueba más severa del caso fortuito para que el causante del daño pueda liberarse de responsabilidad, en realidad, detrás de esa presunción se halla una responsabilidad objetiva, basada sólo en la relación causal[300].

---

[298] V. *supra*, n. 269.

[299] Cfr. Franzoni, en *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1982, p. 93 ss.

[300] V. Galgano, *"Responsabilità del produttore", en Contr. e Impr.*, n. 3, 1986, p. 1002.

2.2.2.8. *Participación del usuario en la responsabilidad del productor*

Sobre la base de la responsabilidad por custodia, cabe citar el caso resuelto por la **Corte de Apelación de *Napoli*** (1979)[301], por el interés que suscita al haber afrontado el problema de la participación del usuario en la responsabilidad del productor.

La Corte atribuye la responsabilidad al productor de un **aparato radiológico** por haber incurrido en un error en la graduación de la máquina, lo que constituye una operación estrictamente técnica, y por ello, demandante de un conocimiento especializado. Además declara la responsabilidad del usuario por negligencia (por omisión de control) en la utilización del aparato radiológico, afirmando que se trataba también de un técnico y consiguientemente, su calidad de usuario cualificado lo colocaba en grado de realizar los controles sobre la máquina en cuestión.

La sentencia precisa que no se trataba de un *uso impropio* del producto, sino de la omisión de los controles debidos, es decir, de una negligencia evaluada rigurosamente atendiendo a la condición de técnico del usuario. En cuanto a la *ratio* de la sentencia, se ha precisado que no se trata esta vez del 'riesgo de empresa', sino de una responsabilidad entendida como "sistema de control del riesgo"[302].

En esta misma línea en que la declaración de responsabilidad del productor parece inspirarse a un criterio de 'control del riesgo', se coloca la sentencia del **Tribunal de *Roma*** (1979)[303], la cual afronta el problema de las cláusulas de exoneración de responsabilidad. En el caso, la víctima demanda en vía contractual y extracontractual, el resarcimiento de los daños sufridos al productor y al vendedor de una **automóvil que tenía un defecto en el sistema de frenos.**

La Corte excluye la responsabilidad del vendedor en atención a que no podía ejercer un control sobre el producto. Diversamente, funda la responsabilidad del productor en el criterio de la culpa, por haber puesto en circulación un producto defectuoso.

En cuanto a las cláusulas de exoneración de responsabilidad fueron consideradas nulas por ser contrarias al orden público. En efecto, ellas no podían configurar un eximente para el productor sobre quien recaía el

[301] *App. Napoli*, 14 de setiembre de 1979, *Foro Pad.*, 1979, I, p. 202.

[302] Cfr. Carnevali, U., *"La responsabilità del produttore", en Il controllo sociale delle attività private, dirigido por Rodotà*, Bologna, 1977, p. 584 ss.

[303] *Trib. Roma*, 11 de julio de 1979, en *Giur. It.*, 1980, I, 6, p. 611 ss.

riesgo de empresa, por el hecho de serle atribuido un vicio de producción, hecho que se antepone a toda previsión contractual.

2.2.2.9. *Presunción de culpa del usuario*

Con una solución completamente diversa a la línea que venía observando la jurisprudencia, en el sentido de favorecer al consumidor-víctima y tratar de seguir una línea en el control del riesgo, se pronuncia años más tarde el **Tribunal de *Roma*** (1987)[304] en un caso de **explosión de un televisor**, en el cual, se nota la insistencia en la interpretación literal del principio *'ninguna responsabilidad sin culpa'*.

En el caso, un televisor que había sido dejado en *stand-by* explota provocando como consecuencia el incendio de todo un departamento. El juez de Roma declara responsable al usuario del bien por haber acusado negligencia al dejar en *stand-by* el televisor, creando de ese modo un peligro potencial.

Si bien, el Tribunal no niega la posibilidad de recurrir al procedimiento presuntivo, la excluye en este caso, considerando que, las circunstancias del caso concreto han demostrado que no había razón alguna para imputar la responsabilidad a la sociedad productora.

Sin embargo, lo que sorprende en la resolución del presente caso es que haya sido aplicado el procedimiento presuntivo para establecer la culpa de la usuaria, precisando lo siguiente:

> "... Al haber dejado el televisor con la señal roja de *stand-by*, aún a falta de instrucciones específicas al respecto, de parte de la sociedad demandada, ha creado una fuente de peligro potencial ... que es conocido no sólo a quien tenga una preparación técnica particular, sino también al hombre medio premunido de las normales instrucciones".

Se desprende de la sentencia que en el caso ha operado una presunción de culpa del usuario toda vez que no ha sido probado que el hombre medio se halle en conocimiento del peligro creado por dejar un televisor en *stand-by*, además de que no habían instrucciones al respecto en el producto referidas a la modalidad de uso. No obstante, en caso existieran tales instrucciones, ellas no pueden tener efecto liberador de responsabilidad para el fabricante, por ser ello contrario al orden público.

---

[304] *Trib. Roma*, 17 de setiembre de 1987, en *Resp. civ. prev.*, 1988, p. 225, con nota De Sanna.

En el mismo año el **Tribunal de *Torino*** (1987)[305] se pronuncia en un caso de **explosión de neumático**, acarreando la muerte de la víctima. La viuda demanda a la empresa distribuidora. Además de la exclusión de la responsabilidad del vendedor –que fuera declarada por una sentencia de la Corte de Casación en 1969[306]–, se excluye la responsabilidad del productor por los mismos fundamentos expresos en la sentencia del Tribunal de Roma, referidos a que el actor debe probar los extremos de la responsabilidad extracontractual, así, la culpa del productor. La sentencia excluye que la actividad de distribución de neumáticos sea una actividad peligrosa *ex* art. 2050 C.C.

También en este sentido sorprendente con que se pronuncia la jurisprudencia para excluir la responsabilidad del productor, confirmando con ello la falta de coherencia y homogeneidad de los pronunciamiento judiciales que siguieron al *leading case 'Saiwa'*, se coloca una sentencia del **Tribunal de *Roma*** (1988)[307] que deniega la responsabilidad del productor por daños resultantes de la ruptura de un termómetro en el intestino recto de un neonato.

En el caso, como en el precedentemente citado, se declara la responsabilidad del usuario del producto, (la madre del niño lesionado), por haberse considerado que se ha hecho un uso impropio del producto[308], consistente según el Tribunal, en la falta de los cuidados necesarios en la utilización del producto, y no habiendo sido demostrada existencia de la relación causal entre el defecto del termómetro y el evento dañoso. Nuevamente, se recurre al procedimiento presuntivo para demostrar no la responsabilidad del productor, sino la del usuario. De consecuencia, dicha presunción tiene por efecto demostrar la irresponsabilidad del productor.

Como se observa, tales consideraciones sobre la falta de cuidados en el uso del producto han bastado a los jueces para excluir la responsabilidad del productor, desatendiéndose la necesidad de los requisitos de 'seguridad' que debería presentar el producto frente a las condiciones de uso, a los fines de asegurar que el producto no se quiebre.

---

[305] *Trib. Torino*, 25 de noviembre de 1987, en *Giust. Civ.*, 1988, p. 2728, con nota de Corradi.

[306] *Cass.*, 14 de octubre de 1969, n. 3326: "El vendedor se halla en culpa cuando la ignorancia de los vicios de la cosa dependa de su conducta, es decir, quando hubiera podido conocerlos, si hubiera usado la normal diligencia".

[307] *Trib. Roma*, 12 de octubre de 1988, en *Resp. civ. prev.*, 1989.

[308] Diversamente a cuanto resuelto por *App. Napoli*, 14 de setiembre de 1979. V. *supra*, n. 309 y texto.

De la casuística examinada, en línea de máxima, sin considerar los casos excluyentes de la responsabilidad del productor, se puede observar que la jurisprudencia presta mayor atención al aspecto resarcitorio del daño de la responsabilidad civil. Ello puede ser una explicación a la manera indistinta jurisprudencia italiana ha empleado a las nociones de 'responsabilidad presunta' y 'responsabilidad objetiva'[309]. En efecto, se observa una tendencia para facilitar la carga probatoria de la víctima del daño, no requiriéndosele la casi imposible prueba de la culpa del productor, infiriéndosela en diversas oportunidades de la determinación de un 'defecto' en el producto.

El proceso de objetivación de la responsabilidad civil responde a la necesidad de garantizar en cierta medida la seguridad social a través de la circulación y distribución de los recursos, y ello se ve reflejado en la orientación que toma la jurisprudencia italiana en materia de daños derivados de productos defectuosos. En este sentido, puede señalarse que aunque si bien, la jurisprudencia no ha acogido expresamente, las dos premisas que han inspirado a los sostenedores de la tesis del 'riesgo de empresa' en este ámbito de la responsabilidad civil, lo ha hecho en cierta forma implícitamente a través del recurso a la 'presunción de la culpa'. Se trata de una parte, de la consideración que "forman parte del valor destruido por la empresa, no sólo la energía de trabajo, el material empleado y la maquinaria, sino también los daños que se causan a terceros por el ejercicio de la empresa"[310]. De otra parte, la consideración según la cual, el empresario ejerce la actividad empresarial para obtener beneficios, por tanto, "puede mejor que cualquier otro asegurarse contra el riesgo para luego, distribuir el costo total de la producción entre todos los objetos producidos.[311]

2.2.2.10. *Con relación a los productos compuestos*

En efecto, en ese proceso de objetivación de la responsabilidad civil del productor, particular atención ha merecido el problema de la distribución del riesgo que se suscita cuando son varios sujetos los que han intervenido en la fabricación de un producto. Se trata de los llamados productos

[309] Cfr. Franzoni, *Colpa presunta e responsabilità del debitore*, Cedam, Padova, 1988, p. 308-309.
[310] Cfr. Trimarchi, Rischio e responsabilità oggettiva, cit., p. 34.
[311] *Ibidem*, p. 14.

compuestos, en la que intervienen varios fabricantes, de ello resultando una coparticipación en la producción del evento dañoso. Se trata de la hipótesis conocida en doctrina como la *'responsabilidad del ensamblador'*[312], es decir, de la responsabilidad de aquél que compone en un único producto o producto final, diversas partes del producto. De este modo, se establece una distinción de esta responsabilidad de la del productor de las partes individualmente consideradas, de los accesorios y componentes varios. Hipótesis ésta que tiene lugar sobretodo como consecuencia de la especialización y sofisticación de la producción en determinados ramos, como la construcción de naves, automóviles, aviones, etc.

En doctrina, existe consenso en atribuir la responsabilidad al productor del bien final (*assembler*). La naturaleza de esta responsabilidad es 'objetiva'[313]. A nivel jurisprudencial, no se ha dedicado una particular atención al problema y de consecuencia, no se desprenden criterios uniformes de una racional distribución de los riesgos entre los sujetos de la cadena de producción y distribución sino solamente, en línea de máxima, que cuando se ha puesto en discusión la responsabilidad del fabricante del producto y la del intermediario, se ha optado generalmente, por atribuir la responsabilidad al 'fabricante del producto final', relegando a la disciplina contractual relativa a las relaciones internas entre los participantes en la producción, la disposición de la distribución del riesgo así como el eventual recurso de garantía[314].

De acuerdo al examen de las concausas que han contribuido a la formación del defecto en el proceso de 'composición' del producto, una distribución racional de los riesgos conduce a sostener que todos aquellos que hayan participado en la fabricación del bien –ya sean proyectistas, productores de las partes componentes o ensambladores–, responden solidariamente con el fabricante del producto final, si se establece que su participación ha sido determinante en la producción del daño.[315]

---

[312] V. Alpa, G., *La responsabilità del produttore*, cit., p. 71 ss.

[313] V. Alpa, G., *Responsabilità dell'impresa e tutela del consumatore, Milano*, 1975, p. 442 ss.

[314] En efecto, la responsabilidad del intermediario ha sido regularmente excluída, así lo revela el caso de las galletas en mal estado (*Saiwa*), donde se omite el examen de la diligencia del vendedor, tranfiriéndose el riesgo directamente al fabricante; también en el caso de la explosión de la botella de bebida gaseosa se establece la responsabilidad del fabricante del producto final, sin examinar la responsabilidad de la empresa que había aportado los contenidores defectuosos. Sólo en algunos casos se ha establecido la responsabilidad del intermediario (*ex* art. 2051 C.C.), sin plantearse el problema de la responsabilidad concurrente del productor.

[315] Problemas distintos se plantean con respecto a la posición del *certifier* que ha realizado los controles sobre el producto antes de ser lanzado al mercado. Ante dicha

Una sentencia que pone en relieve el problema de la responsabilidad de varios fabricantes que han intervenido en la composición del producto final ha sido la pronunciada por la **Corte de Apelación de *Milano*** (1978)[316]. En efecto, si bien se afrontan temas clásicos como la 'responsabilidad solidaria' y la concurrencia de la responsabilidad contractual y la extracontractual, la importancia de la sentencia más que todo, reside en el hecho que por primera vez, la jurisprudencia afronta el problema de la distribución del riesgo entre los diversos sujetos de la cadena de fabricación, específicamente, entre el productor de las partes componentes y el productor final encargado del ensamblaje (riesgo del ensamblador).

Se trataba del siniestro generado por la caída de una grúa mecánica en momentos en que estaba siendo montada, sobre un astillero de construcción. Consecuencia de lo cual, se generaron daños materiales al astillero

situación, el fabricante podría pedir la exoneración de responsabilidad por haber introducido en el mercado productos de los cuales o ha realizado directamente los controles respectivos. Pero una semejante solución sería contraria a los criterios de política del derecho que se han venido privilegiando. En modo que se debería afirmar en este caso la responsabilidad solidaria del productor y del *certifier*. Lo propio podría considerarse con relación a quien ha colocado su marca en el producto o con quien ha cedido el *know how* y la empresa que ha fabricado el producto. Todo ello sin perjuicio de las relaciones internas entre las empresas a los fines de la distribución del riesgo.

Con respecto a los 'intermediarios', se ha señalado que su función es simplemente distributiva y que la relevancia de su comportamiento a los efectos de la reconstrucción del proceso causal del daño, es marginal. De consecuencia, su responsabilidad dependerá solamente del hecho que el defecto en el producto se haya debido a la negligente manipulación o conservación del producto. Claramente, el área de la responsabilidad se restringe en este caso, en la medida que menores sean las posibilidades de alterar el producto. En este caso, la responsabilidad aquiliana no se deberá solamente a un defecto en la organización empresarial, sino mas bien se tratará de una 'responsabilidad del guardián de la cosa' si el producto genera daños al cosumidor que aún no lo ha adquirido, o de responsabilidad contractual *ex* art. 1494 C.C., si ha habido una compraventa. Mientras que, en los casos de tipos de responsabilidad objetiva, los criterios de distribución del riesgo se adecúan al dato normativo, sea el art. 2049 C.C. o bien, el art. 2050 (para el caso de productos 'peligrosos'), en concordancia co el art. 2055 C.C. relativo a la solidaridad entre los co-responsables. Cfr. Alpa, *La responsabilità del produttore, cit.*, p. 72.

[316] *App. Milano*, 10 de octubre de 1978, en *Resp. civ. prev.*, 1978, p. 875 ss.

Un razonamiento similar se halla plasmado en la Sent. *Cass.*, 9 de junio de 1986, n. 3816, en *Giur. It.*, 1987, I, 1, p. 1252. En este caso sobre la ruptura de la electroválvula de un calentador de ambiente, la Corte declara la responsabilidad de quien realizó finalmente la instalación, considerando que si en la fabricación de u producto participan varios sujetos, quien adquiere la pieza defectuosa y no dispone el control de la misma para la instalación final, no excluye su responsabilidad por el hecho que el defecto sea atribuible a otros.

así como lesiones graves a varios obreros. En juicio fue probado que la causa del accidente fue debida a la ruptura de la matriz que sostenía la cúspide de la grúa, ruptura que fuera atribuida a la mala calidad del material utilizado (bronce). Se establece que un defecto en el producto semielaborado (una disfunción a nivel de la producción de este último) había sido la causa del vicio del producto final.

El Tribunal considerando en modo unitario el producto final declara la responsabilidad solidaria[317] de las cuatro empresas participantes en la construcción de la grúa (las víctimas demandaron los daños a la sociedad para la cual trabajaban, y a la sociedad que vendió la grúa a esta empresa, la que a su vez dirigió su demanda contra la sociedad que había aportado la máquina telescópica, y en vía de regreso, esta última se dirigió contra la empresa que había proporcionado la matriz que sostenía la cúspide, y ésta accionó finalmente contra quien le abasteció el bronce fundido). Los productores que habían participado en el proceso de fabricación y puesta en circulación de la grúa pretendían excluir la propia responsabilidad apoyándose en las normas de la compraventa, en especial, la que establece la prescripción más breve de la acción (un año desde la entrega: art. 1495, inc. 3°, C.C.).

La empresa que proporcionó la materia prima y la que había producido la matriz que sujetaba la cúspide de la grúa, directamente implicada en la elaboración de la pieza defectuosa, fueron declaradas responsables por no haber controlado la pieza, y por *culpa in eligendo*, fundada en el art. 2043 C.C.

La decisión del Tribunal de *Milano* fue esencialmente confirmada por la Corte de Casación (1980)[318], que ha precisado lo siguiente:

> "a) el fabricante-vendedor de una cosa no sólo responde *ex empto* frente al comprador por los vicios de la cosa, sino igualmente, responde a título de ilícito, del daño ocasionado a terceros, atribuible a dichos vicios que han hecho que la cosa sea peligrosa;
> b) el problema debe resolverse aplicando las reglas de la responsabilidad extracontractual fundadas en la culpa;

[317] La sentencia de Milano establecía en efecto que, los fabricantes implicados en el proceso de producción ponían en juego un riesgo de empresa que asumían todos los participantes *uti singoli* en las diversas fases de elaboración del producto, y solidariamente con respecto al producto final. V. Dassi, *"Orientamenti giurisprudenziali ..."*, *cit.*, p. 876.

[318] *Cass.*, 20 de marzo de 1980, n. 1090, en *Resp. civ. prev.*, 1980, p. 339 y *Giur. It.*, 1980, I, 1, p. 1460 ss.

c) tales reglas se deben aplicar también a las relaciones entre la sociedad adquirente y las sociedades que originariamente fabricado el producto, al no existir ninguna relación contractual entre ellas;

d) las relaciones contractuales internas que conectan de dos en dos a los sujetos de la cadena de distribución, constituyen prueba del comportamiento causal del daño y fundan la razón de la responsabilidad concurrente de todas las empresas;

e) la responsabilidad del fabricante se manifiesta también frente al adquirente final, aún cuando este último sea una empresa y no un simple consumidor;

f) en el caso, la sociedad adquirente final del producto, es exenta de responsabilidad al haber sometido la grúa al control administrativo;

g) queda también sujeto a responsabilidad el fabricante que, habiendo recibido las piezas defectuosas, procede al ensamblaje, quedando a su cargo el deber de someter a control las piezas utilizadas en la construcción del producto final;

h) el principio de responsabilidad acogido por el art. 1494, inc. 2° C.C. se refiere exclusivamente a la responsabilidad contractual, ...;

i) el comprador (aunque vinculado al vendedor por una relación contractual) tiene el derecho de accionar *ex* art. 2043 C.C. para reparar los daños dependientes de la lesión de sus derechos absolutos, cuya tutela no puede ser comprendida, o peor, neutralizada por haber concluido el contrato de compraventa: sería incoherente establecer una diversidad de régimen (y de tratamiento de las víctimas) según que la entrega de la cosa dañosa halla tenido lugar a título de compraventa o a título diverso;

l) en el ordenamiento jurídico vigente se admite el concurso de las dos especies de responsabilidad, contractual y extracontractual, cuando un único comportamiento imputable a un único autor, y por tanto, un evento dañoso único en su génesis subjetiva, lesione no sólo derechos específicos que derivan al contratante de las cláusulas contractuales, sino de los derechos absolutos, que corresponden a la persona lesionada, como de no sufrir daño al honor, a la incolumidad personal y a la propiedad de la que es titular;

m) el daño que se menciona en el art. 1494, inc. 2°, C.C., no comprende todo daño que se deriva de los vicios de la cosa, sino solamente el daño que tiene relevancia a los fines de la disciplina contractual, excluyéndose el daño extracontractual;

n) la distribución del riesgo (y el concurso de responsabilidad) entre los diversos productores no puede presumirse informada al principio de equivalencia, debiendo el juez de mérito establecer la incidencia y la proporción de las culpas individuales imputables a los sujetos que han participado en el proceso distributivo."

Como se observa, la Casación ha configurado una responsabilidad solidaria de los productores frente al tercero, separando la responsabilidad contractual de aquella extracontractual, y graduando la responsabilidad al interno de la relación entre los constructores de la pieza en las diversas fases, siendo la medida de las culpas individuales determinada por el juez de mérito, en consideración a que "la presunción de paridad de las culpas prevista por el art. 2055 C.C. se aplica sólo cuando sea imposible determinar en sede del juicio de mérito la medida de cada culpa"[319].

2.2.2.11. *La producción de medicamentos y la actividad peligrosa. Más sobre los 'productos compuestos' y la responsabilidad de los varios intervinientes*

La evolución de la jurisprudencia italiana demuestra que no sólo la actividad de producción y distribución de balones de gas viene calificada como 'actividad peligrosa' a los efectos de la norma del art. 2050 C.C[320]. La jurisprudencia ha seguido la vía de la aplicación extensiva de la norma a determinados casos concretos en algunos de los cuales, era discutible la referida calificación[321].

[319] Cfr. Dassi, *op. cit.*, p. 877.

[320] V. *supra*, n. 285, 286, 287.

[321] Como el caso de la explosión de un globo, en que la *Pretura* de *Genova* (1975) al pretender adecuarse a los principios declarados por la Corte de Casación, claramente respecto de otros casos de relevante peligro de la actividad, extiende la calidad de productor para comprender también a un 'vendedor amblante de globos, considerando la venta de los mismos como 'actividad peligrosa' *ex* art. 2050. A los efectos de la calificación, se pone de relieve el hecho que los globos contenían gas hidrógeno (sustancia altamente inflamable), en lugar de utilizarse elio (gas inerte, aunque más costoso). Los considerandos de la sentencia no son claros. En efecto, de una parte se define como contractual la responsabilidad del vendedor de dichos globos, sin embargo, se cita el art. 2050 C.C. para calificar como peligrosa la actividad del ambulante y también para aplicar la consiguiente disciplina de la carga de la prueba; y de este modo, pareciera que la responsabilidad es más extracontractual que contractual, o mas bien una 'responsabilidad mixta'. V. *Pret. Genova*, 11 de febrero de 1974, en *Giur. It.*, 1975, I, 2, p. 249.

En esta línea, se ha definido también 'actividad peligrosa' la producción y comercialización de lámparas a gas. Así, la Sent. *App. Roma*, 26 de noviembre de 1976, en *Giur. di merito*, 1977, I, 1079. En esta sentencia la Corte de Apelación hace una simple equiparación entre el peligro que comporta la producción de balones de gas y

Si bien es cierto, como se ha venido observando, los años sucesivos al conocido como *leading case 'Saiwa'*(1964) muestran una diversificación de criterios para imputar la responsabilidad por daños derivados de productos defectuosos, como diversos se presentaban los casos según los nuevos tipos de productos cuyo defecto venía en cuestión, también lo es, que progresivamente la jurisprudencia va afrontando cada vez con mayor seguridad, en el examen de los hechos de cada caso, las cuestiones generales atinentes a la materia de la responsabilidad civil, sea el problema de la distribución de la carga de la prueba (afrontado desde un inicio, como lo demuestra más explícitamente el citado caso Saiwa)[322], el de determinar el criterio de imputación previa consideración del tipo de actividad de que se trate, la determinación del nexo causal, el problema de la distribución del riesgo entre varios participantes en el evento dañoso, etc.

En esa línea y más precisamente hacia mediados de la década de los '80 se asiste a una secuela de sentencias que enriquecen el panorama jurisprudencial, lo que ha motivado una especial reflexión en doctrina bajo el título de *"Nuove frontiere della responsabilità del produttore: farmaci*

---

la de lámparas a gas, considerando que siempre se necesita de un pequeño balón para la hornilla. Ante la excepción del apelante (productor) según la cual, el eventual defecto de la lámpara se habría debido al mal mantenimiento de la misma y no a n defecto de construcción, la Corte precisa que, ... la prueba liberatoria que requiere la ley no puede considerarse cumplida con la indicación de una causa probatoria diversa al defecto de construcción, que no se puede excluir a su vez por presunción o por cálculo de responsabilidad, debiéndose considerar también a cargo de la sociedad productora la causa desconocida ... , razonamiento con el cual, la Corte establece un principio de responsabilidad 'objetiva' a cargo del productor de lámparas a gas.

En la misma línea extensiva del art. 2050 a otros supuestos diversos a la explosión de balones de gas, se coloca la sentencia del Tribunal de *Forlì* (1976), referido a la explosión de un envase aerosol insecticida. V. *supra*, n. 290.

[322] Hasta una sentencia de la Corte de Casación en 1980, la jurisprudencia para proceder a la inversión de la carga de la prueba en favor de la tutela del consumidor, recurre a los supuestos de responsabilidad especial (art. 2050, art. 2049 o 2051 C.C.). Sin calificar la producción de bebidas gaseosas como actividad peligrosa, se pronuncia el Tribunal de Savona en 1971, imputando la responsabilidad al productor a través de la prueba presuntiva de su culpa. V. *Cass.*, 28 de octubre de 1980, n. 5795, en *Resp. civ. prev.*, 1981, p. 392; *Cass.*, 5 de diciembre de 1982, n. 6467, en *Resp. civ. prev.*, 1982, p. 747, con nota de Monateri; en los mismos principios se sustenta la *Cass.*, 5 de noviembre de 1968, n. 3656, en *Giust. Civ. Mass.*, 1968, 1913, la cual, precisa que, respecto a la presunción de culpa del art. 2051 C.C., como en todo supuesto de presunción *iuris tantum*, la prueba liberatoria no es ofrecida por la parte que normalmente tendría la carga, sino que bien puede ser inferida por el juez conforme a los resultados del proceso.

difettosi e prevenzione del rischio"[323]. Se trata de casos relativos al sector de la **producción de medicinas y la prevención del riesgo relativa a esa actividad**, que si bien ya venían estudiándose en doctrina, despiertan gran interés recientemente a nivel jurisprudencial, por la intensidad de los efectos dañosos que pueden generar en las personas.

En particular, destacan cuatro de las primeras resoluciones judiciales que sobre la materia han aportado criterios diversos para la evaluación del caso concreto. Sin embargo, el producto en cuestión era el mismo, es decir, una medicina denominada *Trilergan* (producto compuesto de hemoderivados, indicado para curar la cefalea), que produce en los pacientes una infección viral de hepatitis de tipo B. En juicio se establece que el contagio producido por el producto hallaba su causa en la utilización para la preparación del producto de *gamaglobulinas humanas*, las mismas que en ese momento, ya se hallaban contaminadas por el virus de la hepatitis B.

Los casos en referencia, suscitan particular interés por cuanto, como se podrá apreciar, constituyen un compendio de los problemas más difusos de la responsabilidad del productor. Así, se plantea el problema de la participación de varios sujetos imputables, como consecuencia de la cadena distribuidor, importador, productor final, la que caracteriza gran parte de los casos de responsabilidad del productor y con ello, la cuestión de la distribución de la responsabilidad al interno entre los productores y sujetos asimilados. En efecto, el común denominador de los casos era que, las gamaglobulinas fueron importadas a una sociedad estadounidense por un instituto italiano, y sucesivamente vendidas por éste, al productor del hemoderivado[324].

En todos ellos se encuentra que el verdadero *thema decidendum* apuntaba a identificar en el producto *Trilergan*, más específicamente, en las gamaglobulinas empleadas, el antigén *Australia* que revela la presencia del virus de la hepatitis B, y qué controles habrían debido ser llevados a

[323] Cfr. Carnevali, *"Nuove frontiere della responsabilità del produttore: farmaci difettosi e prevenzione del rischio"*, en *Resp. civ. prev.*, 1989, p. 225 ss.

[324] En el proceso judicial, la casa farmacéutica Crinos S.p.A. que había sido demandada por haber sido quien había producido y comercializado el producto *Trilergan*, llama en causa al Instituto fisioterapéutico de Milano, en su calidad de distribuidor de las inmunogamaglobulinas infectadas por el virus de la hepatitis B; éste a su vez, demanda el emplazamiento de la sociedad estadounidense de la cual había importado la sustancia infectada.

cabo por cada uno de los intervenientes en la cadena productivo-distributiva, según las diversas calidades y roles de dichos sujetos[325].

Así, interesante por la perspectiva con que afronta el problema de los daños derivados de medicinas defectuosas, es la sentencia ***Cass.*, 15 de julio de 1987, n. 6241**[326], la cual destaca por el hecho de haber calificado la actividad de fabricación y comercialización de productos medicinales que contienen gamaglobulinas humanas (vehículo potencial de la hepatitis B), como actividad peligrosa conforme al art. 2050 C.C.

Como se ha venido observando, en la evolución de la jurisprudencia italiana, existe una tendencia a extender los confines de la norma en mención. Sin embargo, la sentencia de la Corte de Casación citada en el párrafo precedente, por vez primera hace frente a una objeción generalmente formulada contra la aplicación del art. 2050 en tema de productos defectuosos, conforme a la cual, la norma del art. 2050 C.C. hace referencia al riesgo de daños derivados *directamente* del ejercicio de una actividad peligrosa, es decir, derivados de aquel complejo de actos necesarios a la producción de un determinado bien o servicio[327]. En cambio, en el caso de los productos medicinales, el riesgo es introducido por el producto defectuoso mismo que ha entrado en circulación, por tanto, se halla ya fuera del ámbito de la actividad de producción propiamente dicha, en modo que se trataría de una cosa peligrosa resultante de una actividad no peligrosa.

La Suprema Corte rechaza la objeción planteada considerando la circulación de los productos para uso terapéutico parte de la actividad de producción misma, resultado de lo cual, el peligro que la caracteriza es el peligro de la actividad del productor-comerciante, y especialmente que "... los productos al ser difundidos, conservan la misma potencialidad lesiva que caracteriza el medio empleado, y por ello, la actividad de la que son objeto, a la que definitivamente se hallan vinculados...".

La referida sentencia postula un nuevo criterio para extender el ámbito de aplicación del art. 2050 C.C., al establecer una conexión intrínseca entre el producto y la actividad. Así se pasa del peligro de la actividad como presupuesto de la mencionada norma, al peligro del producto. Es evidente, que con ese criterio, la Suprema Corte, no sólo resuelve el caso

[325] Carnevali, *op. cit.*, p. 226.

[326] *Cass.*, 15 de julio de 1987, n. 6241, en *Resp. civ. prev.*, 1988, p. 406 ss; *Foro It.*, 1988, I, p. 144 ss.

[327] En este sentido: Venditti, *"Sull'esercizio di attività pericolose"*, en *Giust. Civ.*, 1957, I, p. 745.

concreto, sino que abre el paso a ulteriores interpretaciones en el sentido de extender los alcances de la norma a productos no sólo medicinales, sino a todos aquellos que sean el resultado de un trabajo de laboratorio, tales como las sustancias alimenticias, productos plásticos, fibras sintéticas, etc.

Otro aspecto de la sentencia que merece atención, es el relativo al hecho de la importación de las gamaglobulinas de una sociedad estadounidense. La Suprema Corte excluye la posibilidad que el productor de la medicina (productor final) en cuestión pueda argüir como eximente de responsabilidad el hecho que las gamaglobulinas utilizadas para la elaboración del referido *Trilergan* hayan sido adquiridas de una sociedad estadounidense. En efecto, confirma el principio según el cual, el productor que introduce en el mercado un bien determinado, para cuya fabricación se ha servido de materiales proporcionados por terceros, tiene el deber de controlar *directamente* que el material recibido era inocuo.

Y si bien, dicho principio ha sido afirmado precedentemente por la Casación[328], asume particular importancia en este caso, dado que viene considerado en armonía con el principio también afirmado por la Suprema Corte, conforme al cual, el criterio de responsabilidad contenido en el art. 2050 C.C. se aplica también a los casos de fabricación de productos defectuosos. Pues, sabido es que, una cosa es imponer al productor final el deber de controlar directamente los materiales proporcionados por terceros, empleando la *diligencia media* para evitar la responsabilidad *ex* art. 2043 C.C.; otra distinta es imponer un deber de control directo destinado a no incurrir en el supuesto del art. 2050 C.C., norma que efectivamente, prevé una prueba liberatoria mucho más rigurosa que la simple *diligencia media* (*"haber adoptado todas las medidas idóneas para evitar el daño"*), lo que se refleja en el control que de los materiales debe realizar el productor final, como ha sido requerido en el caso *sub-* examen.

En cuanto respecta al problema de la prueba liberatoria, la Corte Suprema, dentro de sus límites de control de la legitimidad, procede a confirmar la responsabilidad del productor declarada en la sentencia de mérito, en la cual, se examinan los hechos en modo específico. Tal responsabilidad se basaba en el hecho que el productor no había realizado el control de las gamaglobulinas aplicando el método radioinmunológico[329].

---

[328] V. *Cass.*, 13 de marzo de 1980, n. 1696, en *Giust. Civ.*, 1980, I, p. 1914 ss, con nota de Alpa.

[329] Se trata del método más seguro y eficaz para verificar que las gamaglobulinas no se hallen infectadas. En realidad, en el caso, el productor no había llevado a cabo cual-

En el mismo año, se pronuncia el **Tribunal de *Milano*** (1987)[330] afirmando concordantemente a la sentencia de la Suprema Corte, la aplicabilidad del art. 2050 C.C., siguiendo la línea interpretativa descrita en precedencia. Sin embargo, a diferencia de la sentencia de Casación referida anteriormente, el Tribunal milanés no se detiene a explicar en detalle el paso de la 'actividad peligrosa' al 'producto peligroso', limitándose a precisar "que la clasificación de la actividad de producción de gamaglobulinas humanas inyectables y la actividad de producción de medicinas hemoderivadas en general como actividad peligrosa, es una consecuencia que deriva del mismo carácter de la actividad que intrínsecamente debe ser definida como peligrosa, atendiendo a los innumerables peligros que pueden derivar de la misma naturaleza del producto de base, para los sujetos utilizadores finales". En síntesis, se insiste en la conexión directa que se da entre 'actividad peligrosa' y 'producto peligroso'.

La aplicación del art. 2050 permite a la sentencia poner en relieve la inversión de la carga probatoria que la norma contempla, debiendo ser el causante del daño quien debe *probar "haber adoptado todas las medidas idóneas a evitar el daño"*.

Lo que destaca en la sentencia del Tribunal milanés es que establece una distinción entre los métodos imperfectos –llamados de la primera y segunda generación (respectivamente, inmunodifusión e inmunoelectroforesis)– y el de la tercera generación –llamado método radioinmunológico R.I.A.–, siendo este último el que ofrece mayor seguridad en la identificación del virus de la hepatitis B (llamado antigén *Australia*). Es de notar que la sentencia establece la fecha en que este método se aplicaba (julio de 1972 para el método *Austria I* y en octubre-noviembre de 1973 para el más sensible método *Austria II*). Con lo cual, quedaba establecido que al momento en que el importador adquiere las gamaglobilinas del distribuidor norteamericano (diciembre de 1973) existían nuevos y más refinados métodos de investigación del antigén *Australia.*

Refiriéndose al art. 2050 C.C., el Tribunal precisa que ninguno de los sujetos implicados en el caso había demostrado haber empleado todas las formas de control posible de las gamaglobulinas: el distribuidor norteamericano, porque se había limitado a los controles según el método de la

quier tipo de control sobre la materia recibida, por lo que el art. 2050 C.C. parece ser excesivo. No obstante, esa norma será decisiva para la determinación de la responsabilidad de la sociedad estadounidense de la que fue importada la sustancia, que en el caso no era parte en la causa.

330 *Trib. Milano*, 19 de noviembre de 1987, en *Foro It.*, 1988, I, p. 144, con nota de Caruso.

segunda generación; el importador, porque el control de las gamaglobulinas lo había llevado adelante sólo de acuerdo a las características físico-clínicas; el productor, quien no realizó control alguno, confiándose en los que hubieran podido realizar el distribuidor norteamericano y el importador.

Un aspecto de suma importancia que aborda la sentencia en cuestión, es el relativo al 'riesgo de desarrollo', es decir, de aquellos defectos que al momento de la producción son imprevisibles al estado de la ciencia y de la técnica[331], problema que viene a tocar en modo especial a los productos medicinales. Punto que, aunque no se examina en profundidad en la sentencia, al menos se le aproxima. En efecto, los informes periciales arrojaban que en los años 1973-1974 ya se tenía conocimiento sobre la transmisibilidad de la hepatitis B, en modo que era técnicamente posible la adopción de medidas de control (método radioinmunológco), pero ellas se limitaban, según los peritos, "a la sangre y al plasma total", excluyéndose de consecuencia, "las fracciones pequeñas y especialmente, la inmunoglobina", ello porque la capacidad de estas últimas para transportar autónomamente el antigén *Australia*, se descubre más adelante, en realidad, cuando tienen lugar los casos *Trilergan*.

Sin embargo, esa circunstancia, considera el Tribunal, no constituía una justificación para la omisión del control con el método radioinmunológico, lo que interesaba es que existían métodos para el examen pertinente, aunque ellos no fueran aún en el tiempo del caso, utilizados para la investigación del antigén *Australia* en las inmunoglobinas porque aún no se sabía que ellas pudieran ser portadoras del virus.

En la misma línea que afirma la responsabilidad de todos los sujetos que han intervenido en la cadena productivo-distributiva (distribuidor, importador, productor), se coloca la sentencia de la **Corte de Apelación de Trieste** (1987)[332].

Sin embargo, a diferencia de las sentencias precedentemente citadas, la presente se mantiene en el ámbito del art. 2043 C.C., aplicándolo a todos los sujetos que han intervenido en las distintas fases de la fabricación de la medicina defectuosa, en razón de no haber realizado los controles en la gamaglobulina para desechar la posible presencia del virus de la hepatitis

[331] El límite con el 'riesgo de desarrollo' en la sentencia es advertido por Caruso, en *Foro It.*, 1988, I, c.152.

[332] *App. Trieste*, 16 de junio de 1987, en *Resp. civ. prev.*, 1989, p. 334.

B. Se precisa en la sentencia que la diligencia requerida es máxima, por tratarse de una actividad farmacéutica[333].

De su parte, una sentencia que se opone a las precedentemente citadas, fue pronunciada por el **Tribunal de *Napoli*** (1987)[334]. En efecto, esta vez fueron absueltos tanto el productor, el importador y el distribuidor.

---

[333] En efecto, en cuanto al productor, la Corte de Apelación de Trieste hace énfasis en el deber del fabricante final de someter a control los componentes adquiridos de terceros, para lo cual se remite a los principios afirmados por la Corte de Casación (*Cass.*, 13 de marzo de 1980, n. 1696, en *Giust. Civ.*, 1980, I, p. 1929, con nota de Alpa), prEcisando que no se requiere de una norma positiva que establezca dicho deber, el mismo que ya se desprende del deber general del art. 2043 C.C.

La Corte establece que el grado de diligencia requerido debe ser el máximo por la naturaleza de la actividad, de modo que la simple duda acerca del imperfecto conocimiento logrado por los estudios científicos para excluir el riesgo de daño debe inducir al fabricante a no colocar en circulación el producto medicinal.

La Corte sustenta dos argumentos, uno en abstracto y el otro en concreto.

De una parte, observa que si fuese verdad la tesis del productor según la cual a la época no existían métodos seguros para establecer la presencia del antigén *Australia* en las gamaglobulinas, el productor de las medicinas habría debido o producir por él mismo las gamaglobulinas partiendo de la sangre humana de sujetos sanos, analizando la sangre al momento de la obtención de la muestra, o bien, ha debido abstenerse de producir la medicina en la medida que no haya podido controlar directamente el proceso de producción de las gamaglobulinas realizado por otros. De otro modo, en ambos casos el productor incurriría en culpa.

En concreto, en cambio, se hace énfasis en la sentencia que a la época de producción del *Trilergan* existían métodos seguros para determinar la presencia del antigén *Australia* en las gamaglobulinas: se trata del método inmunoradiológico cuya versión perfeccionada (*AUSTRIA II*) era ya disponible en Italia, según la sentencia desde setiembre de 1973.

En cuanto al importador, se le declara responsable solidariamente, por no haber realizado los controles de la gamaglobulinas importadas, habiéndose confiado en las garantías ofrecida por el distribuidor americano, y por haber violado de ese modo las normas sobre la materia de importación y producción de hemoderivados.

Y en cuanto a la responsabilidad del distribuidor estadounidense, precisa la sentencia que ella no resulta excluida por los certificados de los controles efectuados, aportados al proceso por dicho sujeto. En efecto, se señala que el hecho mismo de que las gamaglobulinas se hallasen contaminadas por el antigén *Australia* significa que no se habían realizado los controles suficientes o que el método utilizado para la producción de los hemoderivados no era perfecto. V. Carnevali, *"Nuove frontiere de la responsabilità del produttore ..."*, en *Resp. civ. prev.*, 1989, p. 230 ss.

[334] *Trib. Napoli*, 20 de enero de 1987, en *Resp. civ. prev.*, 1988.

El Tribunal examina la responsabilidad de las sociedades implicadas en el proceso, a la luz del art. 2043 C.C., procediendo a determinar la **diligencia media** requerida para confrontarla con el caso concreto, o sea, lo que es medianamente debido en lugar de lo 'humanamente' posible. Razonamiento con el cual, se evita una solución forzada en torno a la noción de culpa, como en cambio, se observa en la sentencia de la Corte de Apelación de Trieste, antes referida. Concluye la sentencia precisando que "habría existido una responsabilidad a título de negligencia, impericia, inobservancia de las normas técnicas de común aplicación si el método RIA habría sido en aquella época suficientemente determinado y de uso corriente"[335].

Una nota que salta a la luz con relación a los casos de productos medicinales defectuosos es el relativo a los límites de la responsabilidad de los sujetos participantes en el proceso de producción y distribución. En efecto, una aproximación al problema del *riesgo de desarrollo* lo había realizado el Tribunal de Milano (1987), como se ha referido precedentemente.

Valga por el momento precisar que, el recurso al art. 2050 C.C. no significa que se deba atribuir a los sujetos considerados en el problema (productor, importador, distribuidor) el denominado *riesgo de desarrollo*. En efecto, la norma coloca a cargo del productor el hecho objetivo consistente en que no se hayan tomado las medidas existentes de prevención del daño. Si éstas no existieran, allí se establece el límite de la norma.[336]

2.2.3 *Anotaciones generales sobre la experiencia alemana y la experiencia francesa*

Se considera pertinente hacer una breve referencia a las experiencias alemana y francesa sobre la responsabilidad del productor, a los efectos de

[335] Precisaba el Tribunal que el método radioinmunológico RIA I, que se hallaba en fase experimental en 1972/1973 y que es disponible sólo a partir de mayo de 1974, no estaba dirigido a la investigación e identificación del antigén *Australia* en las gamaglobulinas; en cambio, el método más perfecto (RIA II), útil para la determinación del antigén *Australia* en las gamaglobulinas, se descubre en 1973, pero sólo se le aplica generalmente un año después, para la identificación del virus y de consecuencia, con posterioridad a los exámenes efectuados por la sociedad emplazada en juicio. Cfr. Carnevali, *op. cit.*, p. 233.

[336] Cfr. Valsecchi, Antonella, "*Gli indirizzi giurisprudenziali in tema di responsabilità civle del produttore per la messa in commercio di prodotti difettosi*", en *Responsabilità del produttore e nuove forme di tutela del consumatore*, dirigido por Ugo Draetta e Cesare Vacca, Egea, Milano, 1993, n. 104.

observar cómo también en ellas se abandona el camino de la responsabilidad contractual, afianzándose como en el caso italiano la vía de la responsabilidad extracontractual. Se alude a dichas experiencias en modo de proseguir en cierta medida la lógica dada al esquema del presente trabajo, toda vez que se ha hecho referencia a ellas en un punto precedente[337] al fin de verificar la influencia que ellas ejercieran en la posición de la doctrina italiana que postulaba una responsabilidad contractual del productor.

2.2.3.1. *La experiencia alemana*

El perfil contractual que se había dado a la responsabilidad del productor en Alemania es abandonado tan pronto se hace difícil continuar con la difusión de las ficciones a que se llegaba para sostenerlo. Las cortes no acogieron, salvo casos excepcionales, las propuestas de extensión de la responsabilidad contractual a los terceros víctimas de daños derivados de productos defectuosos[338] y optan de consecuencia, por la vía de la responsabilidad extracontractual.

En efecto, la orientación de la Corte de Casación alemana (el BGH *Bundesgerichtshof*) se muestra hacia fines de la década del '60 en el sentido de preferir la aplicación de las normas de la responsabilidad extracontractual, no siendo más condescendiente con el recurso a las ficciones para atribuir la calidad de contractual a la relación que no califica como tal.

El que se puede llamar como *leading case* en la materia viene dado por el caso de la 'peste de los pollos' *Hühnerpestfall* (*BGH* 26 de noviembre de 1968, en *BGHZ*, 51, p. 91 ss)[339], pronunciamiento que señala las principa-

---

[337] V. *supra*, punto 2.1.2 sobre "Anotaciones generales sobre las teorías "contractualistas" ...".

[338] La jurisprudencia deja de lado todas aquellas teorías sobre el contrato tácito de garantía que se entiende celebrado directamente entre el productor y adquirente final, otra tesis sobre la liquidación del daño en interés de terceros, la de la aceptación de un contrato que produzca efectos en favor de terceros o la confianza específica que infunde la publicidad. En lugar de todo ello, la jurisprudencia alemana ha tomado partido por la solución de la responsabilidad extracontractual del productor. Cfr. Wolfgang Marshall von Bieberstein, *"La responsabilità da prodotti nel diritto tedesco"*, en compilación dirigida por Alpa - Bessone, *Danno da prodotti e responsabilità dell'impresa*, Milano, 1980, p. 171.

[339] Cfr. Alpa - Bessone, *La responsabilità del produttore*, Milano, 1987, p. 159 ss. En el caso de la 'peste de los pollos', la vacuna proporcionada por la empresa demandada

les líneas de la jurisprudencia en la materia. Se deja en claro la opción por la responsabilidad extracontractual del productor, así como la evaluación de la culpa que se imputa a la organización empresarial, en términos de objetivos criterios de economía. Ciertamente, este caso representa un punto importante que alcanza la jurisprudencia luego de una larga evolución que halla su punto de partida en un famoso caso sobre las 'sales minerales' (*Brünnersalzfall*) que tuvo lugar en 1915[340].

No obstante la nueva tendencia, los problemas que suscitaba el régimen extracontractual persistían. Así, destacaban dos obstáculos. El prime-

al Dr. H. era defectuosa (era portadora de un virus debido a la contaminación bactérica de las ampollas que fueron llenadas a mano por empleados de la empresa demandada), y la consecuencia ha sido la epidemia seguida de muerte producida en 4000 pollos de propiedad de la actora.

La sentencia de la Corte de Casación alemana (*Bundesgerichthof*) en 1968, desarrolla una noción de riesgo de empresa. Así, establece que el daño del consumidor, imputable a eventos objetivamente relacionados a la organización productiva de la empresa, se atribuye al fabricante, expuesto a una carga de responsabilidad de la que puede liberarse sólo indicando las circunstancias que excluyen la culpa.

La Corte presume la culpa de la empresa, pero aunque en teoría existe la posibilidad de liberarse de responsabilidad, la prueba liberatoria es demasiado difícil. La culpa *ex* § 823 BGB resulta en el caso una ficción. La Corte precisa que "la facilitación de la carga de la prueba interviene sólo después que la víctima ha demostrado que el daño se origina en los defectos de organización de la empresa del productor" (*Ibidem*, p. 161).

Haciéndose uso de la noción de 'organización de empresa', la Corte Suprema atribuye el riesgo al productor.

La sentencia que viene referida destaca por lo siguiente:

a) porque la solución que se da al caso de la responsabilidad del productor (*Produnzenthaftung*) se funda en principios de responsabilidad extracontractual; b) porque la sentencia hace énfasis en el hecho que el productor se halla en mejores condiciones para aclarar cuáles fueron las circunstancias del hecho dañoso; c) se enuncia la regla sugún la cual en el caso que un producto, usado de conformidad a su destino, genere daños a la persona o a las cosas del consumidor a causa de un defecto de fabricación, incumbe al productor la carga de probar que el vicio no es imputable a su culpa; d) sobre la base de una comparación de los intereses en juego, se establece que la empresa, asumiendo el riesgo de producir bienes defectuosos, debe resarcir todos los daños que a ellos se refieren.

Referencias breves al caso en: Carnevali, *La responsabilità del produttore*, Milano, 1974, p. 239 - 240.

[340] Con el caso de las 'sales medicinales' (*Brünnersalzfall*) se da inicio en Alemania a la evolución de la responsabilidad del productor. Sentencia emitida en 1915 por el *Reichsgericht* en un caso en que el adquirente de sales medicinales había sufrido daños por el hecho que ellas se hallaban mezcladas con esquirlas de vidrio. Se condena a la empresa farmacéutica, fundando la decisión en lo previsto por el § 831 del BGB que

ro de ellos, ya referido en un punto precedente[341], viene dado por el § 831 BGB, que disciplina la responsabilidad del principal por el hecho del dependiente o responsabilidad vicaria. Esta norma, a diferencia de su similar art. 2049 C.C. Italiano o más generalmente, de los derechos de tradición romanista así como del derecho angloamericano, admite la prueba liberatoria del principal fundada en la diligencia debida en la elección y supervisión de sus dependientes. Sin embargo, como la causa material del daño se halla en cabeza de los dependientes involucrados en el proceso productivo, los jueces para salvar el grueso obstáculo que presenta la norma que dificulta el otorgamiento del resarcimiento al consumidor-víctima, proceden a una ingeniosa aplicación del mencionado § 831.

En ese sentido, se halla que la vía más simple es la de invertir la carga de la prueba. En modo que en lugar de pedirle a la víctima que describa un proceso de producción que le es desconocido, si se tienen en cuenta las medidas de organización y reglamentación jurídica, se decide que sea el productor quien deba probar el origen de la lesión y de las medidas adoptadas para disminuir los posibles riesgos para los futuros usuarios.

Se ha observado que a través de dicha inversión de la carga de la prueba que decide poner en marcha la Corte de Casación alemana, se da lugar a un concepto de responsabilidad que se ajusta a las características de la actividad de empresa[342].

Vale destacar que el razonamiento de las cortes alemanas sobre la carga probatoria se realiza en función de la distinción entre los posibles motivos de la lesión generada por el producto. Esto es, en función de los diversos tipos de defectos, lo que atiene a las diversas causas del daño derivado del producto. De este modo, las cortes hallan una utilidad práctica a la clasificación de los defectos, aunque tantas veces los límites entre uno y otro tipo no se presenten suficientemente nítidos.

Según el criterio de los jueces, la responsabilidad derivada de productos defectuosos no puede limitarse a una accidental conducta negligente

establece la responsabilidad por culpa *in eligendo* o *in vigilando* de los que hayan encargado a otros la realización de una actividad susceptible de causar daños a terceros. Cfr. Alpa - Bessone, *op. cit.*, p. 163. La sentencia citada afirma que para que opere la exoneración de responsabilidad no basta una elección escrupulosa de los dependientes. Para cada prestador de servicio que es llamado en causa como autor del daño, debe producirse la prueba que ha sido elegido con suma diligencia. Cfr. Bieberstein, *op. cit.*, p. 172.

[341] Ibidem.

[342] Cfr. Simitis, Spiros, *"La responsabilità per i prodotti difettosi. L'approccio tedesco-occidentale"*, en *Riv. crit. dir. priv.*, n. 1, 1985, p. 233 ss.

de un individuo. A medida que han afrontado cada vez más casos sobre productos defectuosos, las cortes han centrado su atención en el deber del productor de evitar los riesgos a través de una adecuada organización. Se considera que sólo en la medida que se confiere atención al aspecto de la organización empresarial, se presenta la posibilidad de prevenir los peligros debidos a los diseños defectuosos y a la información deficiente. En cada uno de estos casos, el daño demuestra la incapacidad del productor de hacer frente a sus objetivos empresariales, mediante métodos de organización que neutralicen los riesgos potenciales para los usuarios de los productos[343].

Las cortes de esa manera han configurado un 'deber empresarial' basado en el reconocimiento de los riesgos atinentes a la producción y que apunta a la alocación de los mismos al proceso productivo. Así, las cortes no se preocupan más por las dificultades que pone una lectura literal del § 831 BGB. El deber de organización empresarial atribuye la responsabilidad directamente al productor, sin tener relevancia el hecho que el daño haya podido ser provocado por el desperfecto de una máquina o por la negligencia de un dependiente. No se requiere pues, indagar sobre la original causa del daño. Basta observar el mero hecho del daño derivado del producto defectuoso para plantear la interrogante si el productor ha cumplido su deber de organización. Será este último quien deba demostrar que el proceso de producción se hallaba organizado a prueba de riesgo, o sea, que se han adoptado las medidas necesarias para evitar daños. Se trata como se observa, de una presunción de un defecto de organización empresarial, de la que difícilmente se ha liberado el productor.

La jurisprudencia alemana se ha ido orientando paulatinamente a la admisión de una responsabilidad indirecta del productor *ex* § 823 c. 1 BGB (norma general de responsabilidad por culpa) por causa de un defecto de organización empresarial.

Ese 'deber empresarial' permite a los jueces alemanes mantenerse en armonía con el principio de la responsabilidad por culpa. Se llega de ese modo a un cierto compromiso. De una parte, se extiende el campo de aplicación de las reglas existentes, pero al mismo tiempo, se evoca la presencia de una culpa, desde que el productor viene tratado en el mismo modo que cualquier otra persona que realiza una actividad que puede generar daños.

Sin embargo, esa compatibilidad con el principio de la culpa constituía también una ficción. Ciertamente, mientras que el principio de la culpa es

[343] *Ibidem*, p. 234.

la regla fundamental de la responsabilidad extracontractual, las decisiones de alocación se toman en consideración de la conducta personal del causante del daño. Pero esto no se ha conducido como tal. Las exigencias de la organización empresarial han ido eliminando la consideración de los elementos subjetivos en el examen de la culpa del productor (como indagar si éste ha utilizado los medios personalmente disponibles y técnicamente aplicables). Contrariamente, las cortes han insistido en un criterio objetivo de diligencia[344], implicando ello la consideración de las medidas adoptadas sobre la base del más actual nivel de desarrollo técnico. Por tanto: el productor, siguiendo este razonamiento jurisprudencial, debe adecuarse a un *estándar* objetivo, prescindiendo de los medios propios y de las capacidades personales, o de lo contrario, debe abandonar la actividad económica iniciada. A este punto, se trae a colación el 'deber de organización' del productor, sujeto a una evaluación del proceso productivo que realizan las cortes en modo estrictamente objetivo. Siendo así que, debido a las elevadas expectativas de las cortes, el productor difícilmente elude su responsabilidad. Se alcanza con la consideración del 'deber de organización' una modificación al principio de la culpa, dándose más bien paso en los hechos, a una responsabilidad objetiva[345].

[344] La doctrina y jurisprudencia alemanas más recientes han ido elaborando directivas que continuan a operar una lenta pero irreversible erosión del principio de la culpa en favor de índices de juicio inspirados a criterios objetivos cada vez más explícitos. En materia de daños causados por la circulación de productos defectuosos, el concepto más general de "deberes del tráfico" (inspirado en la premisa según la cual, quien crea un riesgo debe adoptar las medidas necesarias para evitar daños a terceros), se concreta en la definición de los modelos de conducta a los cuales debe adecuarse el empresario para prevenir la lesión de la integridad física de terceros (o de otros bienes tutelados por el § 823 BGB). En este sentido, la originaria tendencia a un juicio de "culpa subjetiva", basado en la consideración de las circunstancias del caso concreto y a las capacidades individuales - criticada por la mayor parte de la doctrina y jurisprudencia -, cede el paso a una "noción objetiva de la culpa", según la cual, el productor debe considerarse responsable por los daños imputables a un producto no conforme al *estándar* de razonabilidad y diligencia exigibles por un modelo de operador económico profesional elaborado en abstracto. Cfr. Bessone, *"Progresso tecnologico, prodotti dannosi e responsabilità dell'impresa"*, en *Pol. dir.*, 1972, p. 211 - 212.

[345] En efecto, no se puede negar que la tendencia del *Bundesgerichtshof*, a través de la inversión de la carga de la prueba, comporta implícitamente una extensión de la responsabilidad. A nivel estrictamente formal, con la decisión de fundar la responsabilidad por productos defectuosos e una responsabilidad por acto ilícito -cuyos efectos han sido ampliados por la inversión de la carga de la prueba -, el *Bundesgerichtshof* ha rechazado una aplicación analógica de la responsabilidad objetiva prevista por ley especial para determinados sectores, solución que ha parecido peligrosa, por haber

Si bien se observa que, la opción asumida por las cortes parece ser la protección del consumidor, también es cierto que ellas no proceden a transferir los riesgos en forma incondicional. En este sentido, ellas no conceden resarcimiento en los casos que conciernen al llamado 'riesgo de desarrollo'. En este caso pues, resulta hasta imposible mantener la ficción de la culpa del productor detrás del 'deber de organización'. Aquí se trata de un daño que es consecuencia de condiciones imprevisibles aún cuando se apliquen las técnicas más avanzadas[346].

Sin embargo, en la medida que las cortes alemanas aplicaban criterios objetivos para evaluar el comportamiento del productor, se hacía cada vez más incomprensible la posición que asumían. En efecto, las ficciones conducen a una confusión de las nociones[347].

considerado un sector de la doctrina que de ses modo se incluirían todos los riesgos inherentes a la producción. Una responsabilidad objetiva ha sido introducida en Alemania en determinados sectores, con leyes especiales: así, para el transporte ferroviario, de tranvía, de automóviles, aeromóviles, conductores de electricidad, gas y similares, centrales atómicas y material radioactivo, en caso de contaminación de aguas y en parte en campo de la responsabilidad de los propietarios de animales. Se trata de sectores en los que se admite el empleo de fuentes de peligro que no son completamente controlables, pero sólo en tanto el empresario, el titular o el detentador responda por los daños generados independientemente por una eventual culpa. Lo que explica por qué la doctrina alemana haya considerado que una responsabilidad objetiva para nuevos dominios sólo puede ser introducida por ley. Cfr. Bieberstein, *op. cit.*, p. 174-175.

[346] *Ibidem*, p. 237. El problema que suscita el llamado 'riesgo de desarrollo' constituye un aspecto crítico para todos los intentos de proteger al consumidor. Sobretodo si se tiene en cuenta el carácter masivo de la producción y lo sutil de las técnicas de marketing, los que coadyuvan a la probabilidad de un 'daño difuso'. Y la credibilidad de las normas sobre la responsabilidad por productos defectuosos depende decididamente de su capacidad para asegurar una convincente alocación de los daños por 'riesgo de desarrollo'.

[347] En Alemania como en tantos otros países del derecho continental, se presentaba la culpa como el resultado de una decisión legislativa vinculante. Siendo sólo el legislador el que tiene la facultad de establecer excepciones. La preferencia del BGB por el resarcimiento ligado a la culpa era clara. Las primeras dudas al respecto, fueron planteadas con relación a conflictos especiales. Esto es, mientras el código civil se ocupaba de los hechos ilícitos en general, la revisión del principio de la culpa se realizaba con ocasión de nuevos riesgos particulares (tráfico aéreo o ferroviario). En modo que no se ponía en discusión el principio de la culpa en cuanto tal, sino en cuanto se refería a un determinado sector de situaciones. Ni las cortes ni el legislador estaban dispuestos a renunciar al principio tradicional. Paralelamente al intervento legislativo que establecía una responsabilidad sin culpa, las cortes modifican la interpretación de la responsabilidad aquiliana. En esta línea, construyen estándares de conducta cada vez más detallados, estableciendo además reglas que minimizan hasta eliminar todo elemento subjetivo. Las cortes juzgan la actividad del causante del daño sobre la base de criterios abstractos y objetivos. Las cortes se hallan frente a la tarea de elaborar 'están-

En esa evolución llevada fundamentalmente por la jurisprudencia alemana, se observa que poco queda del modelo original. La inversión de la carga de la prueba y progresivamente la aplicación de criterios objetivos para el examen de la conducta del productor ha sustituido el sistema de alocación adoptado por el BGB. No obstante la faz ha quedado intacta, y de consecuencia, las cortes pueden pronunciarse contrariamente a lo previsto por el código civil, pero señalar que se atienen a dichas disposiciones.

Sin embargo, se debe poner en relieve la intervención del parlamento alemán para dar una respuesta legislativamente al caso de la responsabilidad del productor de medicinas. Se trata de un área en que el legislador no consideró más conveniente dejar a las cortes la solución de los problemas planteados por los daños derivados de productos defectuosos. En efecto, la ley de 1976 sobre la producción y comercio de medicinas[348],

dares de conducta', conscientes esta vez de las consecuencias del proceso de industrialización, mientras en un tiempo pasado su posición era la de sostener la industria en expansión. En síntesis, las cortes no se hallan más dispuestas a calificar los riesgos como una consecuencia desagradable, sino inevitable, del proceso de producción. En lugar de mantenerse en los márgenes del principio de la culpa, optan por una distribución de las pérdidas que impone un deber de compensar a quien pone en marcha una actividad generadora de riesgos. Pero al mismo tiempo, ellas se consideran vinculadas a la tradición legislativa de la responsabilidad aquiliana. Cfr. Simitis, *op. cit.*, p. 239 - 240.

[348] Gesetz zur Neuordnung des Arzneimittelrechts, simplemente llamada como Arzneimittelgesetz, abreviada AMG.

Se trata de una ley que inicialmente vino a constituir una respuesta a la tragedia del *Contergan* (*talidomide*). Ciertamente el sector farmacéutico tiene relevancia por sus productos de uso difuso y frecuente, y cuando defectuosos, por generar serios daños a la salud de las personas. Pero además, tales productos presentan los problemas más difíciles que se plantean en la responsabilidad del productor: un error en la composición de la medicina puede acarrear daño a un número elevado de personas, con una pesada carga resarcitoria para la empresa, y respecto de lo cual, se pone el problema de elección entre una responsabilidad individual, eventualmente integrada con un seguro obligatorio, y formas de solidaridad colectiva; algunas veces el actual estado de la ciencia no permite descubrir la naturaleza peligrosa del producto, la que se manifiesta una vez transcurrido cierto lapso de tiempo, discutiéndose si la empresa deba responder por ello; el nexo causal entre el defecto así determinado -a pesar del paso del tiempo- y la lesión física no siempre se determina con seguridad o se determina transcurrido un número de años, y lo que es peor aún, que los daños generalmente se manifiestan después de tanto tiempo.

La ley muestra afinidad con el contenido de los proyectos de ley uniforme sobre la responsabilidad derivada de producto, elaborados por la CEE y por el Consejo de Europa. Ello porque el legislador alemán los ha tenido muy en cuenta, aunque si

en realidad, se inspiran en un modelo alemán, habiendo decidido adelantarse en este sector específico.

La *AMG* abandona la solución imperante en el ordenamiento alemán –fundado en la presunción de culpa del fabricante–, optando por una 'rigurosa' responsabilidad objetiva (*Gefährdungshaftung*). Pero esa responsabilidad agravada halla un correctivo en la propia norma, la cual, prevé límites resarcitorios debidos a la empresa responsable, cuya ratio es la de facilitar la cobertura del riesgo, hecha obligatoria por la propia ley.

La presente disciplina tiene por objeto ofrecer a la víctima una tutela más severa que la que reporta la disciplina general de la responsabilidad civil (§ 823 ss. *BGB*), pero no trata de sustituirla, excluyendo su aplicación. De consecuencia, la víctima conserva la facultad de accionar contra el productor por responsabilidad por culpa, cuando las normas especiales no le aseguren la plena reparación del daño (debido al límite resarctorio por ejemplo, previsto por la ley especial).

Para garantizar el resarcimiento de los daños, esta ley alemana prevé el seguro obligatorio a cargo de los fabricantes de productos farmacéuticos (§ 49 *AMG*).

En cuanto a los presupuestos de la responsabilidad, la ley en referencia prevé el evento dañoso y el defecto del producto, así como el sujeto obligado al resarcimiento.

El evento dañoso, consiste según la ley, en la muerte o en una "no leve" lesión a la persona causada por un fármaco defectuoso que ha sido puesto en circulación en la República Federal Alemana.

El producto se considera defectuoso: 1) si provoca, siguiéndose las instrucciones de uso, efectos dañosos que superan el nivel tolerable según la ciencia médica y que se originan en el ámbito del desarrollo o de la producción; o bien 2) si el daño se ha verificado como consecuencia de las indicaciones o instrucciones de uso no conformes a los conocimientos de la ciencia médica. Esta última se refiere a la categoría de los defectos por insuficiente información del consuidor (*Instruktionsfehler*).

La primera definición, en cambio, se refiere a los 'riesgos de desarrollo' (*Entwicklungsfehler*), cuando al momento de la producción del fármaco, el defecto no es identificable en base a los conocimientos de la ciencia médica y se manifiestan sólo un tiempo después. A diferencia del sistema de la culpa, estos riesgos vienen imputados objetivamente al productor en mérito de la presente ley, siempre que se supere el nivel de tolerabilidad según la ciencia médica.

El defecto es imputado objetivamente al productor farmacéutico que ha puesto en circulación la medicina (§84).

El sistema de rigurosa responsabilidad objetiva previsto por esta ley, no dispone de muchas defensas. En efecto, el productor puede plantear como excepción que el daño se ha debido a un uso del producto no conforme a las prescripciones (§ 84, n. 1, *AMG*); puede hacer valer el concurso de la culpa de la víctima (§ 85 *AMG*), el que se verificará no cuando la víctima no haya seguido las instrucciones de uso de la medicina -ya contemplado en el parágr. 84-, sino cuando se continúe la aplicación del fármaco a pesar de la presencia de efectos nocivos o de la difusión de noticias alarmantes sobre la seguridad del producto. No atenúa la responsabilidad del productor hacia el consumidor, la circuntancia que junto al defecto del fárma-

promulgada el 24 de agosto de 1976 y entrando en vigor el 1° de enero de 1978, representa un paso significativo hacia una tutela eficaz del consumidor. Aunque esa ley halló su principal motivación en la tragedia del *Contergan* (*talidomide*), por ende, un sector específico expuesto a daños, no se puede dejar de reconocer su contribución a un nuevo esquema de alocación de daños.

El legislador alemán en este caso, se ha negado a identificar la prevención con una compensación más elevada, habiendo optado por establecer las medidas relativas al proceso de producción[349]. De modo que la compensación procede en los casos en que el sistema no haya logrado prevenir los daños, y esto se convierte en una condición esencial de una protección eficaz. Se trata de un régimen mixto, de prevención y compensación de daños.

La ley en referencia establece un régimen de responsabilidad objetiva, o más bien, de responsabilidad de empresa sin culpa. En efecto, el simple hecho que una medicina haya causado daño basta para responsabilizar a la empresa productora, ciertamente, se prevén excepciones y límites de resarcimiento. Igualmente, que la empresa debe cubrir los posibles daños o mediante el seguro o mediante una garantía bancaria.

En síntesis, la jurisprudencia y la doctrina alemanas se hallan orientadas a la aplicación de criterios de responsabilidad objetiva del fabricante y a extender la responsabilidad a los diversos sujetos de la cadena de producción[350]. Como se ha hecho ya mención, el § 831 BGB, ofrece posibilidades de liberarse al empresario por los daños derivados de sus productos. Por ello, la doctrina y jurisprudencia alemanas no prestan mayor atención a la referida norma. No obstante, existen sentencias que atienen específicamente a los vicios de construcción y aplican el parágr. 831 para

co concurra a la producción del daño el hecho de un tercero, tal el caso de un médico que prescribe el fármaco y descuida los primeros síntomas peligrosos.

Cfr. Carnevali, *"La responsabilità del produttore di medicinali in una recente legge della Repubblica Federale Tedesca", en Riv. dir. ind.*, 1977, p. 476 ss.

[349] En este sentido, la *Arzneimittelgesetz* prevé que las sustancias químicas pueden alcanzar el mercado sólo después que se haya cumplido una serie de condiciones, desde una licencia general que precede cualquier forma de producción a tests específicos, a una licencia especial para la venta de una droga particular y un estricto deber de producción cada vez que el producto pueda, a la luz de los más actuales conocimientos científicos, provocar daños. Quedando de este modo reducida la compensación a una función auxiliar. Cfr. Simitis, *op. cit.*, p. 242.

[350] Pues en Alemania existe la posibilidad de una responsabilidad solidaria conforme al § 830 c. 1 BGB, cuando no se llega a determinar cuál de los agentes ha causado el daño. Cfr. Bieberstein, *op. cit.*, p. 179.

tutelar a los sujetos víctimas de productos defectuosos, valiéndose de la construcción del 'defecto de organización de la empresa productora' y de la exigencia de una prueba liberatoria tan rigorosa que de hecho, la responsabilidad viene a ser objetiva.[351]

2.2.3.2. *La experiencia francesa*

También en el caso francés, una vez que se dejaron sentir las limitaciones que ponía la responsabilidad contractual del vendedor-fabricante al resarcimiento del daño derivado de producto defectuoso, la jurisprudencia se orienta por la vía de la responsabilidad extracontractual del simple fabricante, ciertamente no sin dificultades en la interpretación de las normas del *code civil.*

Es de notar que en el derecho francés la víctima de una daño no puede libremente elegir la vía contractual o la vía extracontractual. En efecto, la regla del 'no cúmulo' coloca a los contratantes en el ámbito contractual y a los terceros en el ámbito extracontractual[352].

Frente a los terceros, se ejerce la responsabilidad del productor o vendedor conforme a las normas del derecho común. La mayor parte de las

---

[351] V. Alpa - Bessone, *La responsabilità del produttore, cit.*, p. 166 ss.; Cfr. W. Marshall von Bieberstein, *op. cit.*, p. 167 ss.

[352] Además de las víctimas consideradas extrañas a un contrato, se consideran terceros los miembros de la familia o los invitados del adquirente que hayan sido víctimas del producto.

Como el sistema italiano y el sistema alemán, el sistema francés de la responsabilidad aquiliana se basa en la culpa. Los arts. 1382 y 1383 del *code civil* disponen que *"Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le reparer"* y que *"Chacun est responsable du dommage qu'il a causé non seulment par son fait, mais encore par sa négligence ou par son imprudence"*. Para obtener el resarcimiento, el consumidor debe probar la culpa del productor, tarea sumamente difícil. Cfr. Phillipe Malinvaud, *"I vizi redibitori e il loro ruolo nella vita moderna"*, en compilación dirigida por Alpa - Bessone, *Danno da prodotti e responsabilità dell'impresa*, Milano, 1980, p. 259. En todo lo que concierne los daños causados a la controparte por el uso y manipulación de un producto, la responsabilidad es sustancialmente contractual ya que ella surge siempre del incumplimiento de una obligación explícita o implícitamente estupulada en el contrato. En este sentido la *Civ.*, 20 de octubre de 1964, en *Gaz. Pal.*, 1964, II, 420, *cit.* por Viney, G., *"L'applicazione del diritto comune della responsabilità civile ai produttori"*, en Alpa - Bessone, *La responsabilità del produttore, cit.*, p. 272.

veces, la acción se funda en la culpa del productor; otras veces, ella se funda directa o indirectamente en el concepto de custodia de la cosa.

Como en el caso de la experiencia italiana, la evolución de los principios sobre la responsabilidad del fabricante es expresión de un movimiento mucho más vasto de tutela del consumidor. A propósito el legislador francés ha llevado adelante un programa articulado de intervenciones en los diversos sectores del comercio (publicidad, ventas a crédito, ventas a plazo, ventas a domicilio) a los efectos de asistir la posición económica y jurídica del consumidor. Se observa la tendencia a identificar en el legislador especialmente el más competente para portar a realización la protección del público consumidor; rechaza en línea de máxima la delegación de las funciones de control del mercado al sistema empresarial así como la autodisciplina de los sujetos económicos.

En este sentido, a diferencia de la ley alemana sobre los productos farmacéuticos, el legislador francés ha optado una intervención preventiva. Efectivamente, en Francia, el problema que plantean los daños derivados de productos defectuosos viene visto más desde la perspectiva de la producción que de la del resarcimiento de los daños[353]. Esta perspectiva es la que distingue fundamentalmente el sistema continental del sistema de la responsabilidad del productor norteamericano que ha sido materia de examen en la primera parte de este trabajo.

Conforme al sistema de la responsabilidad extracontractual por culpa, la víctima de un producto defectuoso debe acreditar la culpa del productor estando a cuanto previsto por el art. 1382 y 1383 C.C. Generalmente los casos en este ámbito, presentan un cuadro de culpa a nivel de diseño o fabricación que ha dado lugar a un vicio oculto que a su vez ha generado daños. Algunas veces, sólo cuando la culpa es evidente, la prueba no se muestra onerosa para la víctima. Sucede también, y es lo frecuente, que el vicio del producto sea evidente, pero la culpa que se halla en el origen es difícil de determinar. A este respecto, la jurisprudencia francesa ha salvado el obstáculo de la prueba presumiendo que tanto los vendedores como los productores conocen los vicios de sus productos e incurren en culpa si ponen en circulación dichos productos defectuosos[354]. Los jueces

[353] En efecto, las soluciones legislativas tratan de atender a las exigencias de las empresas, salvaguardando el secreto industrial, y favoreciendo al mismo tiempo la debida información y educación de los consumidores en el uso de los productos. Cfr. Franzoni, M., *Colpa presunta e responsabilità del debitore, cit.*, p. 295.

[354] Así como para el contratante, le bastará al tercero víctima probar que el daño se ha debido al vicio oculto, operando luego la presunción de culpa del profesional, no pudiendo el productor ampararse en la imposibilidad técnica de evitar el vicio o tras

franceses han calificado a ésta como una 'culpa virtual', y con esa noción ofrecen una solución igual a la que se da en el ámbito contractual.

La culpa del productor –culpa profesional– puede consistir también en un defecto de instrucciones o advertencias para el uso, o en un defecto de conservación o de depósito. El daño que se genera puede afectar a un tercero que ha usado el producto. En cuyo caso, la misma conducta culpable del productor puede dar lugar a una responsabilidad extracontractual frente a terceros y una contractual frente al adquirente víctima.

En síntesis, la solución contractual y la extracontractual en el derecho francés de la responsabilidad del productor no presentan mayores diferencias. Se observa de parte de los tribunales franceses una voluntad de unificación en cuanto concierne al examen del hecho dañoso y en cuanto concierne a las causas de exclusión o limitación de la responsabilidad del productor o distribuidor de productos defectuosos[355]. El aspecto dis-

una cláusula de responsabilidad. V. *supra* punto 2.1.2 *Anotaciones generales sobre las teorías "contractualistas". El panorama en la experiencia alemana y en la experiencia francesa.* Cfr. Malinvaud, *op. cit.*, p. 260.

[355] En efecto, como refiere Geneviève Viney, "en principio, la responsabilidad por hecho propio y por hecho ajeno postula la existencia de una culpa en que incurre el responsable o un dependiente suyo. Sin embargo, la existencia de la culpa viene aliviada en materia contractual por la interpretación dada a las estipulaciones contractuales: los tribunales consideran frecuentemente que las partes hayan acordado establecer explícita o implícitamente obligaciones llamadas "de resultado" cuya violación pone en evidencia el daño. Así la responsabilidad contractual es generalmente más determinada que la responsabilidad extracontractual ya que las obligaciones previstas en el contrato se agregan al deber general de prudencia y diligencia, y sobretodo, porque algunas de ellas son calificadas como "determinadas" o "de resultado", lo que es excepcional para las obligaciones extracontractuales.

En cuanto a lo que respecta a la responsabilidad de los productores y distribuidores de productos, los tribunales se han esforzado por reducir tales diferencias, dando el mismo contenido a las obligaciones asumidas por estos profesionales frente a sus contrapartes o terceros. La razón de esta asimilación es fácil de entender: es normal que el conjunto de consumidores y usuarios a los que el producto se presenta a través de la publicidad y los cuales son protegidos en igual modo sin tener cuenta de la abstracta distinción entre las contropartes y terceros.

Recientemente, los tribunales han alcanzado la unificación ya que exigen la prueba de la culpa sea en materia contractual que en materia extracontractual y porque aplican métodos iguales para examinar la culpa. a) La mayor parte de las decisiones referidas al contenido de los arts. 1382 o 1384, inc. 5, como el contenido del art. 1147 del *code civil*, para determinar la responsabilidad del productor o del distribuidor de un producto, exigen la prueba de una culpa. Así, puede establecerce como principio que los deberes asumidos por estas personas se equiparan a simples "obligaciones de medio" o "de prudencia y diligencia".

Sin embargo, esa consideración puede ser puesta en duda, dado que una jurisprudencia hoy consolidada afirma que la venta de un producto defectuoso basta para establecer la culpa del productor y del distribuidor. Esta solución parece explicarse por la atracción del sistema de la garantía por vicios ocultos que opera en el ámbito limitado de las relaciones entre el comprador y vendedor.

Sobre el significado exacto de estas decisiones se puede dudar. Un autor las ha interpretado como declarativas de una presunción de culpa (Malinvaud). Pero parece que con respecto al productor, los tribunales hayan ido mucho más allá, creando una verdadera y propia obligación de resultado referida a la cualidad del producto colocado en el mercado. Con respecto al vendedor, las decisiones son más ambiguas y parece que ellas deducen de la constatación del vicio de la cosa vendida una simple presunción de la inobservancia del deber de verificar la calidad del producto y de circundarlo de las necesarias precauciones.

En definitiva, si bien la prueba de la culpa es facilitada, ésta resulta ser una condición esencial sea de la responsabilidad contractual que extracontractual del productor o del distribuidor por hecho propio o el de sus dependientes.

En cuanto respecta a la culpa en el diseño y en la fabricación, los tribunales la evalúan según los criterios generalmente aplicados a la culpa profesional, o sea, se aseguran que el productor haya respetado las reglas de la producción y haya dado prueba de una competencia media correspondiente a lo que el usuario puede esperar de un profesional de su categoría. Ciertamente, hoy el problema no presenta más un interés práctico desde que para todos los productores, el hecho de introducir en el mercado un producto defectuoso es considerado en sí mismo una culpa.

La culpa que se imputa a los 'vendedores' de los productos no toca necesariamente la fabricación. Muchas veces, aún si el objeto ha sido correctamente fabricado, es "mal comercializado".

La jurisprudencia permite constatar la diversidad de deberes que se colocan a cargo del distribuidor de produtos. El más importante es el de la "indicación" o "información" y de "advertir" contra los peligros del producto vendido. En efecto, no se trata sólo de informar sobre el modo de empleo del producot, sino de advertir los riesgos que comporta su uso y las precauciones a tomar para evitar que deriven daños físicos o patrimoniales. Sin reconocer el carácter de un deber de resultado, los tribunales demuestran mayor severidad en la evaluación si el producto es más peligroso y destinado a un público más amplio y menos informado.

Algunas veces es una ley la que refuerza este deber de información (decreto 72/937 referente al deber de informar a los consumidores de producots alimenticios.

Diversamente, la Corte de Casación francesa ha precisado que el deber de informar a cargo de los vendedores es menos rígido con relación a los producotres, ya que el primero se haya sujeto a informar a los clientes sólo de los riesgos de los que él se halla en conocimiento (*Civ.*, 31 de enero de 1973, *Bul. Cas.*, 1973, I, n. 40, p. 37.

Si el distibuidor tiene el depósito la mercadería o asume el encargo de cietas manipulaciones o aplicaciones, debe tomar todas las precauciones destinadas a evitar que ésta se deteriore o sea peligrosa.

tintivo lo constituye en realidad, la responsabilidad del productor basada en la custodia de la cosa *ex* art. 1384 inc. 1, la denominada *faute dans la garde*[356].

La jurisprudencia francesa, a diferencia de la italiana en que también se ha recurrido a la técnica de la presunción de la culpa para responsabilizar al productor, como es claro en el famoso caso *Saiwa*, ha preferido llevar a cabo una aplicación "impropia" de las normas del código civil, interpretándolas en modo diverso del que su texto presenta[357].

Esa aplicación "impropia" se observa claramente con respecto al art. 1384 inc. 1 *code civil*, norma que establece que "se responde no sólo del daño causado por hecho propio, sino también del daño causado por hecho de las personas de las que se debe responder, y de las cosas que se tienen en custodia". La interpretación resulta artificiosa cuando no obstante entenderse por "custodia" (*garde*) "el poder de uso y de control sobre la cosa" que corresponde al guardián de la cosa, en concreto no podría hablarse de "custodia" de la empresa respecto de los productos defectuosos, desde que una vez que tales productos llegan a las manos del consumidor, ya no se hallan más bajo el control de la empresa misma.

Para superar las dificultades que presenta la norma para su aplicación directa al caso del productor, la doctrina francesa[358], acogida favorablemente por la jurisprudencia, ha elaborado una interesante construcción proponiendo una distinción entre la *garde juridique* y la *garde materielle* o también llamadas la custodia jurídica *(garde de la structure)* y la custodia material *(garde du comportement)*, respectivamente[359]. Con la primera

La introducción en el mercado de un producto debe ser precedida de un completo control de sus propiedades. El productor debe realizar las pruebas suficientes para descubrir si existen defectos o peligros en el producto antes de lanzarlo al mercado, y el vendedor también asume un deber de verificar dichas condiciones, aunque se trata de un deber menos incisivo, siendo obligado sólo a cumplir los controles de acuerdo a sus nociones técnicas y profesionales.

Este elenco muestra de la diversidad de la culpa en que puede incurrir el distribuidor y la relativa severidad de los tribunales frente a él. Cfr. Viney, G., *op. cit.*, p. 274 ss.

356 *Ibidem.*

357 Cfr. Alpa - Bessone, *La responsabilità del produttore*, cit., p. 197.

358 En ese sentido: Tunc, A., "Garde du comportement e garde de la structure dans la responsabilité du fait des choses inanimées", en J.C.P., 1957, I, p. 1384; Tunc, A, "La determination du gardien dans la responsabilité du fait des choses inanimées", en J.C.P., 1960, I, p. 1592.

359 Esa distinción aparece en la jurisprudencia francesa con ocasión de un negocio de oxígeno líquido, donde las botellas explotan al momento en que eran descargadas de parte del transportista. En el caso se afirma la responsabilidad, no del transportista

expresión se alude al 'guardián' que –formalmente– ejerce el poder de control sobre la cosa; con la segunda, en cambio, se refiere al sujeto que materialmente *detenta* la cosa. Aplicando dicha distinción a la responsabilidad del productor, los terceros víctimas de un vicio interno de una cosa pueden accionar contra los vendedores o productores en su calidad de custodia de la estructura *(gardiens de la structure)*. Pero esta vía no ha sido suficientemente explorada, tal es así que no son muchos los casos que han adherido a esta interpretación. No obstante, la víctima debe siempre aportar la prueba de un vicio de la cosa –ciertamente, la jurisprudencia admite que la venta de un producto defectuoso determina que surja una presunción de culpa del distribuidor–, y la distinción de la custodia elaborada por la jurisprudencia no puede servir sino para facilitar la identificación del responsable del daño, o sea del autor del vicio cuya existencia debe ser acreditada[360].

El recurso a la norma sobre la responsabilidad por las cosas en custodia ha permitido a los jueces franceses cargar sobre el fabricante una serie de deberes de diligencia profesional en modo tal, que ha ido relegando criterios tradicionales de evaluación de la culpa, sustituyéndolos por criterios objetivos de administración del daño causado por productos defectuosos. En esta línea, un sector de la doctrina francesa ha elaborado teo-

–simple *gardien du comportement*–, sino del propietario considerado *gardien de la structure*. Así se lee en la motivación de la sentencia:

> Atendiendo a que la responsabilidad por el daño causado por una cosa inerte se halla relacionada al uso como al poder de vigilancia y de control que caracterizan esencialmente la custodia; que a este título, salvo el efecto de pacto en contrario, válido entre las partes, el propietario de la cosa no deja de ser responsable, si la persona a la cual se ha confiado la cosa no tiene la posibilidad de prevenir el daño que puede derivar; ...".
>
> Sobre la base de dicha distinción, la jurisprudencia francesa ha afirmado la responsabilidad del distribuidor de balones de gas butano (*Cass. civ.*, 11 de diciembre de 1968, D. 1969, somm. 50; *Rev. trim. dr. civ.*, 1970, 361), del vendedor de bebidas gaseosas (*Cass. civ.*, 22 de junio de 1971, *JCP*, 1971, II, 16881, D. 1971, somm. 191; *Cass. civ.*, 3 de diciembre de 1969, *Bull. civ.*, II, 329; *Rev. Trim. dr. civ.*, 1971, 151, comentario de G. Durry). Cfr. Malinvaud, *op. cit.*, p. 261 ss.

[360] Una importante doctrina revela sus dudas sobre el éxito de la interpretación extensiva del art. 1384, inc. 1° C.C. a la responsabilidad del productor y distribuidor, en especial, si se consideran los elementos necesarios para condenarlos como guardianes de la estructura del producto dañoso. En efecto, es necesario no sólo que las cicunstancias permitan disociar la custodia de la estructura de la cosa de la del comportamiento, pero además, se requiere probar que el distribuidor había conservado efectivamente la custodia de la estructura al momento en que el evento dañoso se ha verificado. Cfr. Viney, G., *op. cit.*, p. 285 ss.

rías sobre formas de responsabilidad objetiva de la empresa por la colocación en el mercado de productos defectuosos[361].

Conforme a lo expuesto, el derecho positivo francés parece ofrecer una suficiente tutela al consumidor y al público en general, frente a los daños causados por productos defectuosos en su diseño, fabricación y presentación. Ello ciertamente se atribuye al mérito de la jurisprudencia francesa que, sobre la base de las normas de la compraventa y de la responsabilidad civil, ha construido un sistema en líneas generales uniforme con respecto a la responsabilidad de los vendedores y productores, en favor de los adquirentes, "sub-adquirientes" y terceros, completando el régimen lagunoso y anacrónico de la garantía por vicios ocultos con las normas de la responsabilidad civil. Y si bien, la jurisprudencia revela una aplicación simple de las normas de responsabilidad por hecho propio y por hecho ajeno, demuestra sin embargo, que la utilización del principio de la responsabilidad civil por daños derivados de cosas conforme al art. 1384, inc. 1° del *code civil* halla serios obstáculos para su directa aplicación[362].

Fuera del caso de la figura del art. 1384 inc. 1 del *code civil*, la responsabilidad del productor en Francia, antes de la ley que aplica la Directiva Comunitaria 374/85[363], no es una responsabilidad completamente objetiva por el hecho de los productos, sino una responsabilidad por el hecho de los vicios de los productos. En tanto ello es así, supone el examen y prueba de la culpa del profesional, o sea del vicio del producto, en lo que se contiene la noción de culpa.

---

[361] En efecto, se ha sostenido que la responsabilidad objetiva ofrece numerosas ventajas. Porque bajo el régimen de la culpa, la víctima debe establecer que el defecto se debe a la negligencia o imprudencia del fabricante, tarea difícil sobretodo cuando se trata de establecer cuanto ha sucedido al interno de la empresa y el fabricante pueda demostrar de haber adoptado las medidas neesarias para evitar el daño. En cambio, de aplicarse el régimen de la responsabilidad objetiva, la víctima tendrá que probar que el daño se ha debido a un defecto del producto. V. Overstake, *La responsabilité du fabricant de produits dangéreux, cit.* en Alpa - Bessone, *La responsabilità del produttore, cit.*, p. 199.

[362] V. Viney, G., *op. cit.*, p. 209.

[363] La ley n° 98 - 389 del 19 de mayo de 1998, publicada en el *Journal Officiel*, n. 117 del 21 de mayo de 1998, 7744. Con esta ley Francia ha aplicado en su ordenamiento jurídico la Directiva Comunitaria de 1985, n° 374 (relativa a la aproximación de las disposiciones legislativas, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de responsabilidad por producto defectuoso, publicada en G.U.C.E. del 7 de agosto de 1985, ley 210/29 y en G.U., del 12 de setiembre de 1985, n. 215-bis, 138, ss.

CAPÍTULO II

El nuevo régimen de responsabilidad del productor de la Directiva Comunitaria 85/374

Sección 1
Perfiles generales de la Directiva Comunitaria 85/374 sobre la responsabilidad por daño derivado de producto defectuoso.

Una razón metodológica y sobretodo, una exigencia de comprensión del origen de la disciplina especial sobre la responsabilidad del productor que se introduce en Italia mediante el D.P.R. 224/88,[1] conduce necesariamente a una remisión a la matriz, la Directiva Comunitaria 85/374,[2] de la cual es aplicación dicha disciplina.

Siendo el hilo conductor de la presente investigación el descubrir y destacar, sobre la base del estudio comparativo de dos experiencias, la norteamericana y la italiana, la naturaleza jurídica de la responsabilidad del productor, es oportuno precisar que, esta sección (1) no pretende avocarse al examen del pleno de la Directiva Comunitaria, sino como del título se desprende, presentar el marco general que a su vez, constituya el punto de referencia y explicación de cuanto se tratará en la sección sucesiva (2), destinada en especial, al examen de la naturaleza de la responsabilidad del productor en el nuevo régimen que Italia –tomado como sector de concreción de la normativa comunitaria– ha hecho propio hace poco más de una década, con particular énfasis al elemento que lo caracteriza, vale decir, el 'defecto' del producto.

En ese sentido, se considera necesario referirse a las que han constituido las fuentes que han inspirado la Directiva de 1985. En efecto, dentro del cuadro general delineado en el parágrafo precedente, se colocan como fuentes de la aludida normativa comunitaria, de una parte, el derecho norteamericano de la responsabilidad del productor, de otra, la Conven-

---

[1] D.P.R. del 24 de mayo de 1988 n. 224 (publicado en G.U. 23 de junio de 1988, n. 146 - Supl. Ord.), que aplica la directiva comunitaria 85/374 (V. *supra*, n. 368).

[2] Publicada en G.U., del 12 de setiembre de 1985, n. 215-bis, 138, ss.

ción de Strasburgo (1977).[3] La óptica del presente trabajo demanda una atención particular a la experiencia norteamericana.

[3] Se trata de la Convención del Consejo de Europa de 27 de febrero de 1977, sobre la responsabilidad por el hecho de los productos en caso de lesiones corporales o de muerte, Strasbourg. Representa el antecedente comunitario más importante, desde el punto de vista técnico, de la Directiva Comunitaria 85/374, materia de examen, y como tal, una fuente técnica de este último texto comunitario. Su inspiración y contenido han influido en cierta medida en el texto de la Directiva, no obstante las diferencias dispositivas entre ambos textos. No se dedica un espacio particular a su estudio dado que la Directiva ya contiene gran parte de el régimen de la Convención y dado que el examen de la Directiva se realiza según los objetivos de la presente investigación, delimitados por el tema de la naturaleza jurídica de la responsabilidad del productor, tal como contemplada por la Directiva, estudiada con respecto a la aplicación de la misma en el ordenaiento italiano.

La Convención de Strasbourg representa el primer texto legislativo comunitario relativo al derecho sustantivo de la responsabilidad civil. Firmada sólo por cuatro Estados (Austria, Bélgica, Francia y Luxemburgo), no ha sido ratificada.

Emerge del texto de la Convención una finalidad general de tutela del consumidor (finalidad que ha sido ya manifestada por el Consejo de Europa a través de la elaboración de la Carta de Protección del Consumidor, adoptada por la Asamblea Consultiva del Consejo de Europa, el 7 de mayo de 1973; esa Carta prevé una responsabilidad objetiva de los distribuidores de bienes o servicios, del productor y de todos los intermediarios, a través de lo cual, se orienta a la consecución de una finalidad específica, como es la protección de las víctimas de productos defectuosos). La finalidad específica de dicha Convención consiste en la protección de las víctimas de productos defectuosos. En la Directiva, aquella que para la Convención constituye una finalidad general, es sólo uno de los fines a que apunta. Se recuerde que la Directiva de 1985 se orienta a la realización de un equilibrio de los intereses, del consumidor-víctima y los del productor. La finalidad específica, en cambio, es igualmente perseguida por la Directiva de 1985. Esta finalidad de la Convención se sustenta en la unificación de los regímenes de responsabilidad contractual y extracontractual, sin considerar la existencia de una relación contractual entre el responsable y la víctima, y en el cuadro de una responsabilidad objetiva.

El fundamento económico de la Convención se desprende del 2° considerando de su texto, tratando de dar una respuesta a la evolución económica que venía afrontando Europa en esos momentos, el proceso de industrialización venía acompañado de los daños que generan los productos.

Ese documento comunitario es producto de una toma de conciencia de que el problema de la responsabilidad del productor ha alcanzado una dimensión que supera las fronteras nacionales, de consecuencia, se ve la necesidad de armonizar el derecho material de los Estados a través de la dación de un régimen específico (último considerando de la Convención).

Para los fines de la armonización, el régimen de la Convención de Strasbourg debía ser incorporado por cada Estado para que la víctimas dedaños de productos

Considerando que en la primera parte del presente trabajo se ha tratado en extenso la evolución de la materia en el derecho norteamericano, esta sección (1)pretende solamente poner de relieve sus aspectos más saltantes, a los fines de observar cómo ciertos principios, estándares y nociones han influido en el derecho europeo de la responsabilidad del productor, concretado finalmente en la citada Directiva. Influencia ésta que se apreciará aún mejor cuando en la siguiente sección (2)se avoque a la experiencia italiana como caso concreto de aplicación de la normativa comunitaria.

1 *El derecho norteamericano como fuente inspiradora de la Directiva sobre la responsabilidad por daños derivados de productos defectuosos*

La Directiva del 25 de julio de 1985 contiene un régimen específico para la responsabilidad por daños derivados de productos defectuosos, agregándose mediante su recepción de parte de los Estados comunitarios, al abanico de posibilidades de acción frente a esta hipótesis de daños. Inscrita dentro de un más amplio movimiento de construcción de un merca-

defectuosos tuvieran acceso a la nueva acción, la cual dejaba subsistente la normativa interna existente sobre la materia, correspondiendo a la víctima la elección.
El principo de responsabilidad por el hecho de los productos es el mismo en la Convención como el que recoge la Directiva de 1985. Un principio de responsabilidad objetiva sustentado en la imputación del defecto del producto que ha causado el daño a su productor. En efecto, la noción de defecto del producto viene considerada como fundamento de la responsabilidad a la luz de la Convención de Strasbourg. Vale destacar que la definción de 'defecto' contenida en la Convención es en sustancia, la misma que casi una década más tarde contiene la Directiva. No obstante, una diferencia que debe ser subrayada es que la Convención no contempla la exclusión de responsabilidad por el denominado 'riesgo de desarrollo', lo que sí viene previsto por la Directiva, reflejando de este modo su tendencia hacia una posición moderada de la responsabilidad objetiva.
Si bien la finalidad específica de la Convención es la protección de las víctimas de productos defectuosos, ello no niega la consideración de un cierto equilibrio entre los intereses de los consumidores y productores, equilibrio que no es fácil de lograr en los términos de la Convención. En efecto, al contemplar la situación del productor, la Convención ofrece seguridad jurídica. Ésta parece verse reforzada al haber previsto en el art. 10° que los Estados firmantes no pueden adoptar otras normas que deroguen la presente Convención, aún si ellas son más favorables a las víctimas, pero el interés predominante es fijado sobre el consumidor.

V. el texto de la Convención en: Alpa - Bessone, *Il cosumatore e l'Europa*, Padova, 1979, p. 180 ss.

do europeo[4], la Directiva representa la meta de toda una actividad comunitaria que la ha precedido[5] orientada a uniformar la legislación de los diversos Estados miembros comunitarios en la materia, consciente de la existencia no sólo de varios regímenes de responsabilidad sino de soluciones jurisprudenciales diversas en cada Estado.

Esa actividad comunitaria había recibido la influencia decisiva del derecho norteamericano[6], el cual, como se ha podido apreciar en la primera parte de la presente investigación, había afrontado con varios años de anticipación el fenómeno de la producción y distribución de masa, con el consiguiente incremento del número de los accidentes como consecuencia de la actividad de producción. Era inevitable, pues, que durante los trabajos comunitarios sobre la materia se tuviera como punto de referencia permanente el modelo representado por la responsabilidad del productor en Estados Unidos.

En efecto, contemplando un régimen especial de responsabilidad del productor, la recepción de la Directiva por los Estados miembros comporta la introducción de modificaciones importantes con relación al derecho de la responsabilidad civil de cada Estado, modificaciones cuya existencia

[4] En efecto, conforme a cuanto se desprende de los propios considerandos que sustentan la Directiva. De una parte, las garantías jurídicas idénticas que aseguren la libre competencia y la libre circulación de la mercadería, comportan al mismo tiempo que los productos sean ofrecidos en el mercado en idénticas condiciones jurídicas, que permita la libre determinación de la elección al adquirente eventual del producto. De otra parte, ello implica que el consumidor tenga acceso a una tutela equivalente en cualquiera de los Estados miembros de la Comunidad, en tanto resulte víctima de productos defectuosos.

[5] El antecedente más importante viene dado por el "Proyecto de Convención sobre la Responsabilidad por hecho de productos, adoptado por el Consejo de Europa el 27 de enero de 1977"; también viene en consideración la "Propuesta de Directiva del Consejo relativa a la aproximación de las disposiciones legislativas, regulamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de responsabilidad por daños de productos defectuosos", presentada en varios ejemplares por la Comisión al Consejo, desde 1975, siendo el último el 4° proyecto. Igualmente, debe traerse a colación la "Carta Europea de los Consumidores" elaborada por el Consejo de Europa en 1973, y la "Resolución doptada por el Consejo de La Comunidad Económica Europea sobre un programa preliminar de la CEE para una política de protección y de información del consumidor".

[6] En efecto, la Convención de Strasbourg es un caso claro de su permeabilidad con respecto a las nociones que ya habían alcazado consolidación en la experiencia norteamericana. V. *supra*, n. 375.

y explicación debe hallarse en las fuentes que inspiran la normativa comunitaria.

Ciertamente, como se ha insistido en precedencia, el derecho norteamericano en esta materia ha observado un desarrollo galopante, y su evolución demuestra a la saciedad que la responsabilidad del productor representa un ejemplo concreto del hecho que el ordenamiento contemporáneo de la responsabilidad civil se caracteriza por la erosión de sus principios. En efecto, es cuanto lo demuestra no sólo la experiencia norteamericana, sino la experiencia italiana que se ha tomado como caso de concreción del derecho europeo y de aplicación de la Directiva de 1985. Baste a este propósito, hacer mención de la erosión del principio de la relatividad contractual, a los efectos de extender la tutela resarcitoria del daño de producto a quien no era parte del contrato, o bien, la extensión de la garantía *(warranty)* del derecho norteamericano, o bien, la flexibilización de la prueba de la culpa en ámbito de la responsabilidad extracontractual.

Pero no sólo destaca la intrépida evolución de la responsabilidad del productor en Estados Unidos, sino lo que se debe tener presente, como se pondrá de relieve enseguida, es que las condiciones que han coadyuvado a ese violento desarrollo son insitas a las notas particulares de la estructura del sistema norteamericano, no obstante hallarse a la base un impetuoso y necesario esfuerzo de adaptación a los cambios del desarrollo económico y social, y a lo cual, se orientaban las corrientes doctrinarias nacientes a los fines de justificar dicho movimiento.

Tal esfuerzo de adaptación del derecho a los hechos, frente a los cambios económicos, se aprecia igualmente a la base de la propulsión de la actividad comunitaria, siendo consciente que los regímenes tradicionales de la responsabilidad civil consagrados en los códigos civiles de los respectivos Estados, no aportaban soluciones adecuadas al fenómeno de la producción y distribución de masa. Signo de tal inadecuación a la realidad de los hechos viene constituido por la obra de la jurisprudencia, la cual, como se ha podido apreciar en el caso de la experiencia italiana, emprende una vía de erosión de los principios tradicionales de la responsabilidad civil, recurriendo constantemente al instrumento de la presunción de la culpa o a interpretaciones extensivas de las normas disponibles en el código civil a los fines de ofrecer una mejor tutela resarcitoria a las víctimas de daños derivados de productos. Ello, sin duda, se inscribe en una cierta tendencia a objetivar la responsabilidad del productor, sostenida claramente por la doctrina mayoritaria, aunque formalmente la jurisprudencia insista en el reino de la culpa.

Dadas así las precedentes consideraciones preliminares, a continuación se referirán en primer lugar, los aspectos más relevantes de la responsabilidad del productor, en un esfuerzo de rescatar de cuanto se ha tratado en extenso en la primera parte del presente trabajo, de una parte, aquellas notas que han marcado su evolución y que en línea de máxima permiten señalar, teniéndose en cuenta cuanto se ha observado en el tratamiento de la experiencia italiana, un cierto paralelismo en los pasos evolutivos, aún cuando las circunstancias de cada contexto son diversas, y de otra parte, destacar aquellas notas más específicas que fuera de facilitar, más bien, obstaculizan una influencia directa sobre el derecho europeo. Se trata en efecto, de realidades jurídicas diversas, con valores de base distintos en uno y otro contexto, y no obstante lo cual, el desarrollo de los mismos los ha portado a una vía que permite afirmar en los tiempos actuales, una cierta aproximación de ambos sistemas.

En segundo lugar, se pondrán en relieve aquellos aspectos que permiten apreciar una base común en ambas experiencias para determinar la influencia que el derecho norteamericano ha ejercido sobre el derecho europeo en relación a la responsabilidad del productor. No por simple caso el texto de la Directiva de 1985 refleja soluciones ya alcanzadas, aunque hoy superadas, por la jurisprudencia norteamericana.

1.1 *Notas fundamentales que se desprenden de la evolución de la responsabilidad del productor en Estados Unidos*

§ La evolución de la responsabilidad del productor ha pasado por diversos estadios que, como se puede recordar, ya en el siglo XIX cuando los sistemas clásicos de la responsabilidad civil arriban a una demarcación de sus respectivos ámbitos, el contractual y el delictual, orientados ambos en cierta medida a favorecer el desarrollo industrial, se acentúa primordialmente un estadio en que se exalta la responsabilidad contractual del productor, a la enseña del principio de la relatividad contractual[7] con la incorporación de la llamada garantía *(warranty)* como una vía autónoma contractual para demandar el resarcimiento de los daños derivados

[7] En realidad la categoría de la responsabilidad objetiva del productor halla sus orígenes en el derecho de daños. Pues, hasta fines del s. XVIII, la víctima de un producto defectuosos y que no era parte de un contrato, disponía como recurso para obtener la tutela rsarcitoria de la acción dlictual contra el fabricante o vendedor, sobre la base de la culpa. De su parte, el vendedor tenía frente al comprador solamente una obligación de diligencia. Como se observa en la nota sucesiva, la garantía *(warranty)* ingresa con posterioridad al ámbito contractual.

de productos defectuosos[8]; sucesivamente, surge la necesidad de extender la tutela resarcitoria a los terceros víctimas de este tipo de daños, así este sector descubierto por el radical principio de relatividad contractual viene tutelado por el principio de la culpa, vale decir la responsabilidad extracontractual por culpa –establecida ya la separación de la responsabilidad contractual–; la evolución prosigue con la extensión de la tutela contractual al "sub-adquiriente" de un producto defectuoso, hasta de este modo alcanzar en general, a los terceros víctimas de estos daños –superándose por este medio las dificultades de prueba que suscitaba la vía de la responsabilidad por culpa–, lo que finalmente terminaba siendo una suerte de ficción de responsabilidad contractual, calificándose con estos términos lo que en realidad, como Prosser[9] hace notar, constituía una responsabilidad extracontractual objetiva, conocida en el medio anglosajón como responsabilidad objetiva.

§ Han sido principalmente los beneficios que ofrecía la teoría de la responsabilidad objetiva en materia probatoria para la víctima de los daños, si se considera las dificultades que reporta la prueba de la culpa, lo que ha motivado a los defensores de esta categoría a difundir su importancia y necesidad en materia de productos defectuosos, sobretodo en virtud de una actitud de reacción a la masificación de la producción y de los daños generados por el desarrollo de la industria. La conciencia de esa necesidad de ofrecer una adecuada tutela a las víctimas de estos daños ante el azar que representaba la industria, constituyen el fundamento ideológico que orienta los esfuerzos de la jurisprudencia y la doctrina norteamericanas hacia el establecimiento de un régimen de responsabilidad objetiva, o como la llaman en América, la *responsabilidad objetiva*. Sin embargo, la consolidación en el medio norteamericano de esta doctrina, fue precedida de

[8] En efecto, hasta 1778 la garantía *(warranty)* era una institución delictual, en el sentido que no dependía de un acuerdo contractual, sino que se trataba de una fuente generadora de deberes derivados de la ley, o en otras palabras, se trataba de una obligación que el derecho imponía al vendedor. Es posteriormente la jurisprudencia que ha permitido a la víctima entablar directamente la acción por responsabilidad contractual del vendedor en tanto exista una violación del contrato de compraventa. Momento en el cual, la acción de la "garantía" sufre un cierto declive como institución delictual. Cfr. Petitpierre, G., *La responsabilité du fait des produits. Les bases d'une responsabilité spéciale en droit suisse, à la lumière de l'expérience des Etats-Unis*, Genève, 1974, p. 44, *cit.* por Markovits, Yvan, *La Directive C.E.E. du 25 juillet 1985 sur la responsabilité du fait des produits défectueux*, Paris, 1990, p. 13.

[9] Prosser, W., "The fall of the citadel", cit, p. 833.

una significativa erosión de los principios de las clásicas responsabilidades contractual y extracontractual.

§ En la óptica de una responsabilidad objetiva, no es más el comportamiento del causante del daño a relevar a los efectos de la imputación de la responsabilidad. En efecto, la nueva teoría hace de la noción de 'defecto' del producto el eje a los fines de la imputación del daño. Esta noción, como bien se ha tenido ocasión de verificar, si bien en un primer momento de la consolidación de la *responsabilidad objetiva* pareció presentar índices de solución al problema de la responsabilidad del productor, ha representado más bien, la noción que ha determinado en definitiva la complejidad de ese sistema de responsabilidad.

§ Esa evolución no ha sido pacífica y cada estadio de ella ha abonado a favor de la complejidad del sistema de la responsabilidad del productor, atribuyéndose a todo ello, como se ha visto oportunamente, el haber germinado las bases de la denominada 'crisis' de la responsabilidad civil derivada de productos defectuosos.

§ En sustancia, la difundida responsabilidad objetiva del productor representa ser resultado híbrido de una cierta conjunción de las responsabilidades contractual y extracontractual, consistente en una responsabilidad ajena a la culpa y susceptible de alcanzar a un número indeterminado de víctimas potenciales. Esa naturaleza híbrida de la *responsabilidad objetiva*[10] explica que sus características se aproximen unas veces a la responsabilidad *ex* contrato y otras a la responsabilidad delictual.

§ Es oportuno hacer hincapié en el hecho que la responsabilidad objetiva del productor que viene acogida en la Sección 402A del *Restatement of torts* (*Second*), aprobado en 1965 por el *American Law Institute*, difiere sustancialmente de la que en 1998 es consagrada en el *Restatement of torts* (*Third*): *Responsabilidad del productor*, como consecuencia de la evolución operada por la jurisprudencia norteamericana en la materia.

§ El proceso de evolución de la responsabilidad del productor en los Estados Unidos de América se caracteriza por la progresiva tendencia a la responsabilidad objetiva. Ello ha supuesto que dicho proceso haya dejado sentir sus efectos en los clásicos sistemas de la responsabilidad contractual y de la responsabilidad extracontractual.

El moderno derecho norteamericano de la responsabilidad del productor debe en buena parte su desarrollo al sistema de la responsabilidad

[10] La teoría de la *strict responsabilidad del productor* ha sido definida por Prosser como una categoría híbrida entre los *torts* y los *contracts*. Cfr. Prosser, W., *Law of torts*, 4° ed., 1971.

contractual. En efecto, como se ha podido apreciar oportunamente, en un inicio, hacia el siglo XIX, el fabricante de un producto defectuoso respondía en su calidad de vendedor de la cosa. El proceso de masificación de la producción y distribución determina luego, la introducción de nuevos sujetos en la cadena distributiva de los productos. Así, aquella relación simple y directa que daba lugar a la circulación de los bienes, se transforma en una relación compleja cuando el comprador que resulta víctima del daño derivado de producto no había adquirido el bien del directo fabricante, sino de un intermediario. En ese contexto, la institución de la garantía *(warranty)*[11] que había ya encontrado en ámbito contractual el medio idóneo de realización, en tanto mediante ella las partes del contrato aseguraban la buena calidad e inocuidad de un producto, parece retomar sus orígenes extracontractuales en la medida que los tribunales al verse de frente a la necesidad de extender la tutela resarcitoria emergente del contrato a terceros víctimas de daños derivados del producto defectuoso, sostienen a tal efecto, que dicha garantía emana del 'derecho objetivo' por razones de interés público[12]. En ese sentido, el contenido de las garantías contractuales se ha venido enriqueciendo con la proliferación de normas legales o emanadas de la jurisprudencia u otras veces, de la propia práctica profesional, referidas a diversos productos susceptibles de generar daños.

De esa manera, la extensión de la garantía *(warranty)* a favor de terceros con respecto de una relación contractual, sobre la base del concepto según el cual, la "garantía *(warranty)* corre con el producto"[13], y la aten-

[11] En efecto, la responsabilidad contractual venía comprometida toda vez que se produjera una violación de las garantías expresamente aceptadas por las partes (*express "warranty"*) o aquellas que eran impuestas por la ley (*implied "warranty"*). Su definición se halla contemplada en el *Uniform Sales Act* de 1906 y en el *Uniform Commercial Code* (en la versión prevista de 1967), según el cual, toda afirmación o descripción que funda el acuerdo de voluntades, puede generar una garantía expresa (Sección 2.313 U.C.C.).

La garantía implícita viene configurada por las cláusulas implícitas del contrato. Se sustenta en la idea que el vendedor se compromete a transferir bienes que obedezcan al uso ordinario que se espera de productos de ese tipo garantía de comerciabilidad (*warranty of merchantability*) y que sirvan al uso esperado por el comprador garantía de adecuacuón (*warranty of fitness*).

[12] En doctrina se ha calificado de *sui generis* la naturaleza de la garantía, no considerándosele ni solamente contractual, ni solamente extracontractual. V. Jaeger, *"The constructive warranty"*, en *Notre-Dame Lawyer*, 1964, p. 501.

[13] Este concepto se estableció originariamente con relación a los productos alimenticios, extendiéndose luego a toda clase de productos. En realidad el concepto se intro-

ción centrada en el producto en sí mismo, antes que en la conducta del fabricante del mismo, representó para el derecho norteamericano un índice nítido de la vía hacia la objetivación de la responsabilidad del productor.

Ese sentido extensivo de la tutela contractual no podía proseguir su afirmación, sino merced al detrimento de los arraigados principios de la relatividad contractual y del principio de respeto de la voluntad de las partes o conocido como principio de autonomía contractual. Los principios tradicionales vinieron en ese modo sustancialmente trastocados con la disociación garantía *(warranty)* – relatividad contractual[14], tal que la garantía no era más dependiente de la sola voluntad de las partes, expresa o tácita, sino hallaba su base última en la ley.

Por cuanto respecta a la clásica responsabilidad extracontractual, experimenta igualmente una apertura hacia la objetivación, la que se agrega al proceso afirmado en ese sentido de la responsabilidad contractual, configurándose las condiciones que permiten el nacimiento del híbrido sistema de la responsabilidad objetiva, que por ello mismo, presenta connotaciones de los clásicos sistemas de responsabilidad.

En efecto, el productor es titular de un deber de 'diligencia razonable' independientemente de la existencia de un contrato. Así lo dispuso la famosa decisión *Mc Pherson v. Buick Motor Co.*[15], a partir de la cual se establece en el derecho norteamericano la superación de la rígida regla de la relatividad contractual, pues hasta ese momento se había exigido, aún para el resarcimiento de daños derivados de productos defectuosos a la

duce en una sentencia de la corte del Mississipi en 1927 (*Coca-Cola Bottling Works v. Lyons*, 145 Miss. 876, 111 So. 305 (1927) en la forma de una garantía que corre con los bienes, análogamente a las obligaciones que corren con el terreno. V. Prosser, *"The fall of the citalel", cit.*, p. 800.

[14] En el caso *Baxter v. Ford Motor Co.* (179 Wash. 123, 35 P 2d 1090 (1932)), se extienden los efectos de la *express "warranty"* a todos aquellos que han depositado su confianza en las promesas inequívocas realizadas en la fase previa al contrato. De otra parte, la sentencia recaída en el caso *Henningsen v. Bloomfield Motors Inc.* (32, N.J. 358, 161 A 2d 69 (1960)), extiende los efectos de la *implied "warranty"* a todos aquellos productos susceptibles de generar daño, lo que ha dado lugar a reforzar las normas impuestas por vía legislativa.

[15] V. *supra*, 111 NE 1050 (1916) en la Primera Parte del trabajo. En el caso se autoriza a la víctima la opción por la vía de la responsabilidad extracontractual, otorgándosele el resarcimiento sobre la base de la *culpa*. Se asegura de ese modo el resarcimiento de los daños a toda víctima que haya sufrido un daño derivado de producto defectuoso, trátese del directo adquirente, miembros de su familia, personas que habitan en su domicilio.

luz de la culpa, la existencia de un vínculo contractual entre la víctima y el fabricante[16].

Como se observa, hasta esa trascendente decisión de la jurisprudencia norteamericana, era notable la implicación histórica entre la responsabilidad contractual y la delictual. Se explica consecuentemente que la extensión que experimenta la responsabilidad extracontractual se deba en buena parte al haber trastocado el vínculo contractual, sin dejar de lado el hecho que la culpa constituya en el derecho anglosajón un *tort* autónomo[17] y no como en el sistema del *civil law*, un presupuesto de la responsabilidad por culpa.

No obstante constituir en ámbito extracontractual, el comportamiento del causante del daño, el objeto de examen en el juicio de responsabilidad, como se ha observado oportunamente, el criterio de evaluación de aquel deber de diligencia era estrictamente objetivo y basado sobre consideraciones externas al sujeto de cuya responsabilidad se trataba. El parámetro objetivo de comparación era el del 'hombre razonable' (*reasonable man*) del common law.

La evaluación del comportamiento del fabricante *in abstracto* ha conducido en cierta medida la responsabilidad del productor por los cauces de la responsabilidad objetiva. En este proceso de objetivación de la responsabilidad, la atención va colocada sobre la noción de 'riesgo del producto'. Así, el productor debe comportarse razonablemente en relación a los riesgos que ha debido razonablemente tomar en consideración[18].

Viene a reforzar la afirmación de la objetividad en la determinación de la culpa, la definición normativa de una serie de deberes de diligencia con respecto a productos particularmente peligrosos, siendo la inobservancia de tales deberes sancionada con la indemnización.

§ La responsabilidad objetiva del productor, régimen al que arriba el derecho norteamericano de la responsabilidad del productor, hallando consagración a nivel jurisprudencial a través de la difundida sentencia recaída en el caso *Greenman v. Products Inc.* (1963) y sucesivamente, al ser acogida en la S. 402A *Restatement* (*Second*) *of torts* (1965), presenta una naturaleza híbrida, como lo ha destacado la propia doctrina norteamericana. De consecuencia, refleja notas características de los sistemas tradicionales de la responsabilidad. En razón de lo cual, es posible extraer

[16] Efectivamente, en el s. XIX los efectos del contrato alcanzaban a todas las obligaciones que se desprendían de la actividad del vendedor o del fabricante.

[17] Prosser, *Law of torts, cit.*, p. 142.

[18] Harper & James, *cit.* por Y. Markovits, *op. cit.*, p. 20.

aquellas notas comunes a todos ellos. Así, de un lado, las que conciernen a la identificación en la figura del productor el responsable de los daños generados por el producto defectuoso. No obstante que el texto del *Restatement of torts* (*Second*) y posteriormente del *Restatement of torts* (*Third*) (1998) extiendan la responsabilidad a la figura general del vendedor –*seller*–, terminología con la cual, se incluye a todos los miembros de la cadena productivo-distributiva. De otro lado, es posible extraer como notas símiles a todos los sistemas, las que conciernen a la naturaleza de la responsabilidad del productor.

Primero, en la responsabilidad contractual –a la superación del principio de la relatividad contractual–, y posteriormente también, en ámbito de la culpa, se reconoce que el productor que ha participado en el diseño y en la fabricación propiamente dicha, debe responder por el daño generado por el producto. Ciertamente, en el área de la culpa, viene examinado el comportamiento del fabricante sea en fase de diseño como de fabricación del producto. Consagrando la responsabilidad objetiva, la sentencia recaída en el caso *Greenman* hace énfasis en el hecho que es sólo el fabricante quien se halla en condiciones de adoptar las medidas preventivas contra los vicios de los productos antes de introducirlos en el mercado.

El momento de la introducción del producto en el mercado, como momento en que el fabricante pierde el control de su producto, viene a representar un criterio mayoritariamente aceptado por la jurisprudencia y doctrina norteamericanas a los fines de establecer la responsabilidad del productor, no sólo en los sistemas tradicionales de la responsabilidad, sino también bajo el ámbito de la responsabilidad objetiva. Ciertamente, como se ha referido a su tiempo en este trabajo, han habido opiniones a favor de la consideración del momento en que se produce el daño, posición que no ha tenido mayores adhesiones de parte de la doctrina[19].

[19] En materia de responsabilidad contractual, lo que la sustenta es la prueba de la existencia de la garantía y del incumplimiento del vendedor. De modo que el hecho de introducir el producto en el mercado viene representado por el ponerlo a disposición del adquirente o intermediario. Se fija de ese modo el momento de la 'pérdida de control' del vendedor sobre el estado del producto.

La determinación del momento de la entrada en circulación adquiere relevancia mayor cuando se trata de ejercer la acción de regreso del vendedor contra el productor o bien, en materia de la acción por *culpa*, siendo sobretodo en esta última que la víctima debe probar que el daño sufrido se debía a la existencia de un defecto en el producto existente 'al momento en que salía del control del fabricante'. Escasamente las cortes norteamericanas han considerado el momento de la producción del daño, así se han orientado por la aplicación del *res ipsa loquitur* para inferir la existencia de control de parte del productor al momento de la comisión del acto negligente. V. *supra*, Primera Parte de este trabajo.

En lo que respecta a la naturaleza de la responsabilidad del productor a la luz de la responsabilidad objetiva que consagra la S. 402A del *Restatement* (*Second*) *of torts*, que se toma como hito de significativa importancia en la evolución del derecho norteamericano en la materia, se observa que dicho texto ha contemplado un principio general de responsabilidad del productor –más bien, del vendedor (*the seller*)–, sin mayores elementos de juicio para su aplicación, situación que no se ve mejorada por los *comments* a dicha sección. Ha sido la jurisprudencia que se ha hallado frente al difícil problema de dar una solución al caso concreto adoptando la línea señalada por dicho *Restatement*, unas veces aproximándose a la naturaleza contractual de la garantía *(warranty)* otras, a la culpa de la responsabilidad extracontractual, con las consecuencias obvias que un principio así establecido podía acarrear, conforme se ha observado en la Primera Parte de la investigación.

Como se ha destacado en varias ocasiones, la responsabilidad objetiva del productor es el resultado a que arriba la jurisprudencia norteamericana a través de la desaplicación de los principios propios de los regímenes clásicos de la responsabilidad civil, tomando de ellos cuanto pueda ser útil a la concesión de la reparación de los daños derivados de productos defectuosos, animada por un espíritu de protección del interés público a la vida y la salud de los individuos, que realiza a través de la seguridad de los productos que se introducen en el mercado. De todo ello, resulta este tipo de responsabilidad especial, la responsabilidad objetiva, que no es propiamente una responsabilidad absoluta en el sentido que baste la producción del daño para imputar la responsabilidad al productor. Ni se basa en la violación del deber de diligencia de la responsabilidad por culpa[20].

En sustancia, se trata de una responsabilidad de naturaleza extracontractual y objetiva, cuyo fundamento recae sobre el defecto del producto como hecho desencadenante del daño. Ahora bien, no obstante haber sido de esta manera aceptada la naturaleza de la responsabilidad objetiva del productor, la doctrina norteamericana y la propia jurisprudencia progresivamente dejan notar las dificultades que la indeterminación de la noción de defecto comportaba en la solución del caso concreto. No en todos los casos podía tenerse en cuenta los mismos criterios para su evaluación[21].

[20] Para Prosser, la teoría de la responsabilidad objetiva extracontractial viene a sustituir a la teoría de la garantía *(warranty)* cuyo nacimiento constiuía el resultado híbrido de un recorrido ilegítimo de los *torts* y *contracts*. En sustancia, el jurista norteamericano halla en la nueva responsabilidad del productor una aproximación estrecha a la *"warranty"*. Cfr. Prosser, *"The fall of the citadel"*, *cit.*, p. 800 ss., 833.

[21] Se remite a la Primera Parte de este trabajo en lo referente a los debates en torno a la noción de defecto en el derecho norteamericano y problemas de incerteza que ello generaba.

Tales fueron las dificultades que comportaron una sentida presión en los juristas norteamericanos para la elaboración del *Restatement* (*Third*): *Products liability* (aprobado por el A.L.I. en 1998), en el cual, se adopta una solución equilibrada en la materia, siempre a la luz de la responsabilidad objetiva[22], donde la noción central del sistema de la responsabilidad del productor continúa siendo como en la S. 402A del precedente *Restatement*, la noción de defecto.

Se trata en efecto, del elemento que pone en énfasis la naturaleza objetiva de la responsabilidad objetiva del productor, para cuya operatividad interesa que se acredite el defecto del producto y no el origen del mismo, como el preciso acto o hecho que lo originó, tal el caso de la negligencia de un dependiente al interno de la estructura organizativa de la empresa productora. Desde esta perspectiva asume relevancia en el juicio de responsabilidad el producto en sí mismo y no la conducta de quien pudo haberlo generado[23].

Sin embargo, la evolución que ha observado la jurisprudencia norteamericana en la aplicación de la noción de 'defecto', como ha sido verificado oportunamente, ha suscitado dudas con respecto a la objetividad de dicha noción, en la medida que venían inevitablemente en consideración apreciaciones que apuntaban a las expectativas del consumidor en cuanto a la seguridad del producto. Tal indeterminación del concepto de 'defecto' resultaba reforzada por las propias consideraciones contempladas en los comentarios a la mencionada S. 402A, como la explicación dada a la expresión contenida en el texto, a saber "irrazonablemente peligroso" *(unreasonable dangerou)*, sobre la base de las expectativas legítimas del consumidor medio respecto a las condiciones del producto. O como otro comentario precisaba explicando *contrario sensu* cuando un producto no es defectuoso, refiriéndose a la seguridad que ofrece para el 'uso normal' del mismo, siendo en este caso notable la aproximación a la noción de vicio de la responsabilidad contractual[24]. De otro lado, se ha considerado que el 'uso normal' quiere significar el 'uso previsible por el fabricante', y

[22] V. Primera Parte de este trabajo.

[23] Una tendencia jurisprudencial ha destacado el carácter objetivo del defecto del producto, precisándose que la atención en el proceso de responsabilidad objetiva debe ser colocada sobre la condición intrínseca de dicho producto. En este sentido: Cfr. *Barker v. Lull Engineering Co. Inc.* (1978), *cit. supra*, Primera Parte de este trabajo.

[24] La explicación contenida en el *comment i* a la S. 402A del *Restatement* (*Second*) *of torts*: V. *supra*, Primera Parte de este trabajo. El *comment* h explica que "un producto no es defectuoso cuando es seguro en su uso normal y consumo"(*Ibidem*).

es en este sentido que se ha orientado la mayor parte de la jurisprudencia norteamericana.

Como se observa, la noción de 'defecto' venía de ese modo impregnada de una subjetividad que en la idea original de la responsabilidad objetiva no fue tomada en consideración por los defensores de la nueva doctrina.

1.2 *La influencia de la American responsabilidad del productor en el derecho europeo de la responsabilidad del productor*

Habiendo el derecho norteamericano tenido que afrontar el problema de la tutela de las víctimas de daños que acarreaba inevitablemente el desarrollo industrial y consecuentemente la masificación de la producción y distribución de los productos, y emprendido en ese sentido un proceso de desarrollo con respecto a la responsabilidad del productor, con años de diferencia de anticipación en relación al caso europeo, se venía de ese modo a configurar un modelo de sistema que podía servir de punto de referencia al derecho europeo.

Ciertamente, como se ha subrayado oportunamente en la primera parte de la presente investigación, la evolución de la conocida como responsabilidad del productor norteamericano (*American products liability)*no ha sido pacífica. En efecto, se ha notado la decidida tendencia a la onjetización de la responsabilidad del productor, emprendida por la jurisprudencia y reforzada por la doctrina norteamericana, movidas por un espíritu de reestablecer de alguna manera el equilibrio violentamente quebrado por la explosión del desarrollo industrial con respecto a los derechos fundamentales de los consumidores-víctimas, la vida y la salud.

Se precisa, dicha evolución no ha sido pacífica, pues dada la configuración de la estructura del sistema judicial en los Estados Unidos, impreso de la división política estatal, resulta que cada Estado en la práctica ha desarrollado normas específicas o asumido una orientación particular según las exigencias presentes en esa demarcación política. En este sentido, hablar de un sistema de responsabilidad civil del productor único en los Estados Unidos, es no reconocer la realidad compleja que por esas profundas notas características, entre otras de relevancia, que marcan diferencias de tendencia, hacen de la experiencia jurídica norteamericana en esta materia una realidad particular. La experiencia norteamericana sobre la responsabilidad del productor es el resultado de la consideración del derecho de todos los Estados, cada uno con sentencias que han determinado los pasos evolutivos en la materia.

Sin embargo, esa diversificación al interno de la experiencia norteamericana edificada sobre una estructura de base con características marcadas que identifican el contexto norteamericano, no quiere decir, que no sea posible delinear una suerte de modelo en base a las orientaciones jurisprudenciales y doctrinarias que han predominado en ese derecho. Indiscutiblemente, el propio *Restatement of torts*[25] el segundo y el tercero que han sido tenidos en consideración en el desarrollo del presente trabajo, constituye un índice de gran relevancia en el conocimiento del estado actual del derecho norteamericano en la materia.

Como bien se ha podido apreciar en la primera parte de esta investigación, la experiencia norteamericana sobre la responsabilidad del productor presenta connotaciones particulares debidas en gran parte a la configuración del sistema jurídico estadounidense y a los cauces que ha tomado el desarrollo económico a nivel de producción y distribución de los productos. Todo ello hace del sistema norteamericano un sistema explicable por sí mismo y para sí mismo.

No obstante, para afirmar que la evolución del derecho europeo de la responsabilidad del productor, el cual, alcanza un punto de concreción legislativa a través de la Directiva Comunitaria 85/374, ha recibido la influencia de la experiencia norteamericana, es necesario afirmar la existencia de elementos que permiten una aproximación de ambas experiencias en cuanto se refiere a la base ideológica de un sistema de responsabilidad del productor y al respectivo régimen jurídico.

En esa lógica, se destacará a continuación aquellos aspectos que explican la influencia de la experiencia norteamericana sobre el derecho europeo.

§ El hecho de la necesidad de hallar una solución al problema de los daños generados por el proceso de producción y distribución de masa de los productos ha significado un esfuerzo de adaptación del sistema jurídico al desarrollo galopante de la economía en los Estados Unidos, necesidad que viene también experimentada en ámbito europeo aunque años después con relación al proceso emprendido en América. El desarrollo económico en los Estados Unidos ha condicionado en modo determinante la evolución de la responsabilidad del productor.

[25] El *Restatement* es el producto más importante de la doctrina jurídica de un país de *common law*. Refleja el estado actual del derecho jurisprudencial recogiendo las orientaciones de los derechos estatales, respecto de las diversas materias jurídicas sobre las cuales se ha alcanzado cierto consenso. Su elaboración se halla a cargo del *American Law Institute*. Para un conocimiento más detallado, se lea: Mattei, U., voz *Restatement*, en *Digesto delle discipline privatistiche*, Utet, 4° ed., 1998, p. 417.

En ese sentido, como se ha señalado en precedencia, la experiencia europea podía considerar la experiencia norteamericana como un modelo de desarrollo económico que podía tomar como punto de referencia, cuando ella emprende la propia vía. Se haga memoria de las razones y el modo con que en América se produce la adaptación del derecho a las necesidades que suscitaba el proceso de masificación de la producción.

En efecto, como se ha indicado, la experiencia norteamericana representa la primera en el mundo en dar soluciones específicas al problema de la responsabilidad del productor, como consecuencia de las exigencias que planteaba el desarrollo de la producción industrial con respecto a los daños derivados de productos defectuosos. Sucesivamente, el resarcimiento de los daños halló en el sistema judicial norteamericano el medio idóneo para la multiplicación del número de causas, favoreciendo ese crecimiento las notas particulares con que funcionaba el sistema de los seguros[26]. El carácter masivo de la producción y del consumo hallaba su correlato en el carácter colectivo de los daños a que ello dio lugar. Ello demandó una respuesta inminente de parte del derecho.

§ La respuesta del derecho al proceso de evolución económica en los estados Unidos, como se desprende de lo expuesto en la Primera Parte de este trabajo, se orientó en el s. XIX a afirmar el desarrollo de la industria. Así, dicho proceso de evolución vino justificado a través del principio de la *privity* en materia contractual y el de la culpa en ámbito de responsabilidad delictual.

Una vez afianzado ese proceso de desarrollo, en el s. XX el derecho orienta su mirada hacia la situación de la víctima de los daños resultantes de dicho proceso. Era una necesidad adoptar y poner en marcha una política de tutela de las víctimas de productos defectuosos. En esa perspectiva se asiste a lo que Prosser denominó *"The assault of the citadel"* (1960), y posteriormente *"The fall of the citadel"*(1966), títulos de dos difundidos artículos del autor[27], explicando la erosión del sistema tradicional contractual y delictual, a través de la acción decidida de la jurisprudencia norteamericana, para cuya ilustración se remite a los aspectos que se ha destacado en el punto precedente (1.1) con respecto a las decisiones juris-

[26] V. Primera Parte de este trabajo, el punto referente a la teoría de la crisis del sistema de daños en los Estados Unidos.

[27] Prosser, W., *"The assault of the citadel"*, cit., Primera Parte de este trabajo; *"The fall of the citadel"*, Ibidem.

prudenciales que han marcado el paso de la evolución de la responsabilidad del productor en norteamérica[28].

En sustancia, existe una relación estrecha entre la evolución económica experimentada en los Estados Unidos y desarrollo de la responsabilidad del fabricante por productos defectuosos. Proceso de evolución en el cual, la jurisprudencia asume un rol determinante en la adopción de técnicas jurídicas, las que variaban según las exigencias que el caso representaba. Ello merced a la flexibilización del sistema del precedente en esta materia, sin lo cual, no habría sido posible la disponibilidad a la variación de las tendencias jurisprudenciales.

Pero debe hacerse énfasis que en dicho esfuerzo de adaptación a la realidad económica, la jurisprudencia norteamericana, reforzada por el trabajo paralelo y en el mismo sentido de parte de la doctrina, ha sido fuertemente motivada por el interés de proteger al consumidor-víctima, interés que inspira el movimiento de instauración y decidida difusión de la responsabilidad objetiva del productor, alcanzando consagración en la S. 402A del *Restatement* (*Second*) *of torts* (1965), bajo la idea motora que 'el fabricante debe responder de los daños que generen los productos defectuosos que pone en circulación'[29]. No será sino hacia los últimos años del s. XX, con la evolución que experimenta la aplicación de la responsabilidad objetiva del productor que se toma conciencia de que aquel interés de tutela no debe ser más unívoco, en la medida que se aspira al restablecimiento del equilibrio de los intereses de los consumidores-víctimas de los daños de productos defectuosos y los del productor a la prosecución de su actividad empresarial, vale decir, se trata de no exacerbar la tutela de un interés en desmedro del otro[30].

[28] Y para un examen en extenso, V. *supra*, Primera Parte.

[29] Ya la *concurring opinion* del juez Traynor de California, en la sentencia recaída en el caso *Escola v. Coca Cola Bottling Co.*, 24 Cal. 2d 453, 462, 150 P.2d 436, 441 (1944), destacaba la exigencia dirigida al fabricante por tutelar la seguridad pública, garantizando la inocuidad de sus productos. Opinión que hacía énfasis en la responsabilidad económica y al mismo tiempo social del fabricante con respecto a la prevención de los riesgos, y consiguientemente en la necesidad de establecer una responsabilidad objetiva. Fundamentos que son adoptados y desarrollados, en un paso sucesivo, por la sentencia recaída en el caso *Greenman v. Yuba Power Prod. Inc.* (1963) y posteriormente en el *Restatement* (*Second*) *of torts* (1965).

[30] Ha sido a raíz del incremento desmesurado de un lado, de las sumas que las cortes norteamericanas concedían como resarcimiento de los daños derivados de productos defectuosos, de otro lado, de las causas iniciadas por dicho concepto, y paralelamente el incremento excesivo de las primas de seguros, que se alcanza un nivel que los estudiosos norteamericanos han calificado como 'crisis del sistema de *torts*', que se produ-

Es justamente dicha aspiración por el equilibrio de los intereses, de los consumidores y de los productores (precísese *sellers* en general en el derecho norteamericano) que viene expresamente considerada en el preámbulo del *Model Uniform Liability Act* (1979)[31].

En efecto, el preámbulo de dicho proyecto de ley uniforme señala expresamente como "... objetivos principales proveer a un justo equilibrio de los intereses de los usuarios como de los vendedores de los productos y eliminar la confusión e incerteza existentes sobre los respectivos derechos y obligaciones". Seguidamente se precisa que "la realización de esos objetivos permitirá asegurar un resarcimiento adecuado a las víctimas de daños generados de productos irrazonablemente inseguros y, en segundo lugar, hacer del seguro de responsabilidad del productor, uno más accesible y adecuado, a través de una mayor estabilidad en las primas e indemnizaciones". Ha sido puesto en relieve que, la importancia que este proyecto de ley coloca en incrementar el grado de certeza en el proceso de responsabilidad del productor *litigation* viene temperada con el reconocimiento de que si fuera adoptado dicho texto por todos los Estados americanos, su aplicación puede variar en diversos aspectos según cada Estado[32].

§ En Europa, la evolución que experimenta la responsabilidad del productor se orienta, como en la experiencia norteamericana, por los cauces de adaptación al desarrollo económico, como se infiere de los propios considerandos de la Directiva Comunitaria 85/374. El haberse arribado a la adopción de un texto comunitario con el régimen que consagra, denota que la vía de esta fase de la evolución se orienta hacia el establecimiento de un equilibrio de los intereses del consumidor y los del productor, lo que se desprende fundamentalmente del 7° considerando de la Directiva, de la referencia expresa a una "justa distribución de los riesgos entre la

ce hacia la década del setenta. Todo ello comporta un repensamiento de las bases del sistema de la responsabilidad del productor, surgiendo como respuesta diversas propuestas legislativas de reforma del sistema en los diversos Estados de norteamérica. V. *supra*, Primera Parte del trabajo.

Para un cuadro más detallado sobre el proceso de reforma de la responsabilidad del productor en los Estados Unidos, V. Schwartz, V. - Behrens, M., *"Federal product liability reform en 1997: history and public policy support its enactment now"*, en Tenn. L. Rev., vol. 64, 1997, p. 595 ss.

[31] Proyecto de ley uniforme en los Estados Unidos, publicado por el Ministerio de Comercio el 31 de octubre de 1979, y puesto a disposicón para su adopción de parte de los Estados.

[32] Cfr. Owen, D. - Montgomery, J. - Page, K., *Responsabilidad del productor and safety, cases and materials*, 3° ed., New York, 1998, p. 476 ss.

víctima y el productor". Esta es la idea de base que parece sostener el nuevo régimen comunitario sobre la responsabilidad por daños derivados de productos defectuosos, aún si del texto normativo se pueda inferir su similitud al principio de responsabilidad contemplado por la S. 402A del *Restatement (Second) of torts*, texto que como ha sido subrayado en precedencia, denota una posición de favor hacia la víctima de daños derivados de defectos en los productos, no obstante las dificultades que su aplicación ha comportado, por lo genérico y escasísima precisión conceptual de sus comentarios.

§ Del examen llevado a cabo en el primer capítulo de esta Segunda Parte de la investigación, sobre la experiencia italiana de la responsabilidad del productor, tomado como un caso concreto de la realidad europea sobre la evolución que ha tenido esta materia en ámbito continental, se desprende la respuesta del derecho hacia los cambios que genera el desarrollo económico, vale decir, la producción y distribución de productos a gran escala, ante las consecuencias que ello comportaba, o sea, daños resultantes de productos defectuosos. Si bien es cierto, las notas distintivas del sistema jurídico italiano difieren por naturaleza del sistema de *common law* estadounidense, pues, como se ha afirmado y desarrollado en la Primera Parte del trabajo, este último presenta elementos que responden solamente a la singular realidad norteamericana –tal como la estructura del sistema judicial–, también lo es que a la base de las primeras orientaciones doctrinarias radica un espíritu de tutela de las víctimas de los daños generados por productos defectuosos. Como se puede bien notar en la línea doctrinaria italiana, que propugna el establecimiento de una responsabilidad objetiva del productor, hay una decidida influencia de los adelantos alcanzados por el derecho norteamericano. La jurisprudencia italiana, en cambio, se ha mostrado sumamente cauta para dejarse fácilmente influenciar con las nuevas ideas que venían de la otra parte del océano, habiéndose mantenido dentro de los cauces permitidos por el código civil, no obstante las interpretaciones extensivas de las normas sustantivas para adecuarlas a un fenómeno propio de la segunda mitad de este siglo en Europa, como es la producción y consumo de masa.

De tal inadecuación de las normas del código civil a la nueva realidad de daños generados en un contexto económico diverso al tradicional, caracterizado éste último por las relaciones interindividuales, las que divergen de las connotaciones colectivas del daño derivado de producto, emerge la necesidad en ámbito comunitario de disciplinar en modo especial la responsabilidad por daños derivados de productos defectuosos. En efecto, se arriba a la dación de la mencionada Dir. C.E.E. 85/374.

Como se desprende del examen de la experiencia italiana en la materia, la idea de base de adaptación a la nueva realidad económica como la necesidad de brindar una adecuada tutela al consumidor-víctima, ha alimentado la evolución de la responsabilidad del productor en ese contexto jurídico. Ahora bien, cómo se respondió a la nueva realidad de daño derivado de producto, remite a lo que se ha examinado en el primer capítulo de esta Parte, dedicado a la experiencia italiana.

Se destacan a continuación aquellas notas que, además de indicar una visible flexibilización que ha experimento el sistema anglosajón, hecho que salta a la luz del examen realizado sobre la evolución de la responsabilidad del productor en norteamérica, y representar en cierta forma una disminución de su distancia tradicional respecto al sistema del *civil* law, explican la viable influencia que ha ejercido y puede continuar a hacerlo el derecho norteamericano en el derecho europeo de la responsabilidad del productor.

§ En efecto, un índice de relevancia indicativo de ese proceso de flexibilización del *common law* viene configurado por la pérdida de rigidez del precedente. Ciertamente, de cuanto se ha examinado sobre la evolución que ha operado a nivel jurisprudencial en materia de responsabilidad del productor[33], puede desprenderse la constante renovación de la jurisprudencia norteamericana, variable según el derecho de cada Estado, con sentencias que, atendiendo a las circunstancias del caso concreto, tantas veces contenían pronunciamientos imprevisibles o que cambiaban la precedente orientación jurisprudencial en una dimensión de 180°. Baste para verificar esta aseveración remontarse a los casos que han marcado los principales hitos de la evolución de la responsabilidad del productor en los Estados Unidos (tal el caso *Mac Pherson, Henningsen, Greenman*).

En dos palabras puede calificarse dicha situación como una de 'falta de uniformidad' de la jurisprudencia, ergo, la autoridad del "precedente" viene superado, al menos como se aprecia en el ámbito que interesa a la investigación, a través de la flexibilidad y diversidad del derecho de cada uno de los Estados. Es indudable que fuera de estas condiciones la *American responsabilidad del productor* no habría llevado adelante su desarrollo en respuesta a las exigencias suscitadas por los cambios económicos y sociales, en el modo como efectivamente lo ha evidenciado.

No obstante la referida variabilidad de las orientaciones jurisprudenciales que ha caracterizado la evolución de la responsabilidad del productor en norteamérica, o frecuencia de los famosos *revirements* jurispru-

[33] V. Primera Parte de este trabajo.

denciales, la doctrina ha seguido atentamente esa evolución, explicando la *ratio* de las sentencias y lo que es importante, poniendo de relieve los nuevos principios que venían configurándose, reflexionando sobre los nuevos conceptos emergentes, y extrayendo los criterios que han servido a los jueces para la decisión del caso concreto. En este sentido, puede decirse que merced a un esfuerzo en sintonía de la jurisprudencia y doctrina norteamericanas, ha sido posible la configuración de los llamados *estándares* de evaluación para establecer la existencia concreta del defecto del producto, y cuya determinación, en la medida que no se cuente con parámetros objetivos de comparación, se convierte en una ardua tarea para el juez, como ya se ha examinado en la Primera Parte de la presente investigación.

§ Ahora bien, en cuanto resulta de interés a la influencia que puede ejercer la responsabilidad del productor norteamericano en el derecho europeo, son precisamente los aspectos afianzados de la evolución en el contexto norteamericano, como los considerados en el parágrafo precedente, los que se tienen en cuenta en tanto constantes en un modelo que, como el americano, constituye un punto de referencia importante, para los demás sistemas jurídicos, sobretodo por su "antigüedad" con respecto a otras experiencias jurídicas, lo que presupone un recorrido evolutivo cuyo estudio comparativo puede reportar valiosos beneficios a los sistemas que han afrontado y hoy prosiguen una propia vía evolutiva o a los que afrontan aún limitadamente el problema de la responsabilidad del productor en los tiempos actuales.

En ese sentido, y atendiendo a las respuestas que ha dado el derecho tanto en Europa, tomando como caso concreto, como se ha optado en este trabajo, la experiencia italiana, como en América, con respecto a los daños resultantes de la circulación de productos defectuosos, en las que se halla cierta similitud en cuanto a su orientación de tutelar al sujeto más débil en la relación productor-consumidor, ciertamente sin desatender el peso de las profundas diferencias que marcan las condiciones propias del derecho norteamericano, que condicionan una difícil comprensión aunque no un imposible conocimiento general del mismo, finalmente y con razón, se puede considerar que el derecho norteamericano constituye una fuente de la Directiva Comunitaria 85/374. Se atribuye justamente a la peculiaridad de la evolución de la responsabilidad del productor norteamericano que tiene lugar en un contexto jurídico diverso a la realidad europea, la dificultad de trasplantar regímenes jurídicos de un contexto a otro completamente ajeno a aquél. En efecto, la norma es que un determinado régimen sea el producto y cuanto tal, exprese las exigencias emergentes de una cierta realidad social.

A este punto, se está en grado de afirmar que, si bien la Directiva 85/374 sobre la responsabilidad por daños derivados de productos defectuosos, contiene un régimen cuyo principio de base prácticamente replica cuanto había sido previsto en la S. 402A del *Restatement (Second) of torts*, vale decir, un régimen objetivo de responsabilidad del productor, su impacto en la realidad europea que se verifica con su aplicación en los Estados miembros, tendrá una evolución determinada por las connotaciones que caracterizan el sistema de la responsabilidad civil en Europa.

No obstante, es indiscutible que la influencia de la experiencia norteamericana halla concreción expresa en el texto de la normativa comunitaria en referencia. No negándose que dicha influencia ya venía trasluciendo con precedencia a la Directiva, a través de los trabajos doctrinarios sobre la responsabilidad del productor, como ha sido posible verificar en el caso italiano que se ha examinado en la presente investigación. Las orientación de la jurisprudencia, siempre considerando la órbita italiana, hacia la flexibilización de la tarea probatoria de la víctima de daños derivados de producto no es sino síntoma, entre tantos otros, de la inadecuación de las normas existentes frente a los daños fruto del proceso de producción y distribución.

La utilidad del modelo norteamericano en la experiencia europea, radica en la evolución que han experimentado las nociones introducidas en el nuevo régimen, fruto del trabajo jurisprudencial y doctrinario, como ha venido precisado repetidas veces. De modo que los logros alcanzados o las fases de la evolución ya superadas en la experiencia estadounidense representan datos valiosos de no descuidar en el examen de la experiencia europea. He allí el valor de la experiencia jurídica norteamericana como instrumento de comparación.

2 *Fundamentos, contenido y confrontación de la Directiva Comunitaria n° 85/374 con la experiencia norteamericana*

La Directiva Comunitaria sobre los daños derivados de productos defectuosos, se inscribe dentro de un vasto y ambicioso programa de tutela del consumidor, como lo demuestra la rica actividad comunitaria que precede esta Directiva[34], y desde esta óptica se afirma su *fundamento social*[35]. Ese

[34] V. *supra*, n. 377. Entre los principios que se hayan a la base de la Comunidad Económica Europea orientados a la realización de un Mercado Único Europeo se consideran: la libre circulación de bienes y servicios, la promoción y mantenimiento de la competencia entre los productores y distribuidores, y la protección del consumidor.

Para la consecución de esos objetivos, la Comunidad ha emprendido la tarea de proyectar y establecer los derechos y obligaciones de los productores y distribuidores con respecto a la 'seguridad' de los bienes y servicios que ellos ponen en circulación, así como la responsabilidad que tales sujetos asumen por los daños que puedan generar a la persona o a la propiedad del consumidor.

En ese sentido, se ha elaborado un programa de Directivas que como tales, deberán ser aplicadas por cada Estado miembro. En este marco se contienen tres medidas de gran relevancia. La primera corresponde a la Directiva 85/374 sobre la responsabilidad por daños derivados de productos defectuosos, adoptada por el Consejo de Europa el 25 de julio de 1985, la que debía ser aplicada por cada Estado miembro no más allá de tres años de su adopción. La segunda Directiva, la que viene a completar la precedente, en la medida que precisa los términos en los cuales se define un producto como 'inseguro', es la Directiva 92/59/CEE del Consejo de 29 de junio de 1992 (en G.U.C.E. n. L 228/24 del 11 de agosto de 1992), referido a la seguridad general de los productos, se inscribe igualmente al interno del vasto programa comunitario destinado a la definición de un eficaz sistema de calidad de los productos para la tutela del consumidor. La tercera medida viene dada por el aún propuesta de Directiva sobre la responsabilidad del prestador de servicios, presentada por la Comisión el 9 de noviembre de 1990 (en G.U.C.E. n. C 12/8 del 18 de enero de 1991), a la aprovación del Consejo Europeo, pero aún no ha sido adoptada. La propuesta ha despertado opiniones contrarias, por lo cual, se prevé sea enmendada antes de su aprobación.

Ciertamente, además de dichas medidas, existe todo un conjunto de disposiciones comunitarias referidas a los *estándares* de seguridad de determinados productos en sectores específicos, tales como legislación que establece requisitos especiales para ciertos productos, legislación en materia de productos agrícolas, legislación concerniente a la protección de la seguridad de los trabajadores, etc.

La Directiva sobre la seguridad de los productos no pretende interferir ni sustituir la legislación existente sobre la materia de la seguridad. Su objeto, como se contempla en el documento explicativo de la Comisión (Com 89) es "establecer como una norma básica residual, un denominador común general a toda la legislación específica sobre seguridad de los productos relativa a cualquier área ...".

Las tres medidas en referencia son complementarias. La Directiva sobre la responsabilidad por productos defectuosos, tal como su título lo señala, está orientada a la armonización de la legislación de los Estados Miembros en relación a la responsabilidad de los producores, importadores y distribuidores por los daños personales, muerte, y daño a la propiedad privada que causen los productos defectuosos que ponen en circulación en ámbito de la CEE. La vía para alcanzar dicho objetivo es la imposición de responsabilidad al productor que cause daño por el producto defectuoso que ha puesto en el mercado, independientemente de toda culpa. La Directiva sobre la seguridad de los productos, impone a los importadores, productores y distribuidores la obligación de producir y distribuir sólo productos seguros. La Directiva sobre la prestación de servicios, impone a los prestadores una responsabilidad similar a la impuesta por la Directiva de 1985, con respecto a los servicios que proveen. Pero a diferencia de la Directiva de 1985, la aún en proyecto, no impone una responsabilidad objetiva sobre el prestador de servicio que

programa de tutela es destinado a concretarse en cada uno de los Estados miembros, como el caso de Italia, a cuya experiencia en materia de responsabilidad del productor anterior a la aplicación de la Directiva se ha referido en el primer capítulo de esta Segunda Parte.

Es importante delinear el *fundamento económico y social* que sostiene la Directiva, el mismo que se desprende de los propios considerandos de su texto, por cuanto ello da la respuesta a las inquietudes que puede suscitar el contenido de esta normativa, al contemplar un régimen especial de res-

causa daño, sino prevé una inversión de la carga de la prueba, en modo que el prestador del servicio defectuoso podrá liberarse de responsabilidad demostrando que no se hallaba en culpa, dentro de lo que la propuesta de Directiva entiende por culpa.

De ese modo, habrán casos en los que serán aplicables más de una de las Directivas en mención; otros en cambio, en que no resultando aplicables, vienen en aplicación los derechos de cada Estado Miembro. Cfr. Geddes, A., *Product and Service Liability in the EEC, The new strict liability regime*, London, 1992, p. 1 ss.

La Directiva 85/374 ha sido introducida en los respectivos ordenamientos internos de todos los Estados Miembros, habiendo sido Francia, el último Estado en haber dado actuación a la presente Directiva (mediante ley n. 98-389 del 19 de mayo de 1998, publicada en JCP, 1998, I, 148).

[35] La Directiva, en efecto es concebida al interno de un extenso programa de protección del consumidor. Este programa considera el derecho a la protección de los intereses económicos como uno de los derechos fundamentales del consumidor (conforme a la Resolución del Consejo de 14 de abril de 1975, J.O.C.E. 25 de abril de 1975, n° C 92). La Directiva aplica el art. 2° del Tratado de Roma, referido a la promoción del desarrollo armonioso de las actividades económicas, en la medida en que considera necesario restablecer el equilibrio entre los distribuidores y los consumidores, equilibrio que ha tendido a quebrarse en favor de los distribuidores por el hecho de la evolución de las condiciones del mercado ... El consumidor ... aislado ... se ha transformado en elemento del mercado de masa(Resolución citada).

En ese sentido, el Parlamento Europeo (J.O.C.E. 10 de octubre de 1977, n° C 241, p. 25) había invitado a la Comisión y al Consejo a substituir la noción actual de defensa y protección de los consumidores por la más general y dinámica de 'promoción de los intereses de los consumidores'.

Precisamente, la restitución de ese equilibrio pasa por el derecho del consumidor a la reparación de los daños. A su vez, este derecho a la reparación de los daños sufridos por el consumidor, se incluye en el derecho a la protección de la salud y de la seguridad del consumidor, lo que constituye uno de los derechos fundamentales según el programa de la C.E.E. (Resolución del Consejo de 14 de abril de 1975, p. 2). La Directiva responde a una percepción diversa del 'consumidor' con respecto a la que ve el él sólo un simple comprador o usuario. En efecto, ve al consumidor como víctima de daños de productos defectuosos, lo que se desprende de las propias referencias explícitas a 'victima' en el texto del texto comunitario. Cfr. Markovits, Y., *op. cit.*, p. 91.

ponsabilidad del productor. Más aún si en dicho fundamento se halla la explicación de la diversidad del proceso de la Directiva, no obstante acoger el mismo principio objetivo de responsabilidad de la S. 402A del *Restatement* (*Second*) *of torts* (1965), con respecto a la evolución operada en la experiencia norteamericana.

El fundamento económico y social de la Directiva trasluce del primer considerando de la Directiva que a la letra señala:

> "... la aproximación de las legislaciones nacionales en materia de responsabilidad del productor por daños causados por el carácter defectuoso de sus productos es necesaria porque las diferencias existentes entre tales legislaciones pueden falsear el juego de la competencia y perjudicar la libre circulación de la mercadería al interno del mercado común, determinando una disparidad en el grado de protección del consumidor contra los daños causados a su salud y a sus bienes por un producto defectuoso".

En efecto, la Directiva tiene como objeto garantizar que todo consumidor en ámbito de la CEE acceda al mismo grado de protección en relación a los daños causados por productos defectuosos y que todo productor tenga el mismo deber de mantener el estándar de seguridad de sus productos.

Ese objeto parece realizable a través de la 'armonización' –nótese que la Directiva no alude a la uniformización, tal como se desprende del penúltimo considerando de su texto–, de los derechos internos de los Estados Miembros, orientada a asegurar que la responsabilidad por daños derivados de productos defectuosos no se convierta en un factor que obstaculice la libre competencia en el mercado así como la libre circulación de los productos[36].

He allí el doble *fundamento económico* de la Directiva, que si bien destaca a los fines de la realización del libre comercio a través de las fronteras de la CEE, no supera la preocupación por mejorar la situación jurídica de las víctimas de daños derivados de productos defectuosos (*fundamento social*). Se trata en efecto, de un texto complejo y equilibrado, en la medida que, como se ha destacado en varias ocasiones, tiene en cuenta los intereses de los consumidores-víctimas y de los productores.

Dado que las diferencias existentes en la legislación de los Estados Miembros de la CEE, deben ser eliminadas en cuanto afectan directamen-

[36] Cfr. Weber, Robert C., "E.C. Directive follows U.S. no-fault approach, but litigation is rare", en Nat'l L.J., dic. 23, 1991, p. 30.

te el establecimiento o funcionamiento de un Mercado Común, a lo que apunta el proceso de integración conforme a lo previsto por el Tratado institutivo de la C.E.E.[37], cierto es que, la Directiva de 1985 forma parte de aquellas disposiciones a que hace referencia el art. 100 del Tratado de Roma, en la medida que se propone concretar la armonización de las legislaciones en materia de daños derivados de productos defectuosos[38].

[37] Tratado que instituye la Comunidad Económica Europea, conocido como Tratado de Roma, G.U. 23 de diciembre de 1957, n. 317, supl. LEX 1958, I, 14. El art. 100 del Tratado constituye la norma en que se sustenta el proceso de integración europea. El mismo a la letra dispone: El Consejo, estando a la unanimidad, dicta las directivas para la aproximación de las disposiciones legislativas, reglamentarias, a dministrativas de los Estados Miembros, que tienen incidencia directa en el establecimiento o funcionamiento del Mercado Común.

La Corte de Justicia de la C.E.E. ha confirmado la interpretación en sentido amplio de los objetivos enunciados en el Tratado y la validez del recurso al art. 100 como instrumento de armonización de las disposiciones relativas a la protección de los consumidores, desde que la disparidad de las legislaciones internas implican distorsiones en la competencia. Cfr. Bourgoignie, T., *"Vers un droit européen de la consommation? Possibilités et limites"*, en *Rev. Trim. dr. europ.*, 1982, p. 26.

[38] Ciertamente, mientras que según el derecho de un Estado, la víctima puede obtener el resarcimiento de los daños derivados de productos defectuosos, sin tener que afrontar la difícil prueba de la culpa del productor, en otro le puede ser requerida dicha prueba.

Esas diferencias entre los derechos internos, vienen a afectar directamente el establecimiento y normal funcionamiento del Mercado Común.

De un lado, esa disparidad de tratamiento con respecto a un mismo supuesto de hecho, como es el daño de producto, puede afectar la libre competencia en el Mercado Común. Cierto es, que regímenes diversos en cuanto a la severidad de la responsabilidad que se impone al productor por los defectos de sus productos, genera costos diversos según los Estados, con consecuencias para los productores que se hallan en competencia con respecto de otros.

En efecto, cuando el productor responde independientemente de la culpa, el costo del daño sufrido por la víctima se traslada sobre él. El resarcimiento pagado forma parte de los costos de producción, y consecuentemente, pasa a ser parte del precio. Así, desde una perspectiva económica, el daño resulta diluído entre todos los productos, aún los carentes de defectos. De este modo, el productor puede calcular los posibles pagos por concepto de resarcimiento y protegerse para el futuro a través del seguro. Distinta es la situación, cuando el productor responde sólo si es culpable del daño. La dificultad de la prueba de la culpa ha sido tradicionalmente un factor a favor del productor.

Por tanto, las diferencias en los costos de producción, coloca a los productores en condiciones diversas con respecto a la competencia en el mercado.

De otro lado, la existencia de regímenes diversos de responsabilidad del productor, puede afectar la libre circulación de la mercadería. Así, la decisión del produc-

Sin embargo, si de una parte la Directiva establece un régimen nuevo de responsabilidad del productor a aplicarse en todos los Estados Miembros dentro de los fines de la referida 'armonización' de los derechos internos, de otra parte, despierta dudas sobre la consecución de dicho objetivo, el hecho que el texto comunitario libere determinados aspectos de la responsabilidad del productor a la disciplina de los respectivos derechos nacionales (art. 15 de la Directiva) o bien la opción que confiere a la víctima para valerse de la normativa comunitaria o del derecho interno vigente. Ello acarrea como consecuencia que se mantengan las diferencias de los costos de la responsabilidad entre un Estado y otro.

En efecto, la responsabilidad del productor tal como viene consagrada en la Directiva, consiste en aquella que resulta cuando un producto defectuoso que ha sido puesto en circulación en la CEE ha causado daños a las personas o a la propiedad privada. No se trata de la responsabilidad provocada porque el producto no satisface el uso para el cual lo ha destinado el productor. Ésta es la noción que tradicionalmente ha venido sirviendo de base para la imputación de la responsabilidad del fabricante en los derechos nacionales. Una noción que reporta a la idea de 'vicio' de la cosa, como viene entendido en ámbito contractual y claramente a las nociones de la garantía de comerciabilidad *(waranty of merchantability)* del derecho norteamericano. La Directiva define las 'circunstancias' en que tiene lugar la responsabilidad, el sujeto responsable y la extensión de dicha responsabilidad.

Fuera de la normativa comunitaria, el régimen de la responsabilidad del productor en los Estados de la Comunidad Europea varía en modo considerable, no obstante observarse una cierta tendencia jurisprudencial

tor de poner en circulación sus productos en un mercado determinado puede venir influenciada por esas diferencias de régimen. Y en opinión de la Comisión Europea, las decisiones económicas deben basarse en consideraciones económicas y no en consideraciones exclusivamente legales.

Se observa que como resultado de tales diferencias, la protección del consumidor asume matices diversos según el ordenamiento de cada Estado Miembro. Nuevamente se debe señalar que, bajo un régimen de responsabilidad por culpa (como en la mayor parte de las tradicionales legislaciones de los estados Miembros), la víctima se hallará en la dificultad de acreditar la responsabilidad del productor, y aún bajo una inversión de la carga de la prueba, el producotr hallará siempre el modo de liberarse de responsabilidad, probando que ha tomado las precauciones ordinarias para evitar la responsabilidad. Mientras en los regímenes que admiten una responsabilidad objetiva del productor, las víctimas de los daños de producto se hallan en una posición mejor para obtener el resarcimiento.

Cfr. Bull. des C.E., Commission des C.E., Responsabilité du fait des propduits, supplément 11/76, p. 13. V. Geddes, op. cit., p. 7-8.

hacia la responsabilidad objetiva. Pero es el propio sistema de daños que se distingue de Estado a Estado y ello indefectiblemente trasluce en materia de daños derivados de productos defectuosos.

La presente Directiva no viene a sustituir el derecho de cada Estado, sino establece un régimen especial de responsabilidad del productor. En ese sentido, se coloca al lado de la normativa interna vigente en los Estados Miembros. Una vez aplicada la Directiva mediante acto expreso, las víctimas de este tipo de daños producidos fuera de una relación contractual, puede invocar la aplicación de la ley que introduce el nuevo régimen en el Estado Miembro o bien, puede continuar invocando el derecho nacional. Sin embargo, la situación no será siempre tan homogénea, pues, aún cuando el nuevo régimen esté en vigor, será necesario considerar el derecho interno del Estado cuando las disposiciones de la Directiva no se apliquen al caso concreto o porque el derecho interno provee una alternativa más conveniente o una fuente de resarcimiento más amplia para la víctima. Además de ello, la propia Directiva hace remisión expresa en determinados aspectos de la responsabilidad al derecho interno. Así el caso del art. 5° referido a la responsabilidad solidaria, en la que las relaciones internas entre los sujetos responsables a los efectos de las acciones de regreso, serán regidas por el derecho nacional; mientras que el art. 8° prevé que no obstante el derecho nacional, la responsabilidad del productor no resulta disminuida cuando el daño se ha debido al defecto del producto y a la intervención de tercero. En cuanto a los daños resarcibles bajo el nuevo régimen, el art. 9° dispone que los daños morales son regulados por el derecho nacional.

Dicha observación se explica solamente si se tiene presente que la Directiva es el resultado de un 'compromiso' a que arriban los Estados luego de un largo proceso de intentos en la conjugación de los intereses de los productores y consumidores, y respecto de ello, entre los intereses de los propios Estados[39]. La historia de la Directiva de 1985 es la historia de la evolución del equilibrio de tales intereses y su texto definitivo es reflejo de las opciones adoptadas por el legislador comunitario en diversos puntos de la responsabilidad del productor, donde las imprecisiones

[39] Debe subrayarse que ningún grupo de productores se ha revelado partidario de la elaboración de una Directiva sobre la responsabilidad por daños derivados de productos defectuosos. Este problema se inscribe en las discusiones en torno al más amplio tema de la relación entre el derecho de la competencia y el derecho del consumo. Al respecto, se ha señalado que no sea cierto que, el derecho del consumo no pueda ser sino el producto de un derecho de la competencia estructurado. V. Markovits, Y., *op. cit.*, p. 84.

representan el nítido resultado del 'compromiso'[40]. En los casos en que la Directiva se aplique expresamente o por necesaria implicancia, los Estados Miembros no podrán alterar dicho equilibrio de intereses[41]. Además, el propósito de 'armonización' de las legislaciones en la materia no pretende alcanzar un nivel de competencia igualitario entre los Estados de la CEE, sino lo que se pretende en realidad, es el acceso de todos los Estados a la competencia[42].

De este modo se da una respuesta a las críticas suscitadas contra el texto de la Directiva en el sentido que señalan que ésta no realiza su objetivo fundamental, la aproximación de las legislaciones internas sobre la materia, estando a su coexistencia con los propios derechos internos. En efecto, la opción del legislador comunitario contribuye 'parcialmente' a los esfuerzos del proceso de integración europea. Sin embargo, tales dificultades son la natural consecuencia del 'compromiso' operado en la elaboración del texto definitivo de la Directiva.

2.1 *El proceso de elaboración de la Directiva difiere de la evolución de la 'responsabilidad del productor' en los Estados Unidos*

Como se ha destacado en el punto precedente (1.1), el derecho sobre la responsabilidad del productor en el sistema americano es un 'derecho estatal', es decir, que la evolución que ha experimentado esta materia tiene un recorrido propio en cada Estado. Ello, no obstante las expectativas de crear un régimen general, las cuales han sido canalizadas a través de los conocidos *Restatements*, textos que sin embargo, no vinculan a las cortes norteamericanas. De modo que, aún cuando la mayor parte de los Estados han adoptado el *Restatement* en materia de responsabilidad del productor, no se hallan vinculados por una legislación federal al respecto.

En cambio, el desarrollo que ha tenido la elaboración de la Directiva en Europa difiere sustancialmente del desarrollo de la responsabilidad del productor en norteamérica, pues, como se ha puesto de relieve, la Directiva sobre la responsabilidad por daños derivados de productos defectuo-

[40] La opción de fondo viene dada por el carácter suplementaro del nuevo régimen de la responsabilidad del productor, conforme se despende del tenor del art. 13° de la Directiva (art. 15° del D.P.R. 224/88 que aplica la Directiva en Italia). "Es el carácter suplementario una de las notas esenciales de la Directiva, sobre el cual descansa el entero texto". V. Ghestin, J., *"La directive communautaire du 25 juillet 1985 sur la responsabilité du fait des produits défectuoeux"*, D 1986, chron. p. 136.

[41] V. Geddes, A., *op. cit.*, p. 9.

[42] Cfr. Markovits, Y., *op. cit.*, p. 82.

sos se inscribe en un extenso programa europeo de tutela del consumidor, que ha previsto además otras normas comunitarias, de las cuales forma parte. A diferencia, de los *Restatements* en América, una Directiva del Consejo de Europa tiene efecto vinculante en los Estados de la Comunidad.

Lo que caracteriza el proceso de elaboración de la Directiva, es su transición por una serie de fases en las que los proyectos presentados para su aprobación, pasan por la evaluación de los otros órganos comunitarios. Así, los proyectos de Directiva requieren de algunos años para alcanzar la forma definitiva[43].

[43] En ese contexto de elaboración de la Directiva, el Parlamento como órgano que representa a los ciudadanos de la CE, presenta sus observaciones. La Comisión es un órgano cuyos miembros de toda Europa garantizan su independencia. El Consejo es el órgano comunitario que aprueba la Directiva por unanimidad de votos (cada país representa un voto). Cfr. Bernstein, A., *"Looking at Europe for the difference between strict and fault-based liability"*, en *14 J. Prod. L.*, 1992, p. 208.

En ese cuadro previo a la aprobación de la Directiva, el Consejo Europeo de Ministros recibe el primer proyecto de Directiva en 1976. Pero pasan varios años para que se inicie realmente la reforma de la responsabilidad del productor, promovida por los diversos órganos comunitarios, los que toman conciencia de la inexistencia de una adecuada tutela de los consumidores. Algunos entes comunitarios, se pronunciaron en el sentido que el primer *draft* de la Directiva era demasiado pro-consumer (Como el Parlamento Europeo se opuso a dicho primer proyecto por no haber contemplado el *'development risk defense'*). En efecto, ese primer proyecto imponía responsabilidad cuando un producto " no ofrece ... la seguridad que una persona puede legítimamente esperar"(Resolución del Consejo que comprende la opinión del Parlamento Europeo sobre la propuesta de Directiva de la Comisión presentada al Consejo, en art. 4°, 1979, O.J. (C127) 61). El Parlamento Europeo se opuso a dicho proyecto recomendando que la defectuosidad debe hallarse sólo cuando el producto ha sido usado para el fin para el que ha sido destinado; asímismo, sugirió que se deban considerar "todas las circunstancias, incluyendo la presentación del producto al tiempo en que ha sido puesto en circulación". Se note desde ahora que la versión final tomó en cuenta estas sugerencias.

Cabe señalar que el derecho alemán ejerció particular influencia en la evolución de los proyectos de la Directiva. Ciertamente, ha sido significativa la rección de Alemania con respecto a la crisis del sector farmacéutico. Alemania tuvo que afrontar el serio problema que planteó el resarcimiento de daños por defectos congénitos sufridos por niños hijos de madres que habían consumido durante el embarazo un fármaco conocido como *Thalidomide*. La respuesta de Alemania fue la dación de una ley que imponía responsabilidad objetiva por daños derivados de defectos en productos medicinales (*Gesetz zur Neuordnung des Arzneimittelrechts*, más simplemente *Arzneimittelgesetz*, abreviada *AMG*, promulgada el 24 de agosto de 1976, publicada en *Bundesgesetzblatt* del 1° de setiembre de 1976, n. 110, y entra-

Ante las sugerencias y recomendaciones formuladas por el Parlamento Europeo y por el ECSOC, con respecto al proyecto oficial de Directiva (1976)[44], la Comisión arribó a un compromiso sobre diversos aspectos de trascendencia. Respecto al controvertido tema de los 'riesgos de desarrollo', como cláusula de exoneración de responsabilidad, la propuesta de Directiva promulgada en 1985 había rechazado la introducción de dicha cláusula exoneratoria considerando que habría obstaculizado la responsabilidad del productor en perjuicio de los consumidores que habrían debi-

da en vigor el 1° de enero de 1978). La influencia de esa respuesta alemana al problema de la responsabilidad del productor ha sido reconocida en la opinión expresa de ECSOC (Comité Económico y Social de la CEE formado por los gobiernos en representación de los empleadores, trabajadores y del interés público) respecto a la propuesta de Directiva. Así, el derecho alemán y la Directiva vienen citados como ejemplos de que el régimen de la responsabilidad objetiva no ha sido perjudicial a los intereses de los productores.

El primer proyecto de Directiva obedecía a dos preocupaciones fundamentales de la Comisión: la dificultad que para las víctimas resultaba la prueba de la negligencia, mientras que para los productores era más fácil probar la no culpa.

Recibida la propuesta por el Consejo Europeo, según el art. 100 del Tratado de Roma, debía someterse a consulta del Parlamento y del ECSOC. Proceso consultivo que duró dos años. El Parlamento Europeo, consciente de la necesidad de armonizar la legislación en materia de responsabilidad del productor, planteó una serie de recomendaciones. Una de importancia era la concerniente a la inclusión de la exoneración del productor por 'riesgos de desarrollo', así propuso que no cabe la responsabilidad si el productor prueba que "el artículo no podía considerarse defectuoso a la luz del estado de desarrollo de la ciencia y de la técnica al tiempo en que el producto ha sido puesto en circulación". De ese modo el Parlamento pretendió limitar la responsabilidad del productor a los defectos conocibles, mientras la propuesta de Directiva aplicaba la responsabilidad objetiva aún cuando el productor no podía haber sabido que el defecto existía. Otra recomendación venía hecha en el sentido de permitir al productor afirmar la concurrencia de causas para reducir su responsabilidad. Mientras el ECSOC aportaba comentarios más en sentido de evaluación que polémicos; sus recomendaciones presentaban argumentos en ambos lados. Así, en materia de los 'riesgos de desarrollo'.

Cfr. Mottur, A., *"The European Product liability Directive: A comparison with U.S.Law, an analysis of its impact on trade, and a recommendation for reform so as to accomplish harmonization and consumer protection"*, en L.&Policy in Intern. Business, vol. 25, 1994, p. 989 ss.

[44] Propuesta de Directiva del Consejo relativa a la aproximación de las disposiciones legislativas, reglamentarias y administrativas de los Estados Miembros en materia de responsabilidad por daño de productos defectuosos, presentada por la Comisión al Consejo en fecha 9 de setiembre de 1976. Cfr. Bollettino delle Comunità Europee, Supplemento 11/76, texto citado en: Alpa - Besone, *"Il consumatore e l'Europa"*, *cit.*, p. 189 ss.

do soportar "el riesgo de lo desconocido". La versión definitiva del texto comunitario ha conferido a los Estados Miembros, una opción para acoger o no al momento que apliquen la Directiva en los respectivos ordenamientos internos, la referida cláusula de exclusión de responsabilidad[45].

En esa línea de compromiso, la Directiva confiere a los Estados Miembros la posibilidad de establecer un techo resarcitorio a la responsabilidad total del productor, siempre que no sea inferior a 70 millones de ECU[46].

El abanico de opciones que ofrece la Directiva a los Estados Miembros en materia de responsabilidad del productor, no es sino índice claro del grado en que la Comisión tuvo que adecuarse a las propuestas de modificación sugeridas por otros órganos de la Comunidad. Todo lo cual presupuso algunos años de espera para la aprobación final, después de varios años de la revisión inicial del Parlamento y del ECSOC[47].

2.2 *El contenido de la Directiva comunitaria frente al modelo norteamericano de la responsabilidad del productor*

No obstante que la Directiva 85/374 contempla un principio de responsabilidad objetiva del productor, bajo la perspectiva de armonizar la legislación sobre la materia de los Estados miembros, en términos que podrían calificarse de bastante símiles a los previstos en la S. 402A del *Restatement* (*Second*) *of torts* del derecho norteamericano –aunque si no representa la única autoridad en el derecho americano, pero ha sido acogido en diversas jurisdicciones americanas–, el mismo que consagra la responsabilidad objetiva del productor, existen importantes diferencias entre el modelo norteamericano y el régimen correspondiente instituido por la Directiva.

Si bien es cierto, ambos documentos representan para cada sistema, el europeo y el americano, hitos de gran significancia en la evolución del derecho de la responsabilidad del productor, también es cierto, y no debe perderse de vista este hecho, que las vías que han permitido alcanzar la conclusión de la Directiva en un caso, y de la S. 402A del *Restatement* en el

[45] Sólo Luxemburgo ha acogido la opción de excluir la cláusula exoneratoria por 'riesgos de desarrollo'. (Ley de aplicación de la Directiva de 21 de abril de 1989, publicada en *Memorial* del 28 de abril de 1989). España excluye esa cláusula exoneratoria sólo con respecto a los productos farmacéuticos y alimenticios (L. n. 22 del 6 de julio de 1994).

[46] Art. 16 (1) de la Directiva de 1985. El ECU es la Unidad Monetaria Europea creada en la década de los setenta en conformidad al proceso de integración europea.

[47] La Resolución del Consejo fue enmendada por el Parlamento Europeo en mayo de 1979. O.J. (C 27) 61, 1979. Cfr. Mottur, A., *op. cit.*, p. 992.

otro, son tan diversas como diversas son las características de desarrollo de cada sistema, sin que esta observación, reste importancia a un reconocimiento más general del hecho de la aproximación de los sistemas del *civil law* y del *common law*. La toma de conciencia sobre tales diferencias de base en el proceso de evolución en ambos casos, como bien se ha destacado en el desarrollo de la presente investigación, permite vislumbrar que las consecuencias del instaurarse un régimen 'objetivo' de responsabilidad del productor en Europa no serán necesariamente las que han sido afrontadas por el sistema norteamericano.

El propósito de este punto que se viene desarrollando es el de abordar el contenido de la Directiva en conjunto, de consecuencia, no se entrará en detalle en sus diversos aspectos pues ello va más allá del objeto de esta investigación, pero sí interesa poner de relieve qué tipo de régimen se introduce en los Estados miembros, sobre qué elementos se erige y cuáles son sus notas distintivas que permiten confrontarlo con el modelo norteamericano de la responsabilidad del productor.

De ese modo se tendrá el cuadro de base para proceder en la siguiente Sección de este mismo capítulo a examinar en específico la 'naturaleza jurídica' de la responsabilidad del productor, a la luz del marco del D.P.R. 224/88, ley que da aplicación a la Directiva de 1985 en Italia.

La Directiva 85/374 introduce un régimen de responsabilidad objetiva del productor por daños (muerte, daños personales y daños a la propiedad privada) derivados de productos defectuosos que han sido puestos en circulación en la CEE a partir de la entrada en vigencia de la ley de aplicación de la Directiva. Sin embargo, como se ha podido apreciar de cuanto se ha señalado en precedencia, la Directiva halla límites a la realización de su objetivo merced al tenor mismo de su texto, siendo en muchos casos necesario que la víctima del daño, aún cuando derivado de producto defectuoso, recurra al derecho nacional tradicional para alcanzar el resarcimiento del mismo.

El art. 1 de la Directiva prescribe que "*el productor es responsable por el daño causado por un defecto de su producto*", consagrando de este modo un tipo de responsabilidad independiente de la imputación por culpa. Se recuerde que en diversas ocasiones se ha referido que la Directiva acoge un principio ya contemplado en la S. 402A del *Restatement* (*Second*) *of torts* (1965), en que se consagra la evolución jurisprudencial hacia la responsabilidad objetiva del productor[48].

[48] La S. 402A del *Restatement* (*Seconf*) *of* torts relativo a la responsabilidad especial del vendedor de productos po daños generados al usuario o al consumidor, señala:

Es importante destacar que la Directiva no restringe su ámbito de aplicación al comprador, al propietario de un producto o al usuario. En efecto, comprende a todo aquél que resulte víctima de un daño generado por el defecto de un producto, aún quien se hallaba en las proximidades del riesgo y resulta siendo víctima (*bystander*).

Los límites con que se encuentra la aplicación de la Directiva se refieren a los aspectos siguientes:

a) El tipo de producto que se cuestiona

b) El tipo de productor o distribuidor al que la Directiva considera responsable

c) El tipo de defecto del producto

d) El tipo de daño sufrido por la víctima

e) El tiempo durante el cual se halla expedita la acción por responsabilidad objetiva

Además, el régimen de responsabilidad objetiva se ve también limitado con la serie de cláusulas de exoneración de responsabilidad que concede al productor, no obstante pesar sobre él la carga de la prueba de las mismas.

A continuación se procede a una revisión de dichos límites confrontándolos con los existentes en el derecho norteamericano en esta materia.

2.2.1 *En cuanto a la noción de 'defecto'*

La Directiva ha contemplado como presupuesto de la responsabilidad del productor el *defecto del producto* que ocasiona el daño. Con la introducción de este requisito, se ha tratado de dar al régimen de responsabilidad el carácter de objetividad, en la medida que no se demanda la prueba de la culpa como criterio de imputación. Pero al mismo tiempo, con la introducción de este elemento, se establece una distinción con la que podría ser una llamada *responsabilidad de producto*, basada estrictamente en la sola conexión causal entre el producto y el daño resultante a la víctima, y que gravaría al productor en cuanto tal. Hipótesis que vendría a configurar una suerte de *'responsabilidad absoluta'*[49]. En efecto, la presencia del requi-

"Quien vende un producto en estado defectuoso irrazonablemente peligroso al usuario o consumidor o a su propiedad es sujeto a responsabilidad por daño personal, causado al último usuario o consumidor, o a su propiedad, ..."

V. *supra*, el primer punto de esta Sección; para mayor detalle, V. Primera Parte del trabajo.

[49] La noción de *responsabilidad absoluta* viene utilizada en doctrina para indicar que no se trata de una simple responsabilidad objetiva, en la que se tiene en cuenta un deter-

sito del *defecto* en el supuesto de responsabilidad que introduce la Directiva, es prueba determinante de que la intención del legislador comunitario no ha sido esa precisamente, sino se ha destacado repetidamente, la de mejorar la posición del consumidor-víctima de este tipo de daños sin gravar excesivamente al productor, permitiendo que éste prosiga el desarrollo de sus actividades.

Se trata de la noción que delata la naturaleza jurídica de la responsabilidad del productor prevista por el texto comunitario y que dada su extensión y escasa precisión definitoria, se ha convertido en una noción controvertida en doctrina. En cuanto este tema será materia de examen en la Sección siguiente, se avocará sólo a referencias generales que permitan destacar la similitud o divergencia con el la experiencia norteamericana.

Bajo la Directiva, un producto es defectuoso cuando no cumple con el requisito de seguridad que *legítimamente* se puede esperar teniendo en cuenta *todas las circunstancias*, tales como la presentación del producto, el uso que *razonablemente* se espera se haga del producto, y el tiempo en que ha sido puesto en circulación (art. 6).

Bajo el *Restatement* (*Second*) *of torts*, el producto es defectuoso e *irrazonablemente peligroso* si como explica el comentario i) a dicho texto, "el peligro del producto se extiende más allá de lo que habría podido prever el consumidor ordinario que adquiere dicho producto, en base al conocimiento ordinario común a la comunidad". Como se ha observado en la Primera Parte de la investigación, no ha sido en absoluto tarea fácil para las cortes norteamericanas establecer los criterios para determinar la existencia de un defecto. Los criterios adoptados varían no sólo de Estado a Estado, sino también al interno de cada uno surgen orientaciones en favor o en contra del Test de las expectativas del consumidor, cual es el parámetro que señala el *Restatement*. No obstante lo cual, las cortes han introducido paulatinamente criterios que atienen al llamado *risk-utility test*, conforme al cual, un producto resulta ser considerado como defectuoso "si, y solamente si, la magnitud del peligro supera la utilidad del producto"[50].

minado criterio de imputación que contempla el ordenamiento jurídico para hacer operativa la responsabilidad. Se alude normalmente con dicha locución a la responsabilidad que descansa en la existencia de la relación de causalidad, no admitiendo prueba liberatoria que no concierna a este presupuesto. Desde que no se sustenta en la existencia de una culpa, podría afirmarse que se trata de un grado extremo de la responsabilidad objetiva. En el derecho norteamericano, la expresión equivalente y empleada con las mismas connotaciones generales es la de responsabilidad absoluta.

[50] Page Keeton, *Prosser and Keeton on torts*, 5th ed., 1984, p. 699.

Como el *Restatement* (*Second*), la Directiva no presenta una clasificación de los defectos en: 1) defectos de fabricación 2) defectos de diseño o proyección 3) defectos de información o advertencia. El texto norteamericano, la S. 402A, en realidad contiene el principio general de responsabilidad, refiere cuáles son los presupuestos, pero la explicación sobre los mismos que se da en los comentarios, no ofrecen criterios en base a los cuales se defina clara y determinadamente el 'defecto'. La tipología de los defectos es producto del trabajo de la jurisprudencia, que se ve en la necesidad de distinguir las hipótesis de defectos a los fines de aplicar o no la responsabilidad objetiva como contemplada en el *Restatement*.

De consecuencia, en principio, la noción de defecto contenida en ambos textos parece ser única y aplicable como tal a todos los supuestos de 'defecto' de producto. Sin embargo, del inc. a) del art. 6 de la Directiva puede interpretarse que el legislador comunitario haya tenido presente el llamado *defecto de información o advertencia* (*warning defect*). En la siguiente Sección se verá que el D.P.R. 224/88 que aplica la Directiva en Italia, el art. 5 inc. 3° ha precisado la noción de 'defecto de fabricación', refiriendo a la letra que "un producto es defectuoso si no ofrece la seguridad ofrecida normalmente por los otros ejemplares de la misma serie. De este modo se da concreción a la extensa y vaga noción de 'seguridad' en función de la cual, el art. 5 del último texto citado, define el producto defectuoso.

La previsión de la Directiva sobre la determinación del defecto, funcionalizada a la seguridad *que se pueda legítimamente esperar'*, conduce a establecer una relación de similitud con el *test* contemplado por el *Restatement* (*Second*), el denominado Test de las expectativas del consumidor. Sin embargo, la referencia en el art. 6 Dir. a *'todas las circunstancias'* bien hace pensar en la posibilidad de incorporar elementos del *risk-utility test*. Debe notarse que la interpretación que posteriormente ha llevado a cabo la jurisprudencia norteamericana en torno al *test* aplicable para establecer la existencia del defecto, se ha orientado hacia una suerte de *test* mixto, es decir con elementos de ambos tipos de *test*. Esto último revela la imprecisión y confusión a que más bien dio lugar el texto del *Restatement*. Situación que es superada en el *Restatement* (*Third*): *Responsabilidad del productor* (1998)[51].

2.2.2 *En cuanto a la definición de productor o distribuidor*

Aunque si la Directiva se refiere expresamente al 'productor' como sujeto responsable, el término en realidad asume una connotación amplia, pues

[51] V. *supra*, Primera Parte de este trabajo.

conforme al art. 3 comprende no sólo al fabricante del producto final, sino también de la parte componente o de la materia prima. Se da el mismo tratamiento al que podría denominarse 'productor aparente', o sea, aquél que se presenta como productor al colocar cualquier signo distintivo de éste último. El inc. 2 del mismo artículo equipara a la calidad de productor al importador de un producto defectuoso en la Comunidad Europea. Finalmente, la equiparación del 'distribuidor' a los efectos de la atribución de la responsabilidad bajo el presente régimen, tiene lugar siempre que éste no pueda revelar la identidad del productor (inc. 3).

No obstante brindar la Directiva una noción bastante lata de lo que entiende por 'productor' a los efectos de la aplicación del régimen de la responsabilidad objetiva, no se puede dejar de apreciar una cierta inclinación por insistir en la responsabilidad del productor sobre la del simple 'distribuidor'. En realidad, la intención de hacer extensiva la responsabilidad a este último sujeto es la de no perjudicar a la víctima de este tipo de daños en el supuesto en que se desconozca la identidad del original productor.

En el modelo norteamericano la responsabilidad por daños derivados de productos defectuosos recae sobre quien ha puesto en circulación el producto, quien viene señalado como *(seller)*, conforme al *Restatement*, siendo comprendido bajo ese término el productor, el mayorista, el minorista o el simple vendedor[52].

El reconocimiento de que esta última se trata de una noción sumamente lata de 'vendedor', en el sentido de quien introduce un producto en el mercado con fines de lucro, permite pensar en su coherencia dentro de un régimen objetivo de responsabilidad como la responsabilidad objetiva del productor del derecho norteamericano, que si atribuye responsabilidad al 'fabricante' es porque ha colocado en el mercado productos defectuosos y no porque haya incurrido en negligencia en su elaboración. Desde esta misma perspectiva, responderá por la misma razón el comerciante (vendedor en sentido estricto), no porque haya obviado los controles de segu-

[52] *Restatement (Second) of torts*, § 402A (1965), cmt. f). En los Estados Unidos se considera que los distribuidores y vendedores en general se hallan en condición de ejercer cierta presión sobre el fabricante para elaborar productos seguros. El canal para ejercer dicha presión se halla en las propias cláusulas indemnizatorias que se incluyen en el contrato. En este sentido: *Oscar Mayer Corp., v. Mincing Trading Corp.*, 744 F. Supp. 79, 84 (D.N.J. 1990), *cit. por* Dreyfuss, R., *"The Italian law on strict responsabilidad del productor"*, en Owen, David, *Responsabilidad del productor law*, parte del material del curso dictato por el Prof. Owen en la Scuola Superiore di Studi Universitari e di perfezionamento S.Anna, Pisa, febr. - abril, 1999.

ridad del producto que tenía en su negocio para ser puestos en el mercado, sino 'por el mismo hecho que ha puesto en circulación un producto defectuoso.

Nótese que esta observación permite señalar una nota que en el régimen norteamericano revela en modo bastante claro la naturaleza de la responsabilidad objetiva del productor. Vale decir, que no viene cuestionado el comportamiento del productor en cuanto ha elaborado un producto defectuoso por desatender a los estándares de seguridad exigibles, como sería bajo el tradicional régimen de la culpa. Así, la responsabilidad objetiva determina el responsable a través de la comprobación de quien haya sido el sujeto que puso en comercio un producto defectuoso, éste pues, viene asumido como criterio de imputación de responsabilidad.

En cambio, el haber señalado al 'productor' como principal sujeto responsable, la Directiva parece haberse vista influenciada por la tradición que en los países europeos ha predominado, en el sentido de hallar responsable a quien ha elaborado el producto defectuoso. No obstante que los criterios de evaluación de la conducta se hayan orientado hacia una cada vez más clara responsabilidad objetiva. Sin embargo, esa evidencia no puede obscurecer el hecho que también el texto comunitario ofrece una hipótesis en la que el 'distribuidor' puede resultar considerado responsable, como se ha precisado en líneas anteriores. Hecho que confirma, no obstante que pueda representar una minoría de casos, que el régimen adoptado se alinea a una responsabilidad objetiva. Al respecto, se ha precisado que la intención de imputar una responsabilidad objetiva al 'vendedor' ha sido solamente para inducirlo a revelar la identidad del productor, ejerciendo de este modo presión sobre este último para poner en el mercado productos más seguros[53].

2.2.3 *En cuanto al producto*

A los fines de la Directiva, se entiende por 'producto' todos los bienes muebles y la electricidad. Se excluyen los productos agrícolas y ganaderos siempre que no hayan pasado por un proceso de transformación (art. 2 Dir.). Sin embargo, el art. 15 (1) concede a los Estados miembros la posibilidad de optar por la inclusión de los productos naturales agrícolas y ganaderos en la definición de 'producto' a la incorporación del presente régimen en los derechos nacionales.[54]

[53] Cfr. Mazzia, N., *"Responsabilità del fornitore"*, en *NLCC*, 1989, p. 531 ss.
[54] Con relación al D.P.R. 224/88 el comentario de Pardolesi, R., en *NLCC*, 1989, p. 516.

No existen diferencias sustanciales con el derecho norteamericano. Sin embargo, vale señalar que la responsabilidad objetiva en este último sistema se aplica también a los productos alimenticios no sujetos a un proceso de transformación[55].

2.2.4 *En cuanto a las cláusulas de exoneración de responsabilidad*

Vistas en su conjunto, puede señalarse que las cláusulas que concede la Directiva al productor para excluir su responsabilidad no son tan disímiles a aquéllas que ofrece el régimen del modelo norteamericano. Existen determinadas cláusula exonerativaque aunque no han sido contempladas en el *Restatement*[56] han venido siendo desarrolladas por las jurisdicciones norteamericanas que han proseguido la evolución de la responsabilidad del productor en América. Desde el punto de vista de este tipo de cláusulas, la Directiva no se proyecta particularmente generosa con respecto al derecho norteamericano.

Una diferencia importante se perfila en materia de concurrencia de culpas, o la llamada *comparative fault* del derecho norteamericano. Mientras en el modelo norteamericano las jurisdicciones han desarrollado sea judicial o legislativamente (a través de *statutes*) una determinada doctrina sea aceptando parcial o completamente la doctrina de la concurrencia de culpas *(comparative fault* o *contributory negligence defenses)* así como la de la asunción del riesgo *(assumption of risk)*, la Directiva deja a salvo las disposiciones de los respectivos derechos internos para la determinación de la reducción de la responsabilidad que tenga lugar (art. 8 Dir.), con la consecuente disparidad de tratamiento de los diversos regímenes europeos.

Otra diferencia que salta a la luz entre ambos regímenes es el relativo al tiempo de prescripción y de extinción de la acción de resarcimiento. La Directiva se ocupa de ello en los arts. 10 y 11 respectivamente. En cambio,

[55] V. S. 402A *Restatement (Second) of torts* (1965), cmt. c). El *Restatement (Thrid): Products Liability* (aprobado y promulgado por el A.L.I en 1997), publicado por el A.L.I., 1998, también sujeta al régimen de la responsabilidad objetiva a los productos alimenticios en general (Capítulo I, tópico 2, p. 160 ss.).

[56] La referencia es al *Restatement (Second) of torts*, respecto del cual se realiza el paralelo con la Directiva, dado que a dicho instrumento parece haberse inspirado para la redacción de su texto, acogiendo el estado de evolución de la responsabilidad objetiva del productor que había alcanzado hasta ese momento. Por ello no viene considerado en la compración el *Restatement (Third)*, sino sólo referencialmente, a este propósito específico, toda vez que éste refleja la evolución posterior al precedente *Restatement* que ha tenido la experiencia norteamericana. Para verificar ese desarrollo, V. *supra*, Primera Parte de esta investigación.

las jurisdicciones norteamericanas no cuentan con términos de prescripción y caducidad uniformes, pues depende de cada Estado. Por ejemplo, en *New York* la acción de responsabilidad objetiva no se halla limitada por una normativa de este tipo, siendo entonces posible ejercitar la acción en cualquier momento que se produzca el daño, aún si éste tiene lugar luego de muchos años de la introducción del producto en el mercado[57].

En efecto, retornando a la conocida concurrencia de culpa *(contributory negligence)*, no viene considerada normalmente como un medio de exoneración de responsabilidad *(defense* bajo el *Restatement) (Second)*, según el cual, se le considera tal sólo cuando "la víctima descubre el defecto y es consciente del peligro, y no obstante procede en modo irrazonable a hacer uso del producto del cual resulta víctima", en cuyo caso "no obtiene resarcimiento"[58]. Sin embargo, las cortes norteamericanas han flexibilizado la noción permitiendo que el demandado pueda alegar esta causa de exclusión de la responsabilidad bastando que la víctima "no haya ejercido la diligencia razonable para descubrir la existencia o presencia del defecto"[59].

Otra causa de exoneración que no viene contemplada en el *Restatement (Second)* representa el 'uso impropio' de un producto, conocido como *'misuse'*. En efecto, ha sido reconocida como tal por algunas cortes norteamericanas[60].

---

[57] En este sentido: *Victorson v. Bock Laundry Mach. Co.*, 335 N.E. 2d 275 (N.Y. 1975), caso en el cual, el daño se produjo 20 años después que el producto fue vendido por el demandado.

Esta circunstancia ha sido considerada como coadyuvante de la crisis de la responsabilidad del productor en los Estados Unidos. En este sentido, refiriéndose al sector de la industria aérea en que se han presentado casos de acciones por daños interpuestas luego de 30 años de que el producto defectuoso fuera puesto en circulación, se pronunció el Secretario de Comercio, Ronald Harmon Brown, en su discurso luego de su designación como tal en 1993. Cfr. Mottur, A., *op. cit.*, n. 135.

[58] Restatement (Second) of torts, S. 402A, cmt. n).

[59] La S. 524 cmt. a) del *Restatement (Second)* explica cuáando la concurrencia de culpas *(contributory negligence)* no es un medio exoneratorio *(defense)* contra la acción de responsabilidad objetiva.

Por ejemplo en el Estado de Alabama, "la venta de un producto inseguro [que la corte indica que normalmente daría lugar a la responsabilidad objetiva] constituye por sí misma una negligencia [y] ... la *defense* de la *contributory culpa* se halla disponible" sin interesar cuánto negligente ha sido la víctima. V. Cartwright, R. & Jerry Phillips, *Products liability*, 1986, p. 1037 (citando *Atkins v. Am. Motors Corp.*, 335 So.2d 134 (Ala. 1976) (reconociendo algunas *defenses* no contempladas en el *Restatement*), *cit.* en Mottur, A., *op. cit.*, n. 142.

[60] En este sentido la corte de Texas admitió la excusa del demandado que aducía el 'uso impropio' que había hecho la víctima de cierto material eléctrico, por haber sido

Como se observa, si bien el *Restatement* representa un texto que acoge las orientaciones en cierta forma predominantes en la jurisprudencia norteamericana, revela la evolución a que se ha arribado en un momento determinado, como el caso del *Restatement (Second) of torts* (1965), pero el derecho de la responsabilidad del productor en Estados Unidos prosigue su evolución, siendo así posible que nuevas orientaciones y, retomando el tema de las cláusulas de exoneración de responsabilidad, nuevos medios exonerativos *(defenses)* hayan venido aceptándose. En razón de lo cual, una constatación es evidente, y es precisamente, que de una parte, el conocimiento actual de la experiencia norteamericana sobre la responsabilidad del productor no podría basarse simple y solamente en la revisión del *Restatement*, pues, es necesario dirigir la mirada a lo que 'los jueces hacen', cierto, 'no a lo que sencillamente dicen', como bien observan los estudiosos norteamericanos con respecto a la aprehensión de ese derecho.

De otra parte, el conocimiento del derecho europeo en materia de responsabilidad del productor en base sólo a la lectura de la Directiva de 1985, es incompleto, no obstante representar el inicio oficial de una *era de responsabilidad objetiva del productor en Europa*. Ciertamente, como se ha hecho mención anteriormente, en el programa de la Comunidad Europea de protección a las víctimas de daños de productos, viene sucesivamente considerada la Directiva sobre la seguridad general de los productos (Directiva 92/59/CEE, aplicada en Italia mediante D. Leg. n. 115 del 17 de marzo de 1995), a través de la cual, viene a precisarse lo que se entiende por 'seguridad', noción en función de la cual la Directiva de 1985 determina cuándo un producto es defectuoso.

En realidad, el hecho que tanto la Directiva Comunitiva como el modelo norteamericano de la responsabilidad del productor impongan una responsabilidad objetiva, viene a constituir una de las semejanzas entre ambos contextos jurídicos, rebasadas sí por las tantas diferencias enraizadas en la base de cada uno de dichos ámbitos jurídicos, el europeo y el americano. Sabido es que, la normativa comunitaria no sustituye al derecho interno sobre la materia en los respectivos Estados miembros, como régimen especial se yuxtapone al ya existente, brindando la posibilidad a la víctima de optar por la aplicación de aquél que le resulte más conveniente. De modo que es necesario conocer el tratamiento que ha tenido la responsabilidad del productor en un Estado determinado, pre-

imprevisible para el demandado (*Gen. Elec. Co., v. Schmal*, 623 S.W.2d 482 (Tex. Ct. App. 1981)), *Ibidem*, n. 143. En cambio, en el Estado de Louisiana, el *misuse* ha sido tratado como una 'causa concurrente' que limita el resarcimiento de la víctima como la concurrencia de culpas *(comparative negligence)* (*Harville v. Anchor Waste*, 663 F.2d 598 (5th Cir. 1981) *Ibidem*, n. 144).

vio a la aplicación de la Directiva, como se ha verificado con el examen de la 'experiencia italiana', para de ese modo poder proceder a su confrontación con un sistema con una estructura diversa como la del modelo norteamericano, como se ha venido realizando a lo largo del presente trabajo. En efecto, mientras el régimen de la responsabilidad objetiva parece favorecer los esfuerzos de la víctima para obtener el resarcimiento de los daños y con ello estimular la interposición de las acciones judiciales, debe atenderse igualmente, a las dificultades que a dicho panorama presentan las características del ámbito legal y procesar europeo.

En efecto, a diferencia del sistema procesal norteamericano, en Europa no existe el sistema del 'pacto de *quota lite*' (*contingent fee*), que junto al sistema de los jurados en las causas civiles (*jury*) vienen considerados como factores que han incentivado decididamente la evolución acelerada de la responsabilidad del productor en América. Puede afirmarse de consecuencia sin perjuicio de reconocer la existencia de otros factores, que en Europa no existe un incentivo a la promoción de los procesos judiciales, como lo es el caso contrario de la *litigation* en los Estados Unidos, lo que puede considerarse como índice de que en Europa, la introducción de un régimen de responsabilidad objetiva, como el caso de la Directiva de 1985, tendrá un impacto limitado en cuanto se refiere a un incremento desmesurado de los costos para la industria[61]. Y en efecto, precisamente a más de diez años de la aplicación de la Directiva, se observa, tomando como referencia el caso de la experiencia italiana, que los casos en los que se ha aplicado el régimen que propone la normativa comunitaria son realmente escasos. Las primeras observaciones sobre el referido impacto del nuevo régimen en materia de responsabilidad del productor, señalan que "ello confirma el hecho que es el derecho procesal y no el derecho sustantivo en sí mismo, que influencia directamente en la promoción de las causas judiciales".[62]

[61] Cfr. Randolph J. Stayin, *"The U.S. Product liability system: A competitive advantage to foreign manufacturers"*, en 14 Canada-US. L.J., 1988, p. 193.

[62] Weber, R., *"E.C. Directive follows U.S. no-fault approach, but litigation is rare"*, en Nat'l L. J., 1991, dec. 23, p. 30.

Sección 2

La naturaleza de la responsabilidad del productor en la nueva disciplina comunitaria y la determinación del hecho generador de la responsabilidad: la puesta en circulación de un producto defectuoso

En la Sección anterior se ha indicado que las imprecisiones que se desprenden del texto comunitario y los espacios a la permanente aplicación del derecho interno de cada Estado limita la Directiva en cuanto a sus fines de armonización de los derechos nacionales sobre la responsabilidad del productor.

En ese contexto destaca en modo especial la definición que contiene la Directiva sobre el 'producto defectuoso', prevista en el art. 6 (correspondiente, art. 5 del D.P.R. 224/88 que introduce dicho régimen en Italia). Una noción suficientemente amplia como para dar lugar a un arduo trabajo interpretativo del juez que en cada Estado de la Comunidad tendrá que determinar en función de las circunstancias del caso concreto, la existencia del defecto, a la luz de los 'parámetros indicativos' que señala el texto comunitario. En especial, se alude al criterio de la 'razonabilidad' que viene en consideración en el art. 6, inc. 1) b del precitado texto.

A esta noción de 'defecto' se avoca especialmente esta parte del trabajo, que aparte de lo señalado en el parágrafo precedente, se trata del presupuesto que confiere la nota distintiva al principio de responsabilidad del productor contenido en el art. 1 Dir., asumiendo relevancia a los efectos de la determinación de la naturaleza jurídica de esta responsabilidad.

La nutrida literatura jurídica sobre la materia ha destacado la naturaleza objetiva de la nueva disciplina de responsabilidad. En efecto, de la lectura de la primera norma del texto comunitario se desprende que la imputación de responsabilidad al productor no requiere que se acredite la existencia de su culpa en la generación del daño. Sin embargo, como se muestra en el desarrollo sucesivo, la intención del legislador comunitario ha sido la de ofrecer un régimen de responsabilidad que, de una parte, atienda sustancialmente la situación de detrimento en que se halla la víctima de daños resultantes de estos tiempos de producción y distribución masiva de productos, pero de otra, que no se cargue excesivamente al productor en el sentido de obstruir la prosecución de sus actividades. En este sentido, el régimen de responsabilidad se ve condicionado por esa idea de fondo, que bien viene contemplada en los Considerandos de la

Directiva, y ello será probablemente lo que ha determinado la configuración de un régimen que, objetivo indudablemente lo es, no obstante, se notará que la introducción de aquella noción amplia en su definición, cual es la de 'defecto', en el modo como ha venido definida en el texto comunitario y corroborada por la norma que contempla las causales de exclusión de responsabilidad (art. 7 Dir), ha suscitado dudas en quienes parten afirmando la naturaleza objetiva de dicha disciplina y luego se hallan con criterios propios del examen de la 'culpa' necesarios a la determinación de la responsabilidad.

El examen que se realiza a continuación permite vislumbrar cómo el contenido del régimen instaurado por la Directiva Comunitaria está destinado a afrontar serias dificultades interpretativas, una vez que los Estados procedan a su aplicación, destacando entre ellas la que ya por propia definición representa la noción de 'defecto'. Dicha situación no es ajena a la que ofrece el modelo norteamericano, tal como se ha podido verificar oportunamente, al haber sido materia de análisis en la Primera parte del presente trabajo, y a la cual, se hará referencia en esta Sección, en la medida que se prosigue el paralelo y confrontación con dicha experiencia, que son los propósitos que animan la presente investigación. Siendo ésta la ocasión de precisar también que, a las referencias normativas que se efectúen del texto comunitario se citará la norma correspondiente del decreto italiano que introduce la Directiva en Italia, D.P. R. 224/88, texto que se caracteriza por uniformarse a la Directiva mucho más de lo que lo que sucede en los otros ordenamientos, introduciendo variaciones sólo de detalle[63].

1 *Consideraciones generales: Régimen especial de responsabilidad*

La Directiva contempla un régimen especial de responsabilidad civil. Su inserción en los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros constituye la introducción de una hipótesis típica de responsabilidad, en el sentido que precisa el prof. Alpa refiriéndose al Decreto de actuación de la Directiva en Italia (D. P. R. 224/88), es decir, en cuanto el legislador ha dedicado algunas normas a los criterios de imputación de la responsabilidad, a la individualización del responsable, a la culpa de la víctima, a los límites dentro de los cuales subsiste la obligación resarcitoria. El jurista hace énfasis en *que no se trata de un ilícito típico, por cuanto, conforme a la doctrina italiana mayoritaria, la cláusula general del art. 2043 C.C. It. impide*

[63] Cfr. Castronovo, C., *La nuova responsabilità civile. Regola e metafora*, 1991, p. 201 ss.

una tipificación estructurada en modo orgánico y definitivo, y además, la tipificación se basa en la individualización de intereses tutelados específicamente; en cambio, en este caso, se dedican solamente determinadas reglas a una modalidad particular en que el daño se genera, mientras que los intereses afectados son los usuales (daño físico, daño meramente económico)[64].

La especificidad de la presente hipótesis de responsabilidad debe hallarse en sus normas fundamentales, las que por una lado, remiten a los Considerandos de la Directiva, los que contienen los principios que sostienen dicha normativa. En ellos se halla la explicación, como se ha puesto de relieve en la Sección anterior, de las opciones efectuadas por el legislador comunitario reflejadas en las normas contenidas en el nuevo régimen, como las de conferir a los Estados miembros la facultad de continuar aplicando el respectivo derecho interno con respecto a determinados aspectos especificados en el texto de la Directiva (art. 15 Dir).

De otro lado, la especificidad del nuevo régimen de responsabilidad, se desprende del articulado propiamente dicho, en particular de aquellas normas que conteniendo las reglas fundamentales, al asumir vida propia, están destinadas a sufrir una evolución en su interpretación de parte del juez a los fines de su aplicación concreta, como es el caso de la norma que contiene la definición de 'producto defectuoso' (art. 6 Dir. - art. 5 D.P.R. 224/88). En este sentido, se afirma que del régimen en sí mismo considerado, fluye la naturaleza jurídica del régimen de responsabilidad, aún si pudiera parecer separarse de lo que pudo ser la intención del legislador comunitario.

En ese orden de ideas, se puede afirmar, que la Directiva establece un régimen especial de responsabilidad del productor en la medida que estatuye una normativa única para el caso de daños derivados de productos defectuosos, sin hacer distingo de si la víctima se encontraba o no vinculada al productor en virtud de un contrato. Como se ha indicado en líneas anteriores, la clásica distinción de lo contractual y extracontractual viene superada en este nuevo régimen de responsabilidad.

La Directiva se coloca en una perspectiva diversa para afrontar la relación productor - consumidor, o mejor dicho, la relación entre el acto de producción y el acto de utilización del producto. Esta nueva perspectiva que se desprende de los propios Considerandos del texto comunitario, constituye una respuesta a las exigencias planteadas por una época caracterizada por el propio desarrollo tecnológico y por los riesgos inherentes

[64] Cfr. Alpa, G., *"La dottrina sulla responsabilità del produttore. Il rischio d'impresa alle soglie del 1992"*, en Resp. civ. prev., 1988, p. 645.

a la producción técnica moderna, en la que la protección del consumidor demanda la consideración de la responsabilidad de todos los participantes en el proceso productivo y distributivo. Perspectiva en la que el consumidor ejerce un rol dinámico en la configuración del hecho generador del daño derivado de producto. El consumidor no asume una posición netamente pasiva, de simple receptora del daño. En cambio, conforme se verificará al examinar el presupuesto base de este nuevo régimen de responsabilidad, el comportamiento del consumidor asume relevancia en la configuración del hecho dañoso. Ello viene evidenciado por la definición de 'producto defectuoso' que contempla la Directiva en su **art.6** (art. 5 D.P.R. 224/88), en el que se presta particular atención al 'uso' del producto que ha efectuado la víctima del daño.

En esa perspectiva, ha destacado Trimarchi que, *"el problema de la responsabilidad del productor, se propone, para los daños derivados de una actividad desarrollada por el usuario o por el consumidor* del producto, *y por tanto, por una persona, que, normalmente, puede hacer mucho para evitar el daño"*[65]. De esa manera, el autor establece una importante diferencia con el problema de la responsabilidad objetiva general, –la que funda en el riesgo–, el que se pone a propósito de daños sufridos por terceros ajenos a la actividad riesgosa, los que no pueden adoptar un comportamiento determinado que favorezca su protección del riesgo. En este caso, el mencionado jurista pone de relieve que, los daños que no han sido resarcidos constituirían deseconomías externas de la actividad en cuestión, por lo que la responsabilidad objetiva las internaliza, a fin de ejercer presión sobre quien ejercita una actividad a tener en cuenta los riesgos que crea.

Colocándose en la misma línea interpretativa, Liovanna Visintini precisa que *"sobre el fabricante no puede hacerse pesar cualquier riesgo de daño, sino que es necesario distinguir entre los diversos riesgos, o sea entre aquellos que se colocan a cargo del fabricante, los que puede prevenir adoptando determinadas medidas de seguridad, y aquellos que, referidos a la utilización del producto, pueden ser colocados a cargo del usuario, el cual, con una cierta atención puede evitarlos"*. La jurista, destacando el hecho que una tal distribución de los riesgos sea difícilmente realizable en vía jurisprudencial, lo que demanda la intervención del legislador, evalúa como positivo el hecho que la nueva normativa introducida en Italia viene a colmar un vacío legislativo en materia de responsabilidad extracontractual del productor, individualizando un régimen específico, o mas bien, un supuesto de responsabilidad

[65] Trimarchi, P., *"La responsabilità del fabricante nella direttiva comunitaria"*, en *Riv. Soc.*, 1986, p. 595.

extracontractual objetiva, que en cuanto tal, se viene a agregar a las otras hipótesis ya presentes en el código civil italiano, al título dedicado a los 'hechos ilícitos' (art. 2043 ss. C.C.It.)[66].

Conforme se desprende de los Considerandos 2° y 4°, la distribución de los riesgos entre la víctima y el productor halla sustento en un principio de justicia, dentro del marco de un sistema de responsabilidad sin culpa, que emerge como necesario para dar solución adecuada a un problema propio de una época caracterizada por el desarrollo tecnológico, en la cual, el productor debe responder por los riesgos que reporta su actividad de fabricación, de donde emanan los productos defectuosos, teniendo como contrapeso, la posibilidad de excluir su responsabilidad en los casos previstos por esta normativa.

De ello se desprende la intención del legislador comunitario de establecer un equilibrio entre los intereses del consumidor y del productor, sin resultar una inclinación de la balanza hacia uno u otro lado en modo particular, sino una normativa que se adscribe a un movimiento de tutela del consumidor, pero sin sobrecargar los deberes del fabricante en modo de obstruir la actividad económica, en otros términos, sin pecar de paternalismo, lo que sería contrario a un principio de utilidad social, en cuanto el normal desarrollo de las actividades económicas es en favor de la sociedad en pleno.

La intervención del legislador en el problema de una adecuada distribución de los riesgos refleja una toma de conciencia de que el solo mecanismo del mercado resulta insuficiente a los efectos de afrontar una posición que atienda a los intereses de ambas partes en el proceso de circulación de los productos, el productor y el consumidor, considerándose bajo esta última denominación, también la situación de quien podría hallarse en las proximidades del riesgo, el llamado *bystander* (tercero).

[66] Cfr. Visintini, G., *Trattato breve della responsabilità civile*, Cedam, 1996, p. 706 ss. La autora pone de relieve el hecho que la normativa introducida en Italia mediante D.P.R. 224/88 realiza realiza una distribución de los riesgos entre productor y consumidor, en cuyo sentido cita la norma que establece las causales de exoneración de responsabilidad (art. 6 D.P.R. 224/88), entre las que hace énfasis en aquella relativa a los riesgos de desarrollo, los que, conforme a la opción efectuada por el legislador italiano, son colocados a cargo de la víctima.

2 *Naturaleza jurídica de la responsabilidad del productor a la luz del régimen instaurado por la Directiva 85/374 y de su introducción en el ordenamiento italiano por D.P.R 224/88*

El **art. 1** Dir. (art. 1 D.P.R. 224/88) contiene el principio de responsabilidad del productor. En efecto, a la letra señala:

> Art.1 - El productor es responsable del daño causado por un defecto de su producto.

Como se observa, el esquema de responsabilidad que presenta la norma es el que emana de la clásica institución de la responsabilidad civil: el daño, el nexo causal y el hecho que genera el daño.

En ese sentido, el **art. 4** de la Directiva dispone que *"la víctima debe probar el daño, el defecto y el nexo causal entre el defecto y el daño"*. Si bien se trata, esta última, de una norma que prevé la prueba que pesa sobre la víctima para poder acceder al resarcimiento del daño, y de acuerdo a ella, pueden desprenderse, en concordancia con el citado **art. 1**, los elementos sobre los que se construye el supuesto de responsabilidad, igualmente, debe atenderse a las otras disposiciones que en el texto comunitario se refieren directamente a la prueba de los presupuestos de la hipótesis normativa.

En ese cuadro, la Directiva contempla en el **art. 7** (art. 6 D.P.R. 224/88) los casos en que procede la exclusión de la responsabilidad del productor, hecho que tiene lugar solamente, si este último prueba la verificación de una de las hipótesis liberatorias explícita y taxativamente previstas. La norma en referencia contiene las hipótesis que limitan la extensión de la responsabilidad en cuestión y constituyen expresión del principio de la *"justa distribución de los riesgos entre productor y consumidor"*, tal como lo contempla el 7° Considerando de la Directiva. Se confirma de esa manera ya en el plano estrictamente normativo que, lo que el legislador comunitario ha entendido contemplar es una responsabilidad objetiva con diversas posibilidades de exclusión de la responsabilidad conferidas al productor. Un régimen con particularidades tales que permiten traer a colación la remisnicente figura de la responasabilidad objetiva del producto defectuoso del sistema norteamericano, doctrina creada por la jurisprudencia, que como bien pone de relieve el jurista norteamericano Gary T. Schwartz, difiere de una 'genuina responsabilidad objetiva'[67], expresión mediante la cual, se

[67] Schwartz, G., *"Foreword: Understanding products liability"*, en *Cal. L. Rev.*, vol. 67, 1979, p. 441 ss. Se remite a la Primera Parte en que se desarrolla esta línea de pensamiento que se comparte.

pretende aludir a una 'responsabilidad objetiva' que no admite posibilidad de liberación al productor.

Son estas normas que establecen la exigencia de una parte, de la prueba de los presupuestos de responsabilidad y de otra, de los de su exclusión, las que consideradas en su conjunto dentro del marco que ofrece el principio de responsabilidad consagrado en el **art. 1** Dir., y haciendo operativo el supuesto de responsabilidad, revelan la naturaleza jurídica del supuesto de responsabilidad introducido por la Directiva. En otros términos, el qué se le pide a la víctima para acreditar su derecho al resarcimiento y qué se demanda al productor para liberarse de responsabilidad. Se trata de dos caras de una moneda –el supuesto de responsabilidad– que, como se verá más adelante, cuando atienen directamente al presupuesto del 'defecto del producto', definido en el **art. 6** Dir. (art. 5 D.P.R. 224/88) alcanzan el punto crucial de la determinación de la responsabilidad del productor y de revelación de su esencial naturaleza, que junto al hecho de la 'puesta en circulación del producto en el mercado' constituyen las condiciones que hacen operativo y confieren la especificidad del presente régimen de responsabilidad.

En efecto, se afirma que las hipótesis del **art. 7** Dir. representan la otra cara de la moneda, en cuanto constituyen el "ángulo visual negativo del criterio de imputación", no tratándose de consecuencia de una figura autónoma respecto de este último[68], sino de los límites a la específica forma de responsabilidad bajo examen.

El conjunto de dichas normas halla justificación en los fundamentos que sostienen la presente normativa comunitaria, manifiestos en los Considerandos de la Directiva, siendo así que las normas consagradas en el texto expresan la voluntad del legislador comunitario de establecer un equilibrio de intereses entre el productor y el consumidor-víctima.

De la norma del **art. 1**, saltan a la luz los aspectos que atienen a la naturaleza de la responsabilidad así contemplada: (1) En primer lugar, el carácter extracontractual de la responsabilidad, y en segundo lugar, (2) el hecho que no se contempla la culpa como uno de los presupuestos de la *fattispecie*.

[68] En este sentido se pronuncia el jurista Marino Bin, con relación al correspectivo art. 6 del D.P.R. 224/88, ley que intoduce la Directiva en Italia. Cfr. Bin, M., *"L'esclusione della responsabilità"*, en *Trattato di Diritto Commerciale e di Diritto Pubblico dell'Economia*, dirigido por F. Galgano, Vol. XIII, Cedam, Padova, 1989, p.113 ss.

2.1 *La naturaleza extracontractual de la responsabilidad del productor*

La aceptación de la naturaleza extracontractual de la responsabilidad del productor es resultado del afianzamiento que ha logrado esta hipótesis de responsabilidad a través de un proceso de evolución. En efecto, como se ha observado en el examen que se ha llevado a cabo de la experiencia norteamericana como de la experiencia italiana, siempre esta última considerada como caso concreto de la experiencia europea sobre la materia, el instrumento de la responsabilidad contractual se ha revelado indefectiblemente insuficiente para hacer frente al resarcimiento de los daños derivados de la producción y distribución masiva de productos[69].

La relación productor - víctima de daño derivado de producto, no es en la era industrial y post-industrial una relación que se encuadra en la normativa contractual. Si bien lo fue un tiempo en que productor y vendedor final coincidían en un mismo sujeto, en una era de la economía preindustrial, el desarrollo de la industria y la circulación acelerada de los productos ha determinado la ingerencia de otros sujetos en la cadena productivo-distributiva, ante lo cual, el derecho no podía dejar a la víctima a su suerte. Más aún, si en un inicio, venía en consideración sólo el comprador-víctima, ese mismo proceso de desarrollo ha determinado la necesidad de atender a la víctima de los daños de producto en cuanto tal, no justificándose un tratamiento privilegiado para quien el parte contractual, y así, han podido ser atendidos terceros víctimas, incluyendo en ellos al denominado *bystander* (aquél tercero que se halla en las inmediaciones del riesgo). Proceso que ha suscitado un desarrollo paralelo de la 'tutela del consumidor'.

La responsabilidad del productor es un caso típico de la superación de la clásica distinción de la responsabilidad en contractual y extracontractual, donde un mismo hecho dañoso podría dar lugar a un tratamiento diferente en la medida que la víctima se halle bajo una u otra órbita. Ante la conciencia de esta realidad que se presenta en los respectivos ordenamientos jurídicos de los Estados miembros, la Directiva en su aspiración de armonizar y aproximar las legislaciones sobre la materia, ofrece un régimen de responsabilidad de naturaleza extracontractual. Dentro de cuyo marco, los daños derivados de productos defectuosos, vienen a depender más generalmente, sin considerarse la distinción de lo contractual y extracontractual, de la fabricación, relación de la que el

[69] V. *supra*, Primera y Segunda Parte, sobre la evolución en la experiencia norteamericana y en la experiencia italiana.

productor pierde el control material a la colocación de los productos en el mercado[70].

Se puede considerar como hecho determinante de la naturaleza extracontractual de esta responsabilidad el de poner en circulación el producto defectuoso. Hecho voluntario que señala el momento del desprendimiento material del producto de la esfera del fabricante, y consiguientemente, de la pérdida de control sobre el mismo. De modo que el producto en circulación, se halla pronto a ingresar a la esfera del consumidor –cualquiera, no sólo el adquirente–, y en cuanto tal, víctima potencial de los daños que el producto pueda acarrear en la esfera de utilización del producto.

En cuanto hecho voluntario del productor, la colocación del producto en el mercado justifica que aquél cargue con los riesgos que su acto implica. Así, si en los hechos se da una separación material de su producto, el ordenamiento jurídico le atribuye la responsabilidad por los 'riesgos' que el mismo pueda acarrear una vez en el mercado, dado que se trata de riesgos originados en el proceso de producción. El Prof. Alpa señala que el carácter voluntario del hecho de poner en circulación un producto justifica el hecho que la empresa productora no responde sino de los 'riesgos típicos' de su actividad, o sea, por los daños más frecuentes y los más graves[71]. Tales riesgos son los que se producen con regularidad, es decir, aquellos calculables estadísticamente, en otros términos, aquellos que entran dentro del marco de previsibilidad del productor. Esta consideración de los riesgos típicos de la actividad se conforma a una de las aspiraciones manifiestas de la Directiva, como es la justa distribución de los riesgos entre el productor y la víctima[72].

En fin, la colocación del producto en el mercado genera una situación de hecho del productor con respecto a los potenciales consumidores, y en cuanto tales, víctimas potenciales de eventuales daños derivados de productos defectuosos. En este marco, y estando al nuevo régimen de responsabilidad, resulta insignificante, a los fines del resarcimiento de dichos

[70] Esta relación en sentido amplio entre los daños generados por productos defectuosos y el proceso de fabricación, que viene destacada por Markovits, en realidad, viene destacada sólo a los fines, según cuanto parece desprenderse de su exposición, de enfatizar que el productor se separa materialmente del producto cuando lo pone en circulación. No debe considerarse a los fines de destacar el comportamiento del fabricante en la elaboración de un producto defectuoso, examen que comportaría la consideración de una responsabilidad por culpa. Cfr. Markovits, *op. cit.*, p. 286.

[71] Alpa, G., *"La responsabilité civile en Italie: problèmes et perspectives"*, en Rev. int. dr. comp., n. 4, 1986, p. 1097.

[72] V. 7° consideranto de la Directiva 85/374.

daños, la existencia o no de una relación contractual entre productor y consumidor, sin perjuicio de la importancia del instrumento contractual en la circulación de los bienes. Carnevali, asumiendo una posición de minoría en doctrina, al no calificar la nueva *fattispecie* de responsabilidad ni de contractual ni de extracontractual sino, de una "responsabilidad particular" que surge en virtud de presupuestos específicos, precisa que el productor representa la *"naturale interfaccia del consumatore"*[73].

El hecho de poner en circulación el producto, además de constituir el elemento subjetivo del criterio de imputación en la nueva hipótesis de responsabilidad del productor, representa el paso del producto de una esfera individual -la esfera del productor- a una esfera colectiva o social, o sea la del mercado, en que todo sujeto es un consumidor potencial, y en cuanto tal, víctima potencial de los riesgos de los productos[74].

2.2 *La naturaleza objetiva de la responsabilidad del productor*

Con la previsión de que *"el productor es responsable del daño causado por el defecto de su producto"*, el art. 1 del D.P.R 224/88 reproduciendo el art. 1 de la Directiva, enuncia el principio fundamental de responsabilidad del productor.

Como se desprende de dicho texto, la *fattispecie* de responsabilidad que se contempla, no establece el requisito de la 'culpa' a los efectos de la imputación, hecho que viene confirmado por la normativa en su conjunto, en especial por la inexistencia de la diligencia como causa de exclusión de responsabilidad entre las previstas en el art. 7 Dir (art. 6 D.P.R. 224/88).

---

[73] V. Carnevali, U., *voce "Responsabilità del produttore"*, en *Enciclopedia del diritto*, actualización, Giuffrè, 1998, p. 937.

En otra parte, el autor, destacando el hecho que tanto la Directiva como la ley italiana de actuación evitan la calficación de la responsabilidad en términos de responsabilidad extracontractual o contractual, manifiesta que se trata de una 'responsabilidad particular' que surge de la convergencia de los presupuestos específicos contemplados en la nueva normativa. En razón de lo cual, ésta resulta aplicable al caso que entre fabricante (o sujeto equiparado) y víctima subsista una relación contractual como al caso que la víctima sea un tercero respecto al fabricante. En este sentido, del mismo a. *"Responsabilità del produttore"*, en *La responsabilità per danno da prodotti difettosi*, Giuffrè, 1990, p. 7.

[74] Destacando el paso de un plano individual a un plano colectivo, en virtud de la puesta en circulación de un producto: Cfr. Markovits, Y., *op. cit.*, p. 282.

Se trata de una hipótesis típica de responsabilidad objetiva, sobre lo cual, existe consenso en la doctrina[75], pues conforme se desprende de la norma que contiene el principio de esta responsabilidad, en armonía con el art. 4 Dir. (art. 8 D.P.R. 224/88), a la víctima basta acreditar que el daño ha tenido lugar como consecuencia del defecto del producto. De lo que resulta que, una vez aportada la prueba del nexo causal entre *defecto* y daño, el productor no se libera de responsabilidad aduciendo haber adoptado las medidas diligentes requeridas por las circunstancias del caso en la fase de elaboración del producto. Deducción en la que hace particular énfasis Carnevali al establecer la naturaleza del nuevo supuesto de responsabilidad[76].

Sin embargo, la claridad que a toda luz parece evidenciarse de la letra de las citadas normas, en cuanto referidas a los presupuestos del supuesto de responsabilidad y prueba de los mismos, se ve contradicha por la extensión e imprecisión de los términos en que la norma del art. 6 de la Directiva (art. 5 D.P.R. 224/88) define el 'producto defectuoso'. Cuyo examen será abordado en modo especial más adelante, por lo que las consideraciones al respecto se reservan a su detallado tratamiento[77].

Con la introducción de una hipótesis especial de responsabilidad del productor, el D.P.R. 224/88 considera el producto defectuoso como fuente de responsabilidad para el productor, en cuanto se trate de una realidad causativa de daño. Antes de la nueva normativa, el productor venía considerado responsable a la luz de la disciplina del código civil italiano, en la medida que el 'comportamiento' que ha observado en la actividad de producción se encuadre en el supuesto del art. 2043 C.C.

Bajo la nueva normativa, el juicio de responsabilidad gira en torno al producto defectuoso. Éste se conecta a la esfera jurídica del fabricante a los fines de la responsabilidad, no en razón de una determinada conducta del productor, sino en cuanto el producto viene considerado objeto de una situación jurídica de éste[78].

---

[75] En este sentido: Alpa, G. - Bessone, M., *La responsabilità del produttore*, Giuffrè, Milano, 1999, p. 264 ss.; Alpa, G., "L'attuazione della direttiva comunitaria sulla responsabilità del produttore. Tecniche e modelli a confronto", en Contr. impr., vol. 2, 1988, p. 80 ss.; Carnevali, U., voce "*Responsabilità del produttore*", cit. supra n. 445; Carnevali, *La responsabilità per danno da prodotti* (autores varios), Giuffrè, Milano, 1990, p. 5 ss.; Castronovo, C., *La nuova responsabilità civile. Regola e metafora*, p. 196 ss., 206 ss.; Ponzanelli, G., *Nuove leggi civ. comm., comentario al art. 1 D.P.R. 224/88, 1989*, p. 506 ss.

[76] Cfr. Carnevali, U., *op. cit.*, p. 5 ss.

[77] V. *infra*, sobre la noción de 'defecto' en la normativa comunitaria, *infra*, 2.2.1.

[78] Cfr. Gorassini, *Contributo per un sistema della responsabilità del produttore*, Giuffrè, Milano, 1990, p. 235.

Gorassini precisando que en la responsabilidad objetiva *"el juicio de responsabilidad prescinde del comportamiento del sujeto responsable y por intrínseca exigencia estructural de esta forma de responsabilidad, se manifiesta a través de la contraposición entre la situación jurídica del imputado en una particular condición factual y los bienes (relativos a las situaciones jurídicas) de la víctima: en el sentido de una nueva y diversa evaluación de los intereses del imputado cuando, bajo determinadas condiciones, su realización pasa a través de la lesión de bienes jurídicos ajenos"*, refiere con respecto a la nueva hipótesis de responsabilidad introducida en Italia mediante D.P.R. 224/88 que, *"representa técnicamente un nuevo juicio expreso por el ordenamiento sobre la situación jurídica del productor en la contraposición con algunos bienes que pertenecen a la esfera jurídica de los consumidores-víctimas"*[79].

El hecho que el supuesto de responsabilidad en examen tenga una naturaleza objetiva, no quiere decir que la hipótesis de responsabilidad que contempla la Directiva 85/374 se sustente sólo en la existencia de una relación causal. Es evidente que la norma del art. 1 Dir. requiere la existencia del defecto y su relación causal con el daño generado. Se verá que la responsabilidad objetiva del productor se caracteriza por un criterio específico de imputación, el que presenta notas particulares conforme se desprende del nuevo régimen instaurado.

En realidad la noción jurídica de 'responsabilidad objetiva' si entendida como responsabilidad sin culpa, puede presentar variaciones en función de la graduación de la objetividad, según se tienda a requerir unas veces, la presencia de la sola relación causal, en cuyo caso, en doctrina emerge la denominación de 'responsabilidad absoluta', la que sin embargo, no se configura como una categoría jurídica, sino que viene referida por exclusión. Mientras que otras veces, la hipótesis de responsabilidad objetiva contiene un criterio de imputación que la aproxima a un supuesto de responsabilidad por culpa, pero sin abandonar por completo su naturaleza objetiva.

Se ha precisado en líneas anteriores que el criterio de imputación y las causales de exclusión de la responsabilidad constituyen el aspecto positivo y negativo de un repuesto de responsabilidad. Desde esta perspectiva, se puede afirmar que las causales de exclusión que prevé el legislador con relación a un supuesto de responsabilidad objetiva, son las que indicarán finalmente el grado de objetividad de la *fattispecie*.

En este orden de ideas, se puede inferir que la responsabilidad del productor a la luz de la normativa comunitaria no es una 'responsabili-

[79] V. Gorassini, A., *op. cit.*, p. 220.

dad absoluta', desde que el contenido de la norma del art. 1 Dir. (art. 1 D.P.R. 224/88) que contiene el principio de responsabilidad, viene leída y analizada conjuntamente con la norma del art. 7 Dir. (art. 6 D.P.R. 224/88) que prevé las hipótesis específicas de 'exclusión de responsabilidad', siendo esta última la que establece los límites al criterio de imputación, determinando el grado de objetividad del supuesto de responsabilidad[80].

La constatación de la doctrina mayoritaria de que la responsabilidad objetiva no obedece a un principio único, como sí en cambio se observa en el caso de la responsabilidad por 'culpa', tiene como ineludible consecuencia la posible existencia de un supuesto de responsabilidad que sea más objetivo o menos objetivo en relación a otro. Todo dependerá de las características del tipo normativo que ha previsto el legislador.

Dicha constatación de lo que sucede con los supuestos de responsabilidad objetiva se uniforma a las importantes precisiones que al respecto aporta Castronovo[81], en el sentido de sostener que *"en la responsabilidad objetiva el la cuestión causal es puramente tipológica y consiste en el verificar si el hecho que se ha producido pertenece o no a la serie de aquellos que el criterio de imputación adscribe a una cierta esfera subjetiva por simplemente producirse"*. De otra parte, pone énfasis el autor en el hecho que en la construcción de las *fattispecie* de responsabilidad objetiva que contiene el código civil, el legislador recurre siempre al parámetro de la causalidad, haciendo notar que en la intención del legislador, todas los supuestos de responsabilidad del libro IV, tít. IX C.C., puedan referirse al modelo de la responsabilidad por culpa.

2.2.1 *El complejo criterio de imputación de la responsabilidad del productor en el marco de la normativa comunitaria*

Se ha señalado que la particularidad de la *fattispecie* de responsabilidad del productor estatuida a nivel comunitario reside fundamentalmente en el criterio de imputación.

---

[80] Existe consenso en la doctrina sobre la negación del carácter absoluto del supuesto de responsabilidad que introduce la disciplina comunitaria. En este sentido, V. Alpa, *"L'attuazione della direttiva comunitaria sulla responsabilità del produttore. Tecniche e modelli a confronto"*, en *Contr. impr.*, 2, 1988, p. 580 ss.; Pizzorno, S., *"La responsabilità del produttore nella Direttiva del 25 luglio 1985 del Consiglio delle Comunità Europee (85/374 CEE)"*, en *Riv. dir.comm.*, I, 1988, p. 233.

[81] Castronovo, C., *La nuova responsabilitò civile, 2° ed.*, Giuffrè, 1997, p. 64 ss.; del mismo a., *"Diritto privato generale e diritti secondi. Responsabilità civile e impresa bancaria"*, en Jus, 1981, p. 164 ss.

En efecto, el criterio de imputación a que se hace referencia, consiste en la 'puesta en circulación de un producto defectuoso' de parte del productor o de cualquiera de los sujetos que le son equiparados por disposición expresa de la propia normativa (art. 3 Dir., arts. 3 y 4 D.P.R. 224/88). Se trata de un criterio de imputación de responsabilidad objetivo, y considerando que puede ser examinado desde dos aspectos que lo conforman, sea el defecto del producto y sea el hecho voluntario del productor consistente en el colocar el producto en el mercado, puede afirmarse que se trata de un criterio de imputación compuesto.

En ese sentido, puede aseverarse que el criterio de imputación viene conformado por dos elementos[82]:

(1) Elemento subjetivo, en cuanto la hipótesis típica de responsabilidad circunscribe su ámbito a la figura del productor (comprendiendo los sujetos que le son equiparados por disposición expresa de la ley) a quien viene atribuido el hecho voluntario de la puesta en circulación de un producto defectuoso. Hecho voluntario al que se ha referido en el punto anterior (V. *supra*, 2.1)

(2) Elemento material, en cuanto el *"eje de la responsabilidad"*, utilizando la expresión adoptada por Carnevali[83], viene dado por el defecto del producto que se pone en circulación. A este elemento se dedicará el examen del punto siguiente (V. *infra* 2.2.1). Se precisa que la referencia a la materialidad del 'defecto' no sólo quiere significar, por oposición al elemento 'subjetivo' antes mencionado, su referencia al producto, y no al sujeto que lo pone en circulación, sino se quiere entender igualmente su configuración como elemento que constituye la base de la hipótesis de responsabilidad. En este sentido puede considerarse también elemento estructural[84].

Como se ha ya observado, no viene en consideración la culpa del productor, en modo que no viene sujeto a examen del juicio de responsabilidad su comportamiento en cuanto tal, sino lo que desde la óptica del nuevo régimen de responsabilidad adquiere relieve a los fines de la

[82] Alpa refiere que la nueva hipótesis típica de responsabilidad, circunscribe au ámbito en términos subjetivos, a la figura del productor, en términos objetivos, sólo a los daños derivados de defectos de los productos.

[83] Cfr. Carnevali, voce *"Responsabilità del produttore"*, cit., p. 936.

[84] Gorassini precisa que el defecto del producto asume un doble valor a los fines del juicio de responsabilidad del productor: Como elemento estructural que determina la permanencia de la relación producto-productor aún en el momento sucesivo a la puesta en circulación del producto, y como elemento material, sobre el cual, se manifiesta la conexión causal entre producto y daño. Cfr. Gorassini, A., *Contributo per un sistema della responsabilità del produttore*, Giuffrè, Milano, 1990, p. 236 ss.

imputación es la existencia del defecto en el producto que ha causado daños.

La trascendencia del 'defecto' como presupuesto de este tipo de responsabilidad explica cómo sea posible la atribución de responsabilidad a sujetos que, si bien vienen equiparados a la calidad de productor a los fines de hacer posible la imputación del daño derivado del producto, pueden ser considerados responsables bajo la nueva disciplina, no obstante que no hayan participado al proceso de fabricación o elaboración del producto propiamente dicho. Sujetos que como el mayorista, el simple negociante minorista, revendedor, etc., asumen el rol pasivo de 'distribuidor' de los bienes fabricados por otros, careciendo de consecuencia, de un efectivo poder de control sobre el producto[85].

La consideración como sujetos responsables de esos sujetos que la ley equipara al productor, demuestra que el tipo de responsabilidad *sub* examen, no atiene al comportamiento negligente de quien eligió, por ejemplo, un material inadecuado para la construcción del producto, o de quien optó por una cierta técnica en la composición del mismo, determinando con ello el resultado dañoso del resultado. Éste es el caso que describiría la situación en que se hallaría el fabricante, quien sí tiene el poder de control sobre su producto, en cuanto está a él el decidir sobre la seguridad de lo que produce, al menos hasta que *'decide'* colocarlo en el mercado.

En el caso específico de los sujetos en referencia, adquiere particular relevancia, sin perjuicio de la que tiene la existencia del producto defectuoso, el hecho voluntario de haberlo 'puesto en circulación', hecho que, como se ha explicado en el punto precedente (2.1), califica la naturaleza extracontractual de este tipo de responsabilidad, concurriendo esta vez, a determinar su naturaleza objetiva.

El criterio de imputación de la nueva hipótesis de responsabilidad del productor, se sustenta en el principio de 'distribución de los riesgos' proclamado en los Considerandos de la Directiva Comunitaria, conforme se ha puesto de relieve (V. *supra*, Sección 1 de este Capítulo). Una noción aceptada en doctrina sobre este presupuesto de responsabilidad indica que, el criterio de imputación identifica la esfera subjetiva a la cual el legislador adscribe la imputabilidad del hecho dañoso, por considerarla en una situación mejor para evaluar el costo del daño y decidir entre ello

[85] Poniendo a luz el carácter simplemente pasivo del 'distribuidor' con relación a los productos que comercia, V. Carnevali, U., *voce "Responsabilità del produttore", cit.*, p. 936 ss.

y el costo necesario para evitarlo[86]. Concordantemente a esta noción, el legislador comunitario ha pretendido establecer una distribución de los riesgos en las esferas del productor y del consumidor, a través de la introducción del 'defecto' como elemento fundamental que, contenido en el criterio de imputación del nuevo tipo de responsabilidad, constituye la expresión de dicha distribución de los riesgos, atendiéndose a los términos en que viene definido.

Es ese mismo criterio que hace que esta hipótesis de responsabilidad no sea una simple 'responsabilidad por riesgo', la que atribuye los riesgos a quien los genera[87]. Vale decir, se tiene en consideración sólo la esfera del imputado, mas no aquella de la víctima del daño, sujeto pasivo de responsabilidad. Como señala Castronovo, *"el criterio de imputación es aquello que se halla en grado de cualificar la relación de causalidad entre el hecho dañoso y una determinada esfera subjetiva en función de la atribución de responsabilidad"*[88].

2.2.1.1. *Elemento material de la hipótesis típica de responsabilidad: El defecto del producto*

El defecto del producto se coloca como eje del nuevo régimen de responsabilidad del productor. Si bien se trata de una noción innovadora en el ámbito europeo, en el sentido que la normativa comunitaria pretende basar en ella la naturaleza objetiva de la responsabilidad, ciertamente, sin perjuicio de los matices que adquiere conforme a la configuración que de la misma se desprende de las normas específicas atinentes a ella, a las cuales, se avocará el presente estudio, no puede dejarse de reconocer que, aún cuando dicha noción viene configurada en sentido mucho más amplio que la que representa la noción de 'vicio', propia del ámbito contractual, específicamente, referido al 'régimen de garantía por vicio de la cosa', esa noción no puede considerarse del todo ajena al tratamiento pre-

[86] En el sentido de establecer que en el sistema italiano, el hilo conductor de la disciplina específica de los criterios de imputación de la responsabilidad civil es aquél que identifica la esfera subjetiva que, según el legislador, se halla en grado de evaluar el costo del daño y decidir entre ello y el costo necesario para evitarlo, se vea la Sent. *Cass.*, 28 de agosto 1985, n. 4550, en *Nuova giur. civ. comm.*, 1986, I, p. 122, con nota de Visintini.

[87] Sosteniendo que el problema de la resaponsabilidad objetiva en general se pone a propósito de daños sufridos por terceros extraños a la actividad riesgosa: Trimarchi, P., *"La Responsabilità del fabbricante nella direttiva comunitaria"*, *cit.*, p. 595.

[88] V. Castronovo, C., La nuova responsabilità civile. Regola e metafora, cit., p. 208.

cedente a la normativa comunitaria del tema de la responsabilidad del productor.

En efecto, referencias al 'defecto' se encuentran sea en el lenguaje de la doctrina o de la jurisprudencia, aún si viene mencionado en modo indistinto como sinónimo de 'vicio' u otras veces en sentido más lato, pero en todo caso, aludiendo en modo general a un desperfecto del producto que ha dado lugar a los daños, a un mal funcionamiento del producto, a la mala calidad del mismo, a su imposibilidad de servir al fin para el que fue pensado el producto, en fin, tantas otras referencias que se pueden observar, a modo de verificación en una realidad concreta como la experiencia italiana precedente al D.P.R. 224/88 (V. *supra*, Capítulo I de esta parte del trabajo). Ciertamente, no se debe perder de vista que, el análisis precedente al nuevo régimen se centraba en el comportamiento del fabricante, en su actividad de elaboración o construcción del producto.

De modo que no es exacto afirmar que el 'defecto' es una noción completamente ajena a la experiencia europea sobre la materia destacándose el hecho que se trate de una importación de la experiencia estadounidense e introducida en Europa a partir de la Directiva de 1985.

Lo primero, como se ha señalado, viene desvirtuado con las referencias al defecto que había hecho la doctrina y jurisprudencia europeas con anterioridad a la Directiva[89]. Lo segundo, en cambio, puede considerarse

[89] En este sentido, baste citar la propia disciplina de la compraventa en el C.C. Italiano de 1942 que hace referencia expresa a los 'defectos'. Por ejemplo es el caso de los arts. 1512 sobre la 'garantía de funcionamiento' de la cosa vendida, el art. 1513 sobre la determinación y prueba de los 'defectos', entre otras normas.

En cuanto respecta a la doctrina italiana, como se ha precisado en el Capítulo I de esta Segunda Parte de este trabajo, se ha visto influenciada por el derecho norteamericano que a través de la doctrina alemana ingresa en Italia, destacando entre los juristas que difunden a través de su obra, la clasificación de los defectos por tipos, Carnevali, quien atribuye un criterio de imputación específico según el tipo de defecto. V. *supra*, en esta Segunda Parte, el Capítulo I, 2.2.1 sobre la *doctrina italiana*.

En cuanto respecta a la jurisprudencia, que como se ha precisado en otra parte, no ha seguido la línea de la responsabilidad objetiva a la que se vio lanzada la doctrina, al difundir los aportes de la experiencia norteamericana en esta materia, se observa que aquella ha hecho uso del término 'defecto' en diversas oportunidades. El *leading case Saiwa* es el caso más ejemplar sobre el particular, donde se establece que la existencia misma del 'defecto' hace presumir una culpa del productor, quien queda sujeto a probar el origen diverso del defecto. *Ibidem*. Ciertamente, en la mayor parte de casos sobre la responsabilidad del productor, la jurisprudencia italiana ha destacado el 'peligro' que comporta el producto considerado en el caso concreto, para referirse al 'defecto', o bien ha hecho alusión al ***uso anómalo razonablemente previsible***, esto último sobretodo en los casos en que las víctimas son

válido en el sentido que, como la noción de 'defecto' viene acuñada en el derecho norteamericano muchos años antes de su ingreso al derecho continental, hasta llegar a convertirse en la noción fundamental de la responsabilidad del productor en Estados Unidos, como se ha verificado oportunamente, filtra en el derecho europeo como consecuencia de la inevitable influencia de la experiencia transoceánica, que como se ha destacado (V. *supra*, en este capítulo, Sección 1, 1.2), su desarrollo como modelo complejo de responsabilidad del productor, ha representado un importante punto de referencia y comparación para la experiencia europea. Así, el uso difuso que de dicha noción tiene lugar en el modelo norteamericano, no podía ser obviada por los juristas europeos que emprenden el estudio del tema a los fines de hallar una solución al problema de los daños derivados del proceso de industrialización en Europa.

El 'defecto' constituye una noción que halla en el ámbito de la responsabilidad extracontractual el medio óptimo para su configuración y permanente demarcación a través de su aplicación al caso concreto de parte de la jurisprudencia.

En ámbito de la responsabilidad contractual, halla soberanía la noción de 'vicios de la cosa' a la que va dedicada el régimen especial de 'garantía por vicios', como oportunamente ha sido materia de examen (V. *supra*, Primera Parte, Cap. I, 2.1.1). Como se ha precisado, la noción de 'vicio' resulta limitada para constituirse en fundamento del resarcimiento de daños derivados de un producto, lo propio puede afirmarse con relación a la "falta de la cualidad esencial" de la cosa o la "falta de la cualidad prometida" para el uso para el que la cosa es destinada, todas ellas objeto del régimen contractual[90]. A propósito se trae a colación las conocidas como garantía de calidad *(warranty of quality)* o garantía de comercialidad *(warranty of merchantability)* de la experiencia norteamericana (V. *supra*, Primera Parte).

La noción de 'vicio' halla justificación bajo un régimen de responsabilidad contractual en el cual, la relación que nace entre las partes viene

niños. En este sentido, se ha pronunciado la *Cass.*, 21 de octubre de 1957, n. 4004, en *Foro it.*, 1958, I, p. 46. Notorio es el paso que realiza la jurisprudenza a los efectos de aplicar el art. 2050 C.C. referido a la 'responsabilidad por actividad peligrosa', hacia la declaración del ***peligro del producto***, el cual, escapa a la esfera de control del productor. En este último sentido: *Cass.* 15 de julio de 1987, n. 6241, en *Foro it.*, 1988, I, p. 144, con nota de Carusso. Dirección que sucesivamente ha sido confirmada por otros pronunicamientos judiciales, entre los cuales, *Cass.* 27 de enero de 1997, n. 814.

[90] Cfr. Bigliazzi Geri, Breccia, Busnelli, Natoli, *Diritto Civile* 3, *Obbligazioni e contratti*, Utet, Torino, p. 323 ss.

gobernada por la voluntad de las mismas, la que establece la extensión de las obligaciones de cada una de ellas. La pretensión de la doctrina y de la jurisprudencia en algunos casos de extender la noción de 'vicio' en la medida que pueda adecuarse a los fines de conceder el resarcimiento de los daños sufridos por quien nada lo vincula al causante de un daño, sino la sola y simple situación de hecho nacida en virtud de la existencia del daño, no ha tenido éxito conforme se ha verificado con el examen de la experiencia italiana previa a la adopción de la normativa comunitaria sobre la responsabilidad del productor. Resultado corroborado por otras experiencias europeas, entre las que se ha considerado en este trabajo, la alemana y la francesa, a los fines de ofrecer una visión más clara, si bien referencial, de la experiencia europea en la materia *sub* examen[91].

Con explícita alusión a la ley de actuación de la Directiva en Italia, Castronovo ha criticado que, la referencia en el art. 1 del **D.P.R. 224/88** al defecto sea un "puro medio verbal", ya que conforme a la definición que de él se halla en **el art. 5 (art. 6** Dir.), lo que en realidad cuenta es la 'seguridad' que legítimamente se puede esperar del producto atendiendo a todas las circunstancias.[92]

Es importante hacer énfasis, que la crítica del ilustre autor se enmarca dentro de un razonamiento que atribuye *prima facie* al supuesto de responsabilidad del nuevo régimen la naturaleza de 'garantía', ciertamente reconociendo al final de esa línea de pensamiento, sin perjuicio de destacar siempre la inconsistencia del 'defecto' como tal, la presencia de un verdadero supuesto de responsabilidad, precisando que el 'defecto' defi-

[91] Un desarrollo acucioso de la distinción entre la noción de 'defecto' y 'vicio' con relación a la disciplina de la compraventa en el derecho italiano remite a las importantes reflexiones del Prof. Alpa en un examen del art. 5 del D.P.R. 224/88 en: *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia,* dirigido por Galgano, Vol. XIII, *"La responsabilità del produttore"*, Cedam, Padova, 1989, p. 89 ss.

[92] En realidad, la crítica del ilustre autor viene formulada a la luz de una perspectiva particular sobre la disciplina del daño derivado de productos instaurada en Italia mediante el mencionado decreto de la República. El razonamiento del jurista parte de la afirmación que la hipótesis contemplada en este nuevo régimen no constituye un supueto de responsabilidad sino uno de 'garantía', cuyo objeto a diferencia del 'vicio' en ámbito contractual, no es el 'defecto' –no obstante ser éste que da vida en ámbito extracontractual a la referida 'garantía'–, sino *"el daño generado por los defectos"*. Cfr. Castronovo, C., *La nuova responsabilità civile. Regola e metafora, cit.*, p. 207 ss.

En el sentido de sostener que el 'defecto' no es tal en sí mismo y que se trata de una nozione extraña al sistema de la responsabilidad civil y que mas bien, es un claro derivado del modelo de responsabilidad estadounidense: Cfr. Di Majo, *"La responsabilità per prodotti difettosi nella direttiva comunitaria"*, en *Riv. dir. civ.*, I, 1989, p. 41 ss.

nido mediante el parámetro de la 'seguridad' a que se refiere el art. 6 del decreto de la República, no consiste en una simple falta de cualidad del producto, sino de la "específica propensión al daño medida por esa expresión elástica (seguridad que se puede legítimamente esperar)"[93], lo que pone en evidencia cómo el punto central sea mas bien la 'falta de seguridad', y en última instancia el daño como resultado de aquella. En esa óptica, Castronovo destaca que "en el plano factual, donde el daño precede al defecto, este último será inevitablemente inferido del primero y no éste de aquél, salvo la prueba de una causalidad alternativa", haciendo alusión también a cuanto ha tenido lugar en la historia del daño derivado de producto[94]. Sobre esto último se puede señalar que, efectivamente, lo que en los hechos salta a la luz es el daño producido, y su prueba en primer orden viene requerida por el art. 4 de la Dir. (art. 8 D.P.R. 224/88), luego del defecto y por último la del nexo causal entre ambos. Sin embargo, como se verá más adelante la prueba del 'defecto' no viene inferida por la producción del daño, pues debe acreditarse que era carente de las condiciones de seguridad requeridas conforme al art. 6 Dir (art. 5 D.P.R. 224/88).

Sin cuestionar la autoridad de la opinión doctrinaria, no se puede dejar de poner de relieve que, si la intención del legislador comunitario habría sido la de valerse de una terminología –'defecto'– en el sentido de mero significante, o sea, sin significado, no habría dedicado una norma específica que, además de algunas otras que en el nuevo régimen se refieren directa o indirectamente al defecto, como el art. 6 Dir. define, aún si, a través de una *cláusula general* cuándo se está frente a un 'producto defectuoso'. No cabe duda que, aparte de cuanto será precisado a continuación, el 'defecto' constituye en la nueva normativa un elemento central de la nueva hipótesis de responsabilidad.

El **art. 6** de la Directiva a la letra señala:

> Art. 6 - 1. Un producto es defectuoso cuando no ofrece la seguridad que se puede legítimamente esperar teniendo en cuenta todas las circunstancias, entre las cuales:
>
> a) la presentación del producto,

[93] *Ibidem*, p. 215.

[94] En efecto, como se ha observado en la evolución del tratamiento del daño derivado de producto en la experiencia italiana, resulta que sobre la base de un proceso lógico-presuntivo como el efectuado en el caso *Saiwa*, la prueba del daño ha permitido al juez afirmar la inidoneidad del producto bajo el perfil de la seguridad, en la que hoy se hace consistir en el nuevo régimen de responsabilidad del productor, el defecto. *Ibidem*, p. 115.

b) el uso al cual el producto puede ser razonablemente destinado,
c) el momento de la puesta en circulación del producto.
2. Un producto no puede ser considerado defectuoso por el solo hecho que un producto más perfecto haya sido puesto en circulación sucesivamente a aquél.

Cierto es, como señala Castronovo que, el hecho que la nueva normativa utilice el 'defecto' como un "referente necesario de la responsabilidad", revela en medida particular su matriz estadounidense[95]. En efecto, como se ha destacado en la primera Sección de este Capítulo, la existencia consolidada, si se puede llamar, del modelo norteamericano no podía dejar de ejercer influencia en otras experiencias que debían afrontar el problema de los daños resultantes de productos defectuosos.

Antes de emprender el examen de la citada norma, en la cual el legislador comunitario ha dado las líneas guía para la definición de lo qué entender por 'defecto', debe advertirse que mediante este vocablo se evoca una noción compleja y como tal bastante delicada. No se trata de la precisa noción de 'vicio' del ámbito contractual, pues sabido es que, justamente por sus limitados alcances para los efectos del resarcimiento a terceros, surge la necesidad de emprender la vía extracontractual. Y no se trata como asevera Castronovo, desde su perspectiva que ve en el supuesto de responsabilidad del nuevo régimen de responsabilidad instituido por D.P.R 224/88, con referencia a la experiencia estadounidense que trae a colación como ejemplo de la "contaminación" de las categorías contractuales por categorías extracontractuales, que "el vicio haya sido extrapolado de la originaria raíz contractual para convertirse en fundamento de la responsabilidad frente a cualquier tercero víctima por el uso del producto"[96].

En efecto, la evolución del tratamiento que la materia ha tenido en el derecho norteamericano revela que la noción de 'defecto' se halla destinada a encontrar sustancia propia en el ámbito de los *torts*.

Se ha referido que el 'defecto' constituye el elemento material o estructural del criterio de imputación del supuesto de responsabilidad, en efecto, evoca una característica del producto que ha provocado el daño, pero la configuración como 'defecto' no es simple de determinar. Evoca, en otros términos, la existencia en la realidad de hechos jurídicos consistentes en una irregularidad que se produce con la puesta en circulación de un producto. Aparentemente, el 'defecto' como presupuesto de este tipo

[95] *Ibidem*, p. 209.
[96] *Ibidem*, p. 210.

de responsabilidad facilita la determinación de la responsabilidad del productor. Sin embargo, en el caso concreto, el saber en qué consiste el 'defecto' del producto que ha provocado el daño representa una difícil tarea que pesa sobre el juez.

La trascendencia del 'defecto' como elemento estructural de la responsabilidad del productor, supone que aún cuando el producto ha salido de la esfera jurídica del productor, al haber sido colocado en circulación (elemento subjetivo), como pone de relieve Gorassini, la relación productor-producto permanece[97], ergo, el producto concebido como 'fruto de la actividad empresarial' (que es diverso a fruto-ganancia que se obtiene luego de la puesta en circulación del producto) se considera a los efectos jurídicos que se mantiene en la esfera del productor como centro de imputación, por todo el tiempo necesario para la instauración de la acción por daños, con el límite claramente de la prescripción o caducidad de la acción[98].

Las dificultades que debe afrontar el juez en la determinación de la existencia del 'defecto' en el caso concreto, no son ajenas a lo que la experiencia norteamericana ha enseñado. Demás está referir lo qûe para el modelo norteamericano constituye la noción de 'defecto', pues a ello ha sido destinada una parte específica en el presente estudio (V. *supra*, Primera Parte), sin embargo, se considera necesario destacar que en dicha experiencia, la introducción del 'defecto' como eje del sistema de la responsabilidad del productor más difundido en los Estados Unidos, representa inicialmente la instauración de la 'responsabilidad objetiva', así como resulta manifiesta en la conocida sentencia del caso *Greenman Vs. Yubba Motors* (1963), y oficialmente acogida en el *Restatement (Second) of torts* (1965). Como se ha apreciado en su oportunidad, en ese momento de la evolución del tratamiento, la noción 'defecto' era tan vaga como vacía, de consecuencia, las cortes norteamericanas se vieron frente a la tarea de darle un contenido o significado más o menos uniforme, lo que fue una

[97] Gorassini explica que en el mecanismo estructural del supuesto de responsabilidad objetiva del productor, la situación jurídica del imputado se defina a través de una relación productor - producto defectuoso, cualificada como relación de pertenencia. Esto último se desprende del tenor del propio art. 1 del nuevo régimen, a través de la partícula "su".

[98] V. Gorassini, A., *op. cit.*, p. 237. El autor explica que el D.P.R. 224/88 propone un nuevo juicio de responsabilidad. En efecto, señala que la colocación en comercio del producto, en la medida que cause daños al usuario (adquirente, usuario, etc.) crea una solución de continuidad en las valoraciones jurídicas sobre las situaciones relativas al empresario (y a otros sujetos que tengan una relación con el producto). *Ibidem*, p. 234.

utopía. Pues, en realidad, la noción se prestó a las más diversas interpretaciones, siendo las resoluciones jurisprudenciales de los distintos Estados secundadas por la doctrina norteamericana. En esa evolución no pacífica de esta noción, se alcanza un estadio de madurez en el transcurso de los años, conforme se desprende de la propia obra jurisprudencial, desarrollo ulterior que viene a plasmarse en el *Restatement of torts (Third): Responsabilidad del productor* (1998).

Hecho este paréntesis que se considera necesario por ser en la experiencia norteamericana en la que el contenido de la noción de 'defecto' ha tenido todo un desarrollo que antecede a su incorporación como presupuesto de responsabilidad en la experiencia europea, se plantea la cuestión de precisar si, aceptado el hecho que con la introducción del requisito del 'defecto' en la normativa europea se ha tratado de abandonar el examen tradicional del comportamiento del fabricante en términos del criterio de la 'culpa', para adoptar un régimen de responsabilidad objetiva que facilite el resarcimiento de los daños a quien resulta víctima del proceso de producción y distribución masiva de los productos, la normativa comunitaria efectivamente logra ese propósito y cuál es el contenido de la noción distintiva de este nuevo régimen de responsabilidad.

2.2.1.2. *La tipología de los defectos en la nueva normativa comunitaria*

Con la definición de 'defecto' en la nueva normativa comunitaria, en términos de seguridad, pareciera darse una noción única de 'defecto' y con ello haberse dado solución a cualquier problema de indeterminación.

Lo cierto es que, la normativa comunitaria no ha excluido la tipología de los defectos, aún si no la contempla en términos claros y precisos, como ha sido en cambio últimamente adoptada en el *Restatement (Third) of torts: Responsabilidad del productor* (1998) (V. *supra*, Primera Parte). Sin embargo, la Directiva sustancialmente presupone[99] dicha distinción, y ello aflora de las propias normas del nuevo régimen. Siguiendo la clasificación de matriz norteamericana, puede inferirse que los llamados *defectos de fabricación* vengan aludidos en la norma inicial de la normativa (art. 1 Dir. e D.P.R. 224/88), en cuanto por propia naturaleza, cual es la de no conformarse a los demás ejemplares de una misma serie, no requerirían la compleja configuración que prevé el art. 6 Dir. (art. 5 D.P.R. 224/88), la

[99] Cfr. Carnevali, U., *voce Responsabilità del produttore*, cit., p. 943; Di Majo, A., *"I problemi della recezione della direttiva comunitaria sulla responsabilità da prodotti difettosi", en Il danno da prodotti*, dir. por Patti, Cedam, Padova, 1990, p. 10 ss.

que más bien se referiría a los *defectos de diseño o proyección*, mientras que en el inc. a) del art. 6 Dir. vendrían comprendidos los denominados *defectos de información o de advertencia*, ciertamente, este último caso viene considerado por la normativa comunitaria como un caso de defecto de diseño, no obstante haber merecido una consideración por separado, que destaque en algún modo la autonomía de este tipo de defectos. En el modelo norteamericano este último tipo de defectos viene considerada una categoría autónoma, dadas las características como los requisitos especiales para su configuración, representando un número considerable de casos que llegan a las cortes.

A propósito, el Prof. Di Majo destaca como aspecto de mayor trascendencia para individualizar el modelo de responsabilidad, no tanto el representado por la norma de las *causas de exclusión de responsabilidad* (art. 7 Dir., 6 D.P.R.) que se inscriben fácilmente en la categoría; interrupción del nexo causal (lett. a, f) y/o la del *factum principis* (lett. d, e), sino el diverso tratamiento reservado a la tipología de los defectos[100].

Si bien es cierto que la distinción de los defectos es originariamente una elaboración de la doctrina norteamericana, no puede negarse que se trate de un aporte de gran relevancia en el tratamiento de este tipo de daños. En efecto, en el plano probatorio la distinción de los defectos adquiere utilidad. En efecto, el examen del hecho generador del daño, la determinación de qué es lo que ha convertido en riesgoso el producto, resulta ser una cuestión fenomenológica, en cuanto la configuración de un tipo de defecto observa ciertas características, que se repetirán en otros casos en que se verifique un defecto en otro producto con esas mismas connotaciones. Esas diferencias deben ser advertidas en el análisis de los hechos cuya prueba aportarán las partes del respectivo proceso. Se trata tantas veces de cuestiones estrictamente técnicas, en cuanto a composición, material, estructura del producto, otras veces, de signos distintivos, información sobre el uso del producto o advertencia sobre los riesgos. En todo caso, el juzgador debe individualizar la consistencia del defecto en base a la prueba aportada por la víctima, y sin perjuicio, del informe que evacuarán los peritos, entre otras pruebas actuadas en juicio, además del recurso a las presunciones[101] y para ello no basta resolver en el sentido que "un producto es defectuoso porque inseguro". Es necesario, que esa noción de seguridad que se ofrece en el art. **6 Dir.** se verifique no sólo señalando el caso concreto, sino debe concretarse según el tipo de defecto.

[100] Di Majo, A., *op. cit.*, p.11.

[101] Cfr. Carnevali, U., *"Responsabilità del produttore e prova per presunzioni"*, en Resp. civ. e prev., 1996, p. 481 ss.

Es como afirmar que la propia configuración de un tipo de defecto exige, por propia naturaleza un tratamiento adecuado, que se ajuste a las circunstancias del caso.

En esa óptica adquiere relevancia la construcción doctrinaria de la clasificación de los defectos. Mérito ciertamente de la experiencia norteamericana que ha adelantado a otras experiencias en el tratamiento de esta materia en particular, conforme se ha apreciado de la evolución de la responsabilidad del productor (V. *supra*, Primera Parte). Relevancia en el sentido que el legislador comunitario sobreentendiendo la tipología de los 'defectos', dedica especial atención a aquellos que tradicionalmente, como revela la experiencia estadounidense, reportan al juez las más serias dificultades para su determinación, se alude al caso de los *defectos de diseño* y los *defectos de información.*

Diversamente a la opinión según la cual, el valor de la tipología de los defectos asume un rol descriptivo o en todo caso se constituye en una de las circunstancias a que debe remitirse el intérprete para aplicar el criterio general[102], se considera importante hacer hincapié en el hecho que la implícita distinción de los defectos en la nueva normativa, no tiene por efecto la aplicación de un criterio de imputación diferente, como se ha señalado, un sector de la doctrina italiana había originariamente atribuido[103], aquí, en la nueva normativa de la responsabilidad del productor, el criterio sigue siendo en todo caso la *puesta en circulación de un producto defectuoso.* Lo que varía en el examen de los hechos es la configuración de un tipo de defecto o de otro. Alcanzado lo cual, la imputación se produce en los términos de la norma del art. 1 Dir. (art. 1 D.P.R.), es decir, una imputación objetiva de responsabilidad.

---

[102] En el sentido de atribuir un rol descriptivo a la tripartición de los defectos, una vez afirmada la responsabilidad objetiva del productor y una vez centrada la noción de defectuosidad en la legítima expectativa social de seguridad: Ghidini, G., *op. cit.*, p. 440.

[103] En este sentido se vea la construcción de Carnevali con relación a la aplicación de las normas del código civil italiano a los diversos tipos de defectos. V. *supra*, Capítulo I de esta Segunda Parte.

Considerando que la regla de responsabilidad objetiva no rige para los llamados *defectos de diseño o proyección* (*design defects* de la experiencia norteamericana): Ponzanelli, G., *op. cit.*, p. 797. La autorizada opinión del jurista se alínea a la de un sector de la doctrina norteamericana que sostiene la aplicación del criterio de la *culpa* para el caso de los denominados *design defects.* Se trata del interminable debate entre los que defienden la aplicación de la *culpa* en materia de *responsabilidad del productor* y los que en cambio defienden la prevalencia de la *strict liability.*

El D.P.R. 224/88 se presenta manifestando la distinción aún más claramente[104]. Baste referirse al art. 5, inc. 3 que, como se evidencia del tenor mismo, realiza una interpretación auténtica[105] de la cláusula general, en el sentido de entender la noción de seguridad en los términos siguientes: *"Un producto es defectuoso si no ofrece la seguridad ofrecida normalmente por los otros ejemplares de los productos"*. Se note que en esta oportunidad, no viene hecha referencia alguna a *"las circunstancias"*. El legislador italiano que actúa la Directiva, alude claramente a los *'defectos de fabricación'*, concretando la noción genérica de 'seguridad'contenida en el inc. 1) del art. 5 D.P.R.

Con relación al específico caso de los defectos de fabricación, el examen de la existencia del defecto es netamente objetivo. En el lenguaje norteamericano, se diría que en este caso se trata de una pura responsabilidad objetiva. En efecto, basta verificar que el ejemplar defectuoso no se conforma a las características de los demás de su misma línea de producción para poder ser considerado defectuoso. Se trata de la verificación más simple con que el juez pueda encontrarse ante un caso de daños derivados de producto. Difícil se presenta la tarea del juzgador frente a los denominados *defectos de diseño o proyección o construcción*, respecto de los cuales opera el examen en atención a las circunstancias señaladas por el art. 6 Dir. (5 D.P.R. 224/88), sin que ello implique una variación del criterio de imputación. La responsabilidad en este caso sigue siendo objetiva.

2.2.1.3. *La configuración dela noción de defecto como noción de seguridad del producto*

Definiendo el producto defectuoso en función de la 'seguridad' el legislador es consciente de la necesidad de dar las pautas fundamentales para la verificación del defecto. De otro modo, se habría dejado un margen sumamente amplio al criterio discrecional del juzgador para especificar en cada caso concreto qué es lo que del producto ha podido generar el daño. Hipótesis en la cual, se habría alcanzado el estadio de la S. 402A del *Restatement (Second) of torts* (1965) en la *American products liability*, texto

[104] Reconocen la adopción de la tripartición de los defectos por el D.P.R. 224/88 que aplica la Directiva Comunitaria en Italia: Carnevali, U., *op. cit.*, p. 943; Ghidini, G., *op. cit.*, p. 440; Ponzanelli, G., *"Commento al D.P.R. 24 maggio 1988"*, en *Il Corr. giur.*, 1988, p. 796 ss, entre otros.

[105] En este sentido: Cfr. Ghidini, G., *op. cit.*, p. 442.

que, si bien adoptado por la mayor parte de las jurisdicciones americanas, establecía solamente que *"el vendedor de cualquier producto en una condición irrazonablemente peligrosa para el usuario o consumidor o para su propiedad se halla sujeto a responsabilidad por el daño físico causado al último usuario o consumidor, o a su propiedad ..."*. Conforme se desprende del tratamiento oportuno de la experiencia norteamericana en esta materia, la noción de 'defecto' a partir del *Restatement* (*Second*) ha sido objeto de notorias oscilaciones en cuanto a su determinación. Ello, precisamente como se ha destacado, consecuencia de la vaguedad e imprecisión de la noción, ajustándose a lo que en un caso determinado la corte podía haber considerado defectuoso. Unas veces, esa noción venía configurada en términos estrictamente objetivos, se recuerde la aplicación inicial del Test de las expectativas del consumidor, en su forma pura, otras veces, el examen del defecto venía realizado en términos subjetivos, es decir, en términos de culpa, a la enseña del Test costo-beneficio.

Ahora bien, el examen de la norma del art. 6 **Dir.** (D.P.R. 224/88), revela que se mantiene el ámbito de imprecisión, lo importante, se considera sea el hecho que el parámetro que guiará al juez en la verificación de la existencia del 'defecto' en cada caso es un parámetro objetivo de seguridad. En éste destaca su configuración a través de criterios objetivos, aún cuando entre los mismos se hallen contemplados el de la ***razonabilidad*** y el de la ***previsibilidad***, que no obstante tratarse de nociones reminiscentes de la culpa, revelan que la noción de 'producto defectuoso', tal como viene configurada, pretende evocar un resultado de la actividad humana, en este caso, la actividad de fabricación, el 'producto', pero no sólo ello, sino que se plasma en dicha definición aquél principio de *distribución de los riesgos entre productor y consumidor*, principio que anima la normativa comunitaria, lo que explica que en la configuración del defecto, se tenga en consideración la esfera de acción del usuario del producto.

Es el desequilibrio, en cuanto técnica y competencia, remarca Markovits[106], existente en la relación fabricante-usuario que hace necesaria aquella objetivación en el juicio de valor, en el sentido que no se somete a evaluación la conducta, sino *"el comportamiento del producto"*. Objetivación que, como señala el mencionado autor, nace del hecho que en la confrontación de las actividades del productor y del usuario del producto, es la influencia de la primera que resulta siendo capital en la generación del daño.

[106] Cfr. Markovits, Y., *op. cit.*, p. 281.

El hecho de centrar la atención sobre el 'producto defectuoso' significa que el nuevo régimen de responsabilidad presta especial atención a los efectos dañosos que del mismo puedan resultar, abandonando la investigación sobre el origen mismo del defecto, que la generalidad de las veces se hallará en actos negligentes de los dependientes de la empresa productora o en un desperfecto de una máquina, o se tratará de defectos inevitables y estadísticamente previsibles en el proceso de producción. En fin, la consideración de todos estos actos pierde toda relevancia a la luz de una hipótesis de responsabilidad objetiva.

Es a nivel de los efectos dañosos del producto defectuoso que el legislador comunitario ha pretendido armonizar el tratamiento que venía dado en los diversos Estados CEE. El problema de si a través el nuevo régimen se logra un tratamiento uniforme a los daños derivados de productos, ha sido afrontado oportunamente (V. *supra*, Sección I, en este Capítulo II), lo importante es que la víctima de estos daños, siguiendo la posición de un sector dominante de la doctrina italiana[107], tiene a disposición un régimen de responsabilidad cuya aplicación puede elegir, atendiendo a las conveniencias que en él encuentre si comparado con la tradicional disciplina del código civil sobre la responsabilidad civil.

Con las notas singulares de la definición de 'producto defectuoso' que contempla la nueva normativa, aquél se constituye en factor que codifica de la *naturaleza de la responsabilidad del productor*. Una hipótesis típica de responsabilidad objetiva, porque no viene en cuestión el reproche del comportamiento observado en la fabricación del producto, sino, el examen se centra sobre el 'producto defectuoso'. Elemento estructural suficientemente flexible desde el punto de vista del juzgador, quien atendiendo a *'todas las circunstancias'* asume la tarea de dar el contenido preciso en el caso concreto a la *cláusula general de seguridad*, noción que como se desprende del texto del art. 6 Dir. resulta ser suficientemente permeable para permitir filtraciones de elementos subjetivos, vale decir, de criterios de la culpa.

La norma del **art. 6** de la Directiva (art. 5 D.P.R. 224/88) constituye no sólo, como se precisará, una *cláusula general de seguridad*, a través de la cual, el legislador comunitario ha definido el 'defecto'. Siendo ésa la naturaleza de la norma en referencia, su contenido viene establecido por el

[107] En este sector doctrinario predominante, Cfr. Busnelli - Ponzanelli, *"La responsabilità del produttore tra legge speciale e codice civile"*, en *Il danno da prodotti*, dirigido por S. Patti, Cedam, Padova, 1990, p. 19 ss.; en minoría, haciendo prevalecer el carácter especial de la nueva disciplina comunitaria: Cfr. Galgano, F., *"Responsabilità del produttore"*, en *Contr. impr.*, 1986, p. 1011 ss.

juez en cada caso concreto, pero es evidente, que la propia norma contempla algunos 'parámetros objetivos' no excluyentes, que dando concreción a la cláusula general, indican al juez las circunstancias a considerar para la verificación de que el producto que ha causado el daño era 'defectuoso'.

2.2.1.4. *La seguridad - parámetro social de evaluación y la noción objetivo-normativa de defectuosidad*

La 'seguridad' en función de la cual se define el 'defecto', no es absoluta, como bien se desprende del texto de la norma. Ello denota que el legislador ha sido consciente que no existe el producto seguro en absoluto. En efecto, la 'seguridad' es circunstanciada, asumiendo relevancia los parámetros objetivos que vienen referidos.

La nueva normativa define la defectuosidad del producto, no en función de un carácter intrínseco, oculto del producto, sino en función de las *consecuencias dañosas que el uso del producto* pueda acarrear, de lo cual responde el productor (o los sujetos equiparados a este último en virtud del art. 3 Dir.). La definición de seguridad que del inc. 1) del **art. 6** Dir. "***Un producto es defectuoso cuando no ofrece la seguridad que se puede legítimamente esperar teniendo en cuenta todas las circunstancias ...***", se ajusta a los términos del sexto Considerando de la Directiva que señala:

"Considerando que para proteger al consumidor en su integridad física y en sus bienes es necesario que el carácter defectuoso de un producto sea determinado no en base a la carencia del producto desde el punto de vista de su uso, sino en base a la falta de seguridad que el ***público en general*** puede ***legítimamente*** esperar; que dicha seguridad es evaluada excluyendo cualquier ***uso abusivo*** del producto que en el caso sea ***irrazonable***".

De dicho Considerando se desprende que lo que el legislador ha entendido por expectativa de seguridad es aquella correspondiente al *público en general*, lo que expresa la exigencia de un *parámetro social de evaluación*, es decir, no el parámetro del consumidor del caso concreto, no el parámetro del uso para el que el producto ha sido destinado (lo que remonta a la noción contractual del 'vicio oculto'). En efecto, se trata de las expectativas del público en general, pero con la ulterior precisión que, dichas *expectativas* sean *legítimas* y definidas de acuerdo *a todas las circunstancias*.

Con respecto a las *expectativas del público en general*, parece hacerse referencia al público consumidor. Se trata de un parámetro, si bien objetivo de una parte, problemático de otra. Se apoya esta conclusión en las críticas formuladas al *'consumer expectations test'* en su forma pura, de la expe-

riencia norteamericana a la cual se remite (V. *retro* Primera Parte). En esta experiencia, como se ha visto oportunamente, el test que se menciona, para la determinación de la *'defectuosidad'* ha demostrado sus limitaciones. Pues, baste preguntarse ¿de qué público se trata, el de un mercado determinado, diverso tal vez en diversos aspectos al de otro Estado miembro?, etc. Además, las expectativas del público en general pueden ser en tal modo 'obvias' que impiden que en el caso concreto el consumidor-víctima no se haya encontrado en grado de percibir determinadas características riesgosas del producto, en cuyo caso, de acuerdo a una consideración de las expectativas del público en general, el producto no viene considerado defectuoso y la víctima no resarcida.

Con respecto a las *circunstancias* a que alude la norma, parece ser su consideración junto a la *legitimidad de las expectativas*, las que conducen a superar el resultado desfavorable que podría desprenderse según la lectura del inc. 1), conforme se pone de relieve en el parágrafo precedente.

Precisamente, la no ligera referencia a tales circunstancias sino, la descripción de algunas de ellas, es indicativo que la norma del art. 6 Dir. (art. 5 D.P.R. 224/88), en cuanto *cláusula general de seguridad* no presenta una sustancial indeterminación[108], se trata como la califica Trimarchi de una 'relativa indeterminación' de la fórmula normativa, la que resulta más bien, útil en la medida que permite "adaptaciones jurisprudenciales marginales"[109].

El examen de todo el contenido de la norma en referencia conduce a considerar que, por la ***legitimidad*** *de las expectativas* del público en general, el legislador comunitario ha querido significar la ***razonabilidad*** de las mismas [110]. Una opinión en doctrina ha señalado que la "fórmula de la no

[108] En este sentido Fagnart J. L., *"La directive du 25 juillet 1985 sur la responsabilité du fait des produits"*, en *Cahiers de droit européen*, 1987, p. 29.

[109] Trimarchi, P., *"La responsabilità del fabbricante nel progetto di statuto d'impresa"*, en *Quadrimestre*, 1985, p. 215.

[110] En este sentido: Capotosti, *"La nuova disciplina comunitaria della responsabilità per danno da prodotti difettosi"*, en *Assicurazioni*, 1985, II, p. 110 ss.

El adverbio *legítimamente* que contiene el texto de la Directiva, se halla presente en la definición de 'defecto' de la Convención de *Strasbourg* de 1977, sobre la responsabilidad por hecho de los productos en caso de lesiones corporales o de muerte. Sin embargo, durante la elaboración de la Convención se había propuesto reemplazar el adverbio *'légitimement'* por *'raisonnablement'* (*Document du Conseil de l'Europe* EXP/Resp. Prod. (74) 1 du 21 janvier 1974, p. 7). Pero dicha propuesta fue rechazada por considerarla que conduce a una apreciación demasiado subjetiva, evidentemente para la consideración de elementos económicos. V. Markovits, Y., *op. cit.*, p. 201-202.

correspondencia a las legítimas expectativas de seguridad parece relacionarse –en versión positiva– al concepto de la "condición defectuosa irrazonablemente peligrosa *(defective condition unreasonably dangerous)* previsto en la S. 402A *Second Restatement of torts*[111]. Al respecto debe precisarse que, además de ser la noción de *'reasonableness'* del derecho norteamericano un parámetro de la diligencia, la expresión "irrazonablemente peligroso *(unreasonably dangerous)* ha representado en la evolución de la responsabilidad del productor una noción conflictual, en la medida que la citada S. 402A establecía una responsabilidad objetiva, así en la aplicación del criterio de responsabilidad, las cortes norteamericanas hallaron precisamente en dicha expresión serios obstáculos para pronunciarse en el sentido de una responsabilidad objetiva (V. *retro*, Primera Parte).

La terminología empleada por el legislador comunitario no resulta ajena a la legislación francesa sobre la seguridad de los productos. En efecto, la l.n. 83-660 del 21 de julio de 1983 establece la exigencia que los productos y servicios deben presentar la seguridad que se puede ***legítimamente*** esperar, en condiciones normales de uso o de otras condiciones ***razonablemente previsibles*** para el profesional[112]. Y el texto italiano que recibe la Directiva, explícitamente se refiere a *"los comportamientos que, en relación a él* (al uso al que el producto puede ser *razonablemente* destinado), *se pueden razonablemente prever"* (letra b) inc. 1 art. 5 D.P.R.). En un primer momento en Francia, la 'seguridad' viene entendida como un criterio de integración a la conformidad del producto a las disposiciones administrativas o normas de un sector determinado. Posteriormente, la doctrina francesa interpreta la nueva ley en el sentido que no basta esa conformidad a las reglas administrativas para que el producto sea comerciable, porque aún así, el producto puede generar lesiones a la salud del usuario, sino que es necesario efectuar un control de expectativas *legítimas* de seguridad, referidas al público, siendo el metro de la "conciencia social" la que puede orientar al juez en la evaluación de las *legítimas expectativas*; agregándose que la temperancia que aporta el adverbio *'legittime'* significa que el público no puede exigir sino la seguridad compatible con el

[111] En este sentido la opinión de: Ghidini, G., *"Responsabilità per danno da prodotti: quando un prodotto può dirsi difettoso"*, en *Giur. comm.*, I, 1992, n. 11.

[112] El texto exacto de los arts. 1 y 2 de la Ley francesa n. 83-660 del 21 de julio de 1983 es el siguiente: *"les produits et les services doivent, dans des conditions normales d'utilisation ou dans d'autres conditions raisonnablement pr´visibles par le professionel, présenter la sécuritè à laquelle on peut lègitimement s'attendre et ne pas portes atteinte à la santè des personnes"*; y aún, *" les produits ne satisfasant pas à l'obligation générale de sécurité prèvue à l'art. 1er seront interdits ou réglementées dans les conditions fixèes ci-aprèes"*, cit., en Alpa, G., *"L'attuazione della Direttiva ..."*, cit., p. 589.

estado de la técnica y la situación económica[113]. Estas precisiones remiten al debatido problema que ha suscitado el denominado estado del arte[114].

Considerado individualmente, el término 'legítimo' da la idea de aquello que es conforme al derecho,[115] es decir, tiene una connotación objetiva, de lo cual, se comprende que el legislador comunitario haya empleado esa terminología para reforzar el contenido objetivo de la noción de 'defecto' que comporta la norma del **art. 6** Dir., no utilizando inicialmente el término 'razonable', el mismo que viene empleado en la norma en relación directa a comportamientos, tanto del usuario (uso al que el producto puede ser *razonablemente* destinado) como del productor (*uso razonablemente previsible*)[116]. En este sentido, puede entenderse que la definición de *defectuosidad* que se contempla en el mencionado art. 6 Dir. (art. 5 D.P.R.) es una noción objetivo- normativa. En efecto, como fluye de la misma norma, los criterios que sirven al juez para apreciar en el caso concreto si existe el defecto en el producto que causó el daño son objetivos, como lo demuestra la referencia a las expectativas legítimas del *público en general* (conforme se expresa en el 6° Considerando de la Directiva), no referidas a las del consumidor del caso concreto, en atención a todas las *circunstancias*, debiéndose entender por éstas, circunstancias objetivas. Y aún si bien viene considerada la *razonable previsibilidad* del uso del producto, debe también conformarse a un parámetro objetivo.

En base a todos esos elementos, el juez podrá construir la norma de referencia, de acuerdo a la cual, evaluar las circunstancias del caso. Norma que consistirá en la *seguridad exigible en un momento dado,* no será la seguridad del hombre medio, razonable, es decir del buen padre de familia. Se trata de la expectativa legítima de la 'colectividad'[117]. El juez, en la reconstrucción de esa norma de referencia apreciará las normas de

[113] *Ibidem,* ´p. 590.

[114] V. infra, en la parte dedicada a la "exclusión de la responsabilidad por el riesgo de desarrollo y la naturaleza objetiva de la responsabilidad del productor".

[115] En este sentido lo destaca Markovits al referirse al significado común del vocablo *'légitime'*. V. Markovits, *op. cit.*, p. 202.

[116] A propósito de una sentencia de la Corte de Casación Italiana (*Cass.*, 29 de setiembre de 1995, n. 10274) que aplica por primera vez el criterio de la previsibilidad en el uso del producto, no obstante referirse a un caso que tiene lugar con anterioridad a la vigencia del D.P.R. 224/88. Comentarios a la sentencia en: Caringella, F., *"La reagionevolezza dell'uso della "res" quale condizione della responsabilità del produttore: il caso di prodotti destinati a minori"*, en *Foro it.*, I, 1996, p. 954; Cossu, C., *"Sicurezza del prodotto e uso prevedibile"*, en *Danno e resp.*, n. 1, 1996, p. 89 ss.

[117] En este sentido: Cfr. Taschner, *"La future responsabilité du fait des produits défectueux dans la Communauté européenne, en Rev. marché commun*, 1986, p. 257; J. C. P., 1986, éd. C.I. 1986, II, n° 14761.

seguridad vigentes al momento de la puesta en circulación del producto, lo que demuestra que la simple conformidad de un producto a una disposición normativa no exonera al productor, pues la configuración de la *defectuosidad* comporta un proceso de evaluación de las circunstancias mucho más vasto[118].

En esa óptica, el criterio de la ***razonabilidad*** viene a encontrar un ámbito adecuado de acción, cual es, la selección de los comportamientos observados por el usuario y por el productor en relación al uso del producto. A la luz de ese criterio, el juez apreciará las expectativas del público en general, asumiendo la ardua tarea de determinar en el caso concreto la existencia del defecto del producto. De este modo, el criterio de la *razonabilidad* indica al juez que su poder de discrecionalidad en la apreciación de las conductas y de las circunstancias que concurren a establecer la existencia de la *defectuosidad* se ve orientado por ***parámetros objetivos*** o ***circunstancias*** que el legislador ha tenido especial cuidado de contemplar[119], distinguiéndose de criterios subjetivos como el particular conocimiento del usuario.

Scognamiglio señala, *"que la cláusula de la razonabilidad en el decreto del Presidente de la República de actuación de la Directiva Comunitaria, expresa la remisión, con el fin de evaluar el uso que el consumidor haga del producto o sus comportamientos en relación a ello, a "tipos normales de comportamiento reconocidos como normas sociales", susceptibles de ser tenidos en consideración por el juez. Se trata de una aplicación de la cláusula de la razonabilidad que la hace notablemente similar a nuestra buena fe en sentido objetivo: a condición de entender esta última ... como guía para garantizar la "seguridad y credibilidad en las relaciones intersubjetivas", haciéndolas dignas de confianza de parte de los interesados"*[120].

Como se observa, las *circunstancias* a que alude la norma deben ser objetivas, en armonía con el elemento material de la *fattispecie* de responsabilidad que se examina. A propósito, el legislador ha señalado algunas de ellas, de preciso tres circunstancias que no son excluyentes de otras[121],

[118] En el sentido que no basta la conformidad a la norma para exonerar de responsabilidad al productor: Cfr. Alpa, G., *"Inefficacia del prodoto e responsabilità del produttore"*, en *Riv. dir. comm.*, 1975, 2, p. 340 ss.

[119] Destacando el límite a la discrecionalidad del juez: Cfr. Ghidini, G., *op. cit.*, 439.

[120] Sobre el estándar de la razonabilidad en el D.P.R. 224/88, V. Scognamiglio, C., *"Clausole generali e linguaggio del legislatore: Lo estándar della ragionevolezza nel D.P.R. 24 maggio 1988* N. 224", p. 65 ss.

[121] Entre otras circunstancias pueden considerarse el precio del producto, las normas técnicas o los estándares de ley establecidos para la fabricación o circulación de los

a través de las cuales da luz a la tarea interpretativa del juez al verse con tener que resolver el caso concreto.

(a) La información sobre el producto

La primera de las circunstancias viene designada bajo la letra a) del inc. 1, art. 5 D.P.R. (el art. 6 Dir. precisa sólo la presentación del producto) y se refiere a la *información* aportada por el productor a través de la presentación del producto, sus características obvias, las instrucciones y advertencias.

Contemplada como viene la información y las advertencias sobre el producto, a manera de parámetro objetivo a tener en consideración por el juez para dar concreción a la cláusula general de seguridad, la nueva normativa pareciera no reconocer autonomía al llamado *defecto de información*, y considerarlo como circunstancia para la determinación del *desing o proyección*, siempre que la cláusula general de seguridad sea entendido como referido sólo a este último tipo de defectos.

Podría sin embargo interpretarse la norma en el sentido de ser aplicable a ambos tipos de defectos. Es decir, tener en cuenta la definición de la 'defectuosidad' en términos de 'seguridad' con las exigencias señaladas en el inc. 1) del art. 6 Dir., tanto con respecto a los *defectos de diseño* como con respecto a los *defectos de información*. En este modo, un mismo *estándar* de seguridad vendría aplicado a ambos casos. Ello recuerda la previsión que con respecto a estos dos tipos de defectos contempla el actual *Restatement (Third) of torts* (V. *retro*, Primera Parte), en el sentido que para ambos casos viene utilizado el criterio de la **previsibilidad** de los riesgos y el modelo alternativo razonable *(design defects)* y las instrucciones o advertencias **razonables** (*warning defects*). Es decir, la responsabilidad en esos dos casos se sustenta en un concepto diverso de responsabilidad con relación a los llamados defectos de fábrica. En ellos como han destacado los autores del *Restatement* y la doctrina predominante en los Estados Unidos, se trata de alcanzar los mismos objetivos que se pretende en la responsabilidad basada en la culpa[122]. "*En estos casos de defectos, el énfasis se coloca en la creación de incentivos para los fabricantes a los fines de lograr niveles óptimos de seguridad en el diseño y mercadeo de los productos*".

productos, la experimentacióna la que el producto ha sido sometido o podía haber sido sometido antes de entrar en circulación, el "estado del arte", etc. Cfr. Ghidini, G. *op. cit.*, p. 446 ss.

[122] Cfr. Owen, D. - Montgomery, J.E. - Page Keeton, W., *Responsabilidad del productor and safety. Cases and materials*, 3° ed., New York, 1998, p. 151 ss.

Vale destacar que cuanto mejor informado sea el usuario respecto al uso como a las características del producto, tanto más seguro 'éste será considerado la legítima expectativa de seguridad[123]. Sin embargo, la información o advertencias sobre el producto no convalidan un defecto de diseño o construcción, en la medida que un grado mayor de seguridad en la estructura del producto sea *razonablemente atendible* teniendo en cuenta todas las circunstancias.

La adecuación de la información implica también considerar las circunstancias de las letras b) y c) del art. 6 Dir. (art. 5 D.P.R.). En efecto, vienen en consideración el uso *razonable* del producto y conforme a la letra b) del art. 5 D.P.R. agrega, los comportamientos *razonablemente previsibles*. Asimismo, la información se evaluará en atención al *tiempo* de la puesta en circulación del producto (letra c)). Y es esta especial circunstancia la que se conecta inmediatamente al problema de los *riesgos de desarrollo*, contemplada expresamente por la normativa comunitaria como causa de exclusión de responsabilidad (art. 6, e) Dir., art. 7, e) D.P.R.). Consecuentemente, el producto 'no podrá ser considerado defectuoso' si la información aportada por el productor se conformaba al estado de la ciencia y de la técnica, aunque si posteriormente tal conocimiento se haya revelado objetivamente disponible. Pues, como bien se desprende de la normativa, el legislador mismo ha considerado esta circunstancia entre las que servirán a determinar el contenido operativo de la cláusula general de seguridad.

De ese modo, un conocimiento adecuado sobre las modalidades de uso y de los riesgos que puede comportar el mismo, por un lado, coloca al usuario en la capacidad efectiva de efectuar un uso seguro del producto, por otro, constituye un elemento de juicio para evaluar el uso impropio (*misuse*) y la posible concurrencia de la víctima en la producción del hecho dañoso (*contributory culpa*), conforme lo previsto por el art. 10 D.P.R. (art. 8, inc. 2) Dir.). Ciertamente, una adecuada información puede neutralizar los riesgos insitos del producto: se piense al caso de los productos farmacéuticos[124].

Lo propio se puede señalar con relación a las características obvias de un producto. Cuya previsión entre las circunstancias que menciona la norma del art. 5 D.P.R. no implica la transferencia de los posibles riesgos insitos en el producto sobre el usuario, porque ello no puede salvar el escaso nivel de seguridad en el producto, en el plano de la estructura del producto, o sea en el diseño. Sino, como las demás circunstancias, será

[123] V. Ghidini, G., *op. cit.*, p. 443.
[124] Ibidem.

tenida en cuenta a los fines de determinar la *legitimidad* (*razonabilidad*) de las expectativas del público en general, y eventualmente, una culpa de la víctima o una posible asunción del riesgo, los que podrán ser establecidos a la luz de una comparación informada de los riesgos en el uso del producto, que permite determinar cuál es el uso *razonablemente* seguro del mismo.

En fin la relevancia de la información que debe el productor hacia el usuario, no es más que una concreción del tantas veces mentado principio de distribución de los riesgos entre ambas esferas de actividad involucradas en la determinación de la *'defectuosidad'*, haciendo posible una separación de aquellos que quedan a cargo del productor y de los que pasan a depender de la conducta del usuario. A este propósito se revela claro un *balance de los riesgos y beneficios* que ofrece el producto, a los fines de establecer su defectuosidad. Se trata de evaluar la *legitimidad* de las expectativas a la luz de un examen comparativo, confirmándose de ese modo que la 'seguridad absoluta' es inexistente.

No sólo esta circunstancia, sino la que viene considerada a continuación constituyen elementos de evaluación que ha tenido principalmente en mente el legislador comunitario y ahora el de actuación en Italia de la Directiva a los fines de establecer cuándo un producto es defectuoso, desprendiéndose de ello que la noción de defecto, asumiendo la calificación que le confiere Cafaggi, es una noción relacional[125], en la que participa la actividad desplegada por el productor y el comportamiento frente a ella del consumidor.

(b) Uso razonable y comportamientos razonablemente previsibles

La circunstancia del *uso* al cual el producto puede ser *razonablemente* destinado y la de los comportamientos *razonablemente previsibles* representa evidentemente un parámetro que si bien contemplado para ser evaluado desde una perspectiva objetiva, no deja de tratarse de un criterio presente en el análisis de la culpa.

En efecto, el producto debe ser estructurado en modo de neutralizar los peligros derivados de los *usos anormales razonablemente previsibles*[126]

[125] Cfr. Cafaggi, F., *"La nozione di difetto e il ruolo dell'informazione. Per l'adozione di un modello dinamico-relazionale di difetto in una prospettiva di riforma"*, en Riv. crit. dir., 1995, p. 447 ss.; del mismo a., *"La responsabilità dell'impresa per prodotti difettosi"*, *en Diritto Privato Europeo, dir. por Lipari, Cedam, Padova*, 1997, p. 996 ss.

[126] Cfr. Cossu, C., *"Sicurezza del prodotto e uso prevedibile"*, en *Danno e responsabilità*, n. 1, 1996, p. 87 ss., a propósito de una sent. *Cass.*, 29 de setiembre de 1995, n. 10274.

que pueda realizar el usuario. Viene así en especial consideración el comportamiento del usuario, lo que demuestra un factor racional intrínseco a la noción de *defectuosidad*. A propósito viene en consideración a modo de ejemplo, el caso de los juguetes, respecto de los cuales, los niños tienden a llevarlos a la boca, hecho que ingresa dentro de la *previsibilidad exigible* al productor[127]. En sustancia, la *razonable previsibilidad* del uso viene considerada una circunstancia que convierte en *razonable* la expectativa de seguridad.

Claramente, se observa que una conducta negligente del productor (el no haber observado una razonable previsibilidad) constituye una de las circunstancias para evaluar y determinar la *defectuosidad* de un producto, específicamente, con relación a la determinación de la *legitimidad de las expectativas de seguridad.* La negligencia productiva no es el criterio de imputación de la responsabilidad del productor como fuera aceptado al menos formalmente por la jurisprudencia italiana precedente a la introducción de la normativa comunitaria.

Permaneciendo en ámbito de la negligencia productiva, ésta también halla concreción en la inobservancia de las técnicas de producción, siempre relevando no como criterio de imputación, sino como pone énfasis Carnevali[128], en tanto uno de los demás parámetros objetivos, sirviendo

---

[127] En este sentido precisa: V. Taschner, H. C., *"La future responsabilité du fait de produits défectueux dans la communauté européenne", en Rev. du Marché Commun*, 1988, p. 260.

Se trata de la posición adoptada por la Corte de Casación italiana en 1957, aunque posteriormente modificada. V. *Cass.*, 21 de octubre de 1957, n. 4004, en *Foro it.*, 1958, I, c. 46, en la que se sanciona la omisión de los mecanismos de seguridad necesarios para evitar una conducta anormal en el uso de juguetes. V. *retro*, Capítulo I, Segunda Parte, en lo concerniente a la jurisprudencia italiana.

[128] En este sentido: V. Carnevali, *voce Responsabilità del produttore*, cit., p. 945. Cfr. Carnevali, U., *"La norma tecnica da regola di esperienza a norma giuridicamente rilevante. Ricognizione storica e sistemazione teorica. Ruolo dell'Uni e del Cei, en Resp. civ. prev., 1997*, p. 257 ss., donde el a. destaca la importancia creciente de las normas técnicas emanadas de organismos de normalización como el Ente nazionale italiano di unificazione y el Comitato elettronico italiano (normas Uni y Cei en Italia) en cuanto son asumidas o referidas por disposiciones legislativas. A este propósito cabe citar el **d. leg. n. 115/95** que ha recibido en Italia **la Directiva 92/59 sobre la 'seguridad de los productos'**, cuyo art. 4 establece que la seguridad de los productos "es evaluada en base a las técnicas específicas comunitarias o, a falta de las cuales, en base a las normas emanadas de los organismos nacionales de normalización". En esta línea, el D.P.R. n. 459/96 de ha recibido la "Directiva autos", prevé en el art. 2, inc. 3 que "se presumen conformes a los requisitos esenciales de seguridad establecidos por el mismo dispositivo y su alegado I, los autos y los componentes de seguridad construidos de conformidad a las normas (técnicas) ...".

de *"indicio de la peligrosidad del producto"*. De este modo como anota Ghidini: *"el criterio de la diligencia exigible, apartado de la perspectiva de los fundamentos de la responsabilidad, entra en juego como punto de referencia de las legítimas (razonables) expectativas de seguridad"*[129].

(c) *El tiempo de la puesta en circulación*

En efecto, el transcurso del tiempo juega un rol importante en esta materia. El legislador comunitario ha sido preciso en señalar el *momento de la puesta en circulación del producto* como aquél que importa a los fines de determinar la *defectuosidad* del producto. Y ello toca inevitablemente el debatido tema del llamado 'estado del arte' (*'state of art'* del derecho norteamericano) y del 'riesgo de desarrollo' (*development risk defense*), objeto de múltiples y nutridas discusiones en el derecho norteamericano, a propósito de una de las más importantes consecuencias del transcurso del tiempo[130], en que se produce la indefectible evolución del conocimiento técnico y científico y de consecuencia, los *estándares* de seguridad de los productos deben constantemente adecuarse a los nuevos aportes, planteándose el difícil problema de decidir si los riesgos provenientes de dicho desarrollo deben ser asumidos por el productor o si en cambio deben ser soportados por las víctimas de los daños.

2.2.1.5. *La exclusión de responsabilidad por el riesgo de desarrollo y la naturaleza objetiva de la responsabilidad del productor*

El *riesgo de desarrollo* ha sido contemplado como causal de exclusión de la responsabilidad del productor en el **art. 7, e)** Dir. **(art. 6, e)** D.P.R.). Bajo la perspectiva de la distribución de los riesgos de la que la normativa comunitaria se nutre, esta causal de exclusión de responsabilidad se constituye en expresión de dicho principio, aún cuando la intención original haya sido la de imponer una responsabilidad estrictamente objetiva. Sin embargo, se ha considerado que, la inclusión de la cláusula liberatoria es fruto de un compromiso a que se llegó para la redacción final del texto comunitario, entre otros supuestos que como se ha anotado

[129] Cfr. Ghidini, G., en *La responsabilità per danno da prodotti difettosi*, Giuffrè, Milano, 1990, p. 59, n. 35.

[130] Sobre el tema de la *dimensión temporal* en la responsabilidad del productor en el derecho norteamericano, Cfr. Henderson, James A. Jr., *"Copying with the time dimension in responsabilidad del productor"*, en *Cal. L. Rev.*, 1981, p. 919; Wade, John W., *"On the effect in product liability of knowlwdge unavailable prior to marketing"*, en *N.Y.L.Rev.*, vol. 58, 1983, 734 ss.

oportunamente (V. *supra*, Sección 1 de este Capítulo II), revelan la pretensión de alcanzar un equilibrio entre los intereses de la parte productora y el consumidor-víctima.

En realidad, no se trata en esta parte de avocarse a un examen en extenso de las diversas posiciones doctrinarias y jurisprudenciales respecto a la opción entre la responsabilidad del productor aún en presencia de un daño resultante del 'riesgo de desarrollo' o la exclusión de responsabilidad, pues esa pretensión excedería el objeto de la presente investigación, cual es focalizar la determinación de la "naturaleza de la responsabilidad afrontada desde un perfil comparativo". Sin embargo, con el respeto de la autorizada y riquísima doctrina que se ha ocupado del tema en específico[131], se limitará sólo a señalar algunas conclusiones resultantes de la originaria preocupación y estudio del tema al emprender la realización de la presente investigación.

1. La inclusión del riesgo de desarrollo *como causal de exoneración de responsabilidad*, no contradice la naturaleza objetiva de la responsabilidad del productor, desde que ésta no se funda más en la imputación culposa. Como se ha precisado en líneas precedentes, la nueva normativa se sustenta en un criterio de imputación objetivo, *la puesta en circulación de un producto defectuoso*.

Si como ha venido señalado, el *tiempo de la puesta en circulación* del producto constituye una de las circunstancias a considerar por el intérprete para determinar la *legitimidad* (*razonabilidad*) de las expectativas de seguridad, ello implica necesariamente tener en cuenta el *estado del arte* existente a ese momento.

A este punto, para una clara comprensión de la norma (art. 7, e) Dir) conviene distinguir entre el 'estado del arte productivo' y el estado de la ciencia y de la técnica.

[131] Castronovo, C., *Problema e sistema nel danno da prodotti*, cit., p. 741 ss.; Carnevali, U., *La responsabilità del produttore*, cit., p. 226 ss.; Simitis, S. *"La responsabilità per i prodotti difettosi. L'approccio tedesco-occidentale"*, en Riv. crit. dir. priv., 1985, p. 225; Galgano, F., *"La responsabilità del produttore*, cit., p. 1009; Tassoni, *"Responsabilità del produttore di farmaci per rischio da sviluppo e art. 2050 cod. civ., en Resp. civ. prev., 1988*, p. 421 ss.; Newdick, *"The development risk defence of the Consumer Protection Act 1987"*, en Cambridge law journal, 43-3, 1988, p. 455 ss.; la jurisprudencia italiana que se ha pronunciado sobre el tema específico: Cass., 15 de julio 1987, n. 6241; Trib. Milano 19 de noviembre de 1987, en Foro it., 1988, I, c. 144 ss., en la que se califica como actividad peligrosa la producción y distribución de productos farmacéuticos, Cfr. el comentario de Caruso, *"Quando il rimedio è peggiore del male: emoderivati infetti e responsabilità civile"*, en Foro it., 1988, I, c. 144; en contra se pronuncia el Trib. Napoli, 9 de octubre 1986, en *Resp. civ. prev.*, 1988, p. 407.

El estado del arte productivo, en tanto configurado por las técnicas de producción representa una noción relativa, en la medida que se adapta a un momento y espacio determinados por un cierto tipo de actividad, con la consecuente consideración de la situación económica en la que tiene lugar. Puede de consecuencia afirmarse que, el 'estado del arte productivo' consiste en el conjunto de las mejores técnicas de producción en un mercado determinado[132].

La conformidad al estado del arte al momento de la colocación del producto en el mercado, forma parte de las *legítimas (razonables) expectativas de seguridad.* Ergo, no constituye un parámetro absoluto de referencia, en la medida que no es absoluta la seguridad que se pretende a través de la cláusula del inc. 1), art. 6 Dir.

En esa óptica se justifica el inc. 2) art. 6 Dir. (inc. 2) art. 5 D.P.R.) que a la letra señala:

> "2. Un producto no puede ser considerado defectuoso por el solo hecho que un producto más perfecto haya sido puesto en circulación *sucesivamente a aquél" (texto de la Directiva. El texto de actuación en Italia substituye el cursivo por 'en cualquier tiempo').*

[132] Este es el sentido que se desprende de la interpretación y aplicación de una ley francesa sobre la seguridad de los productos (ley de 1983), la que utilizaba los términos que aparecen asumidos por la Directiva de 1985, sobre la *"seguridad que se puede legítimamente esperar"*. Respecto de dicha ley, la doctrina francesa, precisa que no basta realizar un control de conformidad del producto a las normas indicadas administrativamente a los fines de la comerciabilidad del mismo, sino, es necesario efectuar un control de las 'expectativas' (legítimas) de seguridad. Expectativas legítimas que el público nutre (no el empresario), siendo ello lo que puede orientar al juez en la evaluación de las 'expectativas legítimas'. Pero se agrega que la connotación dada al adverbio 'legítimas', significa que el público no puede exigir sino la seguridad compatible con el estado de la técnica y la situación de la economía.

Se precisa además que, el 'estado de la técnica' comporta que se tome en consideración el desarrollo sea de las técnicas inherentes al proceso de fabricación del artículo sea las técnicas inherentes a la fabricación de los mecanismos de seguridad, de las nuevas informaciones, de los expedientes dirigidos a la prevención del daño o a contenerlo. Pero no puede comportar la asunción del 'riesgo de desarrollo', porque la Directiva explícitamente lo excluye del área de responsabilidad del productor (salvo eventuales modificaciones de parte de los Estados miembros). Estado de la técnica viene entendido como 'estado del arte', criterio que se usa en la práctica del examen pericial y que ha recibido en más ocasiones el crisma legislativo y jurisprudencial. Cfr. Alpa, G., *"L'attuazione della direttiva comunitaria sulla responsabilità del produttore ...", cit.*, p. 590.

La norma debe entenderse referida al *'estado del arte productivo'*, mas no al 'estado del conocimiento científico'. Se imagine el caso de un automóvil con un sistema particular de frenos para andar sobre una vía congelada. Mecanismo que viene introducido en el mercado representando un sobreprecio considerable. El auto que no contiene dicho sistema de frenos especial, menos perfecto con relación al primero, no puede ser considerado defectuoso porque 'inseguro' por el simple hecho de existir en el mercado un mecanismo de seguridad más sofisticado. Las *legítimas expectativas de seguridad* en el caso no alcanzan a aquel modelo más perfecto de automóvil. Así, como destaca Ghidini, *"un estándar de producción aunque si técnica y científicamente concebible y realizable, pero en condiciones de absoluta antieconomía, no puede formar parte de las legítimas expectativas de seguridad"*[133].

Si el inc. 2 del art. 6 Dir. se refiriera también al estado del conocimiento científico y técnico, sería repetitivo en relación a lo previsto por la letra e) del art. 7 Dir. (art. 6 D.P.R.), concerniente al riesgo de desarrollo como causal de exclusión de responsabilidad.

El estado del conocimiento científico, en cambio, cualifica como una noción absoluta. Ello se desprende de la propia naturaleza del conocimiento científico, absoluto y universal y sobretodo, en ese sentido ha venido interpretado por la propia Corte de Justicia CE, en un caso en que se pronuncia sobre un recurso interpuesto por la Comisión de la Comunidad Europea contra el Reino Unido, por considerar que la ley inglesa de actuación de la Directiva, primera parte del *Consumer Protection Act* (1987) que entrara en vigor el 1° de marzo de 1988, no aplica correctamente la norma comunitaria en la parte concerniente a la letra e) del art. 7 Dir.[134]. En efecto, la ley inglesa atribuye en esa parte, una connotación subjetiva al conocimiento científico y tecnológico. Así, confiere la causa de exoneración al productor si prueba:

> "que el estado de los conocimientos científicos y tecnológicos al momento considerado no permitía esperar de un productor de productos del tipo del que se trataba en causa que él habría podido descubrir el defecto existente en sus productos durante el período de permanencia de los mismos en su esfera de control" (*Section 4 n. 1, letra e*))

En esa ocasión, la Corte de Justicia ha establecido tres criterios que permiten identificar los llamados *riesgos de desarrollo*: a) no se consideran

[133] V. Ghidini, G., *op. cit.*, p. 449.

[134] Bastianon, S., Commento a: *La Corte di Giustizia CE e la responsabilità del produttore, en Danno e resp., n. 5, 1997*, p. 569 ss.

la praxis ni los estándares de seguridad en uso en el sector industrial en el que opera el fabricante del producto, pero sin restricciones viene considerado el estado de los conocimientos científicos y técnicos, comprendido en ello el nivel más avanzado, como era el existente a la colocación del producto en el comercio; b) viene tomado en consideración el estado objetivo de los conocimientos científicos y técnicos, y no el estado de éstos de los cuales el productor era o podía ser concreta o subjetivamente informado; c) los conocimientos científicos y técnicos deben ser accesibles al momento de la puesta en circulación del producto.

Se trata de la acepción del *'estado del arte'* a que se refiere la norma de exclusión de la responsabilidad por *'riesgo de desarrollo'*, prevista en la letra e) del **art. 7** Dir. (art. 6 D.P.R.) al prever la exoneración de responsabilidad del productor si prueba *"que el **estado de los conocimientos científicos y técnicos** al momento en que ha puesto en circulación el producto no permitía descubrir la existencia del defecto"*.

Con respecto al estado del conocimiento científico, el parámetro de evaluación se refiere a una posibilidad –no de producción– meramente cognoscitiva, y por ello, exigible en absoluto, como se ha señalado. Se trata de la posibilidad de verificar que el producto no presentaba un *estándar* de seguridad razonable. Dicha posibilidad se evalúa de acuerdo a estándares de control científico absolutos. A diferencia del *estándar* de producción, aquellos no se hallan condicionados a un mercado determinado, y más bien se determinan conforme a los más actualizados conocimientos científicos que revelen el grado de riesgo del producto y las medidas para prevenirlo.

En síntesis, el conocimiento del estado de la ciencia y de la técnica es exigible 'en absoluto' al momento de la introducción del producto en el mercado. A ello debe conformarse la *información* sobre el uso del producto *y las advertencias* sobre los riesgos que éste comporta. En el plano de la información, como remarca Ghidini, *"es legítimo esperar el máximo disponible, en absoluto, según el estado de la ciencia, en un período determinado"*[135]. Consecuente con ello, no resulta aplicable al caso de los *defectos de información o advertencia* el inc. 2 **art. 5,** D.P.R., al disponer que un producto no puede ser considerado defectuoso por el hecho que un producto más perfecto haya sido puesto ***'en cualquier momento'*** en comercio. En efecto, la falta de advertencias o instrucciones sobre los riesgos que comporta el producto y que son disponibles al momento de la introducción del producto en el mercado, no se justifica, considerando que la información no

[135] V. Ghidini, G., *op. cit.*, p. 451.

viene condicionada por el mercado, a diferencia de los *estándares* de producción, a los que se adecuarán los diseños de los productos para satisfacer las *legítimas expectativas* de seguridad en la fase de elaboración propiamente dicha, las que en este caso, sí vienen condicionadas por un determinado sector del mercado.

2. Retornando específicamente a la exclusión de la responsabilidad del productor por el denominado *'riesgo de desarrollo'*, el legislador comunitario ha negado la responsabilidad del productor por aquellos riesgos del producto que se revelen tales sólo con posterioridad a la colocación del producto en el mercado.

La 'defectuosidad que sobreviene' a la puesta en circulación del producto no constituye el criterio de imputación de responsabilidad a la luz de la normativa comunitaria. Ella, podrá tener relevancia a los efectos de una posible responsabilidad, a la luz del régimen general de la responsabilidad prevista por el código civil. Dicha aplicación viene consentida por el propio texto comunitario, en cuyo **art. 13** Dir. (**art. 15** D.P.R.) deja a salvo el derecho de la víctima de recurrir al derecho nacional, conforme a la interpretación predominante en la doctrina italiana[136], siendo aplicables las normas del art. 2043 y del art. 2050 C.C. según los casos.

Se ha sostenido que la solución de la Directiva en materia de los *riesgos de desarrollo* es fruto de un compromiso a que llegan quienes se encargaron de la elaboración del texto comunitario, atendiéndose a la naturaleza de estos riesgos y a la dificultad de colocarlos como hecho generador de la acción de responsabilidad por el hecho de productos defectuosos[137].

A propósito se debe señalar que, si bien la imputación de los daños derivados por defectos determinables sólo con posterioridad a la puesta en circulación del producto en el mercado ha seguido una vía difícil de debates hasta la aprobación de la Directiva, ha prevalecido la posición que ha decidido la exclusión de dichos daños del ámbito de la responsabilidad del productor. Pero ello, se revela coherente con el principio de distribución de los riesgos, y con la introducción de la noción de ***defectuosidad*** en este nuevo régimen de responsabilidad. Noción que revela que la intención del legislador comunitario no ha sido instaurar una responsabilidad derivada de producto, es decir, fundada en la sola producción del daño y su conexión causal con el producto del cual derivó. La compleja configuración del defecto del producto a la luz del **art. 6** Dir., a

[136] Cfr. Busnelli, F. - Ponzanelli, G., "La responsabilità del produttore tra legge speciale e codice civile", cit., p.19 ss.
[137] Cfr. Markovits, Y., *op. cit.*, p. 218 ss.

la que se ha referido en párrafos anteriores, explica la presencia de la causal de exoneración del **art. 7,** letra e) Dir.

Quienes abogan por la aplicación de la responsabilidad objetiva aún a los casos de *riesgos de desarrollo,* aduciendo que la responsabilidad sin culpa no tiene en cuenta la *previsibilidad* de los riesgos, pretenden considerar comprendidos dichos riesgos bajo la noción de *defectuosidad* de la Directiva. En este sentido se orienta la tesis de Markovits[138], que influenciado por una *tradición francesa*[139] en admitir el resarcimiento de los daños derivados del *riesgo de desarrollo,* señala que tales riesgos se inscriben bajo una concepción objetiva de defecto del producto, como es la que ofrece la Directiva. Posición que para su sustentación se vale del tenor literal de la propia causal de exclusión de responsabilidad prevista por la **letra e) art. 7** Dir., siempre que el productor pruebe "que el estado de los conocimientos científicos y técnicos ... ***no permitían descubrir la existencia del defecto***".

Según la línea interpretativa del autor francés, la hipótesis de exclusión de responsabilidad revela que el defecto existía desde el origen, así al momento en que fuera puesto en circulación, siendo el desarrollo de la ciencia la que ha permitido determinarlo con posterioridad a dicho momento[140].

Como se observa, en dicha interpretación se pierde de vista que la configuración de la *defectuosidad* a la enseña del inc. 1 **art. 6** Dir. entre otras circunstancias, contempla en la letra c) el tiempo en que se ha puesto en circulación el producto, y es éste el que evoca el *estado del arte,* con mayor razón en una materia como la presente, en que la evolución de la ciencia y de la técnica marcan decididamente la mejora de los niveles de seguridad de los productos, constituyéndose en una de esas circunstancias a tener en cuenta por el juez en su tarea de establecer en el caso concreto cuáles eran las *legítimas expectativas de seguridad* del producto.

Más bien el tenor del respectivo texto italiano, al precisar en la letra e) art. 6 D.P.R. que se excluye la responsabilidad "si el estado de los conocimientos científicos y técnicos, ... ***no permitía aún considerar el***

[138] Cfr. Markovits, Y., *op. cit.*, p. 230 ss.

[139] En efecto, la jurisprudencia francesa ha considerado resarcible el daño resultante de los *riesgos de desarrollo,* tanto a nivel de responsabilidad contractual como de responsabilidad extracontractual. Cfr. Markovits, Y., *op. cit.*, p. 223-224.

[140] Nótese que la ley francesa de aplicación de la Directiva, a través de la técnica de la introducción de nuevos artículos al código civil, L. de 19 de mayo de 1988 en su art. 12 introduce en el *code civil*el art. 1386-II, cuyo inc. 4° es una réplica de la letra e) art. 7 Dir.

producto como defectuoso", se ajusta a la noción de *defectuosidad* del nuevo régimen.

Pretender una atribución de responsabilidad al productor por los llamados *riesgos de desarrollo* significa hacer pesar sobre él una rigurosa responsabilidad objetiva, que no ha sido la intención plasmada en el régimen comunitario. En cuanto riesgos imprevisibles, no se adecuan a una responsabilidad por riesgo, tal como la concibe la doctrina mayoritaria[141], en la medida que conforme a ese criterio, no siendo tales riesgos calculables estadísticamente, no vienen incorporados como costos de producción.

Bajo la interpretación que se propone sobre los riesgos de desarrollo y la noción de *defectuosidad* del nuevo régimen, la aludida solución de compromiso, debiera más bien verse referida a la opción que el legislador comunitario ha ofrecido a los Estados miembros para poder excluir la causal liberatoria bajo examen[142], y no propiamente a la causal de exclusión de responsabilidad en cuestión.

Lo que particularmente interesa destacar a los efectos de la naturaleza de la responsabilidad del productor a la enseña de la nueva normativa es que, es clara la consideración del criterio de ***previsibilidad*** cuya presencia se confirma introduciendo explícitamente la referida cláusula exoneratoria. En efecto, el legislador comunitario, seguido por el legislador italiano de actuación, ha decidido no atribuir al productor aquellos *riesgos que no podían preverse objetivamente* al *momento de la puesta en circulación del producto.*

Desde que los llamados *riesgos de desarrollo* adquieren relevancia, no con respecto a los ***defectos de fabricación***, para cuya determinación basta su comparación con los demás productos de la misma serie a la que pertenece, y sí en cambio, adquieren relevancia con relación a los llamados ***defectos de diseño o proyección*** y a los ***defectos de información***, los que requieren para su configuración de un examen riguroso de acuerdo a los estándares de seguridad adoptados por el productor y con consideración de la conducta del consumidor-víctima, quienes sostienen que a estos últimos tipos de defectos les viene aplicado el criterio de responsabilidad

---

[141] V., *retro*, Capítulo I, en esta Segunda Parte, (2.2.1) las reflexiones de juristas como Carnevali, Alpa, que no admiten el resarcimiento de los daños derivados como consecuencia del desarrollo de la ciencia, bajo la óptica de una responsabilidad por riesgo.

[142] Los Estados que en la actuación de la Directiva han ejercido la opción son: Luxemburgo, Finlandia, España (sólo con respecto a los productos farmacéuticos y alimenticios) y últimamente, Francia (sólo con respecto al daño causado por un elemento del cuerpo humano o productos derivados del mismo -L. 19 de mayo 1998-).

por culpa, ven avalada su posición al haberse contemplado el 'riesgo de desarrollo' como cláusula de exclusión de responsabilidad.

Sin embargo, si bien esa cláusula de exoneración viene referida de preciso a uno de los elementos del criterio de imputación de responsabilidad del productor, cual es el producto defectuoso –se recuerde que el otro elemento es el hecho de la colocación en el mercado de dicho producto–, y no el criterio de la culpa como tradicionalmente ha venido considerada, la naturaleza de la responsabilidad sigue siendo objetiva. La *previsibilidad* de los riesgos conocidos al momento de la inserción de los productos en el mercado, a la luz de un parámetro objetivo, como es el conocimiento científico, no convierte la *fattispecie* en una responsabilidad por culpa. Pues, dicha *previsibilidad* viene en consideración a los fines de la configuración de la *seguridad legítimamente esperada teniendo en cuenta todas las circunstancias*, es decir, a efectos de la determinación de la *defectuosidad*.

Siguiendo ese razonamiento, una vez establecido el defecto del producto, sea cual fuere el tipo de defecto, ciertamente en base a la prueba que será aportada en juicio por la víctima, ateniéndose a la norma del art. **4 Dir.** (**art. 8** D.P.R.), así como acreditada la causalidad entre el producto defectuoso y el daño, opera la imputación al productor, en virtud del **art. 1** Dir. (**art. 1** D.P.R.), opera así una imputación objetiva. Nótese que la conducta del productor no viene analizada exclusivamente en términos de culpa, como la *razonable previsibilidad de un uso anormal del producto*, interesa el hecho de haber colocado en el mercado un producto defectuoso, el análisis se centra fundamentalmente en la determinación de la existencia del defecto. Es así que como ya se ha referido en otra oportunidad, la responsabilidad podrá imputarse a un sujeto que nada haya tenido que ver con la elaboración propiamente dicha del producto. Por eso, se hace énfasis, no está en juego el comportamiento del productor en cuanto tal. Pues, como resulta posible de la nueva normativa, podrá ser el distribuidor que a la luz del art. **3 Dir.** (**art. 4** D.P.R.), o el importador del producto defectuoso que lo ha puesto en circulación, quienes sin haber tenido participación alguna, en absoluto en la fabricación propiamente dicha, resulten responsables, precisamente porque de una imputación objetiva de responsabilidad se trata.

En conclusión, la inclusión de la cláusula de exoneración de responsabilidad por el *riesgo de desarrollo* introduce, en coherencia con la circunstancia del *tiempo en que el producto ha sido puesto en circulación* de la letra c) art. 6 Dir. (art. 5 D.P.R.) el elemento de la *previsibilidad objetiva* respecto de los riesgos conocidos de acuerdo al estado del arte técnico y científico, al momento en que el producto entra en el mercado.

Se demuestra una vez más la permeabilidad de la noción del defecto con respecto a los términos o criterios utilizados bajo un análisis de la culpa. Ello ha sido igualmente demostrado con respecto a la experiencia norteamericana de la responsabilidad objetiva. Donde los criterios de la razonabilidad *(reasonableness)* y de la previsibilidad *(foreseeability)* no dejaron, conforme se ha observado en la evolución seguida en la Primera Parte, de pertenecer a la responsabilidad del productor, aún cuando hacia mitad de los años '60 se instaura un régimen que originalmente estaba pensado para configurarse como una real responsabilidad objetiva. La evolución interpretativa de la S. 402A del *Restatement (Second) of torts*, hecha posible merced del trabajo jurisprudencial secundada por la doctrina, ha hecho posible que lo que en realidad se trata es de una responsabilidad objetiva por producto defectuoso. Con ello, se ha querido indicar, que a través de la noción de la *defectuosidad* (*defectiveness*) tienen aplicación criterios de la *culpa*[143].

Se puede aseverar finalmente que, el criterio de la culpa filtra en el esquema de la responsabilidad objetiva del productor que ofrece la normativa comunitaria de 1985, a través de la dúctil noción de la *defectuosidad*, ciertamente referible a los llamados defectos de diseño y a los defectos de información o advertencia, pero sin constituirse en el marco de esta normativa en el criterio de imputación y fundamento de la responsabilidad.

3 *Aplicación jurisprudencial del D.P.R. 224/88*

Pasados ya diez años de la entrada en vigencia en Italia del Decreto del Presidente de la República que da actuación a la Directiva 85/374 sobre la responsabilidad del productor[144], se puede observar que la introducción

[143] A este propósito, Cfr. Owen, *"The graying of responsabilidad del productor law: paths taken and untaken in the new Restatement"*, en Tenn. L. Rev., n. 3, 1994, p. 1240 ss.; Polelle, Michael J., *"The foreseeability concept and strict responsabilidad del productor: the odd couple of tort law"*, en Rutgers-Camden L. J., vol. 8, 1976-77, p. 101 ss.; Calnan, Alan, *"Perpetuating culpa principles in strict responsabilidad del productor: the use of state of art concepts in design cases"*, en *Syracuse L.Rev.*, vol. 36, 1985, p. 797 ss.

[144] Actualmente, la Directiva ha sido adoptada por todos los Estados de la Unión Europea, habiendo sido Francia el último Estado en darle actuación el 19 de mayo de 1998 (l. n. 98-389), a través de la incorporación de nuevos arts. al *code civil*, en libro III, luego del art. 1386, contenidos en un título IV-bis (*'De la responsabilité du fait des produits dèfectueux'*).

Para una relación de todas las leyes de los Estados que han adoptado la Directiva, V. Alpa, G. - Bessone, M., *La responsabilità del produttore*, Giuffrè, Milano, 1999, p. 273.

de un supuesto específico de responsabilidad objetiva del productor en el sistema italiano no ha dejado sentir en líneas generales su presencia en el panorama judicial sobre esta materia. Prueba de ello lo constituye el escaso número de causas que hasta el momento han aplicado[145] la nueva normativa considerando también aquellas que hacen sólo referencia a las normas del citado régimen. Realidad que comparten los demás Estados europeos.[146]

A continuación se referirá sumariamente a las oportunidades en que la jurisprudencia italiana ha aplicado el D.P.R. 224/88.

Destaca en este sentido la sentencia del **Tribunal de *Monza*** (1993)[147] por tratarse de la primera resolución judicial en aplicar el nuevo régimen de responsabilidad. En el caso, se produce el desprendimiento de la rueda anterior de una bicicleta *mountain bike* como consecuencia de un defecto en la soldadura del tubo al que se une el timón, provocando lesiones al rostro de quien conducía la bicicleta en una colina, generándole inhabilitación temporánea para el trabajo.

De la pericia técnica, resulta que el defecto resultaba de una disfunción en el proceso de fabricación del ejemplar, o sea, se trataba de un defecto de fabricación. Sin embargo, el Tribunal llevó a cabo el examen del caso, no obstante reconocer que se trataba de un 'defecto de fabricación', ateniéndose a los parámetros indicados en el art. 5 D.P.R., inc. 1), que más bien corresponden a los casos de los llamados defectos de diseño o construcción. Es decir, el examen sobre el producto ha versado sobre la composición del mismo, teniéndose en cuenta el uso al cual puede ser 'razonablemente destinado'. En efecto, para el caso *sub* litis, habría bastado la simple confrontación con los otros ejemplares de la serie del producto cuestionado, según el inc. 3) del art. 5 D.P.R., a los fines de establecer la *defectuosidad*, así como ha sido puesto de relieve por Carnevali al comen-

[145] Cabe citar como caso en que se aplica el D.P.R. 224/88, aunque si no fue resuelto a nivel judicial, *el Lodo arbitrale* - Bologna, 14 de enero de 1991, que se pronuncia sobre el caso de producto alimenticio inseguro, tomando en cuenta el concepto de producto inseguro de dicho Decreto, en: *Rass. dir. civ.*, n. 3, 1992, p. 649 ss., con nota de Berti, C.

[146] V. el balance de diez años de la entrada en vigencia de la Directiva 85/374 en: Goyens, M., *La directive 85/374/CEE relative a la responsabilité du fait des produits: dix ans apres, Centre dr. consomm.*, Louvain-la-Neuve, 1996.

[147] *Trib. Monza*, 20 de julio de 1993, ; en *Corr. giur.*, 1993, p. 1456, con nota de Verardi; en *I contratti*, 1993, p. 539, con nota de Carnevali; en *Resp. civ. prev.*, 1994, p. 141, con nota de Dassi; en *Resp. civ. prev.*, 1994, p. 517, con nota de Pesce; en *Foro it.*, 1994, c. 251 ss., con nota de Ponzanelli.

tar la sentencia, calificando de "*indiscutible la conclusión de la sentencia, pero expedida en un caso bastante simple*"[148].

La segunda aplicación a nivel de jurisprudencia de mérito de la nueva normativa, la constituye la sentencia del **Tribunal de *Milano*** (1995)[149] que resuelve un caso de dos muebles componibles, en los que se colocaban dos camas camarote. Durante la noche uno de los muebles cae sobre el joven que dormía, causándole graves daños. Se demanda al vendedor, éste a su vez, llama a juicio a la sociedad productora del mueble, solicitando ser liberado de la demanda de resarcimiento. Ésta, llama en juicio a la compañía aseguradora. En aplicación del art. 5 del D.P.R., el Tribunal declara la responsabilidad del vendedor que había efectuado el ensamblaje del mueble –la que no había verificado que la unión de las partes componentes pudiera haber incidido en la estabilidad del conjunto–, lo que se verifica con la consiguiente caída del mueble; igualmente, se declara la responsabilidad del productor, en cuanto se demuestra que el mueble no reunía las *condiciones de seguridad legítimamente esperadas*.

La pericia técnica determina los extremos de la decisión. Así, queda establecido, primero que existe un defecto de diseño, en la medida que el espesor de la estructura de sostén era inferior a lo que requería la altura del mueble y segundo, que existía también un error en la actividad de fijación del mueble, debiendo quien efectuaba el montaje obrar según las reglas del arte, más aún considerando que se trataba de un mueble componible. Establecida la inseguridad del producto, se declara la responsabilidad solidaria del vendedor y el productor.

Otra aplicación del nuevo régimen de responsabilidad viene dado por la sentencia del **Tribunal de *Monza*** (1995)[150] que declara responsable al productor de una máquina textil que genera lesiones personales a quien la estaba utilizando, ante la ausencia de prueba –precisa el Tribunal, según el art. 10, inc. 2) del D.P.R.– que debía aportar el productor mismo, sobre el conocimiento de la víctima del defecto y peligro que podía derivar de ello.

El informe técnico arroja que la máquina carecía de los mecanismos de seguridad necesarios para su funcionamiento, en base a lo que el Tribunal inscribe el caso en el ámbito del art. 5 D.P.R.

---

[148] V. Carnevali, *op. cit.*, p. 541.

[149] *Trib. Milano*, 13 de abril de 1995, en *Danno e resp.*, n. 3, 1996, p. 381.

[150] *Trib. Monza*, 11 de set. de 1995, en *Resp. civ. prev.*, 1996, p. 371, con nota de Martorana.

De su parte, la **Corte de Casación** (1995)[151], no haciendo una aplicación de la normativa especial, dado que los hechos son anteriores a su entrada en vigencia, se vale sin embargo, de los elementos que ofrece para encuadrar los hechos que presenta el caso, lo que debe llevarse a cabo para establecer si el daño efectivamente halla su causa en el defecto de la cosa o diversamente, en la conducta de la víctima. La Corte, considerando que el juicio sobre el peligro que implicaba el funcionamiento del columpio debía efectuarse en atención a las *modalidades de uso* que podían reputarse normales *"debiendo considerarse como tales, en consideración de la ubicación ambiental y destino del objeto, todas aquellas previsibles como las que sugiere la fantasía o la vivacidad de los jóvenes usuarios, pero no aquellas que sean fruto de iniciativas del todo anormales y extrañas a la típica función de la cosa"*, se pronuncia por la exclusión de la responsabilidad del productor del columpio, cuyo uso en el caso por el niño de 12 años, no puede entenderse como *razonablemente previsible* (al montarse sobre el apoyo perdiendo luego el equilibrio, se sujeta a una argolla en alto), considerando que sólo en ámbito de dicha conducta el funcionamiento del columpio podía revelar la falta de la seguridad que había dado lugar a la producción del daño.

A propósito, se puede observar que la apreciación del uso *razonablemente previsible* del art. 5, inc. 1, letra b), implica una difícil tarea evaluativa del juzgador. No obstante ello, en dicha expresión bien pueden comprenderse los posibles *usos anormales* siempre que sean *razonablemente previsibles*. Se considera que el caso, si bien el comportamiento del niño consiste en utilizar en modo diverso al usual el columpio, ello no debe restar valor al hecho que el mecanismo del objeto no ofrecía a toda luz la seguridad requerida por las circunstancias. El producto, siendo destinado al uso de menores de edad, debe responder con mayor razón a las diversas ocurrencias que sujetos de esta edad pueden concebir. De acuerdo a este razonamiento, el producto del caso es defectuoso, por ende, acarrea la responsabilidad del productor.

El último caso hasta el momento que ha aplicado la nueva disciplina corresponde al resuelto por el **Tribunal de *Roma*** (1998)[152]. En el caso, un automovilista que se detiene en un *autogrill*, toma de un contenedor *self service*, una botella de agua a gas; al abrirla, ésta explota ocasionándole

[151] *Cass.*, 29 set. 1995, 10274, en *Danno e resp.*, 1996, p. 87, con nota de C. Cossu; en *Foro it.*, 1996, I, p. 954, con nota de Caringella.

[152] *Trib. Roma*, 11 de mayo de 1998, en *Danno e resp.*, n. 12, 1998, p. 1147, con nota de Ponzanelli; en *Foro it.*, 1998, I, p. 3560, con nota de Palmieri.

los vidrios una seria herida en el brazo. El consumidor obtiene del Tribunal la sentencia favorable en el sentido que establece la responsabilidad del productor de la botella así como el resarcimiento del daño sufrido como consecuencia de la explosión (daño biológico determinado en la medida del 18%, invalidez temporal total de 60 días y parcial de 30). Se excluye, sin embargo, el resarcimiento del daño moral por la ausencia de una culpa del responsable y del daño patrimonial entendido en sentido estricto "por la incapacidad de las lesiones de incidir en el ejercicio de la actividad de trabajo".

Se trata de un caso que no presenta una particular dificultad en la determinación de la *defectuosidad* del producto, no siendo normal el hecho que una botella de vidrio explote en manos de quien la destapa[153]. Tratándose de un *defecto de fabricación*, bastaría la simple confrontación del ejemplar con los demás de su serie. Sin embargo, el Tribunal prefiere llegar a la conclusión del defecto del producto, siguiendo las líneas que señala el inc.1 del art. 5 D.P.R., haciendo referencia a que en el caso no se ha dado un *uso anómalo* del producto, precisándose que en cambio, *"parece evidente la anormal inseguridad de la botella, atendiendo a que el uso habitual de la misma es lógicamente incompatible (justamente por la aptitud de las botellas a ser destinadas al público de los consumidores para ser manipuladas directamente por ellos a través de apertura directa) con la posibilidad que la botella de agua explote en manos de quien ha sido destinado a adquirir la disponibilidad material"*.

3.1 *Observaciones finales sobre la aplicación de la nueva disciplina*

No obstante tratarse de un régimen de responsabilidad de naturaleza objetiva el que introduce la nueva disciplina sobre la responsabilidad del productor en Italia, y conforme a dicha naturaleza, está pensado para facilitar la viabilidad del resarcimiento de las víctimas de los daños derivados de productos defectuosos, en la medida que debería simplificar la

[153] Como bien destaca Ponzanelli, la explosión de botellas ha sido siempre materia de la responsabilidad del productor, recordando la histórica *"concurring opinion"* de Roger Traynor en el caso *Escola v. Coca-Cola Bottling*, la que tuviera lugar, precisamente en ocasión de la explosión de una botella de Coca-Cola (aunque el caso se decidió, no tanto en función de la responsabilidad objetiva, sino de la aplicación de la doctrina de la *res ipsa loquitur*), V. Ponzanelli, *"Anche le bottiglie italiane esplodono"*, en *Foro it.*, 1998, p. 1149. Sobre las sentencias que en la jurisprudencia italiana precedente a la nueva disciplina se han pronunciado en casos de "botellas que explotan", V. *supra*, en esta Segunda Parte, Capítulo I, 2.2.2 sobre la *jurisprudencia italiana*.

posición procesal del consumidor, al no requerírsele la prueba de una culpa, la realidad de los hechos muestra como apenas se ha apreciado, que los casos que llegan a lo judicial son hasta el momento sólo unos cuantos, y los que se cuentan calificables de una cierta simplicidad en la materia *sub* litis, hecho que permite hipotizar o que los productos que circulan en el mercado europeo son en tal modo 'seguros' que no provocan daños, o que los daños que efectivamente se producen vienen canalizados hacia la vía extrajudicial, y en este caso los posibles conflictos hallen solución entre las mismas partes interesadas –productor y consumidor-víctima–, merced a la intermediación del seguro, o que las víctimas consideren que el costo procesal es tan elevado que los beneficios que obtendrían a la conclusión de la lite serían irrisorios, prefiriendo renunciar a su derecho de acción.

Otra hipótesis que se ha formulado en la doctrina, apoyándose en el bajo número de decisiones fundadas en la normativa especial, infiriendo de ello que los jueces no aplican sustancialmente la Directiva por preferir las normas nacionales generales de la responsabilidad civil, de acuerdo a la propia permisión que da la Directiva (art. 15)[154], refiere que el nuevo régimen de responsabilidad no sea lo suficientemente riguroso frente al productor, postulando la abrogación del art. 7 letra e), a fines de incluir la responsabilidad por los llamados *riesgos de desarrollo*[155].

Ponzanelli ha señalado que no obstante el tiempo transcurrido, *"se confirma la imagen de Italia como el indiscutible reino de la "seguridad" de los productos destinados al consumo"*. Poniéndose como interrogante si *"se trata de una "isla feliz" donde se realizarían perfectamente los objetivos de "optimal deterrence" propios de un régimen de responsabilidad objetiva o, en cambio, un índice de un fenómeno de underlitigation que da por descontado en primer lugar las dificultades y la precariedad del movimiento de "consumer protection" italiano"*[156].

El llamado fenómeno de *underlitigation* viene explicado por Alpa en el sentido de atribuirlo *"a una relativa novedad del tema y retardos culturales que se dan por descontados en la aplicación de conceptos, nociones, técnicas de parte del juez; a la ignorancia de los derechos y así de la posibilidad de acción de parte de los titulares de los derechos lesionados (consumidores en general); al envejecimiento de los esquemas procesales y consecuentemente a la ausencia de las "class actions"; a la ausencia de una organización de los intereses lesionados, consiguiente a una escasa o frágil agregación de los intereses mismos (en formas*

[154] Cfr. Stoppa, A., *"La direttiva sulla responsabilità da prodotti difettosi compie dieci anni"*, en Economia dir. terziario, 1995, p. 995 ss.

[155] En este sentido se orienta Alpa, G., *op. cit.*, p. 274.

[156] V. Ponzanelli, G., *"Responsabilità del produttore"*, en *Riv. dir. civ.*, 1995, II, p. 215.

asociativas más o menos estables); a la imprevisibilidad de la reacción del ordenamiento frente a los daños derivados de productos (las sentencias serían en otros términos "umpredictable"); al desconocimiento de los casos de daño, generalmente ignorados por la prensa, que escapan a posibles reconocimientos estadísticos..."[157].

Como fluye de los Considerandos de la Directiva Comunitaria, al establecerse un régimen de responsabilidad objetiva del productor, se da por descontado que el criterio de imputación de la culpa no ha constituido en ámbito europeo el mecanismo idóneo para satisfacer las expectativas resarcitorias de las víctimas de daños derivados de productos defectuosos, a lo que se suma la inexistencia, antes de la Directiva, de una disciplina que refleje las características del tipo de daños que tienen lugar por el proceso de producción masiva de productos. De allí la necesidad de afrontar el problema de la responsabilidad del productor desde una perspectiva social, en la medida que se reconozca que, en tanto cada uno es consumidor potencial de productos así también, se es una víctima potencial de sus riesgos. En esta perspectiva, la responsabilidad objetiva, si bien da una solución al caso concreto, constituye además la vía idónea para posibilitar la difusión del riesgo a través de un proceso de internalización en los costos de producción.

Es sin embargo, a toda luz evidente que, el impacto en ámbito europeo de la normativa comunitaria se presenta completamente diverso a cuanto a su tiempo representó en los Estados Unidos la instauración oficial a nivel jurisprudencial de la responsabilidad objetiva, con el caso *Greenman v. Yuba Power Products* (1963), orientación plasmada en la S. 402A del *Restatement (Second) of torts*, dando lugar a todo un movimiento académico mayoritariamente a favor del nuevo régimen de responsabilidad del productor. No cabe duda que, las condiciones estructurales del sistema norteamericano son determinantes en el desarrollo de la violenta evolución de la responsabilidad objetiva del productor[158], y precisamente consisten, entre otras, en el elenco de factores *contrario sensu* que menciona el Prof. Alpa, según lo referido en líneas anteriores, como explicación de la respuesta del caso italiano frente al nuevo régimen de responsabilidad.

Se concluye como señala Ponzanelli que el último de los casos judiciales antes referidos, el de la 'explosión de botella', parece indicar no sólo la

[157] Cfr. Alpa, G., *"La dottrina sulla responsabilità del produttore. Il rischio d'impresa alle soglie del 1992"*, en Resp. civ. prev., 1988, p. 645 ss.

[158] V. retro, Primera Parte, y la Sección I de este Capítulo II, sobre el derecho norteamericano como fuente inspiradora de la Directiva.

justa atención reservada a las razones y a la posición de los consumidores, sino el posible inicio de una nueva fase aplicativa del derecho italiano de la responsabilidad del productor[159].

[159] El jurista agrega que la aprobación de la nueva legislación en tema de derecho del consumidor, en ejecución de la directiva comunitaria, confirma tal vez, cómo una de las posibles resistencias a la actuación de la directiva esté representada por la ausencia de una categoría profesional forense dispuesta a afrontar los problemas de la responsabilidad del productor. Cfr. Ponzanelli, G., *"Anche le bottiglie italiane esplodono"*, *cit.*, p. 1150. La ley a que el a. alude es la ley de 30 de julio de 1998, n. 281 (Disciplina sobre los derechos de los consumidores y usuarios): V. Alpa, G., *"Legge sui diritti dei consumatori"*, en *Corr. giur.*, 1998, p. 997.

Conclusiones

El estudio realizado sobre la naturaleza de la responsabilidad del productor, a través de la comparación de dos experiencias jurídicas, la estadounidense y la italiana en cuanto caso concreto del estado del derecho europeo sobre la materia, ha podido arribar a las siguientes conclusiones, las mismas que representan una síntesis de las que se desprenden de las diversas etapas del trabajo.

1. Es indiscutible que el problema de la responsabilidad del productor se plantea como consecuencia de los notables cambios económico-sociales que genera el proceso de producción y distribución de masa. Desarrollo económico que trae consigo la producción de daños derivados de productos defectuosos circulantes en el mercado. La fase de la explosión industrial afianzó la supremacía del principio de la relatividad contractual en el derecho norteamericano, determinando una muralla contra las pretensiones reparatorias de las víctimas de daños que no se hallaran en relación contractual con quien puso en circulación el producto dañoso. El sistema contractual era tan imponente en aquella fase del desarrollo económico que ni siquiera admitía el resarcimiento de los daños a cargo del productor en ámbito del las responsabilidad por culpa si la víctima del daño no se hallaba en relación contractual con el productor.
2. La evolución del derecho de la responsabilidad del productor en el derecho norteamericano, precisamente observa una decidida apertura con relación a los clásicos sistemas de la responsabilidad contractual y extracontractual, orientada hacia el establecimiento de un régimen de responsabilidad objetiva. Proceso que fue posible sólo en la medida que progresivamente tuvo lugar el abandono de la aplicación de la doctrina de la relatividad contractual, a través de la extensión de las denominadas garantías de calidad *(warranties of quality)* o garantías de comercialidad *(warranties of merchantability)* a víctimas de daños derivados de producto que no se hallaban en relación contractual con el productor. Paralelamente, en ámbito de la responsabilidad extracontractual *–torts–*, se concede resarcimiento a las víctimas de daños no obstante la inexistencia de un vínculo contractual, tal como lo exigía

la clásica doctrina de la relatividad contractual. Célebre es a este respecto el caso *McPherson* (1916), el cual, si bien suscitó el incremento de demandas judiciales de resarcimiento fundadas en la *negligence*, no lograba superar las dificultades probatorias que implicaba la responsabilidad fundada en este criterio de imputación, aunque fueran aquéllas en diversas oportunidades superadas por los jueces trámite la aplicación del principio *res ipsa loquitur* o al exigir un estándar de cuidado más elevado.

3. Las denominadas garantías *(warranties)* vienen consideradas por la jurisprudencia y doctrina norteamericanas como el mecanismo más idóneo para hacer viable el resarcimiento de las víctimas de daños de productos defectuosos (el caso *Henningsen* –1960– representó la superación definitiva de la regla de la relatividad contractual, convulsionando la historia del derecho de *torts*, estableciendo una relación directa entre productor y público en general destinatario de sus productos), sin intervenir en el juicio de esta 'particular responsabilidad contractual', elemento subjetivo alguno. De allí la naturaleza 'híbrida' de este instrumento reparatorio, fundado en el razonamiento conforme al cual, los riesgos acompañan al producto en el mercado, de los cuales debe responder el productor. A este punto, la responsabilidad del productor que venía establecida fuera de una relación contractual, era en el fondo, una responsabilidad extracontractual objetiva, así al menos lo venía estableciendo la doctrina predominante en la materia, que sugería su reconocimiento como tal, 'sin conferirle una máscara contractual ilusoria'.
4. Sin embargo, no es sino hasta el renombrado caso *Greenman* –1963– que viene reconocida judicialmente la naturaleza extracontractual de la responsabilidad objetiva del productor, sin recurrirse más a ficciones o a la 'máscara contractual' atribuida a la teoría de la extensión de las garantías *(warranties)*. La sentencia se configura como el *leading case* al que las cortes norteamericanas se atuvieron en sus resoluciones sucesivas, destacando sobretodo por la introducción oficial de la noción de *defectuosidad*, noción que se convierte en la piedra angular de la responsabilidad objetiva del productor, aún si no se aportaba claridad en cuanto a su real contenido. A través de esa sentencia se fija el principio según el cual, 'el productor debe soportar los riesgos de los productos que coloca en el mercado'.
5. Esa orientación jurisprudencial fue sucesivamente reflejada en la S. 402A del *Restatement (Second) of torts* (1965) aprobado por el *American*

Law Institute, que consagra un principio de responsabilidad objetiva del productor, sobre la base de la existencia de un 'defecto' en el producto que haya generado el daño. El texto fue adoptado por la mayor parte de jurisdicciones de los Estados Unidos. El hecho es que la noción de 'defecto' continuaba siendo la más amplia cuanto imprecisa, a lo que se agregaba la consideración en el texto de una condición en el producto para dar lugar a la responsabilidad del productor, a saber, la condición irrazonablemente peligrosa *(condition unreasonably dangerous)* del producto. Todo lo cual, presuponía una ardua tarea interpretativa de parte de las cortes norteamericanas a los fines de establecer en el caso concreto la existencia de la *defectuosidad* del producto. En efecto, la aludida S. 402A contemplaba una noción única de 'defecto', en tanto que los hechos que llegaban a las cortes exigían la consideración de diversos tipos de defectos, los cuales respondían a elementos distintos en su configuración. Era evidente, conforme lo revela la doctrina en consonancia con la jurisprudencia norteamericanas, que los autores del referido texto del *Restatement*, se pusieron sólo en el caso de los llamados 'defectos de fabricación', suponiendo que en aquella época, los defectos de productos que más motivaban las causas judiciales, correspondían a esa categoría de defectos, no pudiéndose entonces imaginar la complejidad que representaba el juicio de responsabilidad con relación a los llamados 'defectos de diseño *(design defects)* así como con respecto a los llamados defectos de advertencia o información *(warning defects)*.

6. El período que siguió a la promulgación de la S. 402A hasta aproximadamente la década de los ochenta, se caracterizó por una superlativa expansión de la responsabilidad objetiva del productor. La aplicación de criterios utilizados para la resolución de las causas concernientes a los *defectos de fabricación*, venían aplicados indiscriminadamente a los casos relativos a los *defectos de diseño o construcción* así como a los de los *defectos de información o advertencia*. La incertidumbre e indefinición de la noción de 'defecto' representó el factor ideal sobre el cual se apoyó fundamentalmente el movimiento decididamente a favor de la situación de la víctima en aquel período. Movimiento de expansión de la responsabilidad objetiva que halló además del ambiente ideológico estimulante a la protección de la víctima de los daños de productos, las condiciones estructurales del propio sistema de organización judicial y procesales norteamericanos, los factores de base, característicos de la realidad estadounidense, que condujeron la responsabilidad del productor por vías inimaginables a

las mentes de los autores del *Restatement.* El carácter de *'derecho de los Estados'* de la responsabilidad del productor norteamericano, con lo que ello implica, en el sentido de un derecho de responsabilidad del productor con características propias de cada jurisdicción de los Estados Unidos, determina la peculiaridad del proceso evolutivo en América en la materia *sub* examen.

7. El incremento de las causas por responsabilidad de producto defectuoso, así como de las primas de los seguros, la permanente incertidumbre sobre los criterios para determinar la existencia de la *defectuosidad*, va generando ya hacia mediados de la década de los setenta la conciencia en la doctrina de la necesidad de una reforma del sistema de la responsabilidad del productor. En dicho contexto se asiste a una denominada crisis de los seguros, respecto de la que se formularon hipótesis diversas, atribuyendo las más de las cuales al entonces vigente régimen de responsabilidad de producto. Hacia la década de los años ochenta se asiste a un repensamiento de los fundamentos de la responsabilidad objetiva del productor, virando hacia razonamientos destinados a establecer los límites de la responsabilidad objetiva del productor.

8. Hacia los años ochenta, las cortes norteamericanas secundadas por la doctrina mayoritaria mostrándose críticas con respecto a la expansión incontrolada de la responsabilidad objetiva del productor, se orientan hacia una posición de equilibrio, en el sentido de no abrazar inescrupulosamente las expectativas de resarcimiento de las víctimas de daños de producto, sino atendiendo además a los intereses de la actividad productiva en pleno. Ello comportaba variar los esquemas de razonamiento en el examen de la determinación de la *defectuosidad*. En efecto, si bien, inicialmente, el *test* utilizado por las cortes norteamericanas a tales efectos, se refería a las expectativas de seguridad del producto del consumidor Test de las expectativas del consumidor *–(consumer expectations test)–*, de lo cual se hizo aplicación la más favorablemente posible a los fines de satisfacer los objetivos reparatorios del daño, haciendo alcanzar dicha aplicación aún a los casos de defectos de diseño o a los defectos de información, que mal se adecuaban a dicho examen. Así, se adopta una vía intermedia, aplicando para estos casos el llamado Test costo-beneficio, que es el empleado en el examen de la culpa.

9. De esa manera la jurisprudencia y la doctrina reconocen la necesidad de aplicar criterios diversos a los casos de la determinación de los

defectos de diseño y a los defectos de información. No basta en estos casos la simple referencia a los demás ejemplares de la serie, como para los casos de los defectos de fabricación, se considera necesario evaluar en base a un criterio de razonabilidad de uso del producto y de previsibilidad, esto es, de acuerdo a criterios que el derecho norteamericano utiliza cuando se trata de un caso de culpa, si el producto en cuestión se conforma a los estándares de seguridad requeridos de acuerdo al referido juicio de valor. Es ello donde, en la medida que no existan normas claras establecidas sea vía legislativa o vía administrativa, o sean los estándares vigentes en el mercado, sobre la seguridad de los productos, serán los jueces los que se hallarán con la difícil labor de crear el estándar para el caso concreto, de acuerdo a los criterios antes referidos, con la inevitable consecuencia, que los estándares variarán según cada caso concreto. He allí la importancia de la intervención normativa a los fines de ofrecer al juez los parámetros objetivos necesarios para el juicio de responsabilidad.

10. El ingreso a través de la noción de 'defecto' de criterios evaluativos propios de la culpa, no implica la conversión de la responsabilidad del productor en una responsabilidad por culpa, se trata en efecto, como se desprende del *Restatement Third of torts: Responsabilidad del productor* (1997) de una *responsabilidad objetiva* , en cuanto la imputación de la responsabilidad no consiste en la reprobabilidad de la conducta propiamente dicha del agente del daño, sino en haber colocado en venta (entiéndase toda forma de trasferencia del producto a título oneroso) un producto defectuoso. Donde la razonabilidad *(easonablenes)* y la previsibilidad *(foreseebility)* vienen considerados como criterios para evaluar la existencia de un modelo alternativo de producto seguro.
11. En ámbito europeo, donde rige el modelo del *civil law* se asiste a un proceso de evolución de la responsabilidad civil del productor. La experiencia italiana tomada en la presente investigación como caso concreto europeo, revela que la primera actitud frente al problema, se caracterizó por la negación de la responsabilidad extracontractual del productor, ello en virtud de un enfoque contractual de daños propios de un contexto mucho más vasto y complejo, actitud que se ve influenciada por las ideas de la experiencia francesa y alemana sobre la materia. La actitud sucesiva es positiva, en el sentido que afirma la responsabilidad extracontractual, siendo en esta sede en que se plantea el problema de determinar cuál sea el criterio de imputación más adecuado para afrontar el fenómeno de la producción de masa. Es a

este respecto que tiene lugar la separación de la doctrina –que postula un criterio objetivo de imputación– y la jurisprudencia –que se mantiene, aunque formalmente, bajo la guía de la doctrina de la culpa. El reconocimiento de la vía extracontractual como el medio *ad hoc* para el desarrollo de la responsabilidad del productor, fue igualmente evidenciado en el derecho francés y en el derecho alemán. No cabe duda que la sede extracontractual se configura como el espacio idóneo para abordar el problema de los daños generados por el proceso de producción y distribución de masa, en el que no existe más la antigua coincidencia en la misma persona de productor y vendedor, con la insurgencia de la figura de los *intermediarios*, creándose un ambiente donde la víctima merece atención en su calidad de tal y no sólo de adquirente o cualquier otro título, y donde los daños vienen considerados producto de esta etapa del desarrollo, y por ende no dependen única y exclusivamente del comportamiento de un sujeto determinado, sino las más de la veces resulta extremamente difícil o sino inútil hallar el origen o la causa real del hecho dañoso.

Son los mismos hechos característicos de la fase industrial del desarrollo económico, más tarde los de la fase post-industrial, los que revelan la insuficiencia de las normas tradicionales de la responsabilidad civil, sea contractual como extracontractual, ante la inexistencia de un régimen específico que permita dar una respuesta adecuada a la demanda de reparación de las víctimas de daños resultantes de productos defectuosos. Es en este sentido que se concibe la existencia del problema de la responsabilidad del productor.

12. A diferencia, de la experiencia norteamericana, en la que los esfuerzos de la jurisprudencia y la doctrina se han encaminado predominantemente al unísono para la definición y difusión de la teoría de la responsabilidad objetiva del productor, la experiencia italiana, en cambio, se ha caracterizado por la desarmonía de la doctrina y jurisprudencia al afrontar el problema de la responsabilidad del productor. En efecto, la doctrina italiana, desde que inicia el estudio proficuo del tema se ve influenciada por los aportes de la experiencia norteamericana. En esa óptica, y consciente de que la responsabilidad por culpa demostraba su insuficiencia para responder a las exigencias del desarrollo industrial, un sector mayoritario de la misma emprende la difusión de la necesidad de instituir para estos casos de daños la responsabilidad objetiva a la luz de los diversas hipótesis de este género que contiene el código civil, mientras que por su parte, la jurisprudencia manteniendo sus razonamientos enmarcados de

acuerdo a las líneas señaladas por el código civil, persiste en una aplicación formal del criterio de la culpa, aplicando otras veces y extensivamente, el criterio de la actividad peligrosa del art. 2050 C.C. al caso de los productos que presentan una particular capacidad de generar daños.

13. La experiencia norteamericana, en cuanto afronta el problema de los daños de producto muchos años antes de que lo fuera en Europa, representa para el contexto europeo, un modelo importante a considerar en todo estudio comparativo del problema *sub* examen, si se tiene presente la importancia del conocimiento de soluciones dadas, aún en contextos diversos, a situaciones símiles. Resulta inevitable la influencia que aquel modelo ejerce en el contexto europeo. Prueba de ello, según se desprende del examen de la experiencia italiana, lo constituye la recepción de teorías y nociones como la de 'defecto', la distinción de los mismos en 'defectos de fabricación', 'defectos de diseño' y defectos de información o advertencia', y el progresivo afianzamiento de la 'responsabilidad objetiva', introducidos en la literatura jurídica italiana, aún si no se puede decir lo mismo con respecto al plano jurisprudencial, que difícilmente se aleja de los cánones marcados por el tradicional sistema de la responsabilidad civil.

    La experiencia específica de la responsabilidad objetiva del productor representa una fuente en la que se inspiró el proceso de elaboración de la Directiva Comunitaria 85/374 sobre la *'responsabilidad por daños derivados de productos defectuosos'*, no obstante el ya presente, en el medio europeo, reconocimiento que la normativa tradicional de la responsabilidad civil resultaba insuficiente para afrontar un fenómeno nuevo que escapa a los cánones tradicionales de dicho instituto, de allí precisamente, la orientación de la jurisprudencia hacia interpretaciones tan extensivas de las normas vigentes a los fines de adaptarlas a la nueva realidad de daños. En ambos contextos en que tiene lugar la correspondiente evolución de la responsabilidad del productor, se comparten determinados criterios de base comunes, como el interés en dar una respuesta a los daños resultantes de los cambios económico-sociales fruto del desarrollo industrial, a través del mecanismo de la 'responsabilidad objetiva', conscientes en ambos contextos de la necesidad de ofrecer a la víctima de los daños un adecuado instrumento reparatorio, que evite las dificultades probatorias que imponía el régimen de la culpa.

    El principio de responsabilidad del productor contenido en el texto comunitario y recibido por los Estados miembros, en el que destaca

como elemento central el 'defecto del producto', no es sino una prueba de la influencia ejercida por el derecho norteamericano en esta materia.

Ciertamente, no debe perderse de vista que el modelo específico que al momento de la Directiva sirvió como referente de la responsabilidad objetiva , estaba representado por la sección 402A del *Restatement (Second) of torts*, texto aprobado en 1965, hoy sustituido por el *Restatement (Third): Responsabilidad del productor* (1998). Con ello se trata de poner énfasis en el hecho que, el derecho de la *responsabilidad del productor* a partir de la S. 402A tuvo una evolución impresionante, en la cual, ante la imponente responsabilidad objetiva para todos los casos de daños de producto, las cortes se hallaron frente al problema de dar un contenido preciso a la noción de 'defecto'. Como la S. 402A del *Restatement*, la Directiva Comunitaria de 1985 parece contemplar una noción única de 'defecto', en cuanto explícitamente no adopta una clasificación de los defectos. Sin embargo, ésta se puede desprender del conjunto del texto comunitario, atendiendo a la caracterización de los tipos de 'defectos', tal como se configuran en la realidad de los hechos. Siendo a este propósito que se resulta de evidente importancia tener presente los criterios distintivos desarrollados en la experiencia norteamericana.

14. Son las características estructurales y específicas del sistema norteamericano, las que han determinado un desarrollo particular de la responsabilidad objetiva del productor. La característica de *'derecho estatal'* de la responsabilidad del productor en los Estados Unidos determina la dificultad en el estudio de este sistema, pues, de acuerdo a ello, cada Estado viene a crear sus propias líneas jurisprudenciales sobre la materia, que bien pueden coincidir o no con las de los otros Estados, adhiriendo o no a lo contemplado en el *Restatement of torts*.

15. El régimen de responsabilidad del productor instaurado por la Directiva de 1985, es de naturaleza extracontractual y objetiva. La imputación de la responsabilidad se produce en virtud a un criterio objetivo cual es la puesta en circulación de un producto defectuoso. En este sentido, responsables pueden serlo a la luz de la directiva cualquiera de los sujetos que ha participado en la fabricación o distribución de los productos, atendiendo a las especificaciones previstas por el texto comunitario.

16. La noción de 'defecto' que introduce la nueva disciplina, en tanto elemento central de la misma, no es una noción a priori, sino a posterio-

ri. No es una noción absoluta ni unívoca, sino relativa y *relacional.* Definida como viene en el texto comunitario, en función de *'la seguridad que se puede legítimamente esperar, teniendo en cuenta todas las circunstancias'*, resulta ser una noción que halla su contenido específico en el caso concreto, merced a la tarea interpretativa del juez.

El texto italiano que aplica la Directiva, agrega una precisión a la determinación de la *defectuosidad* del producto, en el inc. 3) del art. 5 D.P.R. 224/88, refiriéndose implícitamente a los *defectos de fabricación.* Lo que corrobora la interpretación del inc. 1 del mismo artículo, en cuanto respecta a la 'legitimidad de las expectativas' y la consideración de 'todas las circunstancias', en el sentido de referirse a los *defectos de diseño o construcción* y a los *defectos de información.*

Las diferencias en cuanto a la evaluación de los defectos según el tipo a que corresponden, no implica la aplicación de criterios de imputación diversos, sino criterios de evaluación diversos que tendrá en cuenta el juez a los fines de establecer la existencia del 'defecto'. Así, la evaluación en el caso de los defectos de fabricación es a todas luces estrictamente objetivo, mientras que en los otros dos casos, de los defectos de diseño y los defectos de información, intervienen en la evaluación criterios que, como la *razonabilidad* y la *previsibilidad*, aproximan el tipo de examen al que se lleva a cabo normalmente bajo un sistema de responsabilidad por culpa.

Las dificultades de determinación que presentan los llamados 'defectos de diseño' y los 'defectos de información' emergen a toda luz de la evolución que ha presentado la *American responsabilidad del productor* a partir de la S. 402A del *Restatement (Second) of torts*, y no es ajena a ellas la experiencia europea con la introducción de la disciplina comunitaria.

En ambos contextos, la construcción de los 'defectos de diseño' y de los 'defectos de información', representa el filtro por el que ingresa el criterio de la culpa, en el régimen de responsabilidad objetiva. Pero esta vez, la culpa no constituye el criterio de imputación como lo fue tradicionalmente, sino que halla un espacio determinado en el sistema de la responsabilidad objetiva como criterio de evaluación de las conductas que lleva a cabo el juez, conductas referidas tanto al productor (respecto a la *razonable previsibilidad del uso*) como al usuario (respecto al *uso* al que el producto pueda ser *razonablemente* destinado), en cuanto consideradas *circunstancias* a tener en cuenta para establecer la *legitimidad de las expectativas de seguridad* respecto al producto cuestio-

nado. El criterio de la *reasonableness* y el de la *foreseeability* son utilizados por las cortes norteamericanas en la determinación de la existencia de la *defectuosidad*, y son hoy presentes en la distinción de los defectos que expresamente acoge el *Restatement (Third) of torts: Responsabilidad del productor* (1998), sin ello perjudicar la naturaleza objetiva de la *responsabilidad del productor.*

17. La evolución de la noción de 'defecto' en la experiencia norteamericana y la configuración que de ella ofrece la Directiva Comunitaria da cuenta que la responsabilidad objetiva del productor no es una 'responsabilidad absoluta' en cuanto no se basa en la sola existencia de una relación causal, sino que tiene un 'criterio de imputación', cual es la puesta en comercio de un producto defectuoso. La evolución de la *American products liability* al momento del *Restatement (Third) of torts*, evidencia el rechazo a una pretendida –por una minoría– responsabilidad objetiva sin 'defecto'. Hecho que demuestra el "*consenso*" al que se ha arribado a favor de una consideración en la definición de la *defectuosidad* no sólo de los intereses del consumidor-víctima sino también los del productor en el desarrollo de su actividad. En ello consiste el carácter racional de la noción de 'defecto'. Y ello se traduce en la Directiva como el pretendido *principio de distribución de los riesgos* entre la esfera del productor y la esfera del consumidor-víctima potencial de daños de productos, principio que anima el pleno de dicho texto comunitario.

18. La noción de 'defecto', tal como viene configurada en ambas experiencias, admite entre las circunstancias que concurren a su determinación, la *diligencia técnica*, en la que vienen en consideración las normas específicas dictadas para cada sector de la producción, o bien los parámetros objetivos de la industria, todo lo cual, permite facilitar la tarea del juez para establecer la existencia del defecto de diseño o del defecto de información. En la medida que dichas normas sean inexistentes en un área determinada de la producción, se complica la labor del juez, en la medida que tendrá que construir él mismo el propio parámetro de comparación, en otras palabras, tendrá que crear el estándar de seguridad para el caso concreto, según su criterio atendiendo *a todas las circunstancias*. Cuanto mayor sea el número de los parámetros objetivos a tener en cuenta por el juez, mayores serán las posibilidades de certeza del juicio de responsabilidad. Ello demuestra que para que el sistema de la responsabilidad civil pueda realizar plenamente sus funciones –de resarcimiento y de prevención–, requiere de un contexto en que tenga lugar el desarrollo de la regulación

administrativa, la que estableciendo los estándares necesarios de seguridad de los productos, ofrece al juez un instrumento, si bien no definitivo, pero lo suficientemente objetivo para la configuración del parámetro que le permitirá establecer en el caso concreto si se está ante la presencia de un producto defectuoso.

19. El llamado 'riesgo de desarrollo' no es una categoría de defecto. El establecimiento del *tiempo en que tiene lugar la puesta en circulación del producto,* como una de las 'circunstancias' consideradas por el legislador comunitario para determinar la *defectuosidad,* implica asimismo la consideración del *'estado del arte'* en aquel momento, con la consecuencia que los defectos que surjan o el estado de los conocimientos científicos y técnicos permitan descubrirlos con posterioridad, no resultan relevantes a los efectos de la imputación de responsabilidad por los daños generados, a la luz de la disciplina comunitaria.

    Similarmente, la orientación de la *American products liability* ha excluido los riesgos de desarrollo *(development risks)* de la imputación al productor. Esa tendencia ha sido acogida en el *Restatement (third) of torts,* conforme al cual, se establece como límite temporal a la determinación de lo defectuoso el tiempo de la colocación del producto en el mercado, además cierto es, del criterio de la *previsibilidad* en la configuración del modelo alternativo para establecer la existencia del llamado *design defect* y el llamado *warning defect.*

    El 'riesgo de desarrollo' como causa de exclusión de la responsabilidad del productor, tal como previsto en la letra e) art. 7 Dir. (art. 6 D.P.R. 224/88), se refiere al estado del conocimiento técnico y científico, que implica una noción absoluta, no se refiere al 'estado del arte productivo'. El Estado italiano no ha hecho uso de la opción concedida por la Directiva en su art. 15, inc.b) para incluir la responsabilidad por 'riesgo de desarrollo'.

    Los controvertidos debates en torno al tema de los 'riesgos de desarrollo', de lo cual es prueba la extensa literatura jurídica norteamericana, no extraños a los debates en la elaboración de la Directiva Comunitaria de 1985, demuestran que el 'transcurso del tiempo' es un problema presente desde los inicios del tratamiento del problema de daños derivados de productos defectuosos.

20. La evolución que ha tenido el tratamiento de la responsabilidad del productor en los Estados Unidos, ha demostrado la ineficacia de las posiciones extremas para dar una solución al problema. Ha sido

rechazada la responsabilidad objetiva llevada a sus últimas consecuencias, en la medida de no admitir al productor valerse de causales que justificadamente excluyan su responsabilidad, como ha sido excluido el extremo de una responsabilidad por culpa evaluada a la luz de un criterio subjetivo. La tendencia de las cortes norteamericanas ha sido hacia la búsqueda de una posición moderada, destacando que la responsabilidad objetiva por producto defectuoso es en realidad actualmente una responsabilidad objetiva por producto defectuoso. La evolución de la noción de la *defectiveness* ha permitido alcanzar un cierto consenso entre las diversas posiciones doctrinarias, las que a su vez se han visto reflejadas en el *Restatement (third) of torts: Products liability.*

Anexos

1 DIRETTIVA DEL CONSIGLIO DELLE COMUNITA' EUROPEE 25 LUGLIO 1985, N. 85/374 (G.U. 12 SETTEMBRE 1985, N. 215 BIS)

Considerando che il ravvicinamento delle legislazioni nazionali in materia di responsabilità del produttore per i danni causati dal carattere difettoso dei suoi prodotti è necessario perché le disparità esistenti fra tali legislazioni possano falsare il gioco della concorrenza e pregiudicare la libera circolazione delle merci all'interno del mercato comune determinando disparità nel grado di protezione del consumatore contro i danni causati alla sua salute e ai suoi beni da un prodotto difettoso;

considerando che solo la responsabilità del produttore indipendente dalla sua colpa costituisce un'adeguata soluzione del problema, specifica di un'epoca caratterizzata dal progresso tecnologico, di una giusta attribuzione dei rischi inerenti alla produzione tecnica moderna;

considerando che la responsabilità si applica solo ai beni mobili che sono oggetto di una produzione industriale; che pertanto occorre escludere da detta responsabilità i prodotti agricoli e i prodotti della caccia, salvo che siano stati sottoposti ad una trasformazione di carattere industriale che possa provocarne un difetto; che la responsabilità contemplata dalla presente direttiva vale anche per le cose mobili impiegate nei lavori di costruzione d'immobili o incorporate a beni immobili;

considerando che ai fini della protezione del consumatore è necessario considerare responsabili tutti i partecipanti al processc produttivo se il prodotto finito o la parte componente o la materia prima da essi fornita sono difettosi: che per lo stesso motivo è necessario che sia impegnata la responsabilità dell'importatore che introduca prodotti nella Comunità europea e quello di chiunque si presenti come produttore apparendo il suo nome, marchio o altro segno distintivo o fornisca un prodotto il cui produttore non possa essere identificato;

considerando che, se dello stesso danno sono responsabili più persone, la protezione del consumatore implica che il danneggiato possa chiedere il risarcimento integrale del danno ad uno qualunque dei responsabili;

considerando che per proteggere il consumatore nella sua integrità fisica e nei suoi beni è necessario che il carattere difettoso di un prodotto sia determinato non già in base alla carenza del prodotto dal punto di vista del suo uso, bensì in base alla mancanza della sicurezza che il grande pubblico può legittimamente attendersi; che questa sicurezza è valutata escludendo qualsiasi uso abusivo del prodotto che nella fattispecie fosse irragionevole;
considerando che una giusta ripartizione dei rischi tra il danneggiato e il produttore implica che quest'ultimo possa esimersi dalla responsabilità se prova l'esistenza di alcuni fatti che lo liberano;
considerando che la protezione del consumatore esige che la responsabilità del produttore non risenta dell'intervento di altre persone che abbiano contribuito a causare il danno; che tuttavia la colpa concorrente del danneggiato può essere presa in considerazione per ridurre o sopprimere tale responsabilità;
considerando che la protezione del consumatore esige il risarcimento dei danni risultanti dalla morte e dalle lesioni personali nonché il risarcimento dei danni materiali; che esso deve tuttavia essere limitato agli oggetti per uso privato o per consumo privato e soggetto a detrazione di una franchigia di importo fisso, per evitare un eccessivo numero di controversie; che la direttiva non pregiudica il risarcimento del pretium doloris e di altri danni morali eventualmente previsto dalla legge applicabile nella fattispecie;
considerando che un termine di prescrizione uniforme dell'azione di risarcimento è nell'interesse sia del danneggiato sia del produttore;
considerando che nel corso del tempo i prodotti si deteriorano, le norme di sicurezza diventano più rigorose e le conoscenze tecnologiche e scientifiche migliorano; che non sarebbe perciò equo pretendere che il produttore fosse responsabile senza limiti di tempo, dei difetti dei suoi prodotti; che la sua responsabilità deve quindi estinguersi dopo un periodo di durata ragionevole, lasciando tuttavia impregiudicate le azioni pendenti;
considerando che ai fini di una efficace protezione del consumatore deve essere esclusa la possibilità di deroghe con clausola contrattuale alla responsabilità del produttore nei confronti del danneggiato;
considerando che secondo i sistemi giuridici degli stati membri il danneggiato può avere diritto al risarcimento in base alla responsabilità contrattuale o ad un titolo fondato sulla responsabilità extracontrattuale diverso da quello previsto dalla presente direttiva; che nella misura in cui tali disposizioni perseguono anch'esse l'obiettivo di un'efficace protezione dei consumatori, esse non devono essere pregiudicate dalla presente direttiva;

che nella misura in cui una protezione efficace dei consumatori nel settore dei prodotti farmaceutici sia già garantita in uno stato membro anche mediante un regime speciale di responsabilità, devono ugualmente continuare ad essere possibili azioni basate su questo regime;
considerando che, nella misura in cui la responsabilità per danni nucleari è già sottoposta in tutti gli stati membri ad adeguate regolamentazioni speciali, è possibile escludere dal campo di applicazione della presente direttiva danni di tale natura;
considerando che l'esclusione dei prodotti agricoli e dei prodotti della caccia dal campo d'applicazione della presente direttiva può essere considerata in taluni stati membri, tenuto conto delle esigenze della protezione dei consumatori, come una ingiustificata restrizione di tale protezione; che deve perciò essere possibile ad uno stato membro estendere la responsabilità a questi prodotti;
considerando che per analoghe ragioni la possibilità ad un produttore di liberarsi dalla responsabilità se prova che lo stato delle conoscenze scientifiche e tecniche del momento in cui ha messo il prodotto in circolazione non permetteva di scoprire l'esistenza del difetto, può essere considerata in taluni stati membri come una restrizione ingiustificata della protezione dei consumatori; che deve quindi essere possibile ad uno Stato membro mantenere nella sua legislazione l'inammissibilità di tale prova liberatoria; che in caso di nuova legislazione il ricorso a questa deroga deve tuttavia essere subordinato ad una procedure di statu quo comunitaria per aumentare, se possibile, in modo uniforme il grado di protezione della Comunità;
considerando che, tenuto conto delle tradizioni giuridiche della maggior parte degli stati membri, non è appropriato stabilire un tetto finanziario alla responsabilità del produttore, indipendente dalla sua colpa; che tuttavia, nella misura in cui esistono tradizioni diverse, sembra possibile ammettere che uno stato membro possa derogare al principio della responsabilità illimitata prescrivendo un limite alla responsabilità globale del produttore per la morte e i danni personali causati da articoli identici che presentino lo stesso difetto, a condizione che tale limite sia fissato ad un livello sufficientemente elevato da garantire un'adeguata protezione del consumatore e il corretto funzionamento del mercato comune;
considerando che l'armonizzazione risultante dalla presente direttiva non può per ora essere totale ma apre la strada verso una maggiore armonizzazione: che è opportuno quindi che al Consiglio siano sottoposte ad intervalli regolari relazioni della Commissione sull'applicazione della presente direttiva, accompagnate eventualmente da proposte appropriate;

considerando che a questo proposito è particolarmente importante procedere ad un riesame delle disposizioni della presente direttiva concernenti le deroghe consentite agli stati membri, alla scadenza di un periodo sufficientemente lungo per poter disporre di un'esperienza pratica sugli effetti di tali deroghe sulla protezione dei consumatori e sul funzionamento del mercato comune.

HA ADOTTATO LA SEGUENTE DIRETTIVA:

ART. 1 - il produttore è responsabile del danno causato da un difetto del suo prodotto.

ART. 2 - Ai fini della presente direttiva, per "prodotto" si intende ogni bene mobile, ad eccezione dei prodotti agricoli naturali e dei prodotti della caccia, anche se forma parte di un altro bene mobile o immobile. Per "prodotti agricoli naturali" si intendono i prodotti del suolo, dell'allevamento e della pesca, ad esclusione dei prodotti che hanno subito una prima trasformazione. Per "prodotto" si intende anche l'elettricità.

ART. 3 - 1. Il termine "produttore" designa il fabbricante di un prodotto finito, il produttore di una materia prima o il fabbricante di una parte componente, nonché ogni persona che, apponendo il proprio nome, marchi, marchio o altro segno distintivo sul prodotto, si presenta come produttore dello stesso.

2. può essere individuato il produttore del prodotto si considera tale ogni fornitore a meno che quest'ultimo Senza pregiudizio della responsabilità del produttore, chiunque importi un prodotto nella Comunità europea ai fini della vendita, della locazione, del "leasing" o di qualsiasi altra forma di distribuzione nell'ambito della sua attività commerciale, è considerato produttore del medesimo ai sensi della presente direttiva ed è responsabile allo stesso titolo del produttore.

3. Quando non comunichi al danneggiato, entro un termine ragionevole, l'identità del produttore o della persona che gli ha fornito il prodotto. Le stesse disposizioni si applicano ad un prodotto importato qualora questo non rechi il nome dell'importatore di cui al paragrafo 2, anche se è indicato il nome del produttore.

ART. 4 – Il danneggiato deve provare il danno, il difetto e la connessione causale tra difetto e danno.

ART. 5 – Se, in applicazione della presente direttiva, più persone sono responsabili dello stesso danno, esse rispondono in solido, fatte salve le disposizioni nazionali in materia di diritto di rivalsa.

ART. 6 – 1. Un prodotto è difettoso quando non offre la sicurezza che ci si può legittimamente attendere tenuto conto di tutte le circostanze, tra cui:

a) la presentazione del prodotto,

b) l'uso al quale il prodotto può essere ragionevolmente destinato,

c) il momento della messa in circolazione del prodotto.

2. Un prodotto non può essere considerato difettoso per il solo fatto che un prodotto più perfezionato sia stato messo in circolazione successivamente ad esso.

ART. 7 – Il produttore non è responsabile ai sensi della presente direttiva se prova:

a) che non ha messo il prodotto in circolazione;

b) che, tenuto conto delle circostanze, è lecito ritenere che il difetto che ha causato il danno non esistesse quando l'aveva messo in circolazione o sia sorto successivamente;

c) che non ha fabbricato il prodotto per la vendita o qualsiasi altra forma di distribuzione a scopo economico, né l'ha fabbricato o distribuito nel quadro della sua attività professionale;

d) che il difetto è dovuto alla conformità del prodotto a regole imperative emanate dai poteri pubblici;

e) che lo stato delle conoscenze scientifiche e tecniche al momento in cui ha messo in circolazione il prodotto non permetteva di scoprire l'esistenza del difetto;

f) nel caso del produttore di una parte componente, che il difetto è dovuto alla concezione del prodotto in cui è stata incorporata la parte o alle istruzioni date dal produttore del prodotto.

ART. 8 – 1. Fatte salve le disposizioni nazionali in materia di diritto di rivalsa, la responsabilità del produttore non risulta diminuita quando il danno è provocato congiuntamente da un difetto del prodotto e dall'intervento di un terzo.

La responsabilità del produttore può essere ridotta o soppressa, tenuto conto di tutte le circostanze, quando il danno è provocato congiuntamente da un difetto del prodotto e per colpa del danneggiato o di una persona di cui il danneggiato è responsabile.

ART. 9 – Ai sensi dell'articolo 1, per "danno" si intende:

il danno causato dalla morte o da lesioni personali;

il danno o la distruzione di una cosa diversa dal prodotto difettoso, previa detrazione di una franchigia di 500 ECU, purché la cosa
sia del tipo normalmente destinato all'uso o consumo privato e
sia stata utilizzata dal danneggiato principalmente per proprio uso o consumo privato.
Il presente articolo lascia impregiudicate le disposizioni nazionali relative ai danni morali.

ART. 10 – 1. Gli stati membri prevedono nella loro legislazione che l'azione di risarcimento prevista in forza della presente direttiva cade in prescrizione dopo un termine di tre anni a decorrere dalla data in cui il ricorrente ha avuto o avrebbe dovuto aver conoscenza del danno, del difetto e dell'identità del produttore.

2. La presente direttiva lascia impregiudicate le disposizioni degli stati membri che disciplina la sospensione o l'interruzione della prescrizione.

ART. 11 - Gli stati membri prevedono nella loro legislazione che i diritti conferiti al danneggiato in applicazione della presente direttiva si estinguono alla scadenza di dieci anni dalla data in cui il produttore ha messo in circolazione il prodotto che ha causato il danno, a meno che il danneggiato non abbia avviato, durante tale periodo, un procedimento giudiziario contro il produttore.

ART. 12 - La responsabilità del produttore derivante dalla presente direttiva non può essere soppressa o limitata, nei confronti del danneggiato, da una clausola esonerativa o limitativa di responsabilità.

ART. 13 - La presente direttiva lascia impregiudicati i diritti che il danneggiato può esercitare in base al diritto relativo alla responsabilità contrattuale o extra-contrattuale o in base ad un regime speciale di responsabilità esistente al momento della notifica della direttiva.

ART. 14 - La presente direttiva non si applica ai danni risultanti da incidenti nucleari e coperti da convenzioni internazionali ratificate dagli stati membri.

ART. 15 - 1. Ciascuno stato membro può:

in deroga all'articolo 2, prevedere nella propria legislazione che, ai sensi dell'articolo 1 della presente direttiva, il termine "prodotto" designi anche i prodotti agricoli naturali e i prodotti della caccia;

in deroga all'articolo 7, lettera e), mantenere o, fatta salva la procedura di cui al paragrafo 2 del presente articolo, prevedere nella propria legislazione che il produttore è responsabile anche se prova che lo stato delle conoscenze scientifiche e tecniche al momento in cui ha

messo in circolazione il prodotto non permetteva di scoprire l'esistenza del difetto.

Lo stato membro che desideri applicare la misura prevista al paragrafo 1, lettera b) ne comunica il testo alla Commissione, la quale ne informa gli altri stati membri.

Lo stato membro interessato sospende l'adozione della misura prevista durante un periodo di nove mesi a decorrere dall'informazione della Commissione e a condizione che quest'ultima non abbia nel frattempo presentato al Consiglio una proposta di modifica della presente direttiva riguardante la materia presa in considerazione. tuttavia, se entro tre mesi dal giorno in cui ha ricevuto l'informazione la Commissione non comunica allo stato membro interessato l'intenzione di presentare siffatta proposta al Consiglio, tale stato membro può adottare immediatamente la misura prevista.

Qualora la Commissione presenti al Consiglio la proposta di modifica della presente direttiva entro il periodo di nove mesi sopra menzionato, lo stato membro sospende l'adozione della misura prevista per un ulteriore periodo di diciotto mesi a decorrere dal giorno della presentazione.

Dieci anni dopo la data di notifica della presente direttiva, la Commissione sottopone al Consiglio una relazione sull'incidenza, per quanto attiene alla protezione dei consumatori e al funzionamento del mercato comune, dell'applicazione data dai tribunali all'articolo 7, lettera e), e al paragrafo 1, lettera b), del presente articolo. In base a tale relazione il Consiglio, deliberando su proposta della Commissione alle condizioni previste dall'articolo 100 del trattato, decide se abrogare l'articolo 7, lettera e).

ART. 16 - 1. Ciascuno stato membro può stabilire che la responsabilità totale del produttore per i danni risultanti dalla morte o da lesioni personali a causa di articoli identici aventi lo stesso difetto sia limitato ad un determinato importo, non inferiore a 70 milioni di ECU.

Dieci anni dopo la data di notifica della direttiva, la Commissione sottopone al Consiglio una relazione sull'incidenza, per quanto attiene alla protezione dei consumatori e al funzionamento del mercato comune, dell'applicazione del limite finanziario della responsabilità da parte degli stati membri che hanno fatto uso della facoltà prevista al paragrafo 1. Alla luce di tale relazione, il Consiglio, deliberando su proposta della Commissione alle condizioni previste dall'articolo 100 del trattato, decide se abrogare il paragrafo 1.

ART. 17 - La presente direttiva non si applica ai prodotti messi in circolazione prima della data di entrata in vigore delle disposizioni previste dall'articolo 19.

ART. 18 - 1. Ai sensi della presente direttiva, l'ECU è quello definito dal regolamento (CEE) n. 3180/78, modificato dal regolamento (CEE) n. 2626/84. Il controvalore in moneta nazionale è inizialmente quello applicabile il giorno dell'adozione della presente direttiva.

Il Consiglio, su proposta della Commissione procede ogni cinque anni all'esame e, se del caso, alla revisione degli importi della presente direttiva, tenendo conto dell'evoluzione economica e monetaria nella Comunità.

ART. 19 - 1. Gli stati membri adottano le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative necessarie per conformarsi alla presente direttiva entro un termine di tre anni dalla sua notifica e ne informano immediatamente la Commissione.

La procedure di cui all'articolo 15, paragrafo 2, si applica a decorrere dalla notifica della presente direttiva.

ART. 20 - Gli stati membri provvedono a comunicare alla Commissione il testo delle disposizioni essenziali di diritto interno che essi adottano nel settore disciplinato dalla presente direttiva.

ART. 21 - La Commissione trasmette ogni cinque anni al Consiglio una relazione sull'applicazione della presente direttiva e gli presenta, se necessario, proposte appropriate.

ART. 22 - Gli stati membri sono destinatari della presente direttiva.

2 D.P.R. DI ATTUAZIONE DELLA DIRETTIVA CEE N. 85/374 RELATIVA AL RAVVICINAMENTO DELLE DISPOSIZIONI LEGISLATIVE, REGOLAMENTARI E AMMINISTRATIVE DEGLI STATI MEMBRI IN MATERIA DI RESPONSABILITA' PER DANNO DA PEODOTTI DIFETTOSI, AI SENSI DELL'ART. 15 DELLA LEGGE 16 APRILE 1987, N. 183

DECRETO DEL PRESIDENTE DELLA REPUBBLICA 24 MAGGIO 1998, N. 224 (G.U. 23 GIUGNO 1988, N. 146 - SUPPL. ORD.)

ART. 1 - (Responsabilità del produttore)

1. Il produttore è responsabile del danno cagionato da difetti del suo prodotto.

ART. 2 - (Prodotto) 1. Prodotto, ai fini delle presenti disposizioni, è ogni bene mobile, anche se incorporato in altro bene mobile o immobile.

2. Si considera prodotto anche l'elettricità.
3. Sono esclusi i prodotti agricoli del suolo e quelli dell'allevamento, della pesca e della caccia, che non abbiamo subito trasformazioni. Si considera trasformazione la sottoposizione del prodotto a un trattamento che ne modifichi le caratteristiche, oppure vi aggiunga sostanze. Sono parificati alla trasformazione, quando abbiano carattere industriale, il confezionamento e ogni altro trattamento, se rendono difficile il controllo del prodotto da parte del consumatore o creino un affidamento circa la sua sicurezza.

ART. 3 - (Produttore) 1. Produttore è il fabbricante del prodotto finito o di una sua componente e il produttore della materia prima.

2. Per i prodotti agricoli del suolo e per quelli dell'allevamento, della pesca e della caccia, produttore è chi li abbia sottoposti a trasformazione.
3. Si considera produttore anche chi si presenti come tale apponendo il proprio nome, marchio o altro segno distintivo sul prodotto o sulla sua confezione.
4. E' sottoposto alla stessa responsabilità del produttore chiunque, nell'esercizio di un'attività commerciale, importi nella Comunità europea un prodotto per la vendita, la locazione, la locazione finanziaria o qualsiasi altra forma di distribuzione, e chiunque si presenti come importatore nella Comunità europea apponendo il proprio nome, o altro segno distintivo sul prodotto o sulla sua confezione.

ART. 4 - (Responsabilità del fornitore)

1. Quando il produttore non sia individuato, è sottoposto alla stessa responsabilità il fornitore che abbia distribuito il prodotto nell'esercizio di un'attività commerciale, se abbia omesso di comunicare al danneggiato, entro il termine di tre mesi dalla richiesta, l'identità e il domicilio del produttore o della persona che gli ha fornito il prodotto.
2. La richiesta deve essere fatta per iscritto e deve indicare il prodotto che ha cagionato il danno, il luogo e, con ragionevole approssimazione, il tempo dell'acquisto; deve inoltre contenere l'offerta in visione del prodotto, se ancora esistente.
3. Se la notificazione dell'atto introduttivo del giudizio non è stato preceduto dalla richiesta prevista dal comma 2, il convenuto può effettuare la comunicazione entro i tre mesi successivi.
4. In ogni caso, su istanza del fornitore presentata alla prima udienza del giudizio di primo grado, il giudice, se le circostanze lo giustificano, può fissare un ulteriore termine non superiore a tre mesi per la comunicazione prevista dal comma 1.
5. Il terzo indicato come produttore o precedente fornitore può essere chiamato nel processo a norma dell'art. 106 del codice di procedura civile e il fornitore convenuto può essere estromesso, se la persona indicata comparisce e non contesta l'indicazione. Nell'ipotesi prevista dal comma 3, il convenuto può chiedere la condanna dell'attore al rimborso delle spese cagionategli dalla chiamata in giudizio.
6. Le disposizioni del presente articolo si applicano al prodotto importato nella Comunità europea, quando non sia individuato l'importatore, anche se sia noto il produttore.

ART. 5 - (Prodotto difettoso)

1. Un prodotto è difettoso quando non offre la sicurezza che ci si può legittimamente attendere tenuto conto di tutte le circostanze, tra cui:
   a) il modo in cui il prodotto è stato messo in circolazione, la sua presentazione, le sue caratteristiche palesi, le istruzioni e le avvertenze fornite;
   b) l'uso al quale il prodotto può essere ragionevolmente destinato e i comportamenti che, in relazione ad esso, si possono ragionevolmente prevedere;
   c) Il tempo in cui il prodotto è stato messo in circolazione.
2. Un prodotto non può essere considerato difettoso per il solo fatto che un prodotto più perfezionato sia stato in qualunque tempo messo in commercio.
3. Un prodotto è difettoso se non offre la sicurezza offerta normalmente dagli altri esemplari della medesima serie.

ART. 6 - (Esclusione della responsabilità)

1. La responsabilità è esclusa:
   a) se il produttore non ha messo il prodotto in circolazione;
   b) se il difetto che ha cagionato il danno non esisteva quando il produttore ha messo il prodotto in circolazione;
   c) se il produttore non ha fabbricato il prodotto per la vendita o per qualsiasi altra forma di distribuzione a titolo oneroso, né lo ha fabbricato o distribuito nell'esercizio della sua attività professionale;
   d) se il difetto è dovuto alla conformità del prodotto a una norma giuridica imperativa o a un provvedimento vincolante;
   e) se lo stato delle conoscenze scientifiche e tecniche, al momento in cui il produttore ha messo in circolazione il prodotto, non permetteva ancora di considerare il prodotto come difettoso;
   f) nel caso del produttore o fornitore di una parte componente o di una materia prima, se il difetto è interamente dovuto alla concezione del prodotto in cui è stata incorporata la parte o materia prima o alla conformità di questo alle istruzioni date dal produttore che l'ha utilizzata.

ART. 7 - (Messa in circolazione del prodotto)

1. Il prodotto è messo in circolazione quando sia consegnato all'acquirente, all'utilizzatore, o a un ausiliario di questi, anche in visione o in prova.
2. La messa in circolazione avviene anche mediante la consegna al vettore o alla spedizione per l'invio all'acquirente o all'utilizzatore.
3. La responsabilità non è esclusa se la messa in circolazione dipende da vendita forzata, salvo che il debitore abbia segnalato specificamente il difetto con dichiarazione resa all'ufficiale giudiziario all'atto del pignoramento o con atto notificato al creditore procedente e depositato presso la cancelleria del giudice dell'esecuzione entro quindici giorni dal pignoramento stesso.

ART. 8 - (Prova)

1. Il danneggiato deve provare il danno, il difetto e la connessione causale tra difetto e danno.
2. Il produttore deve provare i fatti che possono escludere la responsabilità secondo le disposizioni dell'art. 6. Ai fini dell'esclusione da responsabilità prevista nell'art. 6, lettera b), è sufficiente dimostrare che, tenuto conto delle circostanze, è probabile che il difetto non esistesse ancora nel momento in cui il prodotto è stato messo in circolazione.

3. Se appare verosimile che il danno sia stato causato da un difetto del prodotto, il giudice può ordinare che le spese della consulenza tecnica siano anticipate dal produttore.

ART. 9 - (Pluralità di responsabili)

1. Se più persone sono responsabili del medesimo danno, tutte sono obbligate in solido al risarcimento.
2. Colui che ha risarcito il danno ha regresso contro gli altri nella misura determinata dalle dimensioni del rischio riferibile a ciascuno, dalla gravità delle eventuali colpe e dalla entità delle conseguenze che ne sono derivate. Nel dubbio la ripartizione avviene in parti uguali.

ART. 10 - (Colpa del danneggiato)

1. Nelle ipotesi di concorso del fatto colposo del danneggiato il risarcimento si valuta secondo le disposizioni dell'art. 1227 del codice civile.
2. Il risarcimento non è dovuto quando il danneggiato sia stato consapevole del difetto del prodotto e del pericolo che me derivava e nondimeno vi si sia volontariamente esposto.
3. Nell'ipotesi di danno a cosa, la colpa del detentore di questo è parificata alla colpa del danneggiato.

ART. 11 - (Danno risarcibile)

1. E' risarcibile in base alle disposizioni del presente decreto:
   a) il danno cagionato dalla morte o da lesioni personali;
   b) la distruzione o il deterioramento di una cosa diversa dal prodotto difettoso, purché di tipo normalmente destinato all'uso e consumo privato e così principalmente utilizzata dal danneggiato.
2. Il danno a cose è risarcibile solo nella misura che ecceda la somma di lire settecentocinquantamila.

ART. 12 - (Clausole di esonero da responsabilità)

1. E' nullo qualsiasi patto che escluda o limiti preventivamente, nei confronti del danneggiato, la responsabilità prevista dal presente decreto.

ART. 13 - (Prescrizione)

1. Il diritto al risarcimento si prescrive in tre anni dal giorno in cui il danneggiato ha avuto o avrebbe dovuto avere conoscenze del danno, del difetto e dell'identità del responsabile.
2. Nel caso di aggravamento del danno, la prescrizione non comincia a decorrere prima del giorno in cui il danneggiato ha avuto o

avrebbe dovuto avere conoscenza di una danno di gravità sufficiente a giustificare l'esercizio di un'azione giudiziaria.

ART. 14 - (Decadenza)

1. Il diritto al risarcimento si estingue alla scadenza di dieci anni dal giorno in cui il produttore o l'importatore nella Comunità europea ha messo in circolazione il prodotto che ha cagionato il danno.
2. La decadenza è impedita solo dalla domanda giudiziale, salvo che il processo si estingua, dalla domanda di ammissione del credito in una procedura concorsuale o dal riconoscimento del diritto da parte del responsabile.
3. L'atto che impedisce la decadenza nei confronti di uno dei responsabili non ha effetto riguardo agli altri.

ART. 15 - (Responsabilità secondo altre disposizioni di legge)

1. Le disposizioni del presente decreto non escludono né limitano i diritti che siano attribuiti al danneggiato da altre leggi.
2. Le disposizioni del presente decreto non si applicano ai danni cagionati dagli incidenti nucleari, previsti dalla legge 31 dicembre 1962, n. 1860, e successive modificazioni.

ART. 16 - (Disposizione transitoria)

1. Le disposizioni del presente decreto non si applicano ai prodotti messi in circolazione prima della data della sua entrata in vigore e comunque prima del 30 luglio 1988.

Il presente decreto, munito del sigillo dello Stato, sarà inserito nella Raccolta ufficiale degli atti normativi della Repubblica italiana. E' fatto obbligo a chiunque spetti di osservarlo e di farlo osservare.

Bibliografía

ALPA, G. - BESSONE, M., *La responsabilità del produttore*, Giuffré, Milano, 1987.

ALPA, G. - BESSONE, M., *La responsabilità del produttore*, a cura di F. Torello, 4° ed., Giuffré, Milano, 1999.

ALPA, G., *"Casi e questioni di responsabilità del produttore"*, en *Giur. It.*, I 1978.

ALPA, G., *"L'attuazione della direttiva comunitaria sulla responsabilità del produttore. Tecniche e modelli a confronto"*, en *Contr. impr.*, 2, 1988.

ALPA, G., *"La dottrina sulla responsabilità del produttore. Il rischio d'impresa alle soglie del 1992"*, en *Resp. civ. prev.*, 1988.

ALPA, G., *Responsabilità della impresa e tutela del consumatore*, Giuffré, Milano, 1975.

ALPA, G., y otros autores, *La responsabilità per danno da prodotti difettosi*, Giuffrée, Milano, 1990.

ATIYAH, P., *The rise and fall of freedom of contract*, Claredom Press, Oxford, 1979.

ATTI DEL CONVEGNO *"La responsabilità dell'impresa per i danni all'ambiente e ai consumatori"*, Giuffré, 1978.

BERNSTEIN, A., *"Looking at Europe for the difference between strict and fault-based liability"*, en 14 *J. Prod. L.*, 1992.

BESSONE, *"Progresso tecnologico, prodotti dannosi e responsabilità dell'impresa"*, en *Pol. dir.*, 1972.

BESSONE, M., *"Profili della responsabilità del produttore nell'esperienza italiana"*, en Alpa-Bessone, *Danno da prodotti e responsabilità dell'impresa*, a cura di, Giuffrè, Milano, 1980.

BIANCA, M., *La vendita e la permuta*, Trattato Vassalli, Torino, 1972, p. 795.

BIGLIAZZI GERI, BRECCIA, BUSNELLI, NATOLI, *Diritto Civile 3, Obbligazioni e contratti*, Utet, Torino.

BIN, M., *"L'esclusione della responsabilità", en Trattato di Diritto Commerciale e di Diritto Pubblico dell'Economia*, dirigido por F. Galgano, Vol. XIII, Cedam, Padova, 1989.

BIRBAUM, Sheila L., *"Unmasking the Test for Design defect: From Negligence [to Warranty] to Strict Liability to Negligence"*, en *Vand. L. Rev.*, vol. 30, 1980, n. 32.

BOURGOIGNIE, T., *"Vers un droit européen de la consommation? Possibilités et limites"*, en *Rev. Trim. dr. europ.*, 1982.

BUSNELLI, F., *Nuove frontiere della responsabilità civile*, en Jus, 1976.

BUTERA, *"Osservazioni sul danno incolpevole"*, en *Giur. it*, 1918, I, 1.

CABELLA PISU, L., *Garanzie e responsabilità nelle vendite commerciali*, Milano, 1983.

CAFAGGI, F., *"La nozione di difetto ed il ruolo dell'informazione. Per l'adozione di un modello dinamico-relazionale di difetto in una prospetiva di riforma"*, en *Riv. crit. del dir. priv.*, 1995, p. 447.

CAFAGGI, F., *"La responsabilità dell'impresa per prodotti difettosi"*, en *Diritto Privato Europeo*, a cura di N. Lipari, vol. II, Cedam, 1997.

CALABRESI & HIRSCHOFF, *"Toward a Test for Strict Liability in Torts"*, en *Yale L. J.*, vol. 81, 1972.

CALABRESI, G., *The Cost of Accidents. A legal and Economic Analysis*, New Haven and London, 1970 (trad. it. *Costo degli incidenti e responsabilità civile*, Milano, 1975.

CARINGELLA, F., *"La ragionevolezza dell'uso della res quale condizione della responsabilità del produttore: il caso di prodotti destinati a minori"*, en *Foro it.*,I, 1996, p. 954.

CARNEVALI, *"La responsabilità del produttore di medicinali in una recente legge della Repubblica Federale Tedesca"*, en *Riv. dir. ind.*, 1977.

CARNEVALI, *"Nuove frontiere della responsabilità del produttore: farmaci difettosi e prevenzione del rischio"*, en *Resp. civ. prev.*, 1989.

CARNEVALI, *La responsabilità del produttore*, Milano, 1979.

CARNEVALI, U., *"La norma tecnica da regola di esperienza a norma giuridicamente rilevante. Ricognizione storica e sistemazione teorica. Ruolo dell'UNI e del CEI"*, en Resp. civ. prev., 1997, p. 257.

CARNEVALI, U., *"La responsabilità del produttore. Problemi generali"*, en *La responsabilità dell'impresa per i danni all'ambiente e ai consumatori*, Giuffré, Varese, 1978.

CARNEVALI, U., *"La responsabilità del produttore"*, en *Il controllo sociale delle attività private*, dirigido por Rodotà, Bologna, 1977.

CARNEVALI, U., *La responsabilità del produttore*, Giuffrè, Milano, 1974.

CARNEVALI, U., *La responsabilità del produttore*, Giuffrè, Milano, 1979.

CARNEVALI, U., voce *"Responsabilità del produttore"*, en *Enciclopedia del diritto*, actualización, Giuffrè, 1998.

CASTRONOVO, C., *La nuova responsabilità civile*, 2° ed., Giuffré, 1997.

CASTRONOVO, C., *La nuova responsabilità civile. Regola e metafora*, Giuffré, 1991.

CASTRONOVO, C., *Problema e sistema nel danno da prodotti*, Giuffrè, Milano, 1979.

CASTRONOVO, C., voz *"Danno, VII Danno da prodotti - Dir It e Stran."*, *en Enciclopedia Giuridica Treccani*, 1995.

CASTRONOVO, Carlo, *Products Liability e Legal Realism. Prassi giurisprudenziale e teoria giuridica*, en Studi urbinati, 1973-74.

CHIRONI, *"Colpa extracontrattuale"*, en *La colpa nel diritto civile odierno*, vol. I, Torino, 1903.

CLERMONT, KEVIN M. & EISENBERG, THEODORE, *"Trial By Jury or Judge: Trascending Empiricism"* en *Cornell L. Rev.*, vol. 77, 1992.

COMPORTI, M., *Esposizione al pericolo e responsabilità civile*, Napoli, 1965.

CONDORELLI, *La responsabilità senza colpa*, Catania, 1925; Momigliano, *"Il risarcimento del danno extracontrattuale cagionato da persona priva di discernimento"*, en *Riv. dir. civ.*, 1937.

CORBOY, Phillip H., *"The Not-So-Quiet Revolution: Rebuilding Barriers to Jury Trial in the Proposed Restatement (Third) of Torts: Products Liability"*, en *Tenn. L. Rev.*, vol. 61, 1994.

COWAN, *"Some Policy Bases of Products Liability"*, en *Stan. L. Rev.*, vol. 17, 1965.

CROLEY, S. P., - J. D. HANSON, *"Rescuing The Revolution: The Revived Case for Enterprise Liability"*, en *Mich. L. Rev.*, vol. 91, 1983, p. 683.

DASSI, *"Orientamenti giurisprudenziali in materia de responsabilità civile del produttore"*, en *Resp. civ. prev.*, 1989.

DE SANNA, P., *"Bottiglie esplosive e responsabilità del custode"*,en *Resp. civ. prev.*, 1987.

DI MAJO, *"La responsabilità per prodotti difettosi nella direttiva comunitaria"*, en *Riv. dir. civ.*, I, 1989.

EISENBERG & HENDERSON, *"Inside the Quiet Revolution in Products Liability"*, *en U.C.L.A. L. Rev.*, vol. 39, 1992, 795.

EPSTEIN, R. A., *"The Unintended Revolution in Product Liability Law"*, en *Cardozo L. Rev.*, vol. 10, n° 8, 1989.

FEEZER, LESTER W., *"Tort Liability of Manufacturers and Vendors"*, en *Minn. L. Rev.*, vol. 16, 1925.

FERRI, G. B., *"In tema di tutela del consumatore"*, en *"Tecniche giuridiche e sviluppo della persona"*, a cura de N. Lipari, Laterza, Bari, 1973.

FERRI, G. B., *La vendita in generale. Le obbligazioni del venditore. Le obbligazioni del compratore*, Trattato rescigno, 11. *Obbligazioni e contratti*, 3 Torino, 1984.

FISCHER, *"Products Liability-The Meaning of Defect"*, en *Mo. L. Rev.*, vol. 39, 1974.

FLEMING, James, *The law of torts*, Sidney, 1965.

FRANZONI, *"Danno da cose in custodia nei supermercati e aliter dicta della giurisprudenza"*, en *Contr. e Impr.*, 1987.

FRANZONI, M., *"Prevenzione e resarcimento del danno da prodotti industriali"*, en *Dir. e proc. civ.*, 1982, p. 79 ss.

FRANZONI, M., *Colpa presunta e responsabilità del debitore*, Cedam, Padova, 1988.

FRANZONI, en *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1982.

GALGANO, F., *"Grande distribuzione e responsabilità per prodotti difettosi"*, en *Contr. e impr.*, n. 1, 1992.

GALGANO, F., *"Responsabilità del produttore"*, en *Contr. e Impr.*, n. 3, 1986.

GALGANO, F., *La responsabilità del produttore*, en *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, dir. por, 1989.

GALGANO, Francesco, *"La giurisprudenza nella società post-indutriale"*, en *Contratto e impresa*, 1989.

GALGANO, Francesco, *Storia del diritto commerciale*, 1980.

GEDDES, A., *Product and Service Liability in the EEC, The new strict liability regime*, Sweet & Maxwell, London, 1992.

GENTILE, *"La responsabiltà per le cose in custodia nel nuovo codice delle obbligazioni"*, en *Resp. civ. prev.*, 1941.

GHESTIN, J., *"La directive communautaire du 25 juillet 1985 sur la responsabilité du fait des produits défectuoeux"*, D 1986, chron. p. 136.

GHIDINI, G., *"L'illecito dell'impresa", en Trattato de dir. com. e dell'econ.*, dirigido por Galgano, vol. II "La impresa", Cedam, Padova, 1978.

GHIDINI, G., *Responsabilità per danno da prodotti: quando un prodotto può dirsi "difettoso"*, en *Giur. comm.*, parte prima, 1992, p. 437.

GIANNINI, G. - Pogliani, M., *La responsabilità da illecito civile*, Giuffré, 1996, p. 218 ss.

GILLAM, C., *"Product Liability in a Nutshell"*, 37 Ore LR, 1957.

GIORGIANNI, M., *L'inadempimento. Corso di diritto civile*, Milano, 1959, 13 ss.

GORASSINI, A., *Contributo per un sistema della responsabilità del produttore*, Giuffrè, Milano, 1990.

GREEN, *Traffic Victims: Tort Law and Insurance*, Evanston, Illinois 1958.

GRIFFITH, D. P., Nota, *"Products Liability -Negligence Presumed: An Evolution"*, en *Tex. L. Rev.*, vol. 67, 1989.

GUIDINI, G., *"L'illecito dell'impresa, en Trattato de dir. com. e dell'econ.*, dirigido por Galgano, vol. II *"La impresa"*, Cedam, Padova, 1978.

GUIDO ALPA, *"La legge sui diritti dei consumatori"*, en *Il corriere giuridico*, n. 9, 1998.

GUILLAM, C., *Products liability in a Nutshell*, 37 Ore. L. Rev., 1957.

HENDERSON & EISENBERG, *"The Quiet Revolution in Products Liability: An Empirical Study of Legal Change"*, en *U.C.L.A. L. Rev.*, vol. 37, 1990.

HENDERSON & TWERSKI, *"Achieving Consensus on Defective product Design"*, en *Cornell L. Rev.*, vol. 83, 1998.

HENDERSON & TWERSKI, *"Closing the American Products Liability Frontier: the Rejection of Liability Without Defect"*, en *N.Y.U.L. Rev.*, vol. 66, 1991.

HENDERSON & TWERSKI, *"Doctrinal Collapse in Products Liability: The Empty Shell of Failure to Warm"*, en *N.Y.L. Rev.*, vol. 65, 1990.

HENDERSON & TWERSKI, *"Stargazing: The Future of American Products Liability Law"*, en *N.Y.U. L. Rev.*, vol. 66, 1991.

HENDERSON-TWERSKI, *"Inside the Restatement"*, en *Pepp. L. Rev.*, vol. 24, 1997.

HENDERSON, JAMES A. JR., *"Judicial Review of manufacturers' Conscious Design Choices: The Limits of Adjudication"*, en *Colum. L. Rev.*, 1973.

HENDERSON, James A., Jr. & EISENBERG, Theodore, *"Quiet Revolution in Products liability: An Empirical Study of Legal Change"*, en *U.C.L.A. L. Rev.*, vol. 37, 1990.

HOWARD KLEMME, *"Comments to the Reporters and Selected Members of the Consultative Group, Restatement of Torts (Third): Products Liability"*, en *Tenn. L. Rev.*, vol. 61, 1994.

JAEGER, *"The constructive warranty"*, en *Notre-Dame Lawyer*, 1964.

JAMES, *"Functions of Judge and Jury in Negligence Cases"*, en *Yale L. J.*, vol. 58, 1949.

JAMES, *"General Products - Should Manufacturers be liable Without Negligence?"*, en *Tenn. L. Rev.*, vol. 24, 1957.

JAMES, *"Products Liability"*, en *Tex. L. Rev.*, vol. 34, 1955.

JAMES, F., *"Products Liability"*, en *Tex. L. Rev.*, vol. 39, 1955.

JENKINS, *"Product Liability of Manufacturers: An Understanding and Exploration"*, en *Akron L. Rev.*, vol. 4, 1971.

KATZ, *"Liability of Automobile Manufacturers for Unsafe Design of Passenger Cars"*, en *Harv. L. Rev.*, vol. 69, 1956.

KEETON & O'CONNELL, *Basic Protection for the Traffic Victim*, 1965.

KEETON, *"Manufacturer's Liability: The Meaning of Defect in the Manufacture and Design of Products"*, en *Syr. L. Rev.*, 1969.

KEETON, *"Product Liability and the Meaning of Defect"*, en *St.Mary's L.J.*, vol. 30, 1973.

KEETON, *"Products Liability-Inadequacy of Information"*, en *Texas L. Rev.*, vol. 48, 1970.

KEETON, P., *"Product Liability and the Meaning of Defect"*, en *St. Mary's L. J.*, vol. 5, 1973.

KEETON, P., *"Products Liability -Current Developments"*, en *Tex. L. Rev.*, vol. 40, 1961.

KESSLER, F., *Products Liability*, en 76 *Yale L.J.* 1967.

KIP VISCUSI, W., *"The Dimesions of the Product Liability Crisis"*, en *J. Legal Stud.*, vol. 20, 1991.

LANDES W. & POSNER, R., *"A Positive Economic Analysis of Products Liability"*, en *J. Legal Stud.*, vol. 14, 1985.

LINDSEY R. JEAN BLANC, *"Manufacturers' Liability to Persons Other than their immediate Vendes"*, en *Va. L. Rev.*, vol. 24, 1937.

LITTLE, J. W., *"The Place of Consumer Expectations in Product Strict Liability Actions for Defectively Designed Products"*, en *Tenn. L. Rev.*, vol. 61, 1994.

MALINVAUD, Phillipe *"I vizi redibitori e il loro ruolo nella vita moderna"*, en compilación dirigida por Alpa - Bessone, *Danno da prodotti e responsabilità dell'impresa*, Milano, 1980.

MARTORANO, *"Sulla responsabilità del fabbricante per la messa in commercio di prodotti dannosi"*, en *Foro it.*, V., 1966.

MAZZIA, N., *"Responsabilità del fornitore"*, en *NLCC*, 1989.

MOTTUR, A., *"The European Product liability Directive: A comparison with U.S.Law, an analysis of its impact on trade, and a recommendation for reform so as to accomplish harmonization and consumer protection"*, en *L.&Policy in Intern. Business*, vol. 25, 1994.

NOEL, D., *"Manufacturers Negligence of Design or Directions for Use of a Product"*, en *Yale L. J.*, vol. 71, 1962, p. 877. Posteriormente, Noel ratifica su posición con respecto a la aplicación de la strict liability sólo para los casos de manufacturing defects. V. Noel, *"Recent Trends in Manufacturers' Negligence as to Design, Instructions or Warnings"*, en *Sw. L. J.*, vol. 19, 1965.

NOEL, *Manufacturer Liability for Negligence*, en *Tenn. L. Rev.*, vol. 33, 1965-1966.

NOTE, *"The Role of the Courts in Technology Assessment"*, en *Cornell L. Rev.*, vol. 55, 1970.

O'CONNELL, Jeffrey, *"A 'Neo No-Fault' Contract in Lieu of Tort: Preaccident Guarantees of Postaccident Settlement Offers"*, en *Cal. L. Rev.*, vol. 73, 1985.

OWEN, D., *"Defectiveness restated: exploding the "Strict" products liability myth"*, en *Univ. of Ill. L. Rev.*, 1996, p. 743.

OWEN, D., *"Rethinking the Policies of strict Products Liability"*, en *Va. L. Rev.*, vol. 33, 1980.

OWEN, D., *"The Fault Pit"*, en *Ga. L. Rev.*, vol. 26, 1992.

OWEN, D., *"The moral foundations of Products Liability Law: Toward first principles"*, en *Notre Dame L. Rev.*, Vol. 68, 1993, p. 427 ss.

OWEN, D., - MONTGOMERY, J. - PAGE, K., *Products liability and safety, cases and materials*, 3° ed., New York, 1998.

PAGE, Joseph A., & STEPHENS, Marcy M., *"The Product Liability Insurance "Crisis", Causes, Nostrums and Cures"*, en 13 Cap. *U. L. Rev.*, 1983.

PALMER, *"Why Privity entered tort- An Historical re-examination of Winterbottom v. Wright (1983) "*, 27 Am JLH 85, 87-8, 94.

PARDOLESI, R. - PONZANELLI, G., *La responsabilità per danno da prodotti difettosi*, a cura di, Cedam, Padova, 1989.

PATTI, S., *Il danno da prodotti*, a cura di, Cedam, 1990.

PETITPIERRE, G., *La responsabilité du fait des produits. Les bases d'une responsabilité spéciale en droit suisse, à la lumière de l'expérience des Etats-Unis*, Genève, 1974.

PHILLIPS, Jerry J., *"Products Line Continuity and Succesor Corporation Liability"*, en *N.Y.U. L. Rev.*, vol. 58, 1983.

PIZZORNO, S., *"La responsabilità del produttore nella Direttiva del 25 luglio 1985 del Consiglio delle Comunità Europee (85/374 CEE)"*, en *Riv. dir.comm.*, I, 1988.

PONZANELLI, G., *"Anche le bottiglie italiane esplodono"*, en *Danno e resp.*, n. 12, 1998, p. 1147.

PONZANELLI, G., *"Crollo di un letto a castello: responsabilità del produttore-progettista e del montatore"*, en *Danno e resp.*, n. 3, 1996, p. 381.

PONZANELLI, G., *"L'attuazione della direttiva CEE sulla responsabilità del produttore"*, en *Corriere giur.*, 1988, p. 736.

PONZANELLI, G., *"La responsabilità oggettiva. La responsabilità del produttore. la responsabilità assoluta"*, en Bessone, M., *Casi e questioni di diritto Privato*, Giuffré, Milano, 1998, p. 451.

POSNER, R., *"A Theory of Negligence"*, en *J. of Leg. Stud.*, vol. 1, 1972.

POWERS, W., *"A Modest Proposal to Abandon Strict Products Liability"*, en *U. Ill. L. Rev.*, 1992.

PRIEST, *"The Current Insurance Crisis and Modern Tort Law"*, en *Yale L. J.*, vol. 96, 1987.

PRIEST, *"The Invention of Enterprise Liability: A Critical History of The Intellectual Foundations of Modern tort Law"*, en *J. L. Studies*, vol. 14, 1985.

PRIEST, G., *"Strict Products Liability: The Original Intent"*, en *Cardozo L. Rev.*, vol. 10, 1989.

PRIEST, G.,*"La scoperta della responsabilità d'impresa: una storia critica delle origini intellettuali del moderno sistema di responsabilit´civile"*, trad. a cura di Giulio Ponzanelli e Chiara Somarè, en Resp. civ. e prev., 1985, p. 275.

PROSSER, W., *"The Assault Upon the Citadel (Strict Liabilty to the Consumer)*, en *Yale L.J.*, vol. 69, (1960).

PROSSER, W., *"The fall of the citadel (strict liability to the consumer)"*, *Minn. L. Rev.*, vol. 1965-1966, p. 791.

PROSSER, W., *Law of torts*, 4° ed., 1971.

RESCIGNO, P., *Manuale del diritto privato italiano.*

RIEGEL, ROBERT ET AL., *Insurance Principles and Practices*, 1976.

RODOTA`, S., *"La responsabilità civile e i suoi criteri"*, en *Letture di diritto civile* raccolte da Alpa e Zatti, Cedam, Padova, 1990, p. 593.

RODOTA`, S., *Il problema della responsabilità civile*, Giuffré, Milano, 1964.

RUFFOLO, U., *La tutela individuale e collettiva del consumatore*, Milano, 1979.

RESTATEMENT OF THE LAW SECOND, *Torts*, A.L.I., vol. 2, 1965.

RESTATEMENT OF THE LAW THIRD, *Torts, Products Liability*, A.L.I., 1998.

SCHWARTZ, *"The Uniform Product Liability Act-A Brief Overview"*, en *Vand. L. Rev.*, vol. 33, 1980.

SCHWARTZ, G., *"Contributory and Comparative Negligence: A Reappraisal"*, en *Yale L. J.*, vol. 87, 1978.

SCHWARTZ, G., *"Foreward: Understanding Products Liability"*, en *Cal. L. Rev.*, vol. 67, 1979.

SCHWARTZ, G., *"The Beginning and the Possible End of the Rise of the Modern American Tort Law"*, en *Ga. L. Rev.*, vol. 26, 1992.

SCHWARTZ, V. - BEHRENS, M., *"Federal product liability reform en 1997: history and public policy support its enactment now"*, en *Tenn. L. Rev.*, vol. 64, 1997.

SCHWARTZ, V. A., *"The Case Against Strict Liability"*, en *Fordham L. Rev.*, vol. 60, 1992.

SCHWARTZ,G., *"New Products, Old Products, Evolving Law, Retroactive Law"*, en *N. Y. U. L. Rev.*, vol. 58, 1983.

SCOGNAMIGLIO, C., *"Clausole generali e linguaggio del legislatore: lo standard della ragionevolezza nel D.P.R. 24 maggio 1988 N. 224"*, en *Quadrimestre*, n. 1, 1992, p. 65.

SCOGNAMIGLIO, R., voce *'Responsabilità civile'*, en *Nssmo. Digesto Italiano*, 1968.

SCOTT, G., *"Product liability laws in the European Community in 1992"*, en *William Mitchell L. Rev.*, vol. 18, n. 2, 1992, p. 357 ss.

SHAVELL, S., *"Strict Liability versus Negligence"*, en *J. Legal Studies*, vol. 9, 1980.

SIMITIS, Spiros, *"La responsabilità per i prodotti difettosi. L'approccio tedesco-occidentale"*, en *Riv. crit. dir. priv.*, n. 1, 1985.

STAPLETON, J., *"Duty of care and Economic loss: A wider agenda"*, en 107 *LQR*, 1991.

STAPLETON, J., *Product Liability, Butterworths*, London, 1994.

STAYIN, RANDOLPH J., "The U.S. Product liability system: A competitive advantage to foreign manufacturers", en 14 Canada-US. L.J., 1988.

STERNS, G. C., *The law of products liability in the United States and Europe*, en *The trial lawyers guide*, ed. John Kennelly, New York, fall 1995.

TRAYNOR, Roger J., *"The Ways and Meanings of Defective Products and Strict Liability"*, en *Tenn. L. Rev.*, vol. 32, 1965.

TRIMARCHI, P., *"La responsabilità del fabbricante nel progetto di statuto dell'impresa"*, en *Quadrimestre*, 1985, p. 207.

TRIMARCHI, P., *"La responsailità del fabbricante nella direttiva comunitaria"*, en *Riv. delle soc.*, n° 3, 1986.

TRIMARCHI, P., *Rischio e responsabilità oggettiva*, Giuffrè, Milano, 1961.

VALSECCHI, Antonella, *"Gli indirizzi giurisprudenziali in tema di responsabilità civle del produttore per la messa in commercio di prodotti difettosi"*,en *Responsabilità del produttore e nuove forme di tutela del consumatore*, dirigido por Ugo Draetta e Cesare Vacca, Egea, Milano, 1993, n. 104.

VALSECCHI, Antonella, *"I presupposti della responsabilità del produttore e il quadro normativo nazionale"*, en *Responsabilità del produttore e nuove forme di tutela del consumatore*, a cura di Ugo Draetta e Cesare Vacca, Egea, Milano, 1993.

VANDALL, F. J., *"The Restatement (Third) of Torts: Products Liability Section 2(b): The Reasonable Alternative Design Requirement"*, en *Tenn. L. Rev.*,vol. 61, 1994.

VISINTINI, G., *I fatti illeciti III, Causalità e danno*, a cura di, Cedam, 1999.

VISINTINI, G., La responsabilità civile nella giurisprudenza, Padova, 1967.

VISINTINI, G., Trattato Breve della responsabilità civile, Cedam, Padova, 1996.

WADE, *"Strict Tort Liability of Manufacturers"*, en *Sw. L. J.*, vol. 19, 1965.

WADE, J., *"On the Nature of Strict Tort Liability for Products"*, en Mi.

WADE, John, *"An Evaluation of the Insurance Crisis and Existing Tort Law"*, en *Hous. L. Rev.*, vol. 24, 1987.

WEBER, Robert C., *"E.C. Directive follows U.S. no-fault approach, but litigation is rare"*, en *Nat'l L.J.*, dic. 23, 1991.

WOLFGANG MARSHALL VON BIEBERSTEIN, *"La responsabilità da prodotti nel diritto tedesco"*, en compilación dirigida por Alpa - Bessone, *Danno da prodotti e responsabilità dell'impresa*, Milano, 1980.

ZENO ZENCOVICH, Vincenzo, voz *Consumatore (Tutela del), I Diritto Civile*, en *Enciclopedia Giuridica Treccani.*

Impreso en los talleres de
INDUSTRIAL*gráfica* S.A.
Chavín 45 Lima 5 Perú
Email: igsa@goalsnet.com.pe
Teléfono: 431-2505
Fax: 431-3601
Setiembre de 2003

Próximas publicaciones de Derecho

Derecho Comunitario Andino
Fabián Novak Talavera (editor)
(con la colaboración de la Comunidad Andina)

Derecho Internacional Humanitario
Fabián Novak Talavera (editor)
(con la colaboración del Comité Intenacional de la Cruz Roja)

El código penal peruano. Parte General. Anuario de Derecho Penal
José Hurtado Pozo (director)
(en coedición con la Universidad de Friburgo, Suiza)

Implicancias fiscales del comercio electrónico
Ítalo Fernández Origgi
(en coedición con la Fundación Telefónica)

La constitucionalización de los derechos en el Perú del Siglo XIX
Marcial Rubio Correa

La desprotección del cónyugue en la sociedad de gananciales
José Almeida Briceño

Los orígenes del gobierno representativo en el Perú. Las elecciones (1809-1826)
Valentín Paniagua Corazao
(en coedición con el Fondo de Cultura Económica)

Fondo Editorial de la PUCP
Plaza Francia 1164
Cercado de Lima
Email: feditor@pucp.edu.pe

La producción y distribución masiva de bienes, trae consigo la generación de daños derivados de productos defectuosos. En este contexto encontramos el problema del resarcimiento de los daños generados a las personas y bienes de las víctimas de dichos productos.

Las primeras respuestas del derecho ante estos acontecimientos se revelaron insuficientes, en la medida que venían formuladas desde una perspectiva contractual. En efecto, era claro que en la nueva sociedad industrial, los daños que generan los productos no sólo tienen lugar al interior de una relación contractual, sino que más bien, como consecuencia de la intervención de nuevos sujetos en la cadena productivo-distributiva, es decir, de los *intermediarios*, la víctima del daño no se hallaba en relación directa con el productor.

En ese contexto, dado que la disciplina de la responsabilidad contractual no atendía a las exigencias reparatorias de la víctimas de los nuevos tipos de daños, la jurisprudencia se halla frente a la difícil responsabilidad de hallar la solución más adecuada para cada caso concreto. En esta tarea, se da inicio a una fase de interpretaciones que dilatan hasta desnaturalizar la esfera contractual, a los fines de poder satisfacer las exigencias resarcitorias de quien no era parte en el contrato en virtud del cual se puso en circulación el producto dañoso. En esa tendencia, se llega a reconocer que la esfera de la responsabilidad extracontractual es el medio *ad hoc* para ofrecer una solución a los daños propios de la era industrial.

Uniformizada la jurisprudencia a las soluciones extracontractuales al problema de los daños derivados de producto, emergen corrientes diversas en torno a la determinación de cuál debiera ser el criterio de imputación de los daños más adecuado. En este sentido, se enfrentan las corrientes subjetivistas las cuales tratan de mantener vivo el predominio de la «culpa», a aquellas corrientes objetivas que llevan adelante una férrea posición de defensa de los intereses de las víctimas de estos daños.

Ciertamente, se trata de la más difundida discusión entre las tesis subjetivistas y las objetivistas que caracteriza el moderno panorama de la responsabilidad civil en general. Sin embargo, particularmente, la «responsabilidad del productor» ha representado el área del derecho que ha manifestado un desarrollo intenso y hasta voraz, acompasando los cambios consecuentes al paso de una cultura rural a una que se construye sobre la tecnología. Como se observará en este trabajo, la evolución de la 'responsabilidad del productor' es la evolución de orientaciones jurisprudenciales, hecho que pone en evidencia de modo nítido la naturaleza casuística de la responsabilidad civil en general.

ISBN 9972-42-585-1

9 789972 425851